
La responsabilidad internacional del Estado frente a las violaciones a los derechos humanos detrás de los obstáculos a la interrupción legal del embarazo

Marcelo López Alfonsín* y Luciana Salerno**

(...) el tribunal considera ineludible destacar que, a pesar de que el código penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión ante este tribunal (artículo 86, inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica contra legem [ilegal], fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la nación.¹

* Juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctor en Derecho, Área Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Ambiente Humano (Universidad de Lomas de Zamora). Profesor de grado, de posgrado y de doctorado (UBA y UP).

** Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Buenos Aires). Actualmente se desempeña como Prosecretaria Coadyuvante del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 18 de la CABA.

¹ CSJN, "F.A.L. s/Medida Autosatisfactiva", F259 XLVI, 13/03/2012, considerando 19.

I. Introducción

A partir del paradigmático caso de la niña de 12 años víctima de violación en la provincia de Jujuy que tomó estado público y mediático en todo el país a inicios del año 2019² y recientemente otro similar en la provincia de Tucumán,³ se reavivó la controversia sobre la Interrupción Legal del Embarazo (ILE) y los límites de su implementación y, sobre todo, se dejó a la vista los obstáculos que se siguen presentando para el ejercicio de este derecho. Ello, pese a encontrarse previsto en el texto del Código Penal desde 1921 y a los grandes avances existentes que se han suscitado en los últimos años en el ámbito judicial y en la esfera político-social, gracias al fuerte protagonismo que adquirió el movimiento de mujeres en la lucha por el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos.

Consideramos que este lamentable caso ocurrido en el norte argentino -que se suma a otros de similar gravedad a lo largo de todo el país-⁴ permite reflexionar sobre una problemática actual que, ya sea por acción u omisión, se vincula con la responsabilidad internacional en cabeza del Estado argentino. Si bien este enfoque puede parecer meramente jurídico o una mirada más bien técnica de un tema de gran preocupación, a nuestro modo de ver resulta de suma importancia que los obstáculos para ejercer el derecho a interrumpir legalmente el embarazo se entiendan como un acto de violencia contra las mujeres, adolescentes y niñas y, por ende, como una violación de derechos humanos que involucran la responsabilidad estatal.

Al respecto, reafirmamos que desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos las obligaciones del Estado en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, se basan no sólo en los deberes generales de respeto, protección y garantía de los derechos, sino que además se traducen en obligaciones específicas que imponen al Estado un deber de diligencia reforzado en virtud del contexto de violencia, subordinación y discriminación histórica existente contra las mujeres.

En este marco, a lo largo de este trabajo nos proponemos repasar brevemente el marco legal y los compromisos internacionales del Estado argentino en la materia, para intentar correr el foco de los debates ideológicos y morales que este caso resucitó en un contexto en el que la interrupción voluntaria del embarazo es lo que

² La noticia se encuentra disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/170284-arruinemos-las-dos-vidas>

³ La noticia se encuentra disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/177619-la-trama-urdida-para-dilatar-la-violacion-de-la-nina-tucuman>

⁴ Informe elaborado por Amnistía Internacional: "El estado de situación de la Interrupción Legal del Embarazo y las violaciones a los derechos humanos detrás de los obstáculos al aborto legal. Aportes al debate sobre derechos sexuales y reproductivos". Disponible en: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/05/01-Informe-estado-ILE.pdf>

verdaderamente se encuentra en disputa,⁵ con el objetivo de centrar la atención en los derechos de las mujeres, adolescentes y niñas que se enfrentan a diversos factores de vulnerabilidad y formas de violencia institucional al negarse el pleno ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

II. La situación de Jujuy: no fue Interrupción Legal del Embarazo, fue maternidad infantil forzada

A inicios del año 2019 adquirió estado público la noticia de que el sistema de salud jujeño obstaculizó la interrupción del embarazo de una niña de 12 años víctima de violación.

Según se dio a conocer en diversos medios periodísticos, la niña ingresó con dolores abdominales al Hospital Guillermo Paterson en la ciudad de San Pedro de Jujuy, a 60 kilómetros de la capital provincial y al revisarla, los médicos constataron que estaba embarazada. La mamá, que había denunciado en la justicia provincial que su hija había sido violada por un vecino de la familia, solicitó formalmente junto a la niña la Interrupción Legal del Embarazo⁶ al tratarse de un caso previsto en las causales de aborto no punible que establece el Código Penal vigente, de que la provincia está adherida al protocolo elaborado luego del pronunciamiento de la CSJN en la causa “F.A.L” y además cuenta con su propio protocolo para el caso de niñas menores de 15 años, conforme analizaremos a continuación más detalladamente.

113

En este estado de situación, la madre empieza a encontrar demoras en el procedimiento, empieza salir a los medios para que se haga respetar la decisión de su hija y el caso adquiere relevancia mediática y repudio generalizado de los movimientos a favor del aborto por los obstáculos que el sistema sanitario jujeño impuso a la niña.⁷ Sin embargo, la nena - que cursaba un embarazo avanzado - fue trasladada al Hospital Materno Infantil en la capital provincial, dónde estuvo internada unos días y se le llevó adelante una cesárea, intervención quirúrgica que no se encuentra contemplada en el protocolo ILE. Finalmente, la beba nacida

⁵ En 2018 se abrió – por primera vez desde 1921 – el debate legislativo sobre la ampliación del derecho al aborto en la Argentina, que implicó la discusión sobre el cambio de modelo de regulación. Tras el intenso debate, en la mañana del 14 de junio de 2018 la Cámara de Diputados aprobó con media sanción el proyecto de ley, y con ello, el proceso legislativo avanzó al Senado para su aprobación final. Desafortunadamente, el Senado rechazó el proyecto por 38 votos en contra de la legalización del aborto y 31 a favor. De esta manera, en la Argentina se mantiene el régimen de causales adoptado en 1921.

⁶ La noticia se encuentra disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/168669-un-intento-contra-la-ley>

⁷ La Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito y otras organizaciones se pronunciaron y denunciaron públicamente la gravedad de la situación. Disponible en: <http://www.abortolegal.com.ar/jujuy-ante-la-demora-de-acceso-a-una-ile-a-una-nina-victima-de-violacion/>

murió a los 4 días en ese mismo hospital.⁸

Esta noticia ha generado conmoción en todo el país por diversos motivos. Entre ellos, las dificultades que el sistema de salud provincial le impuso a una niña de 12 años para ejercer la interrupción del embarazo cuando se trata de una de las situaciones contempladas por la normativa vigente y, además, porque fue sometida a una intervención quirúrgica que, violando su privacidad y autonomía, forzó la maternidad y vulneró su salud e integridad psicofísica.⁹

A partir de lo ocurrido en este y en otros tantos, consideramos oportuno repasar el marco legal y el estado de situación de la ILE en nuestro país, a partir de los estándares de derechos humanos sobre derecho de las mujeres y niñas que lamentablemente nuevas víctimas nos invitan a repasar.¹⁰

III. El marco legal de la interrupción legal del embarazo, los principios del caso “F.A.L.” de la CSJN y el estado de situación de la provincia de Jujuy

En la interpretación actual del Código Penal Argentino el artículo 86 contempla tres casos en los que el aborto no es punible: en los casos de peligro para la vida de la mujer; en los casos de peligro para la salud de la mujer y cuando el embarazo sea producto de una violación.¹¹

114

Cabe destacar que en el caso de los embarazos de niñas y adolescentes, caen dentro de la categoría de aborto legal, existiendo además una protección reforzada. Por un lado, la normativa establece presunciones que garantizan la legalidad de todos los abortos de las niñas hasta los 13 años.¹² Por otro lado, como veremos, las normas de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes obligan a dar un trato prioritario en el acceso a políticas públicas y la atención sanitaria a esta población, teniendo siempre presente su interés superior.¹³

⁸ La noticia se encuentra disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/170429-la-saga-de-derechos-vulnerados-y-una-polemica-que-se-reaviva>

⁹ La noticia se encuentra disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/170303-no-fue-ile-fue-tortura>

¹⁰ La noticia se encuentra disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/170595-la-desidia-del-estado>

¹¹ “Abordaje en torno a los derechos sexuales y reproductivos. El aborto en el marco legal argentino y los derechos humanos de niñas, adolescentes y personas con discapacidad”, elaborado por FUSA.

