

Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 13/3/2010, “F, A. L. s/ Medida Autosatisfactiva,” Expediente Letra “F”, N° 259, Libro XLVI (Argentina) (Rebecca Cook y Sandra Dughman, *Amicus Curiae* presentado ante la CSJN, en apoyo a A.L.F. en representación de A.G., por el Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva, Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, Canadá, el 23 de septiembre de 2010).

Rebecca Cook

J.D., S.J.D.

Profesora y Catedrática en Derecho Internacional
de los Derechos Humanos

Co-Directora del Programa Internacional de
Derecho en Salud Sexual y Reproductiva
Facultad de Derecho, Universidad de Toronto
rebecca.cook@utoronto.ca

Sandra Dughman

Th.B., J.D., LL.M

Fellow y colaboradora del Programa
Internacional de Derecho en Salud Sexual y
Reproductiva
Facultad de Derecho, Universidad de Toronto
sandra.dughman@utoronto.ca



Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva

Facultad de Derecho, Universidad de Toronto

84 Queen's Park Crescent

Toronto ON Canada M5S 2C5

Tel: 416-978-1751, Fax: 416-978-7899

<http://www.law.utoronto.ca/programs/reprohealth.html>

PRESENTA ESCRITO COMO “AMIGO DEL TRIBUNAL”

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

El **Programa de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva** de la Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, representados en este acto por Sandra Dughman (Th.B., J.D., LL.M. miembro y colaboradora del Programa de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Derecho, Universidad de Toronto) y Rebecca Cook (J.D., S.J.D., Profesora de Derecho y Catedrática en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Codirectora del Programa de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Derecho, Universidad de Toronto), con el patrocinio letrado de María Mercedes Cavallo (T°106, F° 367, CPACF), constituyendo domicilio procesal en Marcelo T. de Alvear, 636, 2° piso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa **“F, A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. N° 259/2010, Tomo: 46, Letra: F, Tipo: REX**, a V.E. nos presentamos y respetuosamente decimos:

A. OBJETO

En virtud de la *Acordada 28/2004*, hemos venido a presentar este escrito en calidad de *Amicus Curiae* (“Amigo del Tribunal”) con el objeto de adosar al Excmo. Tribunal consideraciones jurídicas relativas a diversos principios y argumentos de derecho constitucional, nacional e internacional de relevancia para la resolución del caso de referencia. Nuestro objetivo es que se rechace la postura del Sr. Defensor General Subrogante de la Provincia del Chubut que, en representación del “por nacer”, interpuso recurso extraordinario contra la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la provincia que autorizó un aborto no punible en los términos del inc. 2, primera parte del art. 86 del Código Penal.

En base a los argumentos que presentamos a continuación, le solicitamos a este Excmo. Tribunal que tenga a la firmante por presentada en el carácter descrito, se incorpore este escrito al expediente referido y se tome en consideración al momento de fallar.

B. ADMISIBILIDAD DE ESTA PRESENTACIÓN

El presente escrito da cumplimiento íntegro a los requisitos establecidos en la *Acordada 28/2004* en lo siguiente:

1) Plazo

La *Acordada 28/2004* autorizó la actuación de los Amigos del Tribunal con respecto a las causas en trámite ante esta Corte y siempre que en ellas se ventilasen cuestiones de trascendencia institucional o que resultasen de interés público. Asimismo, estableció que los memoriales de *amicus curiae* deberán presentarse hasta los 15 días del llamado de autos para sentencia. En este caso el tribunal no ha ordenado aún el pase de autos a sentencia, por lo que este *amicus* se presenta en el plazo establecido.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la *Acordada 14/2006* estableció un sistema de difusión de las causas en trámite mediante su publicación en la página web de la CSJN (prevista en la *acordada 1/2004*) a fin de efectivizar este “provechoso instrumento de participación ciudadana en la administración de justicia”. La creación de este sistema obedeció al hecho de que se da intervención a personas que no actúan en el proceso –en condición de parte ni de terceros- y de que el plazo para llevar a cabo las presentaciones que se contemplan es breve y perentorio.

2) Interés de la organización firmante en la resolución del caso

El Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (en adelante, el programa), es un programa académico dedicado a la investigación jurídica diseñado especialmente para contribuir al avance de los derechos de las mujeres en general y de la salud sexual y reproductiva en particular. Su especialización jurídica se centra en el derecho a la igualdad y la no discriminación, y en los derechos referidos al acceso a los servicios de salud. El Programa ha colaborado con agencias gubernamentales e internacionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas con el objeto de producir conocimiento jurídico en éstas materias y ha presentado escritos como “amigo del tribunal” en diferentes tribunales internacionales como locales, dentro de los cuales se cuentan: ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros contra Costa Rica, 2009; ante la Corte Suprema de Nicaragua en apoyo al recurso de inconstitucionalidad N° 38-2008; ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero, Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (Casos Números 12.496, 12.497 y 12.498) en contra de los Estados Unidos Mexicanos; ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en la acción de Inconstitucionalidad 146/2007; ante la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *R.R. v. Poland Application No. 27617/04*; ante la Corte Constitucional de Colombia en apoyo a la demanda de inconstitucionalidad D 5764, entre otros.

3) Relación con las partes

El Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, que suscribe el presente documento, declara no tener relación alguna con ninguna de las partes de este litigio.

C. FUNDAMENTOS DE ESTA PRESENTACIÓN¹

Argentina ha incorporado dentro de su derecho interno, con rango constitucional, numerosas normativas internacionales que otorgan protección a los derechos humanos de las personas². En lo relevante a esta causa, el reconocimiento que la nación le da a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW por su sigla en inglés), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT por su sigla en inglés) son vinculantes para la República. La autoridad que dichos instrumentos internacionales ejercen sobre el derecho interno argentino se manifiesta en que toda ley de jerarquía inferior debe ser ponderada de acuerdo a los principios constitucionales que han sido establecidos por estas normativas internacionales, es decir, toda normativa de rango legal tiene que estar en concordancia con los derechos fundamentales de las mujeres.

1) Las normas jurídicas que buscan proteger la vida del *nasciturus*, en particular el art. 86 del Código Penal argentino (CP), deben aplicarse de forma consistente con los derechos humanos de las mujeres.

La protección del derecho a la vida, en general, a partir del momento de la concepción, de acuerdo al art. 4 de la CADH y la “reserva” que formuló la Argentina al suscribir la CDN y extender la noción de “niños” a los fetos desde el momento de la concepción,³ son argumentos que se yerguen para validar leyes penales restrictivas

¹ Todas las citas que en su original están en idioma extranjero han sido traducidas por las autoras al castellano.

² Los Tratados Internacionales que tienen jerarquía constitucional y son relevantes a nuestra presentación son los siguientes:

- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.** Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.
- **Declaración Universal de Derechos Humanos.** Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos.** Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por la República Argentina por Ley 23.054.
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313.
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313.
- **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.** Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Ratificada por Ley 23.179.
- **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.** Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.338 (sancionada el 30 de julio de 1986; promulgada el 19 de agosto de 1986 y publicada en el “B.O.” el 26/02/1987).
- **Convención sobre los Derechos del Niño.** Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.849 (sancionada el 27/09/1990; promulgada de hecho el 16/10/1990 y publicada en el “B.O.” el 22/10/1990).

Entre los demás tratados internacionales ratificados y aprobados por la República que mantienen una jerarquía normativa superior a las leyes encontramos la **Convención Interamericana Para Prevenir Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer**, “Convención De 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. Ratificada por la República Argentina por Ley 24.632. (Véase Art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina)

³ El texto de la reserva está disponible online en

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec

sobre aborto. Dichas leyes restrictivas impactan desproporcionadamente los derechos humanos de las mujeres, tales como el derecho a la vida de la mujer, salud, integridad personal, igualdad-no discriminación y garantía contra el trato cruel, inhumano y degradante.

El reconocimiento jurídico de un derecho determinado no significa afirmar que el tal es de naturaleza absoluta, sino que tiene como objeto brindarle protección en concordancia con el sistema jurídico todo y los demás derechos e intereses que éste contiene. En este sentido, de acuerdo al art. 14 de la Constitución Argentina, el ejercicio de los derechos está sujeto a las normas que reglamentan su ejercicio.

La legitimidad de la regulación penal del aborto que busca proteger un interés determinado (proteger la vida del *nasciturus*) y a la vez limitar otros derechos e intereses (por ejemplo vida; salud; igualdad-no discriminación; a ser libre de todo trato cruel inhumano y degradante; autodeterminación, entre otros) está sujeta a ciertos requisitos formales y sustanciales. Los requisitos formales dependerán del sistema jurídico de que se trate e incluyen el que dicha limitación sea sancionada por ley. Los requisitos sustanciales o de fondo son valoraciones relativas a la imperiosidad de dicha limitación dentro de una sociedad democrática. En este sentido tribunales domésticos e internacionales⁴ han desarrollado el test de proporcionalidad. Con pequeñas variaciones, el test prescribe que una regulación que restringe un derecho será legítima si, además de ser sancionada por ley, cumple con tres requisitos de fondo copulativos:

1. Debe perseguir un objetivo necesario para una sociedad democrática: aquí el Estado debe demostrar que la regulación que restringe un derecho persigue un fin suficientemente importante para la sociedad.⁵ En este sentido, la restricción debe motivarse en una necesidad social imperiosa para una sociedad democrática.⁶
2. La implementación de dicho objetivo debe realizarse por medios adecuados y eficaces: los medios son adecuados y eficaces cuando están conectados de modo racional (lógico) con el objetivo que se busca⁷ y vulneran lo menos posible otros derechos.⁸ En este sentido, el medio es adecuado cuando es el más eficaz, el más benigno y está cuidadosamente diseñados sobre la base de evidencia empírica que lo demuestra.⁹ Medios arbitrarios, discriminatorios, muy amplios,¹⁰ vagos¹¹ o excesivamente perjudiciales para los derechos de otros¹² serán inapropiados para alcanzar los objetivos necesarios e importantes que tiene la regulación.
3. El impacto de los medios utilizados sobre otros intereses y derechos debe ser proporcionado: existe un impacto negativo o desproporcionado cuando, a pesar de tener objetivos necesarios instrumentados de modo apropiado, la regulación tiene efectos dañinos evitables por otros medios. Así, una regulación tendrá un impacto

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La *Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 CADH), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par. 46; *Sunday Times v. the United Kingdom*, Application no. 6538/74, Corte Europea de Derechos Humanos, 26 de abril de 1979.

