

El aborto en Argentina: argumentario jurídico en el camino hacia su despenalización y legalización¹

Sofía K. Veliz

	Índice
Listado de Abreviaturas	2
Presentación	3
1. Situación del aborto en Argentina.....	8
1.1 El estado de situación del aborto como práctica en la Argentina	8
1.2 El entramado normativo sobre aborto.....	11
2. Argumentos jurisprudenciales	16
2.1 El fallo “F.A.L”	16
2.2 El caso “Belén” y la punición del aborto	32
3. 2016: Argentina rinde cuentas a la CEDAW	39
3.1 Los argumentos derivados de la aplicación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos	39
4. Los argumentos del movimiento feminista: La Campaña Nacional por el aborto legal seguro y gratuito.....	44
5. “En las condiciones de su vigencia”: por una interpretación jurídica de las normas respetuosa de los derechos humanos de las mujeres.....	47
Conclusiones	51
Bibliografía	53

1 Este trabajo fue presentado como “Trabajo de Fin de Máster” para el “Máster en Gobernanza y Derechos Humanos” dictado en la Universidad Autónoma de Madrid en su edición 2016-2017.

Listado de Abreviaturas

CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CN	Constitución Nacional
CPN	Código Penal de la Nación
CEDAW	Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer
CADH	Convención Americana de Derechos del Hombre
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
DEIS	Dirección de Estadísticas e Información de Salud del Ministerio de Salud de la Nación
IVE	Interrupción Voluntaria del Embarazo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

En este trabajo me propongo presentar el debate en torno al aborto en Argentina, en particular el debate jurídico en términos de acceso y goce efectivo de determinados derechos, que lo rodea y contiene.

En primer lugar delinearé la situación normativa, en su aspecto material, dando cuenta del entramado de leyes, normas y derechos que delimitan la práctica de la interrupción del embarazo y la regulan. Veremos cómo interactúan esas normas entre sí para dar lugar al permiso o la punibilidad de un aborto.

A partir de allí y durante el desarrollo de esta presentación abordaré el aborto desde su arista jurídica. Siguiendo a Paola Bergallo², diré que se tratará de plasmar al menos dos conjuntos de argumentos que se presentan en el cada vez más “juridizado”/”legalizado” debate sobre la permisividad, punibilidad o legalidad del aborto.

El campo temático que abarca la interrupción del embarazo es muy amplio y complejo. Pero en los últimos años y como explica Bergallo, más específicamente en la última década el debate por la legalidad del aborto sufrió una creciente “juridización”³. Ya sea en el plano de la producción normativa en forma de leyes federales, provinciales, resoluciones administrativas, o bien poniendo a andar argumentos de la jurisprudencia, hasta la adopción de un tono cada vez más propio del discurso de los derechos en los argumentos de quienes se oponen a legalizar el acceso a la interrupción del embarazo, y por

2 Bergallo Paola, “Interpretando derechos: la otra legalización del aborto en América Latina”, en Lidia Casas y Delfina Lawson. *Debates y Reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Ediciones Loñ, Santiago de Chile, 2016.

3 Este concepto es utilizado en el texto de Paola Bergallo “Interpretando derechos...”, ya citado, para explicar el fenómeno por el cual la discusión sobre el aborto pasó a darse cada vez más en el ámbito de los discursos sobre derechos y no sólo en otros campos como la ética o la religión.

último en la forma de interpretar la situación de quien desea interrumpir un embarazo como un problema o conflicto de derechos.⁴

Asistimos a un movimiento en el plano en que se dan las discusiones sobre aborto, que denota una creciente producción de más y nuevos argumentos jurídicos. Si hasta hace un tiempo las discusiones sobre la legitimidad de la práctica del aborto se daban en el ámbito de los discursos éticos o incluso bioéticos, en los últimos años vemos mucho más cómo los argumentos y discusiones se dan en clave jurídica. Por este motivo tomaré el tema desde esta perspectiva.