¹² El Código Penal considera que antes de los 13 años los/as niños, niñas y adolescentes no están, en general, en condiciones de prestar consentimiento sexual válido. Es decir, aunque en el caso concreto, el embarazo no se origine en un episodio de violencia sexual, sino del ejercicio de la sexualidad de la adolescente, de acuerdo con lo establecido en el CP, si la niña o adolescente es menor de 13 años y así lo solicita se tratará de un caso de un aborto no punible en los términos del artículo 86 y por tanto corresponderá la interrupción legal del embarazo.

¹³ “Abordaje en torno a los derechos sexuales y reproductivos. El aborto en el marco legal argentino y los derechos humanos de niñas, adolescentes y personas con discapacidad”, elaborado por FUSA.

A pesar de que el derecho de niñas y adolescentes a acceder al aborto legal se encuentra claramente contemplado en las normas, el acceso a los servicios de interrupción legal del embarazo ha sido históricamente muy limitado ya que se presentan múltiples barreras a su ejercicio en todas las provincias.¹⁴

Ante tal situación y la reiteración de casos similares a lo largo de todo el país, en 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en un fallo histórico aclarando los estándares constitucionales de protección del derecho al aborto legal en la Argentina en el caso “F.A.L.”, siendo de suma importancia esta decisión en tanto refleja la voluntad de saldar una disputa interpretativa y superar obstáculos de una práctica de violación de derechos y de sistemática denegación de acceso a los abortos permitidos desde 1921. Así las cosas, consideró que el Estado, como garante del sistema de salud pública, debe asegurar las condiciones necesarias para que los abortos no punibles se lleven a cabo y extendió así su preocupación respecto del fenómeno de inaccesibilidad a todos los supuestos de aborto legal contemplados, y no únicamente al referido a la situación particular de la demandante.¹⁵

En dicho pronunciamiento, cabe destacar que el tribunal dejó establecidos los siguientes estándares: 1) No corresponde pedir autorización judicial para realizar ningún aborto no punible; 2) Solo un profesional de la salud debe intervenir, no se requiere solicitar interconsultas o dictámenes adicionales; 3) No corresponde pedir denuncia, ni prueba o determinación judicial de la violación; solo se requiere la declaración jurada de la situación de violencia sexual; 4) Los abortos deben realizarse de forma rápida, accesible y segura; 5) Quienes ejerzan objeción de conciencia no pueden imponer derivaciones o demoras que comprometan la atención.¹⁶

115

De enorme relevancia fue que en el mismo fallo la Corte se pronunció sobre

¹⁴ “Niñas y adolescentes menores de 15 años embarazadas. Abordajes institucionales desde los sistemas de salud, educación, justicia y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en localidades seleccionadas de Salta, Jujuy, Catamarca, Santiago del Estero, Entre Ríos y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Informe de resultados de investigación, Septiembre 2017.

¹⁵ El caso se inició cuando la madre de A.G., invocando el artículo 86 del Código Penal, solicitó a la justicia de la provincia de Chubut que dispusiera la interrupción del embarazo que cursaba su hija de 15 años, que era producto de una violación. En el caso se discutía si el Código Penal habilitaba únicamente el aborto cuando la víctima padecía una discapacidad intelectual/psico-social (interpretación restrictiva), o si la opción estaba disponible para cualquier mujer víctima de abuso (interpretación amplia). Aunque el aborto ya se había practicado, el caso llegó a conocimiento de la Corte Suprema y en su sentencia del 13 de marzo de 2012, el Máximo Tribunal dejó en claro que la Constitución y los tratados de derechos humanos no sólo impiden interpretar el supuesto legal en sentido restrictivo, sino que obligan a una interpretación amplia.

¹⁶ Informe elaborado por Amnistía Internacional: “El estado de situación de la Interrupción Legal del Embarazo y las violaciones a los derechos humanos detrás de los obstáculos al aborto legal. Aportes al debate sobre derechos sexuales y reproductivos”. Disponible en: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/05/01-Informe-estado-ILE.pdf>

la responsabilidad de tipo civil, penal y administrativa¹⁷ y, además, en el ámbito internacional del Estado.¹⁸ En este marco, exhortó al Estado Nacional y a las jurisdicciones provinciales a que sancionen protocolos hospitalarios que garanticen el acceso de las mujeres a abortos no punibles y a los poderes judiciales a que no obstruyan el acceso a los servicios.¹⁹

Cabe destacar que estos protocolos sanitarios brindan pautas de actuación para los servicios de salud y son un instrumento de política sanitaria, pero no son jurídicamente necesarios para brindar atención de mujeres en situación de aborto, debido a que el permiso ya está dado por el artículo 86 del Código Penal por lo tanto, la falta de protocolo en una provincia no constituye una justificación legal para desatender las obligaciones que tienen autoridades sanitarias y profesionales de la salud.²⁰ A ello cabe agregar los alcances de la “cláusula federal” establecida en el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos,²¹ mediante la cual los Estados con estructura federal tienen el deber de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención y además, la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para que los Estados que conforman la federación (las provincias en el caso de Argentina) cumplan tales deberes.

Sin embargo, en más de la mitad de las jurisdicciones del país aún no se asegura de

116

¹⁷ La CSJN dejó asentado que las/los profesionales de la salud podrán ser responsables penal, civil y/o administrativamente por el incumplimiento de sus obligaciones en el ejercicio de su profesión cuando, de forma injustificada, no constaten la existencia de alguna de las causales previstas en el Código Penal para la realización de una ILE, realicen maniobras dilatorias durante el proceso, suministren información falsa o cuando prevalezca en ellos una negativa injustificada a practicar el aborto.

Cabe destacar que recientemente la justicia condenó a la provincia de Entre Ríos a indemnizar a una mujer a la que se le negó un aborto no punible. La noticia se encuentra disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/165593-condena-al-estado-por-negar-un-aborto>

¹⁸ La Corte fundamentó su decisión de abrir su instancia haciendo referencia al riesgo de que no hacerlo podría comprometer al Estado argentino frente al orden jurídico supranacional (considerando 6).

¹⁹ C.JSN, Fallo “FAL”, considerando 29.

²⁰ Agustina Ramón Michel y Sonia Ariza, *La legalidad del aborto en la Argentina*, septiembre de 2018, REDAAS.