⁵ *Open Door y Dublin Well Woman v. Ireland Judgment* [1992] p. Corte Europea de Derechos Humanos, par. 65; véase *R.v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 p. par 139; véase *R. v. Oakes*[1986] 1 S.C.R. 103 p. par. 69.

⁶ Véase, por ejemplo, *Olsson v. Sweden* [1988] Corte Europea de Derechos Humanos; *Open Door y Dublin Well Woman v. Ireland Judgment*, ibid, par. 70.

⁷ *Open Door y Dublin Well Woman v. Ireland Judgment*, ibid., par. 75 y 76.

⁸ *Women on Waves v. Portugal* [2009] Corte Europea de Derechos Humanos; véase también *R.v. Big M Drug Mart Ltd*, supra nota 5, par. 139; véase *R. v. Oakes*, supra nota 5, par. 70; véase *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. En *Morgentaler* la ley fue invalidada puesto que los medios (autorización por medio de una comisión) no se conectaba en forma racional o lógica con el objetivo de la regulación (la protección del feto y, finalmente, de la salud de la mujer).

⁹ Parliamentary Assembly, Council of Europe, "Access to Safe and Legal Abortion in Europe" Resolution 1607 (2008) section 7.5: "El Parlamento invita a los Estados miembros del Consejo Europeo a que adopte estrategias y políticas públicas apropiadas de derechos sexuales y reproductivos basadas en evidencias concretas, garantizando el mejoramiento continuo y expansivo sobre información y educación desprejuiciada respecto al sexo y las relaciones"; véase *Irwin Toy Ltd v. Quebec (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 927 section VII, D, b, l.

¹⁰ *Open Door y Dublin Well Woman v. Ireland Judgment*, supra nota 5, par. 74.

¹¹ Véase *Irwin Toy Ltd v. Quebec*, supra nota 9, section VII, B.

¹² Véase *Ford v. Quebec* [1988] 2 S.C.R. 712 par. 73; véase *R. v. Oakes*, supra nota 5, par. 68.

desproporcionado cuando sus efectos adversos sobrepasen los beneficios que se pretenden alcanzar.¹³

En el caso de autos, el Ministerio Público Fiscal considera que la interpretación efectuada por el STJ de Chubut del art. 86 inc. 2, que permite el aborto a toda mujer embarazada producto de una violación, es ilegítima por ser contraria al derecho a la vida del feto consagrada por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4) y la reserva a la Convención sobre los Derechos del Niño. Según su parecer, el art. 86 inc. 2° sólo admite aborto no punible en caso de que la violación se cometa en contra de mujer idiota o demente, sólo en este caso concreto la restricción de los derechos de las mujeres no es justificable dentro de una sociedad democrática como la Argentina. A *contario sensu*, podemos concluir que de acuerdo a la alegación del Ministerio Público la penalización del aborto cuando el embarazo proviene de una violación a una mujer sana (no demente o idiota) sí constituye una restricción legítima de los derechos de éstas.

Si la decisión legislativa de penalizar la interrupción de un embarazo producto de una violación de mujer no idiota o no demente está conforme al test de proporcionalidad, entonces:

1. El objetivo del art. 86, la protección de la vida del feto, es necesario, importante e imperioso en una sociedad democrática.
2. La persecución penal establecida en el art. 86 es un instrumento adecuado y eficaz para proteger la vida del feto.
3. El impacto que la persecución penal tiene sobre otros intereses y derechos (derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la igualdad ante la ley y la no discriminación, a la salud, y al ser libre de todo trato inhumano, cruel o degradante consagrados en los arts. 1, 4, 5 y 7 de la CADH, art. 7 del PIDCP, arts. 12 del PIDESC, art. 12 de la CEDAW, y art. 37 (a) de la CDN) es proporcionado.

Como veremos a continuación, una interpretación restrictiva del art. 86 CP, que penaliza el aborto en caso de que el embarazo sea producto de una violación cometida en contra de una mujer no demente o no idiota, no pasa el test de proporcionalidad puesto que falla en los puntos 2 y 3 del test: los medios y el impacto, constituyendo una restricción ilegítima de los derechos e intereses de la mujer protegidos por la Constitución y el Derecho Internacional.

Proteger la vida prenatal es un importante valor social que merece atención y respeto. En este sentido, en 1985 la Corte Constitucional Española afirmó que el feto no es titular de derechos, pero que las provisiones relativas al derecho a la vida y a la dignidad humana establecen una norma general de protección de la vida prenatal.¹⁴ En la misma línea, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que la inducción de un aborto, incluso en contra de la voluntad de la mujer, no se trataba de un homicidio porque el feto no es titular del derecho a la vida.¹⁵ En 2004, la Corte Suprema de Costa Rica también sostuvo que aunque la vida prenatal sea un interés que merece protección, este interés cede en los casos de aborto terapéutico donde la salud de la mujer está en peligro.¹⁶ Asimismo, basándose en el razonamiento del Tribunal Constitucional Español, la Corte Constitucional portuguesa sostuvo que el feto no es titular de derechos aunque sí debe ser protegido como un valor objetivo.¹⁷ Es claro que, a pesar de no ser titular del derecho a la vida, el interés del Estado en proteger la vida prenatal es necesario e importante.

El gran número de abortos clandestinos que se practican cada año evidencian que la penalización del aborto no es un medio adecuado y eficaz para proteger la vida

¹³ Véase *R. v. Oakes*, supra nota 5, par. 70 y 71; Véase Weinrib, L. "The *Morgentaler* judgment: constitutional rights, legislative intention, and institutional design" (1992) 42 *University of Toronto Law Journal* 22.

¹⁴ Véase, Sentencia N° 53/1985 de 11 de Abril de 1985, Tribunal Constitucional de España, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053

¹⁵ *Vo v. France* [2004] Corte Europea de Derechos Humanos.

¹⁶ *Sentencia N° 002792* en Expediente N° 02-007331-0007-CO de fecha 17 de marzo de 2004 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Res: 2004-02792.

http://scij.org.poder-judicial.go.cr/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=XYZ&nValor1=1&nValor2=267744&strTipM=T&strDirSel=directo

¹⁷ Véase, *Acordao N° 75/2010*, Proceso N°s 733/07 y 1186/07, Tribunal Constitucional Portugués.

prenatal. Tanto en Argentina como en otras partes del mundo, la penalización del aborto no disuade a las mujeres de su práctica. Estimaciones del Ministerio de Salud arrojan que en Argentina se realizan, al año, más de 450.000 abortos clandestinos.¹⁸

Más aún, su ineficacia y falta de basamento empírico tiene un impacto negativo y desproporcionado sobre otros intereses y derechos. A modo ejemplar podemos afirmar:

- Las leyes que penalizan el aborto infringen el derecho a la vida y a la integridad física de las mujeres (art. 4 y 5 CADH). Cifras del Ministerio de Salud dan cuenta de que el aborto inseguro en Argentina es la primera causa de mortalidad materna, ocasionando la muerte de más de 100 mujeres por año.¹⁹ En el resto del mundo, más de medio millón de mujeres mueren por causas relacionadas al embarazo y/o parto y el 13% de esas muertes es atribuido al aborto inseguro. Esto significa más de 70.000 fallecimientos anuales debido a abortos practicados en condiciones de riesgo.²⁰
- Las leyes criminales muy restrictivas en materia de aborto son una barrera para el ejercicio del derecho a la salud de las mujeres (art. 12 CEDAW, 12 PIDESC, 24 CDN). Incluso en aquellos casos de aborto no punible los profesionales de la salud se niegan a practicarlo por miedo a persecución penal. Así, la penalización empuja a las mujeres a recurrir a prácticas clandestinas²¹
- Además, las cortes han reconocido que el embarazo forzado genera sufrimiento y ansiedad en las mujeres. En este sentido, y como será desarrollado, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas afirmó que obligar a una mujer a llevar a término su embarazo en determinadas situaciones constituye trato cruel, inhumano y degradante (art. 5 CADH, 7 PIDCP).²²
- Por último, las leyes restrictivas en materia de aborto violan el derecho a la igualdad – no discriminación (art. 1 CADH); por un lado, porque perjudican únicamente a las mujeres pobres que no pueden pagar abortos clandestinos pero seguros²³, y, por otro lado, porque criminalizan un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan.²⁴

En consecuencia, el derecho penal, debido a su carácter restrictivo de las libertades y derechos sólo debe utilizarse en última instancia, es decir una vez agotados todas las demás alternativas. La Corte Constitucional de Colombia también lo expresó así al declarar que si bien el legislador dispone de un amplio margen de configuración en cuanto a la regulación del aborto, dicho margen no es ilimitado, puesto que no puede invadir de forma desproporcionada los derechos constitucionales, ni desprotegerlos, al mismo tiempo que debe reconocer que “al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.”²⁵

Así, antes de recurrir al poder coercitivo penal del Estado se deben llevar a cabo aquellos medios adecuados que efectivamente protegen la vida, es decir, aquellas políticas públicas que buscan:

¹⁸ Edith Pantelides *et. al.*, “Estimación de la magnitud del aborto inducido”, informe preliminar presentado a la Comisión Salud Investiga, Ministerio de Salud de la Nación, 2006

¹⁹ Ministerio de Salud, *Dirección de Estadísticas e Información de Salud, Información Básica 2007*, Buenos Aires, 2007.