Este trabajo tiene por objetivo observar los discursos que se ponen en circulación en relación con la interrupción del embarazo y estudiar en particular los argumentos jurídicos que los conforman para revisar la manera de interpretar los derechos que se ponen en juego en los casos de aborto.

La hipótesis que sostengo es que **ya existen los argumentos jurídicos, en gran parte expresados por la jurisprudencia, que permiten justificar la legalidad del aborto como derecho de las mujeres y su constitucionalidad.** Incluso esos argumentos sirven para interpretar las normas que regulan la interrupción del embarazo en el Código Penal de manera tal que las causales permitidas para acceder a dicha práctica se amplíen, incluso tornando obsoleto el castigo y empujando así a una necesaria reforma legislativa en la materia.

Por un lado trabajaré sobre el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del año 2012, conocido como “F.A.L”, que fue un hito en la forma en que el máximo tribunal interpretó los supuestos en que el aborto está permitido o no es punible.

4 Ibídem.

El fallo “F.A.L” delimitó los alcances de la normativa penal sobre aborto. La Corte ensayó un andamiaje en términos de interpretación de los derechos en juego y acceso efectivo al goce de esos derechos que resultó ser una bisagra en la práctica de las interrupciones legales o no punibles del embarazo en Argentina. La parte más relevante de la sentencia tiene que ver con el mandato, la exhortación de la CSJN a los demás tribunales y poderes del Estado e incluso a las instituciones sanitarias sean públicas o privadas a que interpreten los casos en que el aborto es legal de manera respetuosa con los derechos constitucionales-convencionales.

Además produjo efectos en las políticas públicas a raíz de la indicación clara a remover todos los obstáculos que interfieren en el acceso efectivo a la práctica del aborto en los supuestos en que no debe ser punible.

La relevancia del fallo “F.A.L” es tal que hoy es difícil saltarse su lectura u obviar los argumentos que se pusieron a rodar con mayor legitimidad en torno al tema. Por este motivo, constituye el núcleo central de los argumentos que trabajaré para afirmar que estamos en condiciones de considerar constitucional y conforme a derecho la interrupción voluntaria del embarazo.

En otro momento de este trabajo abordaré un caso muy reciente de criminalización del aborto: el caso “Belén”⁵ que tomó relevancia pública en el año 2016 cuando se confirmó la condena a 8 años de prisión a una mujer que llegó a un hospital en la Provincia de Tucumán con un aborto espontáneo en curso, según su historia clínica, y no volvió a su casa sino que luego de su internación fue trasladada a una cárcel común y pasó dos años en prisión hasta el 16 de agosto de 2016.

5 “Belén” es el nombre ficticio de la mujer que en este caso fue privada de su libertad por haber sufrido un aborto espontáneo. Así es como se conoce su caso.

En el caso “Belén” se cristalizaron y se pusieron en práctica los argumentos e ideas que buscan mantener el aborto en la clandestinidad y que también son efecto de ella. ¿Asistimos a un cambio de paradigma en la forma de entender esta situación? ¿nos encontramos en un contexto tan disímil al del dictado de “F.A.L”?

Lo que está a la vista es que sí presenciamos una reestructuración en términos políticos e ideológicos, sobre todo en las instituciones del Poder Judicial, sanitarias, entre otras⁶ que otorgan más legitimidad y fuerza al discurso punitivo.

En el caso “Belén” muchos obstáculos que la Corte mando a remover en “F.A.L” se presentaron para impedir el acceso al derecho a la salud de la mujer e incluso para estigmatizarla y discriminarla.

“Belén” pasó a la agenda de los organismos internacionales que debido de la insistencia de las organizaciones feministas argentinas se sumaron al reclamo por su libertad y absolución⁷.