²¹ Convención Americana de Derechos Humanos, “Artículo 28. Cláusula Federal, 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial; 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención; 3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una Federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

modo efectivo, el ejercicio de un derecho que las mujeres tienen desde 1921. Para ponerlo en términos concretos: la situación 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. Incluso dentro de las 8 jurisdicciones a nivel nacional donde existen estos protocolos, su implementación es errática y en el último tiempo ha habido algunas iniciativas regresivas que buscan impedir la práctica.²²

En el caso que nos ocupa, conforme a lo dictaminado por la Corte, la provincia de Jujuy adhirió al Protocolo de Interrupción Legal del Embarazo por el Ministerio de Salud de la Nación²³ y, en 2018, el gobierno provincial presentó además un nuevo “Protocolo para la atención del embarazo adolescente a menores de 15 años”²⁴ cuyo objetivo es brindar herramientas a los equipos de trabajo que están relacionados con esta problemática y unificar criterios para brindar una atención adecuada y de mejor calidad.²⁵

Cabe destacar que la provincia de Jujuy presenta, conforme a estadísticas del

²² Según el informe elaborado por Amnistía Internacional, apenas 8 de las 25 jurisdicciones de todo el país han adherido al Protocolo Nacional o cuentan con protocolos que se ajustan en buena medida a los criterios establecidos por la CSJN. Éstas son Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego. Otras 8 dictaron protocolos que incluyen requisitos que dificultan, en vez de facilitar, el acceso de mujeres a servicios de aborto seguro y a los cuales tiene derecho acceder: Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta. Las 8 jurisdicciones restantes – Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán– no cuentan con normas locales. Esto de ninguna manera las exculpa de garantizar la implementación de abortos legales. Es decir que 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.

²³ Luego del fallo de la CSJN, el Ministerio de Salud de la Nación, en junio de 2015, publicó el Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo. Este protocolo es la actualización hecha en 2015 de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Aborto No Punibles, elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación en 2007 y actualizada por primera vez en 2010, como una referencia de actuación en casos de aborto no punible. Aborda tanto los aspectos técnicos como legales, estableciendo como principios rectores: accesibilidad, no judicialización, confidencialidad, privacidad, celeridad/rapidez, transparencia activa.

²⁴ El “Protocolo para la atención del embarazo adolescente a menores de 15 años” fue presentado 19 de abril de 2018 por las autoridades provinciales. Se encuentra disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/informes/protocolo-para-la-atencion%C3%B3n-del-embarazo-en-adolescentes-menores-de-15-a%C3%B1os>

²⁵ El protocolo de Jujuy dispone que en todos los casos se debe respetar, en primer lugar, el derecho de las niñas y adolescentes a participar de forma significativa en la atención y en las decisiones relacionadas con la práctica de los abortos legales. Se aclara que, a efectos de acceder a la ILE, toda niña menor de 13 años tiene derecho a la práctica por estar enmarcada en la causal (riesgo para su salud física, mental y social) y en la causal violación (art. 86 Código Penal). Entendiendo que hasta los 13 años de edad en materia penal no se contempla la existencia de pleno consentimiento en relación sexual, se presume la existencia de delito sexual y por ello se deben activar de inmediato los mecanismos judiciales necesarios para la investigación del hecho.

Departamento de Bioestadística del Ministerio de Salud, altas tasas de niñas y adolescentes madres menores de 15 años, encontrándose por encima de la tasa media nacional.²⁶ En particular, debemos tener presente que el nuevo protocolo brinda una definición de “embarazo infantil forzado”, estableciendo que: “*Se produce cuando una niña queda embarazada sin haberlo buscado o deseado y se le niega, dificulta o demora u obstaculiza la interrupción del embarazo*”, situación que debe entenderse como un acto de violencia contra la mujer que genera responsabilidad del Estado.²⁷

Según los informes presentados ante el Comité de la CEDAW por organismos de la sociedad civil:

*Son muchos y diversos los obstáculos que enfrentan mujeres y niñas para ejercer sus derechos: el uso abusivo de la objeción de conciencia de los efectores de salud; la excesiva judicialización de una práctica sanitaria para dilatar y obstaculizar los abortos; los requerimientos dilatorios previstos en protocolos dictados en cumplimiento de la exhortación de la CSJN, pero que no cumplen con los estándares de la Corte; los sistemas de salud discriminatorios que repelen a mujeres y niñas a través de comentarios reprobatorios del personal hospitalario, la mala fe de los proveedores de salud y funcionarios públicos; la violación de la garantía del secreto profesional; el hostigamiento y persecución a mujeres y niñas; la influencia de la iglesia sobre los gobiernos nacional y locales; la falta de reconocimiento normativo expreso de las prestaciones sanitarias que demandan los casos de ANP como prácticas esenciales del servicio de salud. Todas estas son estrategias dilatorias que operan en contra del derecho al aborto legal y someten a las mujeres y niñas a situaciones de violencia institucional.*²⁸

Lamentablemente, la práctica del aborto legal ha sido sistemáticamente inaccesible

118

²⁶ “Niñas y adolescentes menores de 15 años embarazadas. Abordajes institucionales desde los sistemas de salud, educación, justicia y protección de derechos de niñas niños y adolescentes en localidades seleccionadas de Salta, Jujuy, Catamarca, Santiago del Estero, Entre Ríos y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Informe de resultados de investigación, Septiembre 2017.

²⁷ CLADEM, “Niñas madres. Embarazo y Maternidad Infantil”, 2016.

²⁸ Informe sobre la situación del acceso al aborto en la República Argentina elaborado por Abogados Y Abogadas del NOA en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES), Asociación Católica por el Derecho a Decidir- Argentina (CDD), Asociación Lola Mora, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Centro de la Mujer (CEDEM), Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM), Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR), Lesbianas y Feministas por la descriminalización del aborto, Mujeres por Mujeres, Mujeres Trabajando, Mujeres Autoconvocadas de Trelew, Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y la Secretaría de Género de Encuentro por la Democracia y la Equidad CABA (Nuevo Encuentro), para el cuarto informe periódico ante el Comité de la CEDAW, 65° periodo de sesiones, octubre de 2016.

para miles de mujeres, adolescentes y niñas que habitan la Argentina,²⁹ violando sus derechos humanos a la privacidad, salud, de ser libre de trato cruel, inhumano y degradante y de no ser sujeta a discriminación, y en algunos casos, hasta el derecho a la vida. Por ello, es posible advertir que el caso de la niña de Jujuy, no sólo no representa un caso aislado,³⁰ sino que debe catalogarse como un acto de violencia contra las mujeres y niñas, en dónde existe responsabilidad estatal en distintos niveles, pasándose por alto los principios sentados por la CSJN para los casos de aborto no punible según nuestra legislación vigente y los estándares básicos de derechos humanos.

Veremos a continuación las obligaciones internacionales en la materia y los derechos humanos involucrados y advertiremos que el estado argentino ha sido justamente observado por diversos organismos del sistema de protección de derechos humanos, tanto en el ámbito interamericano, como a nivel universal.

IV. La violencia contra las mujeres, adolescentes y niñas en el acceso a los derechos sexuales y reproductivos: su abordaje desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En las últimas décadas los sistemas internacionales de protección de derechos humanos han abordado la problemática de la violencia contra las mujeres en sus diversas manifestaciones, estableciendo un marco normativo que genera obligaciones para los Estados.