²⁰ Heather D. Boonstra *et. al.* “Abortion in Women’s Lives” (2006) *Allan Guttmacher Institute*, p. 14

²¹ Estudios demuestran que de los 20 millones de abortos inseguros que se practican por año, 19 millones ocurren en países en vías de desarrollo con legislaciones penales restrictivas. Allan Guttmacher Institute, “Abortion Worldwide: levels and trends” (2007) p. 21; para mayor información sobre la seguridad a largo plazo del aborto véase Boonstra *et. al.*, *supra* nota 20.

²² *K.L. v. Peru* [2005] Comm. N° 1153/2003: Peru. 22/11/2005, UN Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003

²³ Ver, por ejemplo, Edith Pantelides *et. al.*, “Morbilidad materna severa en la Argentina: trayectorias de las mujeres internadas por complicaciones de aborto y calidad de la atención recibida”, CEDES-CENEP, 2006

²⁴ CEDAW, Recomendación General 24, UN GOAR, 1999, Doc. No. A/54/38/Rev. 1, par. 14

²⁵ *Sentencia C-355/06*, en expedientes D-6122, 6123 y 6124. Corte Constitucional de Colombia, Bogotá, Colombia, 10 de mayo de 2006, p. 235.

- Implementar los cuidados prenatales adecuados para evitar los abortos espontáneos²⁶ y así reducir las muertes neonatales anuales que ocurren con anterioridad a la cuarta semana de vida;²⁷
- Aumentar la disponibilidad y accesibilidad a los servicios de salud reproductiva antes, durante y después del embarazo²⁸ con el objeto de reducir la mortalidad materna, ahora estimada en 529,000 muertes anuales de mujeres embarazadas.²⁹
- Mejorar los factores socio-económicos y culturales que determinan la salud, tales como la reducción de la vulnerabilidad económica y social que sufren las mujeres embarazadas, incluyendo la violencia doméstica y sexual, particularmente el abuso sexual de adolescentes.³⁰
- Regular la interrupción del embarazo bajo un sistema de plazos o indicaciones. Consistentemente con políticas de salud pública que aseguren embarazos y partos seguros, los Estados han elaborado normas de interrupción del embarazo consistente con los derechos de las mujeres. Por ejemplo en 1993, la Corte Constitucional Alemana usó el principio de dignidad humana para requerir la protección al feto a través de sistemas de consejería que informe a las mujeres sobre las implicancias de un aborto.³¹ Otros países como Francia,³² Portugal,³³ y España³⁴ también han usado los servicios de consejería pre-aborto para proteger la vida prenatal en lugar de criminalizar el procedimiento. En 2010, la Corte Constitucional de Portugal sostuvo la constitucionalidad de una ley de 2007 que permitía la interrupción del embarazo durante las primeras 10 semanas con servicios de consejería pre-aborto y tres días de reflexión.³⁵

Lejos de proteger la vida neonatal, la fuerza coercitiva del Estado pareciera estar dirigida a la imposición de un modelo de conducta consistente con una visión patriarcal de la sociedad.³⁶ Estudios empíricos demuestran que en países donde el aborto temprano fue despenalizado, y donde, conjuntamente, se implementaron políticas de salud públicas sobre provisión de anticoncepción y educación sexual, la cantidad de

²⁶ Raj Rai & Lesley Regan, "Recurrent Miscarriage" (2006) 368 *The Lancet* 601; I.A. Green, "Antithrombotic Therapy for Recurrent Miscarriage?" (2010) 362 *New England J. of Medicine* 1630.

²⁷ Joy E. Lawn *et al.*, "4 Million Neonatal Deaths: When? Where? Why?" (2005) 365 *The Lancet* 891; Gary L. Darmstadt *et al.*, "Evidence-Based, Cost-Effective Interventions: How Many Newborn Babies Can We Save?" (2005) 365 *The Lancet* 977.

²⁸ Oona M.R. Campbell & Wendy J. Graham, "Strategies for Reducing Maternal Mortality: Getting on with What Works", (2006) 368 *The Lancet* 1284.

²⁹ OMS, *Maternal Mortality in 2000: Estimates Developed by WHO, UNICEF, UNFPA* (2004), http://www.who.int/reproductive-health/publications/maternal_mortality_2000/mme.pdf.

³⁰ Véronique Filippi *et al.*, "Maternal Health in Poor Countries: The Broader Context and a Call for Action", (2006) 368 *The Lancet* 1535.

³¹ *Judgment of May 28, 1993*, 88 BverfGE 203 (F.R.G.). Tribunal Constitucional Alemán. Una traducción de la sentencia al inglés se puede encontrar en

http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decision/fs19930528_2bvfoo029oen.html.

³² Ley N° 75-17 of 17 Jan 1975 Francia;

http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin=), según las enmiendas introducidas por la Ley N° 79-1204 of 31 Dec. 1979: http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800101&pageDebut=00003&pageFin=&pageCourante=00003).

³³ Ley No. 16/2007, Portugal, Abril 17, 2007.

³⁴ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Boletín Oficial del Estado N° 55, España, 4 de marzo de 2010.

³⁵ Ley No. 16/2007, supra nota 33.

³⁶ "Según los datos disponibles sobre egresos hospitalarios del 2005, 68.869 mujeres recibieron atención en hospitales públicos por abortos incompletos. Este número, junto a las estimaciones de abortos realizados de forma clandestina (...) sugiere que la capacidad disuasoria de la penalización es baja o directamente nula y sólo sirve para extender la inseguridad de la práctica que implica, además, un riesgo de muerte para las mujeres más pobres de nuestra sociedad. Como es sabido, la norma de penalización del aborto opera en un contexto en el que la persecución judicial y policial del delito tampoco es de trascendencia. Si bien no hay reportes oficiales sobre el tema, esa conclusión se desprende de la significativa diferencia observable entre las cifras del aborto clandestino y las de mujeres encarceladas por el delito de aborto. Por lo tanto, la reticencia a reformar la actual regla de penalización a pesar de su comprobada ineficacia es otro reflejo más del doble estándar en el que opera el control del cuerpo de las mujeres ejercido a través de la criminalización del aborto." Silvina Ramos, Paola Bergallo, Mariana Romero, Jimena Feijoó, "El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina" en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009 p. 481.

abortos disminuyó sustancialmente.³⁷ El instituto de investigación Allan Guttmacher sostiene que el estatus legal del aborto no determina su incidencia.³⁸ Los registros de aborto más bajos se encuentran en Europa, donde la práctica está disponible y es legal en la mayoría de los países.³⁹ Lejos de aumentar la cantidad de abortos, la disponibilidad y el acceso al aborto legal aseguran que un mayor número de abortos sean seguros.⁴⁰ Un buen ejemplo de esto y de la consejería que se entrega antes de la realización de un aborto y que brinda una protección más efectiva a la vida prenatal, la constituye la Ley Orgánica N° 2/2010 de España. En su preámbulo se asevera que

La experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer.⁴¹

En resumen, este sistema requiere que la mujer, al momento de tomar la decisión de abortar se le informe de⁴²:

- Otras alternativas a la interrupción del embarazo como la adopción.
- Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.
- Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.
- Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.
- Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.
- Las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

2) Obligar a las mujeres a llevar a término un embarazo que proviene de una violación constituye un trato cruel, inhumano y degradante en violación a los arts. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Uno de los principios constitucionales basados en normativas internacionales con un claro deber de protección es el respeto a la integridad física, psíquica y moral de toda persona, y que trae como consecuencia el que nadie sea sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5 CADH y 7 PIDCP).⁴³

³⁷ Allan Guttmacher Institute, supra nota 21; Alan Guttmacher Institute, "Sharing responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide" (New York: The Alan Guttmacher Institute, 1999).

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Rebecca Gomperts, Joanna Erdman y Susan Newell, "Legal Advocacy Letter to Google on behalf of Women on Waves" available at <http://www.womenonwaves.org/download.php?id=2019>; David A. Grimes et al. "Unsafe Abortion: the Preventable Pandemic" (2006) 368 *The Lancet* 1908, p.1910.

⁴¹ *Ley Orgánica 2/2010*, supra nota 34, Sec.I, p.21003.

⁴² Ibid., Art. 17.

⁴³ Véase Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens y Mahmoud F. Fathalla, *Salud Reproductiva y Derechos Humanos* (Bogotá: Profamilia Colombia, 2003), pp. 162 y 163.