Por otra parte en 2016 Argentina fue evaluada nuevamente por la CEDAW. El caso “Belén”, fue mencionado especialmente en el “informe sombra” de los organismos de la sociedad civil que traeré a esta exposición, y fue parte de las críticas que el Comité le hizo al país. La relatora de la ONU realizó un especial reclamo por la libertad de Belén y una vez más el informe final dedicó un apartado a la recomendación para que Argentina adecue su normativa sobre aborto a las convenciones de Derechos Humanos y garantice el derecho a la salud de las mujeres, a la vez que insistió en que el país debe reformular

6 No así hacia dentro de la sociedad civil, donde estudios demuestran que cada vez son más las personas a favor de legalizar el aborto, 6 de cada 10 según recientes sondeos. Ver: “Lo que se piensa pero no se dice en voz alta” publicado en la edición web del diario Página 12. <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-207155-2012-11-05.html>

7 Ver por ejemplo Informe Oficial CEDAW 2016

su legislación y sobre todo remover la regulación del aborto del ámbito del derecho penal.

Finalmente el 21 de marzo de 2017 Belén fue absuelta en un fallo interesante pero en el que no se analizó la punibilidad del aborto, sino que para resolver se hizo hincapié en el respeto por las garantías que hubieran evitado el ingreso de un caso como este al sistema judicial y penal.

En este trabajo, también quiero dejar registro de la enorme tarea militante que se dio y se da el movimiento de mujeres organizadas en Argentina por la legalización del aborto, dado que no puede entenderse cabalmente el estado de la discusión, ni los cambios normativos sin tener presente el derrotero de esa pelea y la cantidad de argumentos que se produjeron y se producen desde ese ámbito, así como las herramientas y estrategias que las mujeres se dieron a lo largo de la historia en este país.

Me ocupare en especial del colectivo que conforma la “Campaña Nacional por el Aborto legal, seguro y gratuito” que en 2016 presentó por sexta vez su proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo con el aval de 350 organizaciones y la firma de diputadas y diputados de casi todos los bloques políticos del Congreso.

Por ultimo rescataré la mirada argumentativa e interpretativa de las normas sobre aborto que entiendo resulta respetuosa de los Derechos Humanos y la Constitución Nacional.

Sobran herramientas para entender que la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina no sólo ya es legítima, sino que es urgente y que además constituye una política que se deriva necesariamente de las obligaciones internacionales que asumió el Estado.

1. Situación del aborto en Argentina

1.1 El estado de situación del aborto como práctica en la Argentina

Antes de presentar cuál es el estado de situación de la práctica del aborto en Argentina, es decir su incidencia en los índices de mortalidad materna e incluso en qué cantidad de oportunidades se practica, debemos tener presente que no existe en el país un registro oficial de datos sobre interrupción legal del embarazo, por lo que no se conoce el número de abortos legales realizados y menos aún puede conocerse con exactitud el número de abortos hechos de manera clandestina.

El sistema de registro oficial que se vuelca en el Informe “Estadísticas Vitales. Información Básica”⁸ elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación cada año, contabiliza solamente los abortos legales realizados en establecimientos públicos de la salud. Es decir que incluso el aborto realizado en condiciones de permisividad no se encuentra registrado en su totalidad como fenómeno. Asimismo ha de tenerse en cuenta que muchas veces, las muertes maternas son informadas como causadas por infecciones sin consignar que la causa del cuadro ha sido un aborto inseguro.⁹

Esta falta de información es una de las tantas consecuencias de un sistema que penaliza el aborto, empujando a las mujeres que deciden interrumpir su embarazo a la clandestinidad. Esa clandestinidad es, a su vez, lo que torna más riesgosa su práctica. Ello puede confirmarse

8 Ver Estadísticas Vitales. Información Básica, Ministerio de Salud de la Nación. Año 2015. Publicado en www.deis.gov.ar

9 Claudia Anzorena y Ruth Zurbriggen comps., “El aborto como derecho de las mujeres. Otra historia es posible”. Editorial Herramientas

leyendo los datos y estadísticas al respecto de otros países donde la práctica es legal, como en España o Uruguay. Respecto de este último vale mencionar que tras la legalización del aborto en 2012 éste pasó de provocar el 37,5 por ciento de las muertes maternas en el período 2001-2005 a solo el 8,1 por ciento en 2011-2015¹⁰.