119

En el caso de Argentina, la reforma constitucional de 1994 trajo aparejada la adopción de un nuevo paradigma para interpretar y aplicar el derecho al incorporar los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución Nacional, e impuso la obligación genérica de tomar este marco como estándar mínimo de respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Particularmente, el deber de debida diligencia³¹ para prevenir, sancionar y erradicar hechos de violencia

²⁹ “Cada año la Argentina es testigo de aproximadamente 3000 partos en niñas y adolescentes menores de 15 años, lo que demuestra que aún no son suficientemente efectivas las políticas públicas orientadas a la prevención y al abordaje del embarazo en este tramo de edad que, sin duda, presenta características únicas diferentes a las de la adolescencia tardía” (Según el informe “Niñas y adolescentes menores de 15 años embarazadas. Abordajes institucionales desde los sistemas de salud, educación, justicia y protección de derechos de niñas niños y adolescentes en localidades seleccionadas de Salta, Jujuy, Catamarca, Santiago del Estero, Entre Ríos y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Informe de resultados de investigación, Septiembre 2017).

³⁰ Recientemente en Tucumán ocurrió un caso de similares características.

³¹ El deber de debida diligencia hace referencia a la obligación de los Estados de recurrir a “todos los medios legales, políticos, administrativos y culturales para promover la protección de los derechos humanos y asegurar que toda violación sea considerada y tratada como un acto ilícito que puede dar lugar al castigo de los responsables y la obligación de indemnizar a las víctimas” (Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, ex Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres

contra las mujeres nace de las obligaciones específicas que impone la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”).³² Al respecto, cabe destacar que la Corte IDH ha establecido que, en un contexto de violencia, subordinación y discriminación histórica contra las mujeres, los compromisos internacionales “imponen al Estado una responsabilidad reforzada”.³³

Por lo expuesto, partimos de la base de que los instrumentos internacionales que rigen la materia, a la luz de la interpretación que de ellos han ido haciendo los organismos internacionales han construido un estándar superior del deber de debida diligencia para los casos de violencia contra las mujeres. En consecuencia, si se omite este deber y no se adoptan medidas razonables para protegerlas del daño, el Estado contribuye a crear un ambiente que facilita su ocurrencia y repetición al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado para sancionar esos actos.³⁴

1. ¿Cuáles son las obligaciones específicas del Estado frente al derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente el embarazo?

En primer lugar, cabe dejar asentado que el derecho a interrumpir el embarazo producto de una violación es un derecho (no) reproductivo que, como tal, encuadra dentro de los derechos humanos de las mujeres.³⁵ De este modo, resta entonces reseñar cuáles son las obligaciones que a consecuencia de este estándar se derivan para los Estados en el aseguramiento de que estos derechos se puedan gozar y ejercer efectivamente, desde la mirada interdependiente e indivisible que demanda

y la violencia contra la mujer, E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000, párr. 53).

³² Cabe agregar que en Argentina se sancionó la Ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales” define la violencia como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

³³ Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, párrafo 283. Este criterio fue reiterado por la Corte en los fallos “Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala”, “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, “J. Vs. Perú”.

³⁴ Natalia Gherardi, Camila Hoyos y Cecilia Gebruers, *Violencia sexual en las relaciones de pareja: el derecho al aborto y la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos*, Red de Acceso al Aborto Seguro REDAAS, abril de 2015.

³⁵ Deza, Soledad, *Acceso al aborto no punible: ciudadanía plena y derechos humanos que responsabilizan al Estado*, La Ley, AR/DOC/6221/2012

el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Recordemos que la Corte Suprema ha dicho al respecto:

Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran 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. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama.³⁶

En este marco general, cabe recordar que se suele esquematizar las obligaciones del Estado en relación a los derechos humanos en las obligaciones de respetar, de proteger y de garantizar y, también, de debida diligencia a los efectos de brindar protección integral a los derechos de las mujeres contra la violencia.

121

Por un lado, la obligación de respetar se presenta como una obligación negativa puesto que supone un límite del ejercicio del poder que pudiera amenazar el acceso de la población a los servicios de salud reproductiva dado el caso e implica no interferir en la decisión de las mujeres a acceder al aborto cuando haya sido víctima de violencia sexual, como cuando se imponen requisitos adicionales a los establecidos legalmente o se cuestiona la credibilidad del testimonio de las mujeres bajo estereotipos y prácticas discriminatorias y asegurar la eliminación de barreras a los derechos a restauración y reparación del daño causado.³⁷

Por otra parte, las obligaciones de proteger y garantizar implican que el Estado debe organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³⁸ Esta obligación se traduciría no sólo en la legislación concreta que posibilite el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, sino además la implementación de políticas conducentes a dotar de accesibilidad a esos derechos

³⁶ CSJN, "F.A.L.", considerando 25.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, párrafo 23.

³⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 64 66.

de manera tal que sus efectos se irradian en forma igualitaria hacia la totalidad de la población, sobre todo aquellos sectores que precisan de la salud pública como factor determinante para su salud y se encuentran en situación de vulnerabilidad.³⁹

Al mismo tiempo, esta obligación de garantía demanda asimismo la previsión presupuestaria y financiamiento real para la ejecución factible de las acciones políticas que se precisen en la implementación efectiva de esas políticas de índoles sexual y reproductiva.⁴⁰

Particularmente, sobre el deber de debida diligencia se entiende que incluye la obligación de investigar los incumplimientos que coadyuvan a impedir el goce de los derechos sexuales y reproductivos y establecer diferentes niveles de responsabilidades Estatales según se haya investigado o no, según se hayan disipado o no las limitaciones detectadas y también, según se haya sancionado o no a los responsables de restringir derechos.⁴¹ Por ejemplo, la judicialización de los casos de aborto no punibles o bien, la falta de Protocolos en algunas provincias son realidades que conllevan como principal consecuencia impedir que un sector vulnerable de mujeres de la población ejerza un derecho humano básico o bien, entorpecer el acceso a una atención sanitaria que el Estado está obligado a garantizar.

Asimismo, se sostiene que la obligación de debida diligencia en el ámbito de salud consiste principalmente en la provisión de servicios de salud y atención médica de calidad que aporten al restablecimiento de la salud de las víctimas.⁴² Al respecto, la CEDAW establece el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre su vida reproductiva en condiciones de igualdad dentro del ámbito familiar y de la salud, así como la obligación del Estado de garantizar el acceso a servicios adecuados de atención médica, información, asesoramiento y educación en materia de planificación de la familia.⁴³

Se entiende entonces que el Estado debe : a) suprimir todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva;⁴⁴ b) garantizar el consentimiento previo e informado de la mujer, respetando su dignidad y teniendo

³⁹ Deza, Soledad, *Acceso al aborto no punible: ciudadanía plena y derechos humanos que responsabilizan al Estado*, La Ley, AR/DOC/6221/2012.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Jessica Lenahan vs. Estados Unidos*, Informe 12626, 21 de julio de 2011, párrafo 163; Corte Europea de Derechos Humanos, *Tysiác vs. Polonia*, sentencia del 20 de marzo de 2007, párrafo 118.

⁴² Natalia Gherardi, Camila Hoyos y Cecilia Gebruers, *Violencia sexual en las relaciones de pareja: el derecho al aborto y la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos*, Red de Acceso al Aborto Seguro REDAAS, abril de 2015.

⁴³ Convención de la CEDAW, Arts. 10, 14 y 16; Declaración y Plataforma de Acción de Beijing 1995, párrafo 94.

⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, *Observación General N° 14,* "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", 11 de agosto de 2000, párrafo 21.

en cuenta sus necesidades y perspectivas;⁴⁵ con carácter confidencial”;⁴⁶ c) eliminar las restricciones al acceso al aborto a las mujeres víctimas de violencia sexual, que obstaculizan la posibilidad de que los profesionales médicos detecten la violencia sexual u otras formas de violencia de género y se remita para adecuada atención dentro del sistema de salud y al sector justicia, en su caso.⁴⁷

En esta línea, la Corte IDH ha establecido a través de su jurisprudencia que se exige que los estados como parte del deber de debida diligencia que, a través de sus instituciones, deben: a) implementar políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias, que prevenga los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer⁴⁸ y b) adoptar medidas positivas para garantizar el derecho a la integridad personal de las víctimas, tomando en consideración la violencia sexual que causa inevitablemente afectaciones en la salud de las mujeres.⁴⁹

Por otra parte, otra mirada de la problemática sostiene que el acceso al aborto se encuentra dentro de las medidas de rehabilitación del derecho a la reparación integral.⁵⁰ En estos casos, el derecho al aborto también se establece como una medida de satisfacción, contemplada dentro las medidas eficaces para que no continúe la violación de los derechos: continuar con un embarazo no deseado

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la información en materia reproductiva*, párr. 55.

⁴⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación general No. 24, La mujer y la salud*, párrafo 12.(d).

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, párr. 50.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 286, 293.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rosendo Cantá vs. México*, Fondo reparación y costas, 31 de agosto de 2010, párr. 125. Entre las medidas positivas la Corte estableció que incluye un tratamiento digno y humano del cual se deriva la atención inmediata y a largo plazo de la salud tanto física, como mental y social: apoyo emocional, tratar las condiciones generales de la violencia sexual y los cuidados médicos más específicos como anticoncepción de emergencia, profilaxis ETS, hepatitis, acceso interrupción voluntaria del embarazo, tomar las evidencias forenses, medidas de protección, tratamiento de rehabilitación y de salud mental, activación de redes de apoyo institucional.

⁵⁰ En principio, el derecho a la reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, es decir el restablecimiento de la situación anterior. Cuando esto no es posible, se determinará una serie de medidas para garantizar los derechos conculcados, la reparación de las consecuencias de tales infracciones y se establecerá el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados proporcionalmente a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido (ONU, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147, marzo de 2006, párrafo 19- 23).

mantiene la vulneración de los derechos de las mujeres y por eso debe tenerse presente que el acceso al aborto legal en estas circunstancias se constituye como una medida de reparación de las mujeres víctimas en la búsqueda de transformar su proyecto de vida y de garantizar una vida libre de violencia.⁵¹

A partir de lo expuesto, debemos responder al siguiente interrogante: ¿Qué derechos humanos se encuentran involucrados en el acceso a la *interrupción legal del embarazo*?

Por un lado, el derecho a la vida digna⁵² está asociado a la autonomía o posibilidad de construir el proyecto de vida. En el caso de la violación sexual se sostiene que quebranta la dignidad de las mujeres e invade una de las esferas más íntimas de su vida.⁵³ Así las cosas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación reproductiva es entendida como el reconocimiento a las mujeres el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no.⁵⁴ Por ello, se vulnera el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados.⁵⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el ejercicio del derecho a la vida privada presupone la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona, y por consiguiente la maternidad debe convertirse en un acto personal, libre, voluntario

124

⁵¹ Natalia Gherardi, Camila Hoyos y Cecilia Gebruers, *Violencia sexual en las relaciones de pareja: el derecho al aborto y la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos*, Red de Acceso al Aborto Seguro REDAAS, abril de 2015.

⁵² Derecho a la vida digna: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (PIDCP Artículo 6.1). El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. (CADH Art 4.1.1.) Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Convención de Belém do Pará Art. 4 (a): Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros, el derecho a que se respete su vida.

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, párrafo 17.

⁵⁴ Natalia Gherardi, Camila Hoyos y Cecilia Gebruers, *Violencia sexual en las relaciones de pareja: el derecho al aborto y la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos*, Red de Acceso al Aborto Seguro REDAAS, abril de 2015.

⁵⁵ Comité CEDAW. Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer, 1992, párr. 22; Comité CEDAW. Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, párr. 22; Comité CEDAW. Recomendación General N° 24 La mujer y la salud, 1999, párr. 22.

y consciente para las mujeres y no en un mandato.⁵⁶

En esta línea, el derecho a la integridad personal implica que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y de allí se deriva la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes y tortura.⁵⁷ Particularmente, conforme lo ha expresado el ex Relator contra la Tortura, es posible aplicar la protección contra la tortura y malos tratos al ámbito de la salud⁵⁸ que en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, podría incluir las siguientes circunstancias: a) cuando se deniega el acceso a un aborto en condiciones seguras a las mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de una violación;⁵⁹ b) cuando se imponen requisitos frente a la decisión de la mujer a acceder a la esterilización o cuando se impone a los médicos la obligación de notificar los casos de abortos⁶⁰; c) cuando no se garantiza el acceso al aborto conforme a lo previsto en las normas vigentes lo cual; puede causar un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto (en relación con la prohibición de la tortura);⁶¹ d) cuando se niega la atención médica de emergencia, incluidos los cuidados posteriores al aborto, sumado al temor a recibir sanciones penales u otras represalias⁶² y e) cuando el condicionamiento de la atención médica a las mujeres cuya vida está en peligro por las complicaciones derivadas de abortos clandestinos, a que previamente proporcionen información sobre si se practicaron un aborto.⁶³

Por otra parte, cabe recordar que el derecho a la no discriminación se encuentra establecido en múltiples instrumentos internacionales que generan tanto obligaciones negativas como positivas⁶⁴ y, al respecto, el Comité de la CEDAW

125

⁵⁶ En el caso *Gelman vs. Uruguay* la Corte IDH entendió que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y por tanto que la imposibilidad de las mujeres de tomar la decisión de ser o no madres es parte del derecho a la vida privada e incluye, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

⁵⁷ La CADH establece en el artículo 5: "*Derecho a la Integridad Personal; 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*".

⁵⁸ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 11.

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, párr. 11; CCPR/CO.70/ARG, párr. 14.

⁶⁰ Comité de Derechos Humanos Observación general N° 28, CAT/C/CR/32/5, párr. 7 m).

⁶¹ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 28, Párr. 11; CCPR/CO.70/ARG, párr. 14.

⁶² Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 46.

⁶³ CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22 noviembre 2011 párr. 84.

⁶⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos, 2.1, 3, 26), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3), Convención de los Derechos

ha sostenido que la “*negativa de un Estado a prever la prestación determinados servicios de salud reproductiva en condiciones legales resulta discriminatoria*”⁶⁵ y particularmente que “*negar la prestación de servicios de aborto cuando el embarazo es producto de una violación o cuando pone en riesgo la salud de la mujer constituye un acto discriminatorio*”.⁶⁶

Por último, consideramos oportuno agregar que el derecho a la información comprende una obligación positiva del Estado de brindar a la ciudadanía acceso a la información que está en su poder, y un derecho correlativo de las personas a acceder a la información en poder del Estado.⁶⁷ En este ámbito debe garantizarse este derecho, que implica: a) Que las y los profesionales de la salud informen a las mujeres sobre su salud para que éstas puedan adoptar decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de sexualidad y reproducción, que incluye el acceso a información sobre el aborto;⁶⁸ b) La provisión de información y educación para que las mujeres adopten decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de reproducción, incluyendo la planificación familiar;⁶⁹ c) Garantizar la confidencialidad en el acceso a la información en materia reproductiva es crucial para garantizar que las mujeres busquen atención médica de forma oportuna.⁷⁰

En este marco general de protección de los derechos de las mujeres, debemos agregar que, además, ante la existencia de factores conexos que pueden agravar la situación de vulnerabilidad de muchas, recordando que se ha sostenido que:

La vulnerabilidad es una condición acumulativa: los sujetos desprotegidos se ven inmersos en ocasiones en una ‘espiral de la vulnerabilidad’. Se llama

del niño y la niña (artículo 2.2), Convención Americana de Derechos Humanos (1.1). En el caso específico de la discriminación hacia las mujeres la CEDAW establece como discriminación “toda distinción, expulsión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

⁶⁵ Comité de la CEDAW Recomendación General N°. 24, párr.11.