Cuando se obliga a una mujer a soportar en su cuerpo las consecuencias de un acto criminal cometido por otro en su contra, se la re-victimiza, daña psicológica y moralmente y, en consecuencia, se la somete a un trato cruel, inhumano y degradante. Esta evidente violación al derecho internacional y al derecho argentino se agrava cuando la mujer, aun cumpliendo con los requisitos jurídicos necesarios para practicarse un aborto legal, se le niega dicho servicio o se establecen barreras que no están especificadas en la ley, es decir, sin fundamento jurídico sustentable.

Argentina, al igual que todo otro Estado firmante del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tiene el deber de proteger a todas las mujeres habitantes de la nación de dicho maltrato mediante medidas legislativas y de otra índole, sin importar si el accionar es cometido por personas que actúan en representación del Estado, en capacidad oficial, fuera de su capacidad o de manera privada.⁴⁴

Forzar a una mujer a continuar un embarazo en contra de su voluntad, particularmente cuando el acto sexual que da origen a la gestación no fue consentido, constituye maltrato, es decir trato cruel, inhumano y degradante.⁴⁵ El Comité de Derechos Humanos (CDH) no considera necesaria la existencia de una lista taxativa de actos prohibidos para dejar establecido lo que constituye maltrato, sino que entrega lineamientos generales que, de acuerdo a la naturaleza, propósito y gravedad de la acción puede clasificarse como tal.⁴⁶ Además, el daño o sufrimiento causado puede ser tanto de índole física como psicológica. El objetivo de la protección y la prohibición de maltrato, así como el derecho a ser libre de tratos crueles, inhumanos o degradantes consiste en prestar protección a la dignidad e integridad psíquica de la persona.⁴⁷

El CDH ha señalado que para establecer si se ha infringido el art. 7 del PIDCP es necesario tomar en consideración las circunstancias del caso en particular, es decir, la duración y tipo de maltrato, los efectos físicos o psicológicos del mismo y las características particulares de la víctima tales como el sexo, la edad y el estado de salud.⁴⁸ En el caso de autos, la niña era menor de edad (15 años), fue violada por su padrastro, con quien convivía, quedó embarazada y estuvo más de dos meses frente a los tribunales de justicia solicitando autorización judicial para someterse a un aborto no punible. Para otorgar dicha autorización, las distintas instancias judiciales la sometieron a innumerables estudios clínicos y psicológicos. Gran parte de los estudios psicológicos arrojaron que la menor presentaba sintomatología depresiva e ideación suicida en reacción a las humillaciones y abusos a las que había sido sometida por su padrastro desde los once años.⁴⁹ Los malos tratos que comienzan desde el tiempo de los abusos sexuales cometidos por su padrastro continúan aún luego de la denuncia ante la justicia, cuando se ve forzada a continuar un embarazo producto de la violación en espera de autorización para interrumpirlo.

El ideario suicida provocado por un embarazo forzado es cruel, inhumano y degradante. Los tribunales de justicia de otros países como por ejemplo Irlanda del Norte han considerado que el riesgo de suicidio de una mujer embarazada constituye de hecho una amenaza a la vida de la mujer, y que esta amenaza no sólo se traduce en aquellos daños físicos que la mujer pudiese experimentar en su propio cuerpo, sino que en la angustia mental que el estado suicida pudiese imponerle.⁵⁰

El CDH considera que la observancia y cumplimiento del art. 7 son absolutos y no acepta ningún tipo de excepciones. Es decir, la prohibición de maltrato no admite justificaciones de ningún tipo, ni siquiera a causa de circunstancias extenuantes.⁵¹ En 1997 este mismo Comité observó respecto de Perú su preocupación por aquellas leyes penales que buscan procesar criminalmente a una mujer que se ha provocado un aborto. Consideró que dichas disposiciones y sus fatales consecuencias solamente

⁴⁴ *Comentario General* No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7) : . 10/03/92., par.. 2.

⁴⁵ Véase Ana, Beatriz y Cecilia González Pérez v. México, Informe N° 53/01, Caso 11.565, 4 de abril de 2001, par. 27.

⁴⁶ *Comentario General* No. 20, supra nota 44, par. 4.

⁴⁷ *Ibid.*, par.. 2.

⁴⁸ Vuolanne v. Finland, Comm. No. 639/1995, Hum. Rts. Comm. (28 July 1997) par.. 9.2.

⁴⁹ Sentencia Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut en autos caratulados: "F., A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" (Expte. N° 21.912-F-2010) 8 de marzo de 2010.

⁵⁰ *Family Planning Association of Northern Ireland v. Minister for Health Social Services and Public Safety*, [2004] NICA 39 (Court of Appeal) at par. 52.

⁵¹ *Comentario General* No. 20, supra nota 44, par. 13.

podían significar que las mujeres eran sometidas a tratos inhumanos y a la violación de los Arts. 3, 6 y 7 del PIDCP, sugiriendo que dicha legislación debía enmendarse.⁵²

La Comisión contra Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, al menos desde 1949, ha condenado tajantemente la instrumentalización del cuerpo de la mujer con el propósito de servir los intereses del Estado. Esta condena, comprende tanto el forzamiento de los embarazos como de los abortos por constituir un atentado a la autonomía y dignidad de la mujer así como un tratamiento cruel, inhumano y degradante.⁵³

3) El Estado de la República Argentina tiene la obligación de tomar todas las medidas de protección que la adolescente requiera por su condición de menor, sin discriminación alguna en base a su condición social o económica (art. 24 PIDCP).

La obligación de Argentina de brindar protección a la mujer adolescente por su calidad de menor de edad, incluye su acceso a un aborto no punible seguro, cumpliéndose los requisitos legales. Dicho acceso no puede estar restringido o liberalizado de acuerdo a la capacidad económica de la menor o su familia. El Comité de los Derechos del Niño, ha declarado que las adolescentes embarazadas deben tener acceso a los servicios de salud adecuados a sus derechos y necesidades particulares.⁵⁴ De igual forma, manifestó su preocupación

por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal.⁵⁵

Por lo anterior, le recomendó a la Argentina que adopte las medidas que le permitan eliminar la desigualdad existente entre las provincias en cuanto al acceso a los servicios de salud y también

Adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas; [y también] enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente (...) en lo que respecta al aborto legal⁵⁶

Aquellos países que no implementan normas jurídicas que protegen a los adolescentes de violencia y discriminación violan el art. 24 del PIDCP y los arts. 3, 19 y 24 de la CDN. Atender al “interés superior del niño” implica que Argentina tiene que asegurarse que las instituciones, servicios y establecimientos cumplan con la normativa vigente, especialmente en materia de salud, brindando los cuidados y prestaciones que le ayuden a disfrutar el más alto nivel posible de salud, incluyendo la salud reproductiva (art. 3 de la CDN relacionado con el art. 24 del mismo instrumento). De este modo, tiene el deber de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a la adolescente en contra de los prejuicios, los malos tratos y el abuso sexual, entre otros (art. 19 de la CDN).

Las adolescentes de todo el mundo tienen un alto riesgo de sufrir varias formas de abuso sexual, incluyendo la violación, el incesto, la explotación sexual y la esclavitud sexual.⁵⁷ Los esfuerzos sociales y gubernamentales, más que la imposición de una moralidad determinada, debieran dirigirse a poner término a estas flagrantes

⁵² Peru, ICCPR, A/52/40 vol. I (1997) 28, par.. 160; Peru, ICCPR, A/56/40 vol. I (2001) 45 par.. 76(20).

⁵³ U.N. War Crimes Comm'n, Trial of Ulrich Greifelt and Others, 8 Law Reports of Trials of War Criminals 1-3 (1949).

⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General N.º 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, 1 de julio de 2003, Doc. de la ONU CRC/GC/2003/4, par. 31.

⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Argentina. 54º período de sesiones, Ginebra, 21 de junio de 2010 (CRC/C/ARG/CO/3-4), par. 58.

⁵⁶ Ibid., par..59.

⁵⁷ Center for Reproductive rights, Implementing Adolescent Reproductive Rights Through the Convention on the Rights of the Child, Briefing Paper, September 1999, p.18.

violaciones a los derechos sexuales o reproductivos de las adolescentes.⁵⁸ Más aún, la violencia en contra de la adolescente se manifiesta en dos frentes: por el abuso sexual en sí mismo y por el forzamiento a mantener una condición—el embarazo—que no está preparada emocionalmente para asumir en tales circunstancias.⁵⁹ Es responsabilidad del Estado desempeñar un rol directo que le permita asegurarse que los menores de edad no estén expuestos a experiencias que sobrepasan sus capacidades evolutivas, y al mismo tiempo equilibre el derecho del niño a recibir protección con su derecho a participar en aquellas decisiones y acciones que tiene madurez para afrontar.⁶⁰

La sexualidad de los adolescentes se construye en base a concepciones tradicionales de género que diferencian claramente las expectativas de hombres y mujeres. La legislación penal argentina ha reconocido la vulnerabilidad de las adolescentes al elevar las penas en caso de abuso sexual de menores de edad.⁶¹ Esta vulnerabilidad se manifiesta incluso en que las adolescentes víctimas de violación ni siquiera confían en que pueden oponerse al abuso sexual.⁶²

Son las niñas adolescentes las que se ven desproporcionadamente afectadas por no tener acceso a servicios e información comprensiva de salud sexual y reproductiva, ya que son ellas las que se enfrentarán con el estigma social de un embarazo temprano (que implica la presunción de haber mantenido relaciones sexuales a temprana edad y fuera del matrimonio). El gobierno que no proporciona dichos servicios o información viola el derecho que toda adolescente tiene a ser libre de discriminación.⁶³

Asimismo, la protección que por obligación la República Argentina debe brindar a todo menor de edad engloba, en virtud del art. 37 (a) de la CDN, la obligación de los Estados Partes a la convención de velar para que “ningún niño sea sometido a (...) tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.” El forzar a una adolescente a continuar con su embarazo en contra de su voluntad es un trato inhumano. En este sentido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) condenó al Perú por su responsabilidad al negarle acceso a un servicio de aborto legal a una adolescente (K.L.) que cumplía con todos los requisitos establecidos en la legislación peruana para procurarlo.⁶⁴ Se le obligó a llevar a término un embarazo, dar a luz, y luego amamantar al recién nacido a pesar de que un examen prenatal había revelado que el feto era anencefálico y que, de nacer vivo, no sería viable. El recién nacido falleció a los cuatro días de su nacimiento. El Comité declaró que en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el trato forzado al que se había sometido a esta joven violaba directamente su derecho a ser libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes y a las medidas de protección que su condición de menor requiere.