En Argentina se practican entre 460.000 y 600.000 abortos clandestinos cada año. El dato surge de lo expuesto frente al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer por las organizaciones de la sociedad civil, en el marco de la presentación del cuarto informe periódico ante el Comité CEDAW en su 65° Período de Sesiones de octubre de 2016. Este número representa alrededor del 50 por ciento de los nacidos vivos por año.¹¹

En ese mismo período de tiempo, un año, los hospitales públicos del país registran 53.000 internaciones por aborto, según la Dirección de Estadísticas e Información de Salud (DEIS) del Ministerio de Salud de la Nación¹².

El último informe estadístico sobre mortalidad materna publicado por dicho Ministerio correspondiente al año 2015 y dado a conocer en enero de 2016, reafirmó la tendencia que se sostiene en los últimos treinta años: las complicaciones derivadas de abortos practicados en condiciones de riesgo han sido la primera causa individual e indirecta de mortalidad materna y han representado un tercio del total de esas muertes. Las muertes de mujeres gestantes por causa de aborto aumentaron un 18 por ciento entre 2014 y 2015,

10 Fuente: <https://www.pagina12.com.ar/12405-el-aborto-legal-hizo-caer-la-mortalidad-materna-en-uruguay>

11 Evaluación sobre el cumplimiento de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) en el marco de la presentación del cuarto informe periódico ante el Comité CEDAW, 65° Período de Sesiones. Octubre de 2016. Disponible en: <http://acnudh.org/paises/argentina/>

12 Ver. Estadísticas vitales, 2010. Ministerio de Salud de la Nación. www.deis.gov.ar

al pasar de 43 a 55 mujeres muertas, la cifra más alta de los últimos cuatro años¹³.

Por su parte, las muertes maternas por causas obstétricas representan más del 30 por ciento de aquellas. Este dato también resulta relevante para el tema bajo estudio en este trabajo dado que sugiere que posiblemente esas mujeres no accedieron a la información, a la a la decisión de interrumpir su embarazo, basada en la “causal salud” en el art. 86.1 de Código Penal, sobre el que avanzaremos más adelante.

La desigualdad al interior del país también es ilustrativa de la múltiple discriminación que viven las mujeres fuera de los centros urbanos. Hay provincias que duplican o triplican la razón nacional.

En Argentina no existe un registro de datos sobre interrupción legal del embarazo, no se conoce con exactitud el número de abortos legales realizados y no existen indicadores de desempeño acerca de su provisión en el sistema de salud.

13 La información surge de los últimos datos publicados por la Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Deis) del Ministerio de Salud de la Nación, en las Estadísticas Vitales 2015.

14 Se consideran causas indirectas aquellas que no son consecuencia del embarazo, no son enfermedades derivadas del estado de gravidez sino consecuencias de otras afecciones, como enfermedades adquiridas o el aborto incompleto cuando provoca una infección.

1.2 El entramado normativo sobre aborto

En Argentina el aborto está regulado, principalmente, en los artículos 85 y 86 del Código Penal de la Nación, sin modificaciones desde el año 1921, redactados de la siguiente manera:

“ARTICULO 85: El que causare un aborto será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

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

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

Este modelo de regulación del aborto, conocida como “modelo de indicaciones” supone un tipo penal que establece su prohibición genérica y luego una serie de excepciones a la criminalización en razón de diversas

causales. Según la ley penal argentina, entonces, una mujer tiene derecho a interrumpir un embarazo cuando éste fuera producto de una violación (a) o cuando exista un peligro para su vida o su salud (b).

Sucede con este tipo de modelo de legislación que en ocasiones funcionan en la práctica como si estuviera completamente restringido. En Argentina, el efecto de la regulación penal provoca que su acceso se restrinja a niveles asimilables con un marco de prohibición total, empujando a la clandestinidad a un número exorbitante de mujeres que deciden poner fin a sus embarazos, tal como se desarrolló en el punto anterior.