⁶⁶ Comité de la CEDAW, Recomendación General N°. 24, párr. 31(c).

⁶⁷ Este derecho surge de la Declaración Universal de Derechos Humanos lo establece en su artículo 19, en el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 4 de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁶⁸ CIDH, *Informe sobre acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 junio 2010, párrafo 105.3.

⁶⁹ Convención CEDAW, artículo 10 inciso h).

⁷⁰ Ello es particularmente relevante en algunos países en la región en donde existe una penalización completa de algunos servicios de salud y poca claridad respecto de la eventual obligación de los profesionales de salud de denunciar. (CIDH, *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22 noviembre 2011, párr. 7).

*espiral de vulnerabilidad a la circunstancia en virtud de la cual a una condición de vulnerabilidad inicial (vejez, discapacidad, minoría de edad), se suma otra, debida a condiciones económicas de pobreza, o condiciones culturales de pertenencia a un grupo minoritario, tradicionalmente discriminado, lo que genera a su vez otras condiciones de vulnerabilidad.*⁷¹

En este orden de ideas, resulta necesario hacer una mención en relación con la infancia y la adolescencia, a la ratificación por parte de Argentina de la Convención de los Derechos del Niño “CDN”, que significó el paso de un modelo tutelar, en que las personas menores de 18 años eran invisibilizadas y su voluntad sustituida por la de una persona adulta, a un modelo de respeto y garantía de derechos, conocido también como “modelo de protección integral de derechos”, que reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, y por tanto ordena su participación dentro de las estructuras y procedimientos concernientes a sus asuntos, así como en las cuestiones de interés público.⁷²

La CDN contempla pautas claras de respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a través de principios rectores, obligatorios en toda actuación en los casos que se encuentren involucrados. Estos principios son: a) Interés superior del niño (artículo 3 CDN); b) Autonomía progresiva (artículo 5 CDN); c) Participación sin mediaciones (artículo 12 CDN); d) No discriminación (artículo 2CDN).

127

Por su parte, el Comité encargado de monitorear el cumplimiento de la CDN, en sus Observaciones Generales N° 4 y N° 15, ha dejado claro que los estados tienen la obligación de prestarles todos los servicios sanitarios legales en igualdad de condiciones con las personas adultas. En las observaciones se establecen para ello estándares de acceso a los servicios sanitarios, para garantizar el respeto del “interés superior del niño.”⁷³

⁷¹ La utilización de este concepto puede verse en la sentencia de la Corte IDH, caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, considerando 290.

⁷² Beloff, Mary, *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al Derecho. A propósito de la “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061*, Revista Lexis Nexis, 2006.

⁷³ Estos estándares incluyen: a) El derecho a ser escuchados y participar en las decisiones relacionadas con su salud; b) El derecho a recibir información completa, clara y actualizada sobre su condición de salud y las alternativas terapéuticas, así como todo material que tenga por finalidad promover la mejoría de su salud. Dentro de este último se incluye toda la información relacionada con los servicios de salud sexual y reproductiva, como anticoncepción y aborto legal; c) La participación de los progenitores en las decisiones de salud como mecanismo para garantizar la efectividad de la atención y no para sustituir la voluntad o el consentimiento de las niñas, niños y adolescentes. Para ello, de aplicación a progenitores y cualquier personas que ejerza un rol de cuidado, estableció el deber de acompañamiento, orientación y de reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como titulares activos de su derecho a la salud; d) Reconocimiento del consentimiento sexual, de acuerdo con su autonomía progresiva; e) La posibilidad de tratamiento médico sin intervención de

En el caso particular de las niñas, se sostiene que el embarazo en niñas o adolescentes muy jóvenes expresa una multiplicidad de vulneraciones y carencias en el respeto de los derechos humanos y en la vigencia de políticas públicas, en especial de salud y equidad de género, e implica una conjunción de serios riesgos psicosociales, en tanto puede considerarse uno de los problemas de salud pública más complejos y dramáticos que reciben nula o mínima atención ya que esta problemática conjuga aspectos de salud, sociales, de género, justicia y derechos humanos y constituye un indicador de desarrollo y bienestar social trazador de situaciones de alta vulnerabilidad.⁷⁴

Por otra parte, con relación a los embarazos forzados de niñas, producto de violencia sexual, el MESECVI⁷⁵ manifiesta que:

*La violencia sexual tiene consecuencias nefastas tanto sobre ellas como sobre el conjunto de la sociedad, afecta a su salud física y reproductiva, incrementa el riesgo de morbilidad y mortalidad materna e infantil y por transmisión de VIH, genera embarazos de alto riesgo y problemas relacionados con el embarazo, tales como los abortos inseguros, los partos prematuros, entre otras consecuencias. Además, los embarazos de niñas y adolescentes acarrearán aún mayores riesgos médicos y psicosociales y constituye un problema mayor en cuanto a salud pública, justicia, educación y derechos humanos.*⁷⁶

128

los progenitores, con referencia a la autonomía progresiva y la capacidad de discernimiento propia de cada sujeto en el contexto en el que se desarrolla; f) Respeto de la confidencialidad e intimidad de la consulta y la información relacionada con la salud de adolescentes; g) Deber de garantía de la seguridad y accesibilidad de todas las prácticas sanitarias para adolescentes, sin acompañamiento obligatorio de un adulto/a. Se incluyen las prácticas relacionadas con la salud sexual y reproductiva como: consejería e información sobre sexualidad y reproducción, anticoncepción, aborto legal, atención y seguimiento del embarazo, el parto y el puerperio.

⁷⁴ En 2015 se publicaron dos estudios focalizados en América Latina que echan luz sobre esta problemática. Se trata del estudio “*Vida Robadas: Un estudio multipais sobre los efectos en la salud de las maternidades forzadas en niñas de 9–14 años*” coordinado por Planned Parenthood Global junto con el O’Neil Institute for National and Global Health Law e Ibis Reproductive Health. Disponible en: <http://ninasnomadres.org/wp-content/uploads/2016/11/PPFA-Stolen-Lives-Spanish-april-2016.pdf>. Además, el estudio *Niñas madres: embarazo y maternidad infantil forzada en América Latina y el Caribe*, realizado por CLADEM. Disponible en: <https://www.cladem.org/images/imgs-noticias/nin%CC%83as-madres-balance-regional.pdf>

⁷⁵ El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) analiza los avances en la implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” por sus Estados Parte, así como los desafíos persistentes en las respuestas Estatales ante la violencia contra las mujeres.

⁷⁶ Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), *Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos*, OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/DEC.4/14, 19 de septiembre 2014.