4) Argentina tiene el deber de proteger en igualdad jurídica la autonomía moral y la capacidad de agencia de la mujer (art. 24 CADH y 26 PIDCP) y así eliminar los estereotipos de género (art. 5 (a) CEDAW)

Los estereotipos de género aluden a una construcción social y cultural sobre lo que es una mujer en base a sus características físicas, biológicas, sexuales, y a su función o rol en la sociedad. Estos se vuelven discriminatorios cuando a través de su operación “ignoran características individuales, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias de modo que niegan a cierto grupo sus derechos humanos y sus

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Center for Reproductive Law and Policy and Estudio para la defensa de los derechos de la mujer (DEMUS). *Women of the World: Laws and Policies Affecting Their Reproductive Lives. Latin American and the Caribbean. Progress Report 2000.* (Nueva York: Center for Reproductive Law and Policy, 2001), p. 10.

⁶⁰ Garison Lansdown, *Innocenti insight: La evolución de las facultades del niño.* Centro de Investigaciones Innocenti, de UNICEF, 2005, p. 51.

⁶¹ Véase el art. 125 del CP enmendado por el art. 5 de la Ley 25.087, B.O. 14/5/1999.

⁶² Center for Reproductive Law and Policy y DEMUS, *supra* nota 59, p. 14; Véase Rebecca J. Cook *et. al.*, *supra* nota 43, pp.270 a 291.

⁶³ Center for Reproductive Rights. *Gaining Ground. A tool for Advancing Reproductive Rights Law Reform. Chapter X: Adolescents' Reproductive Rights,* (Nueva York: Center for Reproductive Rights, 2006), p. 99.

⁶⁴ *K.L. v. Peru*, *supra* nota 22.

garantías fundamentales, a través de la creación de jerarquías de género.”⁶⁵ Así, entender cómo la ley reproduce, perpetúa y contribuye a los estereotipos de género es entender cómo las mujeres experimentan la inequidad de género.

El art. 5 (a) de la CEDAW obliga a los Estados Partes, incluidos la República Argentina, a identificar, reconocer y eliminar los estereotipos tomando todas las medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales de conducta y así excluir los prejuicios y las prácticas basadas en la costumbre, en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de ellos. Este artículo claramente condena los estereotipos de género por constituir discriminación en contra de la mujer.

La interpretación restrictiva del art. 86 CP, es decir, la penalización de la interrupción de un embarazo producto de la violación de una mujer que no es idiota ni demente, expresa una falta de reconocimiento de la autonomía moral de la mujer. Además, manifiesta un modelo de mujer que refleja creencias culturales basadas en estructuras de género opresivas y fundamentalismos religiosos. Este único modelo socialmente válido, de acuerdo a este sistema, se basa en dos estereotipos identificables:

1. la mujer-vasija reproductiva de la humanidad: este estereotipo está basado en las características biológicas y fisiológicas de la mujer que le permiten quedar embarazada. La redacción del art. 86 advierte en su prosa una concepción y definición ontológica de la mujer en base a esas características que marcan su rol reproductivo.⁶⁶ El inciso 1° utiliza el término “madre” para referirse a la mujer embarazada, es decir, considera que por el mero hecho de estar embarazada, una mujer se convierte automáticamente en una madre. La palabra “madre”, usada en remplazo de la palabra “mujer”, insinúa que la maternidad es intrínseca y natural a la condición femenina, significándola en base a su función reproductiva.⁶⁷
2. la mujer-madre abnegada dispuesta al sacrificio: este estereotipo está basado en el rol que se asigna a la mujer en la sociedad por su capacidad reproductiva, donde existe una expectativa social de que ella privilegie la maternidad ante cualquier otro plan de vida y, en caso de no hacerlo, reciba una clara sanción.⁶⁸ Una interpretación restrictiva del art. 86 inc. 2° refleja nociones opresivas sobre el rol social adecuado de la mujer y su verdadera naturaleza. Dicha naturaleza debe llevarla al sacrificio, incluso sacrificando su propia sanidad mental en pos de un futuro hijo potencial. La mujer que se ajusta a este estereotipo está deseosa de retrotraerse del mundo y abandona sus propios intereses para abocarse exclusivamente al bienestar de sus hijos y la continuidad de la raza humana. Así, las mujeres que se practican abortos son consideradas egoístas y moralmente inferiores a aquellas que no lo hacen.⁶⁹

La autonomía moral, que ontológicamente le corresponde a la mujer por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana, es cuestionada cuando ésta se encuentra embarazada. Reva Siegel sostiene que la latente presunción de que la maternidad es la condición “normal” y “merecida” de la mujer hace que los gobiernos pasen por alto las enormes consecuencias y costos que ello implica sobre la mujer y que la legislación

⁶⁵ R. Cook & S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010) p. 20.

⁶⁶ La Corte Constitucional de Colombia afirmó que “el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear” *Sentencia C-355/06*, supra nota 25, p. 246.

⁶⁷ D. Maffía, “Aborto no punible: ¿qué dice la ley?” en Susana Checa ed., *Realidades y Coyunturas del aborto: entre el derecho y la necesidad* (Buenos Aires: Editorial Paidós, 2006), p. 150.

⁶⁸ De acuerdo a la Corte Constitucional de Colombia la dignidad humana como valor intrínseco de todo ser humano protege “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).” Asimismo la Corte reconoce que dentro de las decisiones que informan el plan de vida se incluye la autonomía reproductiva que se manifiesta concretamente en una prohibición de asignarle a la mujer roles de género estigmatizantes o de infringirle un dolor moral deliberado. *Sentencia C-355/06*, supra nota 25, pp. 243 a 245.

⁶⁹ M. Boyle, *Re-thinking Abortion: Psychology, gender, power and the law* (New York: Routledge, 1997)

les impone.⁷⁰ Estas presunciones se vuelven aparentes en los casos de abortos no punibles. En el caso del aborto terapéutico, por ejemplo, las mujeres sólo pueden escapar a la imposición de la maternidad cuando son físicamente incompetentes para ello. Lo mismo, al restringir la interpretación del inciso 2° del art. 86 CP a los casos de la mujer idiota o demente, se la posiciona bajo el alero de un Estado paternalista, que por razones eugenésicas de protección al *nasciturus* y a la presumida incompetencia de la madre, sí le permite eliminar el producto de la concepción. Pareciera que la no punición del aborto se liga a la calificación de reproche del acto criminal, donde la violación de una mujer que tiene todas sus facultades mentales en orden es menos reprochable que la de una mujer que no; a la capacidad o incapacidad de la futura madre; y al tipo de ciudadano que estamos creando para la sociedad, por la posibilidad de que también sean idiotas o dementes.

El uso del aparato estatal o cualquier otra fuerza coercitiva para obligar a las mujeres a que continúen con su embarazo es una forma de opresión legal análoga a la violencia contra las mujeres. De hecho, el embarazo forzado ha sido comparado a la violación, en cuanto obliga a las mujeres a que, contra su voluntad, sirvan a través de sus cuerpos a los intereses de aquel que ejerce la fuerza y el poder sobre ellas.⁷¹ En el caso de autos, la adolescente no consintió a la relación sexual con lo que ya se ha vulnerado su autonomía moral y autodeterminación sexual. Además, quien perpetró el hecho aberrante mantenía con ella una relación de convivencia en base al poder y la autoridad, representaba la figura paternal y el principal modelo de masculinidad en su vida. Luego, una vez que se ha puesto final al abuso sexual y se busca hacer uso de un derecho legal adquirido (aborto no punible, en servicio de salud pública, de forma segura y sanitaria) se le impone pasar por tres instancias judiciales con el objeto de conseguir una dispensa judicial para ejercer un derecho reconocido por ley.⁷² Este modelo ambiguo reconoce un derecho pero no permite ejercerlo de forma pronta y eficaz, y aun conociendo que las consecuencias de un embarazo y posterior maternidad recaerán exclusivamente en la mujer, valora su voluntad como de menor importancia en el proceso de decisión respecto del aborto.