Ahora bien, a la regulación penal deben sumarse otras disposiciones que también intervienen en el entramado normativo sobre la permisividad del aborto o su punición. Entre estas normas se encuentran los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que poseen jerarquía constitucional y son parte del bloque de constitucionalidad sobre el que deben interpretarse el resto de los derechos del ordenamiento jurídico argentino.

La reforma constitucional del año 1994 incorporó a la Constitución Nacional una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que se les reconoció igual jerarquía normativa que al texto constitucional. El art. 75.22 de la CN establece que: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”.

Como puede verse el texto constitucional consagró la inclusión de dichos tratados “en las condiciones de su vigencia”, lo que fue interpretado por la Corte Suprema de la Nación en el precedente “Giroldi”¹⁵ en el sentido de que dichos tratados rigen con el alcance y efectos que le otorgan los organismos internacionales encargados de su interpretación, aplicación y cumplimiento.

De este modo el texto del Código Penal y toda otra normativa de rango inferior debe leerse a la luz de los derechos y garantías constitucionales y también de los derechos y garantías consagrados en dichos tratados sumando a ello la forma en que los organismos consideren que deben ser entendidos.

Además existen distintas regulaciones que afectan el acceso a la interrupción del embarazo. Es el caso de los Protocolos para la atención de abortos no punibles publicados por los distintos Ministerios de Salud del país. Por su parte, en el año 2015 el Ministerio de Salud de la Nación publicó el “Protocolo para la Atención de las Personas con Derecho a la interrupción legal del Embarazo”¹⁶ que revisa y actualiza la información médica y legal que contenía la anterior “Guía Técnica” del año 2010. Sin embargo el protocolo mencionado carece de estatus de resolución ministerial lo que torna difícil exigir su cumplimiento en los establecimientos de salud.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, causa n° 32/93, sentencia de fecha 7 de Abril de 1995.

¹⁶ Disponible en <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000667cnt-Guia-tecnica-web.pdf>

Una correcta interpretación de las normas citadas entiende que el aborto en Argentina se encuentra permitido y por tanto es un derecho de las mujeres que decidan interrumpir sus embarazos cuando se encuentren en alguna de las dos circunstancias detalladas. A su vez el artículo del Código Penal que despenaliza el aborto realizado sobre un embarazo producto de violación o bien ante el peligro para la vida o la salud de la mujer debe ser interpretado teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre derechos y garantías incluyendo aquí aquellos consagrados en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Este ejercicio obligatorio de interpretación provoca una ampliación en los supuestos de acceso a la práctica de aborto.

El contexto constitucional desde la reforma del año 1994 en Argentina proveyó de nuevos textos que alimentaron un proceso de “constitucionalización argumental”¹⁷. Esto quiere decir que si bien el texto que regula el aborto no fue reformado y se mantiene sin variantes en el Código Penal, asistimos desde aquel momento a una “relectura del modelo de indicaciones...” que permite entender lo que antes aparecía sólo como excepción a la punición como “instancias en las que se reconoce el derecho al aborto legal o una permisión tal que implica el deber de garantizar y prestar servicios de salud para la interrupción legal del embarazo”.¹⁸

La “constitucionalización o convencionalización”, en palabras de Bergallo, de la interpretación y aplicación de las normas sobre aborto implica necesariamente “abandonar los discursos que habían defendido la autonomía de la dogmática penal” y habilitar que dichas normas sean “escrutadas a la luz de un conjunto diverso de referencias

17 Bergallo Paola, op.cit.

18 *Ibíd.*

constitucionales y de tratados de derechos humanos” que incluyen las interpretaciones de los organismos internacionales creados por dichos tratados.¹⁹

Lo dicho indica que al estudiar cuales son las leyes, normas y derechos que se ponen en juego a la hora de analizar la procedencia de un aborto legal y por ende no punible, no puede mirarse sólo la letra de las disposiciones del Código Penal sino que **el ordenamiento jurídico argentino obliga a ponderar todo el andamiaje constitucional de derechos y garantías a la vez que manda a interpretarlos “en las condiciones de su vigencia”.**

¹⁹ *Ibíd.*

2. Argumentos jurisprudenciales

2.1 El fallo “F.A.L”

El 13 de marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el marco de la causa “F., A.L s/medida autosatisfactiva”²⁰. Allí se pronunció sobre el alcance y la correcta interpretación del art. 86.2 del Código Penal de la Nación donde se encuentran establecidos los supuestos en que el aborto está permitido en virtud de la despenalización en determinadas circunstancias.