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que asegurar el derecho al aborto legal implica una serie de obligaciones exigibles al estado en todos sus niveles y, por ende, cuando se imponen barreras institucionales para que las mujeres accedan a la interrupción legal del embarazo en tales circunstancias, se vulneran múltiples derechos, entre ellos: a la libertad, a la integridad sexual, a la salud, los derechos sexuales y reproductivos, a una vida libre de violencia, a la vida, y a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes y de tortura.⁷⁷

V. Las observaciones al Estado argentino en la materia

“Los estándares son claros: las mujeres tienen el derecho y la autonomía de decidir sobre sus cuerpos y el Estado tiene que asegurar esos derechos a las mujeres, y en particular a las niñas y a las personas jóvenes (...) el Poder Ejecutivo tiene el deber de transmitirle a las y los legisladores las obligaciones internacionales de la Argentina”, dijo la presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y relatora de los derechos de las mujeres, Margarette May Macaulay, en la audiencia pública sobre los derechos sexuales y reproductivos en Argentina.⁷⁸ Cabe agregar que en dicha audiencia se remarcó expresamente que la Argentina *“... debe asegurar el acceso pleno y efectivo a los abortos que ya son legales e incorporar en la legislación los estándares e instrumentos internacionales ratificados por el país”*.⁷⁹

129

Cabe recordar que en el señalado fallo “F.A.L.” el máximo tribunal hizo varias referencias al compromiso de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, fundamentó su decisión de involucrarse en cuestiones de aplicación del artículo 86 del CPN no solo para esclarecer *“la confusión reinante en lo que respecta a los abortos legales”* sino también para *“evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional”*.⁸⁰

Por un lado, en el marco del Examen Periódico Universal se recomendó a Argentina generar todos los esfuerzos tendientes a reducir la tasa de mortalidad materna procurando especialmente disminuir el número de defunciones a consecuencia de abortos practicados en condiciones peligrosas y a garantizar a la mujer el acceso a prestaciones y servicios de salud reproductiva.⁸¹

⁷⁷ Agustina Ramón Michel y Sonia Ariza, *La legalidad del aborto en la Argentina*, septiembre de 2018, REDAAS.

⁷⁸ CIDH, Audiencia “Derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres en Argentina”, 168º Período de Sesiones, 3 al 11 de mayo de 2018.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ CSJN, Fallo “F.A.L.”, considerando 18.

⁸¹ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico*

En esta línea, el Comité de la CEDAW en 2010 y 2016 evaluó al Estado argentino y observó “... *que el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva sigue constituyendo un grave problema para las mujeres argentinas*” y expresó su preocupación “... *por la elevada tasa de embarazos entre las adolescentes y la elevada tasa de mortalidad materna, que en una tercera parte tiene como causa el aborto ilegal*”. En tal sentido, el Comité CEDAW recomendó a la Argentina que el Estado nacional debe: (i) sancionar el proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo; (ii) asegurar que todas las provincias tengan protocolos para la atención de los abortos legales, en línea con el Protocolo del Ministerio de Salud de la Nación; (iii) garantizar el acceso a abortos legales y seguros, y a servicios post aborto; (iv) establecer requisitos estrictos para evitar el uso indiscriminado de la objeción de conciencia.⁸²

Cabe destacar que en su visita a Argentina, Dubravka Šimonović, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, expresó “... *Respaldo las recomendaciones del comité de la CEDAW que insta a que las mujeres tengan acceso a un aborto legal y seguro y a la atención post aborto, definiendo y aplicando requisitos en cuanto a una justificación estricta para evitar el uso generalizado de la objeción de conciencia por parte de los médicos que se niegan a realizar abortos, considerando en particular la situación de embarazos recientes como resultado de la violación o el incesto que puede ser considerado como una tortura.*”⁸³

En esta línea, el Comité de Derechos del Niño expresó su preocupación “*por la tasa constantemente elevada de mortalidad materna y neonatal, en particular en ciertas provincias*” y “*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*” y reclamó que los médicos “*practiquen 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*”.⁸⁴

Universal sobre Argentina, A/HRC/37/5, 37º período de sesiones, 22 de diciembre de 2017.

⁸² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre Argentina*, 16 de agosto de 2010, CEDAW/C/ARG/CO/6, párs. 37-38 y *Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina*, 18 de noviembre de 2016, CEDAW/C/ARG/CO/7, párs. 33-35.

⁸³ Dubravka Šimonović, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, Comunicado del 21 de noviembre de 2016 luego de su visita a la Argentina entre el 14 y 21 de noviembre de 2016, disponible en: <https://ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20901&LangID=S>

⁸⁴ Comité de Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre Argentina*, 21 de junio de 2010, CRC/C/ARG/CO/3-4, párrafos 58-59.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos le preocupa “... *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*” y por ello, sostuvo que “... *el Estado 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*”.⁸⁵

Con relación a Argentina cabe destacar que el Comité de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre un caso concreto⁸⁶ y consideró que la obstrucción y la dilación de los servicios de aborto previstos en el Código Penal, solicitados por una mujer menor de edad que padecía un retraso mental y había sido víctima de violación,⁸⁷ causaban un daño moral y físico que representa una violación del artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, el Comité encontró que habían sido vulnerados los artículos 17° y 2° del Pacto; y que la falta de mecanismos para permitir la interrupción legal del embarazo torna al Estado responsable por la violación al derecho a la garantía y respeto de los derechos prevista en el artículo 2 del Pacto en relación con los artículos 3°, 7° y 17°, vulneró el derecho a la vida privada y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes de L. M. R., así como el derecho a un recurso efectivo en relación con los mencionados derechos vulnerados. Cabe destacar que, el Comité también respondió al pedido de garantías de no repetición declarando que “*El Estado tiene también la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro*”, y le solicitó que en un plazo de 180 días informe al Comité sobre las medidas que haya adoptado para aplicar su dictamen.

131

⁸⁵ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre Argentina*, 22 de marzo de 2010, CCPR/C/ARG/CO/4, párr. 13.

⁸⁶ Comité de Derechos Humanos, “*L.M.R. vs Argentina*”, CCPR/C/101/D/1608/2007.

⁸⁷ En la Provincia de Buenos Aires L. M. R., una mujer con discapacidad mental permanente quedó embarazada luego de haber sido violada. Su madre y representante solicitaron que se le practique un aborto, pero le fue negado y obstaculizado (aunque el aborto no fue admitido en el primer hospital al que L. M. R. acudió, después fue autorizado por tratarse de un “aborto no punible” [art. 86 del Cód. Penal]). A pesar de ello, una orden judicial que prohibía continuar con cualquier procedimiento abortivo y que iniciaba un proceso con el fin de impedir esta práctica fue notificada al personal de salud. Finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires autorizó la práctica, sin embargo, L. M. R. y su madre fueron presionadas por los medios de comunicación y terceros para que no abortara. En ese contexto y pese a contar con la autorización de la Suprema Corte bonaerense, ningún establecimiento de salud le practicó el aborto, por lo que L. M. R. actuó de manera clandestina.