La falta de reconocimiento a la autonomía moral de las mujeres que se deriva de la penalización del aborto tiene, además, un efecto pernicioso en su participación de en la vida política, social y económica del país: se ve a las mujeres como incapaces de ejercer la función pública correctamente, porque naturalmente pertenecen al ámbito doméstico. La eliminación de factores que restringen el desarrollo y adelanto de la mujer tanto en el ámbito público como el privado es una obligación que la Argentina tiene bajo el art. 3 de la CEDAW, en cuanto se le exige tomar “en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”

Exigirle a una mujer que lleve adelante un embarazo en contra de su voluntad implica imponerle un estándar de conducta heroica que no se condice con sus propios valores, sino con una expectativa social externa perfeccionista.⁷³ Particularmente, forzar a una mujer a continuar con un embarazo no deseado que ha sido resultado de una violación implica utilizar y objetivar su cuerpo para el cumplimiento de ideologías ajenas, negándole así su igualdad en dignidad y derechos y disminuyendo hasta casi anular su capacidad de agencia para tomar decisiones relevantes a su proyecto de vida. Este accionar del Estado constituye violación del art. 24 de la CADH, 26 del PIDCP y 14 de la Constitución.

Los compromisos ideológicos, cualquiera sea el origen de éstos, no son una justificación válida desde el derecho para denegar un servicio de salud cumpliéndose

⁷⁰ Reva Siegel, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, 44 STAN. L. REV 261, 362–63 (1992).

⁷¹ Ellen Willis, *Abortion: Is a Woman a Person?*, in *Powers of Desire: The Politics of Sexuality* 460, 473 (Ann Snitow et al. eds., 1983); Para más información respecto de la estereotipación de género, véase M. Bellucci, “Women’s struggle to decide about their own bodies: abortion and sexual Rights in Argentina” (1997) 5 (10) *Reprod Health Matters*. 99-106

⁷² En este sentido, la Corte Constitucional colombiana señaló que, en casos de violación, “la buena fe y la responsabilidad de la mujer embarazada se presumen”, requiriendo, únicamente, la copia de una denuncia penal. *Sentencia C-355/06*, supra nota 25.

⁷³ *Sentencia C-355/06*, supra nota 25, p 98.

los requisitos legales establecidos para su otorgamiento. Por ejemplo, México reconoció su responsabilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en acuerdo amistoso, por haberle negado a una adolescente víctima de abuso sexual un aborto legal debido a que el hospital ostentaba compromisos ideológicos con la religión católica.⁷⁴

La Comisión Europea de Derechos Humanos ha dictaminado que en aquellos casos de aborto no punible los terceros no deben interferir u obstruir la decisión de abortar de una mujer mediante el otorgamiento de autorizaciones o su negativa y consecuente forzamiento a la continuación del embarazo en contra de su voluntad.⁷⁵ Este tipo de interferencias afectan la capacidad de agencia de las mujeres, sin recursos económicos que acuden a los servicios públicos de salud en búsqueda de atención, y su derecho a autodeterminarse y ejercer autonomía en sus decisiones reproductivas.

Argentina ha reconocido en distintas instancias judiciales que no incumbe jurídicamente requerir autorización judicial para que se lleve a cabo un aborto no punible, por lo que “no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo en tanto la intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de sus reglas del arte de curar (...)”⁷⁶ Sin embargo el hecho de que se sigan presentando ante los tribunales superiores de las distintas provincias solicitudes de autorización para la realización del aborto, sugiere que se hace necesario establecer un criterio unificado nacional que explique y establezca un protocolo claro respecto de cómo se cumplen con los requisitos del art. 86 inc. 2º, y de qué forma se deben prestar los servicios de interrupción de embarazo en forma coherente con los derechos humanos de las mujeres.

Así también lo ha expresado la Corte Constitucional de Colombia al declarar que los derechos sexuales y reproductivos se basan en el principio de dignidad de las personas y de sus derechos a la autonomía e intimidad, dónde uno de los componentes esenciales lo constituye el derecho de toda mujer “a la autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así lo han reconocido las diferentes convenciones internacionales”⁷⁷ Para una consagración y protección efectivas se hace necesario que la igualdad, la equidad de género y la libertad de la mujer son esenciales para el desarrollo de la sociedad y la promoción de la dignidad de todos los miembros de la especie humana y el progreso de la humanidad basado en la justicia social.⁷⁸

Desde otra perspectiva, la instrumentalización de la mujer se evidencia cuando, a través de la ley, el Estado obliga a las mujeres a ceder su cuerpo a sus hijos antes de que nazcan sin exigir esta misma instrumentalización a los padres. Aun cuando se reconoce como principio jurídico que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, el hombre nunca está obligado jurídicamente a sacrificar su cuerpo por el bienestar de sus hijos. Aun si la supervivencia del niño depende de transfusiones de sangre o donación de médula ósea que su padre puede proveer, no hay provisiones legales que obliguen al padre a donar.⁷⁹ Por lo tanto, la protección a la integridad física y a la autonomía de los padres posteriores al nacimiento del niño no es equivalente a la que la ley hace de las madres antes del nacimiento, aunque los riesgos derivados de la donación de sangre o médula ósea sean mucho menores que los derivados de la gestación y del parto. Esto claramente violenta una protección y exigencia legal que debe llevarse a cabo en igualdad (art. 14 de la Constitución).

⁷⁴ *Annual Report of the Inter-American Commission of Human Rights*, Friendly Settlement, Petition 161-02, Paulina (Mexico).

⁷⁵ Véase *Paton vs. United Kingdom*, Application No. 8416/78 ante la Comisión Europea de Derechos Humanos; véase también Rebecca Cook, Bernard Dickens & Mahmoud Fatalla. *Reproductive Health and Human Rights: integrating medicine, ethics, and law* (New York: Oxford University Press, 2003), p. 177.

⁷⁶ Véase Gobierno de la República Argentina. VI Informe periódico sobre el cumplimiento de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer presentado ante el CEDAW. Periodos 2004-2007. En: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 18 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Sextos informes periódicos de los Estados partes: Argentina. 8 de septiembre de 2008(CEDAW/C/ARG/6).

⁷⁷ *Sentencia C-355/06*, supra nota 25, p. 234.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 235.

⁷⁹ Véase *McFall v. Shimp*, 10 Pa. D. & C.3d 90, 91 (Allegheny County Ct. Com. Pl. 1978); véase también Katherine A. Taylor, *Compelling Pregnancy p. Death's Door*, (1997) 7 *Colum. J. Gender & L.* 85, p. 125

La jurisprudencia y legislaciones en muchos países han reconocido el derecho del hombre de retirar su consentimiento para que se implanten embriones que ya habían sido fertilizados con su semen.⁸⁰ Los tribunales de justicia alrededor del mundo no han tenido problema alguno en afirmar la libertad de los hombres de no convertirse en padres. La paternidad “forzada” de un hombre en las circunstancias descritas implican autorizar que su material genético sea usado del modo en que él ya había consentido previamente cuando se llevó a cabo la fertilización, mientras que la maternidad forzada en una mujer significa una considerable demanda física y emocional durante el embarazo, el parto y la crianza de los hijos, y muchas veces implica que su material genético sea utilizado de forma en que ella nunca consintió.⁸¹

5) La República Argentina tiene la obligación local e internacional de garantizar la seguridad y certeza jurídica de la ley para que toda mujer que cumple con los requisitos establecidos por ella tenga acceso igualitario, efectivo y pronto a los servicios de salud reproductiva que le son propios.

El derecho de toda mujer de planificar su vida de acuerdo a sus prioridades y aspiraciones se basa también en la confianza y certeza jurídica del Estado de Derecho argentino. Esta certeza y confianza parte de la premisa que las mismas reglas se aplican a todos, sin distinciones de género o por la condición socioeconómica de las personas. La criminalización del aborto vulnera el derecho a la salud de las mujeres sobre bases discriminatorias: deniega el acceso al aborto a mujeres en situación desventajosa estableciendo discriminación *de facto* entre mujeres de distinta condición socioeconómica, y penaliza una práctica que sólo las mujeres necesitan estableciendo discriminación *de jure* y *de facto* entre hombres y mujeres.

La criminalización del aborto establece una discriminación de facto entre las mujeres de distinta condición socioeconómica, puesto que afecta principalmente el acceso a los servicios de salud reproductiva asociados al mismo de aquellas mujeres que se encuentran en una situación desventajosa, tanto por falta de información como por la imposibilidad de pagar por un aborto seguro, sin cuestionamientos y sin “judicialización” dentro del sector privado de la salud. La discriminación en el acceso al aborto entre mujeres ricas y mujeres pobres es imputable al Estado argentino. La “judicialización” del aborto no punible en los hospitales públicos es una práctica ilegítima no requerida por el Código Penal e impone la carga de pasar por un proceso burocrático, engorroso y prolongado que sólo afecta a las mujeres que no pueden pagar por un aborto en una clínica privada.⁸²

En Argentina, la enorme mayoría de las mujeres que solicitan abortos no punibles en hospitales públicos son sometidas a largos procesos judiciales para conseguir una autorización para acceder a la práctica. Estos procesos, además de burocráticos y dilatorios, son ilegales, porque representan la imposición de un requisito de facto que el Código Penal no prescribe. El efecto disuasorio que la penalización tiene sobre los profesionales de la salud es reportado por institutos de investigación⁸³ y contemplado por cortes internacionales⁸⁴ y domésticas⁸⁵.