El caso llegó a conocimiento de la Corte luego de transitar por las instancias judiciales inferiores y de un largo derrotero que poco tenía que ver con las exigencias procesales para supuestos como del que se trataba.

Así “A.F” en representación de su hija “A.G” de 15 años, solicitó el 14 de enero de 2010 a la justicia penal de la provincia de Chubut la interrupción del embarazo que cursaba la niña y que era consecuencia de la violación que había sufrido por parte de su esposo, es decir el padrastro de “A.G”. Dicho pedido fue realizado en el marco de la causa en que se investigaban los abusos sexuales sufridos por la niña, sin embargo el juez que decidía en ese expediente se declaró incompetente para resolver este planteo y pasó la causa a la fiscalía interviniente que también se declaró incompetente. Como consecuencia de ello la madre de “A.G” se presentó ante la justicia de familia de la

20 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F.,A.L s/medida autosatisfactiva”. F. 259 XLVI. Buenos Aires, 13 de marzo de 2010. Una “medida autosatisfactiva” es en el derecho interno argentino un tipo de “medida cautelar”. Las medidas cautelares tienen por objeto garantizar el resultado de una sentencia, de modo que no se torne ilusorio el derecho del peticionante durante todo el tiempo que transcurre entre la demanda y la decisión del órgano jurisdiccional. Se presentan para ser resueltas de forma urgente ante el peligro inminente y actual de lesión de un derecho. Las medidas autosatisfactivas son aquellas cautelares que una vez resueltas tornan abstracto el fondo de la causa.

provincia de mención solicitando una medida autosatisfactiva que diera lugar a la interrupción del embarazo. Este pedido también fue desechado en las nuevas instancias, tanto en la primera como en la cámara, desoyendo los numerosos informes que se habían ordenado y producido y que daban cuenta de lo riesgoso que era para la salud de la niña continuar con el embarazo.

La causa llegó hasta el Tribunal Superior de Justicia de Chubut, que luego de oír a la peticionante decidió revocar la decisión anterior y admitió el pedido de “A.G” fundando su resolución en el derecho que le asistía en tanto víctima de violación según el art. 86.2 y que se encontraba en consonancia con las disposiciones constitucionales y convencionales vigentes, a la vez que declaró que para acceder a la práctica abortiva no era necesario una autorización judicial.

“A.G” se realizó el aborto el 11 de marzo de 2010 cuando se encontraba aproximadamente en la 12va semana de gestación.

La decisión del Tribunal Superior de Justicia de Chubut fue recurrida por el Asesor General Subrogante de la Provincia, a pesar de que el aborto ya había sido llevado a cabo. Para ello presentó un Recurso Extraordinario Federal ante la CSJN, que dio lugar al fallo “F.A.L”.

El recurrente afirmaba que el art. 86.2 del Código Penal permite la interrupción del embarazo provocado por una violación sólo cuando la mujer víctima tiene alguna discapacidad intelectual, por lo que la interpretación del Tribunal resultaba contraria a derecho y al mismo tiempo inconstitucional. Según su postura la vida del feto se encontraba protegida por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y debían prevalecer sobre los de la gestante, por tanto la interpretación que había hecho el TSJ de Chubut sobre el permiso para abortar del art. 86.2 era en este caso inconstitucional.