VI. Palabras de cierre: el deber de debida diligencia para el ejercicio del derecho a la interrupción legal del embarazo

Conforme lo ha sostenido la CIDH, la violencia sexual no es un problema aislado:

Es el resultado de una violencia estructural de género y de patrones socioculturales que discriminan a las mujeres. La violencia estructural de género responde a un sistema que justifica la dominación masculina sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres, que tiene su origen en la familia y se proyecta en todo el orden social, económico, cultural, religioso y político. De esta manera, todo el aparato estatal y la sociedad en su conjunto son incapaces de asegurar el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. Los patrones socioculturales, a su vez, reproducen e incentivan la violencia sexual, enviando un mensaje de control y poder sobre las mujeres.⁸⁸

Cada año, decenas de miles de niñas de América Latina y el Caribe quedan embarazadas contra su voluntad y son víctimas de violencia sexual: muchas de ellas son obligadas a continuar el embarazo debido a legislaciones restrictivas y se convierten en madres a una edad en que deberían estar jugando.⁸⁹

132 En nuestro país, cambian los nombres, edades y los lugares de residencia, pero hay una constante que cada vez se hace más notoria: hay niñas, adolescentes y mujeres que fueron abusadas sexualmente y se les niega u obstaculiza el derecho a realizarse un aborto no punible y entre ellas, existe una alta cifra de mujeres que mueren por abortos clandestinos, ante la falta de respuesta institucional a esta problemática.

Sin embargo, los mecanismos que se ofertan desde el Estado no están todavía permeados por el respeto a los derechos humanos en juego en esta problemática.⁹⁰ Cabe recordar que la CSJN se pronunció en este sentido, expuso de forma clara los

⁸⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, párrafo 17.

⁸⁹ CLADEM, "Niñas madres. Embarazo y Maternidad Infantil", 2016.

⁹⁰ "La interrupción legal del embarazo, tanto bajo la causal salud como la causal violación, es aplicable en situaciones de embarazo en menores de 15 años. No obstante, se observa un enorme silencio y vacío respecto a esta opción por parte de los equipos de salud que por cuestiones individuales no lo contemplan como un elemento constitutivo del abordaje integral de estos casos. Aun en ese contexto, es posible identificar algunas iniciativas incipientes comprometidas con la práctica de ILE, con grados variables de institucionalidad, visibilidad y apoyo. Una barrera importante es la edad gestacional avanzada a la que se detectan los embarazos y los protocolos hospitalarios o ministeriales restrictivos que establecen el plazo máximo en las 12 semanas contradiciendo la normativa nacional" (*Niñas y adolescentes menores de 15 años embarazadas. Abordajes institucionales desde los sistemas de salud, educación, justicia y protección de derechos de niñas niños y adolescentes en localidades seleccionadas de Salta, Jujuy, Catamarca, Santiago del Estero, Entre Ríos y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Informe de resultados de investigación, Septiembre 2017*).

estándares aplicables y las obligaciones estatales en los distintos niveles y, además, el país ha sido objeto de críticas y recomendaciones de distintos organismos del sistema de protección de derechos humanos.

En las duras advertencias de los organismos internacionales de derechos humanos que siguen siendo desoídas por el Estado argentino un denominador común retomado por estas distintas instancias internacionales ha sido las diferentes formas de violencia contra la mujer, entre ellas la de los derechos sexuales y reproductivos; se ha hecho especial hincapié en los obstáculos que siguen restringiendo la accesibilidad del aborto legal y, en este sentido, consideramos de relevancia visibilizar lo que el Estado no hace o, mejor dicho, lo que hace mal, que involucra su responsabilidad.

Señalaba Cançado Trindade que: “... es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos quien clara y decididamente ha rescatado la posición central de las víctimas en el Derecho Internacional, por cuanto se encuentra orientado hacia la protección de la persona humana y a atender sus necesidades”.⁹¹ Por ello, de manera ideal, el sistema de protección de los derechos humanos opera dentro del Estado y esto no sólo por la existencia de recursos efectivos para reparar posibles violaciones, sino que también por la existencia de una red preventiva de las violaciones constituida por todas las instituciones propias de un Estado de Derecho, tomándose en serio las obligaciones de debida diligencia.⁹²

Garantizar el derecho a la interrupción legal del embarazo es una medida indispensable para no incurrir en la violación a los derechos a la salud, a la autonomía reproductiva y a la prohibición de imponer tratos crueles inhumanos y degradantes a las mujeres, adolescentes y niñas.

Consideramos que en las garantías de no repetición y prevención está gran parte de la respuesta, excediendo el ámbito individual y proyectándose de forma colectiva.⁹³ Sin lugar a dudas, el año 2018 generó mayores debates sociales y

133

⁹¹ Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala)*, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 26 de mayo de 2001, Voto Razonado del Juez A. A. Cançado, Trindade, Párr. 16.

⁹² Medina, Cecilia: *“Derecho Internacional de los Derechos Humanos: manual de enseñanza”*; Edit. Instituto Holandés de Derechos Humanos, Amsterdam, pág. 21.

⁹³ En el mencionado informe “Niñas y adolescentes menores de 15 años embarazadas” se expone: “Tanto por sus causas como por sus consecuencias, el embarazo antes de los 15 años se debería eliminar o reducir al mínimo. Esto implica, por un lado, prevenir su ocurrencia y por otro, brindar respuestas adecuadas y oportunas cuando sucede. Su prevención abarca dos ejes principales: 1) La promoción de sexualidades seguras, responsables, informadas y consentidas en la adolescencia temprana; 2) La prevención del abuso sexual. Sólo será posible si va de la mano de la transformación de un sistema de dominación patriarcal opresivo y violento con las mujeres. Ambos ejes son componentes nodales de la educación sexual integral tal como está definida y legislada en Argentina. Fortalecer el Programa Nacional de ESI e implementar sus contenidos y metodologías en todos los niveles de enseñanza y con todas sus audiencias objetivo (alumnos, docentes y familias) no sólo es un deber del Estado y un derecho de niños/as y adolescentes, sino que es una urgencia cuya atención sólo puede traer beneficios”.

políticos, y fuertes expectativas para avanzar en los cambios que se necesitan respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, resultando inaceptable que se reaviven los debates vinculados a las causales establecidas legalmente y menos aún, que se presenten obstáculos para el ejercicio de este derecho.

En palabras de Deza:

(...) Que se pretenda instalar el tema del aborto no punible como una cuestión de debate público, lo cierto es que siendo una posibilidad legal, los devaneos morales que despierte en ciertos sectores de nuestra comunidad no deberían tener la entidad de opacar un análisis que ya ha sido superado no sólo por el Legislador Penal en ocasión de sancionarse el art. 86 sino además interpretado nuestra Corte Suprema en lo que a sus alcances, vigencia, aplicación y pleno ejercicio se refiere. Porque dicho sea de paso, el derecho al aborto no punible es precisamente eso, un derecho. Y una mujer necesita estar libre de violencia a la hora de ejercerlo. Ese cuerpo violentado, no precisa más violencia.⁹⁴

134 Por lo expuesto, en un contexto de mayor permeabilidad política y social en favor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, no sólo debe exigirse la no obstaculización del acceso al derecho al aborto legal, sino también hacer uso de estas condiciones favorables para visibilizar la problemática, sancionar a los responsables en sus distintos niveles y prevenir que estas conductas se repitan en el futuro a los efectos de garantizar el derecho accesible para toda niña, adolescente y mujer a acceder en forma segura, a la atención sanitaria que concrete sin barreras ni obstáculos la interrupción legal del embarazo, en pleno respeto de sus derechos humanos, sin discriminación alguna y como medida de reparación al derecho individual y colectiva de toda mujer de vivir libre de violencia.

⁹⁴ Deza, Soledad, *Acceso al aborto no punible: ciudadanía plena y derechos humanos que responsabilizan al Estado*, La Ley, AR/DOC/6221/2012.