La diferencia de trato que se da en las mujeres de distinto estrato socio-económico no puede justificarse en base a argumentos de igualdad formal. Aunque la norma en sí no haga distinción alguna en el trato, a su vez que exige a todas las mujeres los mismos requisitos, el hecho de que en la práctica los recursos económicos permitan a algunas mujeres obtener un aborto en el sector de salud privada sin cuestionamientos, ni esperas innecesarias, constituye una evidente discriminación, pero más aun, significa como consecuencia que solo algunas tienen la capacidad de dirigir su vida de acuerdo a sus propios principios, valores o aspiraciones y otras tiene

⁸⁰ A.Z. v. B.Z., 725 N.E. 2d 1051, 1058 (Mass. 2000); véase también Evans v. U.K., 6339/05 Eur. Ct. H.R. (2006); cf. CA 2401/54 Nachmani v. Nachmani [1996] IsrSC 50(4) 661.

⁸¹ R. Cook & S. Howard, “Accommodating Women’s Differences under the Women’s Anti-Discrimination Convention” (2007) 56 *Emory Law Journal* 1039, p.1075

⁸² Cynthia Steele and Susana Chiarotti, “With everything exposed: Cruelty in Post-abortion care in Rosario, Argentina” *Reproductive Health Matters* 2004;12 (24 Supplement):39-46 p. 40

⁸³ Alan Guttmacher Institute, supra nota 37, p. 23

⁸⁴ *Tysiack v. Poland*, App. No. 5410/03 (2007) (European Court H.R.), par. 56.

⁸⁵ Ver, por ejemplo, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “O., M.V. s/ víctima de abuso sexual”(21/02/2007), voto del juez Loustaunau.

que conformarse con someterse a los valores y aspiraciones de los proveedores de salud.

La Corte Constitucional Colombiana ha declarado que cuando el aborto es penalizado y pobremente regulado se afecta desproporcionadamente a mujeres pobres, menores de edad, habitantes de zonas rurales, indígenas, y a aquellas en situación de desplazamiento forzado. Esto también se ve en Argentina, donde la mortalidad maternal en la Ciudad de Buenos Aires es de 1.8 por cada 10,000 recién nacidos vivos, mientras que en provincias significativamente más pobres, como Formosa, el índice es de 16.5 por cada 10,000 nacidos vivos.⁸⁶

De la misma manera, la criminalización del aborto establece una discriminación de jure y de facto entre mujeres y hombres, puesto que penaliza una práctica médica, un servicio de salud, que sólo las mujeres necesitan. El problema de la criminalización del aborto puede definirse como “la inhabilidad de la sociedad de acomodar las diferencias biológicas de las mujeres y reparar la discriminación social que sufren en base a esas diferencias.”⁸⁷ Actualmente no existen procedimientos médicos necesarios para preservar la salud de los hombres que el sistema jurídico argentino penalice. La penalización de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan constituye una violación al art. 2(f) de la CEDAW ya que los Estados Partes tienen el deber adoptar las medidas adecuadas para modificar o derogar toda aquella norma jurídica, reglamentaria o social que constituya discriminación contra la mujer.

La Organización Mundial de la Salud manifestó que los derechos a la no discriminación y equidad implican que los Estados reconozcan las diferencias entre las necesidades de los distintos grupos, y provean los servicios de salud de acuerdo a esas diferencias.⁸⁸ Por sus diferencias biológicas, las mujeres, como grupo, tienen necesidades específicas en relación a su salud, distintas de las de los hombres; pero, además, se ven más perjudicadas que los hombres por factores sociales determinados. Concretamente, la prevalencia de la pobreza y la dependencia económica que sufren las mujeres en relación a los hombres, su experiencia con la violencia de género y la discriminación agregada de factores raciales o étnicos⁸⁹ disminuyen su poder para negociar su sexualidad y otros asuntos que conciernen a sus vidas, lo que eventualmente impacta de forma negativa en su salud.⁹⁰

La CEDAW ha declarado que la denegación a proveer servicios de salud que sólo las mujeres necesitan, como cuidados obstétricos, tratamiento de cáncer de cuello de útero, anticonceptivos de emergencia y servicios de aborto seguro implica una forma de discriminación que los estados deben remediar.⁹¹ Además, el requerimiento de autorización judicial para llevar a cabo un procedimiento médico exclusivo de la mujer, que la normativa no establece expresamente, es simplemente una barrera innecesaria de carácter arbitrario que interfiere con su derecho a recibir atención médica en igualdad de condiciones que los hombres. A estos últimos nunca se les exige autorización judicial previa para someterse a un procedimiento médico, cualquiera sea la consecuencia de aquel.

El estigma que recae sobre las mujeres que se practican un aborto o los médicos que los proveen, debido a su sanción penal, disuade a las mujeres de buscar asistencia médica y a los profesionales de la salud de brindar asistencia oportuna. La penalización del aborto tiene un efecto simbólico muy fuerte en su calificación moral, puesto que a pesar de su ineficacia para proteger la vida y otros derechos e intereses en conflicto, da la impresión de que se resguarda un orden moral determinado que permite ignorar las consecuencias fácticas de la criminalización: el alto número de abortos clandestinos en condiciones inseguras e insalubres.⁹² De esta manera, la inherente inmoralidad que se adjudica a su práctica sirve de justificación para la utilización de mecanismos y barreras que impiden las prestaciones de salud asociadas.

⁸⁶ ELA, 2009. Elaborado de la base de datos del Ministerio de Salud.

⁸⁷ R. Cook y S. Howard, supra nota 81, p. 1040.

⁸⁸ Organización Mundial de la Salud, “The right to health,” Factsheet 31, pp. 7-8

⁸⁹ Véase la situación de particular de las mujeres Roma en, por ejemplo *AS v. Hungary* [2006] UN Committee on the Discrimination against Women.

⁹⁰ OMS, supra nota 88, p. 12.

⁹¹ CEDAW, supra nota 24, par.11.

⁹² L. Casas, “Capítulo Cuatro: Salud” in Cristina Motta and Macarena Saez ed., *La mirada de los jueces: género en la jurisprudencia latinoamericana* (Tomo I) (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008) p. 401

A menudo, la falta de información y certeza con la que cuentan las y los médicos respecto de qué dice la ley permiten actitudes estereotípicas hacia las mujeres que solicitan abortos, incluso cuando esos abortos son legales.⁹³ Así, la estigmatización del aborto determina el tipo de asistencia médica que las mujeres reciben: la calidad es deficiente y las mujeres son víctimas de violencia institucional.⁹⁴

La provisión de un aborto no punible a la que la mujer tiene derecho reconocido por la Constitución y las leyes, no puede depender del criterio interpretativo de los servicios públicos de salud ni de sus representantes. Los servicios de salud y sus representantes no están capacitados para interpretar la ley. Por lo mismo, el hecho de que no exista un lineamiento claro y uniforme de interpretación de la norma, que provenga de una institución jurídica federal, trae como consecuencia que la aplicación del art. 86 CP ha quedado subordinada a principios y valoraciones personales.

Existen notables diferencias culturales entre las provincias argentinas: hay provincias que son sensiblemente más conservadoras y religiosas, afectando la disponibilidad de los profesionales de la salud de practicar los abortos. No obstante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) ha reconocido que la libertad de conciencia de los proveedores de la salud no es ilimitada sino que por el contrario, puede y debe ser restringida cuando se encuentra en colisión con servicios de salud reproductiva.⁹⁵

El abandono de la seguridad jurídica que suministra una interpretación letrada uniforme, para dar paso a la inestabilidad de una variedad amorfa de interpretaciones legas, han traído como resultado que en ciertas ocasiones una acción sea considerada dentro de la legalidad institucional y en otras se le considere como un ilícito con posible sanción penal.⁹⁶ También, que en ciertas provincias algunas mujeres sean impedidas de abortar mientras a otras se les autoriza, e incluso puede significar que ciertas mujeres sean penalizadas por el mismo accionar y bajo las mismas premisas de cumplimiento del tipo penal y otras no. En este sentido, la interpretación antojadiza de quien tiene turno en un hospital público en conjunto con la condición económica de la paciente que busca una intervención médica determinada no puede ser el factor que determine la licitud o ilicitud de un accionar.

Se necesita con urgencia una interpretación del art. 86 del Código Penal que sea coherente con la definición de salud promovida por la Organización Mundial de la Salud (OMS). El derecho a la salud es considerado como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.⁹⁷ De acuerdo al art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) todas las personas tienen derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Dicho disfrute debe ser conducente a vivir una vida digna que garantice que su ejercicio se realice sin discriminación de ningún tipo.⁹⁸

Las obligaciones mínimas impuestas a los Estados parte del PIDESC exigen a la República Argentina la obligación de respetar el derecho a la salud de las mujeres. Esto implica que el Estado debe evitar que prácticas discriminatorias sean reforzadas como políticas públicas que nieguen o limiten el acceso igualitario de todas las personas a los servicios de salud, en especial, aquellos servicios y necesidades que

⁹³ Silvina Ramos et. al., supra nota 36, pp. 478 y 479.

⁹⁴ Silvina Ramos et al., "Los médicos frente a la anticoncepción y el aborto: ¿una transición ideológica?" (CEDES, Buenos Aires, 2001) pp. 48-49.

⁹⁵ Véase Pichon y Sajous Vs. Francia (2001), App. N° 49853/99, Eur. Ct. H. R. 2001-X, decisión sobre admisibilidad.