La Corte resolvió el planteo en una sentencia que se convirtió en histórica y que sentó nuevas bases para interpretar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y en particular el derecho al acceso a la interrupción del embarazo. Veremos aquí los argumentos más relevantes del fallo, pero especialmente aquellos argumentos que, entiendo, son válidos para sostener que el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho de las mujeres independientemente de la causal que la motive y que en consecuencia estamos en condiciones de afirmar que la regulación que de dicho derecho hace la legislación penal puede fácilmente tenerse por obsoleta.

En primer lugar, los jueces dejaron en claro que a pesar de que el aborto ya se había practicado, resultaba necesario pronunciarse sobre la cuestión a fin de que “...el criterio de Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro”. Es decir, que presentarían en este fallo y en su carácter de últimos intérpretes de la Constitución Nacional (CSJN Fallos 1:340), su opinión respecto de cómo debe interpretarse a la luz de dicha norma el art. 86.2 del CPN, pero para que fuera tenido en cuenta para los casos que pudieran volver a suscitarse sobre circunstancias similares.²¹

En la primera parte de la sentencia, se presentan los argumentos que otorgan validez la interpretación amplia del precepto del art. 86.2 del CPN que sostiene que donde el artículo enuncia “Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente...” debe entenderse que las tanto las mujeres víctimas de violación que no poseen ninguna discapacidad como las que sí sufren de alguna de ellas tienen derecho a interrumpir el

21 CSJN, “F.,A.L s/medida autosatisfactiva”. F. 259 XLVI. Buenos Aires, 13 de marzo de 2010, op.cit, Considerando 7.

embarazo producto de aquel delito. La discusión acerca de la sujeta legitimada para acceder a un aborto es histórica pero no será objeto de este trabajo. Muchos son los argumentos que indican que por su redacción, por las traducciones de sus fuentes, efectivamente el legislador quiso otorgarle a cualquier víctima de una violación el derecho a abortar²². Aquí nos ocuparemos de los argumentos jurídicos que tienen como fundamento el bloque de constitucionalidad así como el rol del Estado como garante de los derechos que de allí se derivan.

En este sentido los jueces afirmaron que la constitucionalidad de la interpretación amplia del art.86 CPN se deriva necesariamente de las obligaciones contraídas por el Estado que nacen de las convenciones y tratados internacionales con jerarquía constitucional. De este modo sostuvieron que una interpretación restrictiva de la norma puede dar lugar a responsabilidad internacional del Estado y que además “varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible...”²³. Esto quiere decir que para la Corte, entender que las únicas víctimas de violación que pueden acceder al aborto son aquellas con discapacidad intelectual, **no sólo es un error de interpretación sino que además es contrario a los compromisos internacionales que en materia de Derechos Humanos asumió el Estado.**

Es en esta primera parte de la decisión cuando la Corte, en consonancia con otras decisiones históricas del tribunal, sostiene que para resolver el caso deben armonizarse las interpretaciones de las normas en juego no sólo con las constitución y los tratados con jerarquía constitucional sino también con la forma en que esos tratados son interpretados por los organismos internacionales competentes en cada caso. Es decir, que la manera para

22 Ibídem, Considerando 18.

23 Ibídem, Considerando 6.

conjugar los derechos consagrados constitucional y convencionalmente con las distintas normas nacionales y la forma en que aquellos rigen es tal como señala el texto constitucional “en las condiciones de su vigencia” (Art. 75.22 CN), lo que quiere decir que rigen como efectivamente lo hacen en el ámbito internacional teniendo en cuenta su aplicación por parte de los órganos competentes²⁴. El mensaje del máximo tribunal en este sentido es claro y coherente con sus pronunciamientos anteriores. Para saber si una disposición o norma nacional es contraria a las normas de los tratados con jerarquía constitucional, debe tenerse en cuenta la manera en que los órganos que vigilan el cumplimiento de esos tratados los interpretan y les dan significado.

Por este motivo la Corte dejó establecido en el fallo “F.A.L” que a diferencia de lo sostenido por el recurrente, ni el art. 1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos ni el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) deben entenderse en el sentido de que prohíben de manera absoluta el aborto. Más aún “las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos”, tal como fue resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 23/81 conocido como “Baby Boy”²⁵.