⁹⁶ El Comité de Derechos Humanos manifestó "su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo" e instruyó que "el Estado parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal." Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de derechos Humanos: Argentina. 98° período de sesiones, (CCPR/C/ARG/CO/4), Nueva York, 31 de marzo de 2010, par. 13.

⁹⁷ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. The right to the highest attainable standard of health. *General Comment 14*, Twenty-second session, Geneva 25 April- 12 May 2000, E/C.12/2000/4, par. 1.

⁹⁸ Ibid., par. 30.

son particulares a las mujeres.⁹⁹ En el caso de una violación, el derecho que toda mujer argentina tiene, sin distinción de clase o posición económica, de no soportar en su cuerpo las consecuencias de un crimen cometido en contra de su cuerpo contribuye a preservar su salud mental, ya afectada por el acto violento del abuso sexual.

El Estado Argentino también tiene la obligación de proteger el derecho a la salud de las mujeres. Proteger implica una acción positiva por parte de Argentina de tomar las medidas necesarias para evitar que terceras personas interfieran con el disfrute del derecho a la salud.¹⁰⁰ Así la nación debe adoptar legislación y toda otra medida práctica y jurídica para asegurar el acceso igualitario de todas las mujeres, sin importar origen social o posición económica, a un servicio de salud necesario para la preservación de la salud mental de la mujer, en este caso un aborto.¹⁰¹

Así también La República Argentina tiene la obligación de dar cumplimiento al derecho a la salud de las mujeres. Esto implica el reconocimiento del derecho a la salud dentro de las políticas públicas nacionales así como del sistema jurídico, mediante la implementación legislativa que adopte políticas uniformes dentro de un plan nacional detallado que sea vinculante a todos los hospitales o servicios de salud pública.¹⁰²

6) La Argentina tiene el deber de eliminar todas las barreras, cargas y esperas indebidas, particularmente aquellas que son producto de una interpretación ambigua de la norma jurídica penal que regula el aborto, mediante la adopción e implementación de guías y protocolos uniformes y vinculantes a todos los servicios de salud pública.

Las normas jurídicas que son interpretadas de manera cambiante provocan una incertidumbre jurídica que constituye una grave barrera de acceso a los servicios de abortos legales.¹⁰³ Los profesionales de la salud argentinos, amparados en la falta de guías y políticas públicas claras respecto de la interrupción del embarazo, rehúsan practicar los abortos no punibles o solicitan autorización judicial para evitar ser perseguidos penalmente.¹⁰⁴ En este caso la interpretación de dichas normas debiera seguir el principio penal *in dubio pro reo*, por lo que si en duda sobre si el tipo penal cubre o no una acción, una correcta interpretación restrictiva de la norma y a favor del acusado implicaría excluir dicha conducta de la punibilidad.

En la Argentina, la enorme mayoría de las mujeres que solicitan abortos no punibles en hospitales públicos son sometidas a largos procesos judiciales en búsqueda de una autorización. Estos procesos, además de burocráticos y dilatorios, son ilegales, porque representan la imposición de un requisito de facto que el Código Penal no prescribe. Como ya analizamos en la sección anterior, el efecto disuasorio que la penalización tiene sobre los profesionales de la salud es reportado por institutos de investigación¹⁰⁵ y contemplado por cortes internacionales¹⁰⁶ y domésticas¹⁰⁷.

Las políticas públicas tienen como objetivo poner en práctica de la forma más eficiente posible las normativas de la nación. Muchas veces las políticas públicas informan el contenido de las normas, sobre todo cuando las normas no son claras en cuanto a cómo cumplir en forma práctica con la misma. Cuando dichas políticas no se encuentran establecidas en forma expresa, las prácticas terminan remplazándolas poniendo en peligro la institucionalidad y el Estado de Derecho. En este caso en particular, la negativa de los servicios públicos a prestar un servicio por miedo a persecución penal o por ideologías personales respecto de la calificación moral del servicio, ha tenido como consecuencia que se requiera de autorización judicial con el fin de realizar el aborto no punible, a pesar de que la normativa no la exige.

⁹⁹ Ibid., par. 34.

¹⁰⁰ Ibid., par. 33.

¹⁰¹ Ibid., par. 35.

¹⁰² Ibid., par. 36.

¹⁰³ Rebecca J. Cook *et. al.*, supra nota 75, p. 345.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Alan Guttmacher Institute, supra nota 37, p. 23.

¹⁰⁶ *Tysiac v. Poland*, supra nota 84, par. 56.

¹⁰⁷ Ver, por ejemplo, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, "O., M.V. s/ víctima de abuso sexual"(21/02/2007), voto del juez Loustaunau.

La falta de una interpretación uniforme y vinculante del art. 86 agrava la desigualdad social de la mujer, puesto que le impone barreras, cargas y esperas indebidas en el acceso a un servicio de salud al que tiene derecho poniendo en peligro su salud física y mental. La salud física puesto que aplaza la realización de la intervención médica hacia una aborto que se llevará a cabo más avanzado el embarazo y la salud mental puesto que se obliga a la mujer ha soportar un estado (el embarazo) en contra de su voluntad, producto de un acto criminal como lo es el abuso sexual. Si bien la demora pudiese no parecer excesivamente larga, en el caso particular del aborto, puede causar un grave daño a la mujer, especialmente considerando que se requerirán técnicas más complejas para realizar un aborto en las etapas más avanzadas de la gestación, haciéndose más inseguro para ella.¹⁰⁸ En este sentido, la Corte Suprema Canadiense declaró:

Obligar a una mujer a llevar a término un embarazo, bajo amenaza de sanción legal, a no ser que cumpla con ciertas imposiciones que en ningún caso representan sus aspiraciones y prioridades, implican una interferencia grave y profunda en el cuerpo de la mujer y por tanto una violación a su seguridad personal.¹⁰⁹

El único intento de unificar criterios mediante una norma reglamentaria fue a través de la *Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles*¹¹⁰ cuya implementación quedó dos veces trunca, la última vez este año. Los Estados no pueden reconocer jurídicamente un derecho y luego estructurar su normativa, a través de regulaciones o la falta de ellas, de modo tal de impedir el ejercicio de un derecho a un servicio que reconoce por ley.¹¹¹ El gobierno tiene la obligación de volver operativas las causales de eximición de pena del art. 86, a través del desarrollo de protocolos, guías técnicas y regulaciones que sean claras para los proveedores del servicios de salud y para las mujeres.

Si bien cada provincia mantiene una relativa independencia jurídica la una de la otra, la responsabilidad de la Argentina, frente a la comunidad internacional en cuanto a la promoción y garantía de los derechos humanos, es de carácter unitaria, por lo que se hace necesario en forma urgente el uniformar la perspectiva con la cual se da tratamiento a la normativa penal. El artículo 86 del Código Penal tiene aplicación en toda la República y con el fin de proteger la igualdad ante la ley, de todas las mujeres a lo largo de la nación, es indispensable que se defina lo que la ley realmente exige tanto de la mujer como de los proveedores de salud pública. A través de la implementación de guías, protocolos y otras provisiones, Argentina se puede asegurar de no incurrir en responsabilidad internacional, garantizando que los profesionales de la salud y los establecimientos sanitarios, así como también las mujeres que recurren a ellos, tengan la suficiente información para solicitar o proporcionar un aborto no punible.¹¹²

Cuando los países no han implementado guías dirigidas con el fin de aclarar la letra de la ley y explicar cómo aplicarla de manera consistente con los principios constitucionales e internacionales de los derechos humanos, las cortes internacionales, mediante los casos que se presentan ante ellos, asignarán responsabilidad al Estado y dictaminarán que dichos países implementen dichas normativas. Por ejemplo en *Tysiac v. Poland* la Corte Europea de Derechos Humanos dictaminó que los países deben establecer de forma expresa en sus normativas la forma en que las mujeres tendrán acceso a los servicios médicos de abortos no punibles con el objeto de evitar que los facultativos se rehúsen a prestar dichos servicios por miedo a cometer una ofensa criminal.¹¹³

¹⁰⁸ R. v. Morgentaler, supra nota 8, par. 27 y 28.

¹⁰⁹ Ibid, p. 402.

¹¹⁰ Ministerio de Salud de la Nación, *Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles*, Octubre de 2007, ISBN 978-950-38-0089-8.

¹¹¹ A este respecto, es interesante la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Tysiac v. Poland*, donde se hace un argumento de *rule of law*, afirmándose que una vez que el Estado concede un derecho, no puede estructurar sus regulaciones de modo que impidan el ejercicio de ese derecho. *Tysiac v. Poland*, supra nota 84, par. 116.

¹¹² R. Cook y S. Howard, supra nota 81, pp. 1055 y 1056.

¹¹³ *Tysiac v. Poland*, supra nota 84, par. 116.

D. PETITORIO

Por todo lo expuesto, a V.E. solicitamos:

- 1) Se declare la admisibilidad del presente escrito como “Amigo del Tribunal” en los términos de la Acordada 28/2004.
- 2) Se tenga por designada a María Mercedes Cavallo como abogada patrocinante.
- 3) Se incorpore el presente escrito al expediente y se corra traslado a las partes en caso de que V.E. lo considere pertinente.
- 4) Oportunamente, al momento de resolver se tengan en cuenta los argumentos jurídicos expuestos en esta presentación.

Provea V.E. de conformidad que,

SERÁ JUSTICIA