24 CSJN, G. 342. XXVI. “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, causa N° 32/93. Buenos Aires 7 de abril de 1995.

25 Op. Cit. “F.,A.L...”, Considerando 10. Por su parte en el caso “Baby Boy” (Res. 23/81, CIDH), resuelto en el año 1981, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos explicó que la redacción del derecho a la vida en la Convención Americana de Derechos Humanos, permite su armonización con legislaciones que consideran legal la práctica del aborto. En el caso la CIDH hizo un recorrido sobre los antecedentes de la redacción del art. 4 para explicar que la protección a la vida desde la concepción no es absoluta y que fue redactado de forma tal de compatibilizar las regulaciones sobre aborto, entre otras.

La cita expresa de la Corte al caso “Baby Boy” es fundamental, dado que allí la CIDH dejó claro que “(p)ara conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto (de) ‘desde el momento de la concepción’, con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto,... la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras ‘en general’. Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 ‘1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción” (Anuario, 1968, p. 321)”²⁶. Es decir que no puede restringirse el acceso a la práctica de un aborto en base a los derechos consagrados en los mencionados instrumentos dado que no es ese el sentido con que rige su vigencia en el ámbito internacional, ni fue ese el objetivo de su redacción.

Tampoco puede, según la Corte, oponerse lo previsto en el Art. 3 de la CADH sobre el derecho de las personas a la personalidad jurídica porque su texto debe ser entendido a la luz de lo dicho sobre el art. 4. Es decir, otorgarle mayor amplitud sería contradictorio dado que “la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida” del embrión²⁷.

Lo mismo sucede con la idea que sostiene que el aborto debe restringirse con sustento en los art. 3 y 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) dado que según entiende nuestro máximo tribunal, esas disposiciones deben interpretarse conjuntamente con lo dispuesto en el art. 1 de aquella que declara que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Si bien la Corte no profundiza en los motivos específicos que harían que no se aplicaran los

26 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, RESOLUCIÓN No. 23/81, Caso 2141. Estados Unidos De América, 6 de marzo de 1981.

27 Op. Cit. “F.,A.L...” Considerando 10.

derechos a la vida y la personalidad jurídica del art. 3 y 6 al feto, pareciera estar sosteniendo que esos derechos le pertenecen a las personas ya nacidas. Lo que está claro es que para la Corte “resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas para fundar la tesis restrictiva del supuesto de aborto no punible previsto en el art. 86, inciso 2° del Código Penal”²⁸.

La sentencia continúa deshaciendo cada uno de los supuestos obstáculos jurídicos que encontraba el recurrente en las distintas Convenciones de Derechos Humanos. Respecto del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, valen consideraciones similares. Al analizar su posible contradicción al derecho de acceso al aborto en caso de embarazo fruto de una violación, la Corte recordó lo dicho por el Comité de Derechos Humanos al observar particularmente la situación de cumplimiento de Argentina. En las Observaciones Finales publicadas en el año 2010 dicho órgano expresó la preocupación por la interpretación restrictiva que de aquel derecho realizaban algunas autoridades judiciales de este país²⁹.

En cuanto a la Convención de los Derechos del Niño, tampoco de allí nace fundamento alguno para restringirle a una mujer, niña como en este caso, acceder a una interrupción del embarazo no punible. Ello según la interpretación que hace la Corte del preámbulo de la Convención, pero por sobre todo por el propio mandato del Comité de los Derechos del Niño que en oportunidad de expresarse sobre Argentina “manifestó su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal”³⁰. Esto quiere decir que lejos de restringir el acceso al aborto en víctimas de violación la Convención de

28 Ibídem, Considerando 11.

29 Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ARG/CO/4, año 2010.

30 Op. Cit. “F.,A.L...”, Considerando 13.

Derechos del Niño por “las condiciones de su vigencia” exige garantizar ese acceso en términos de derecho para la víctima.

Es decir, que al menos desde el fallo “F.A.L” podemos afirmar que el órgano judicial de mayor jerarquía y encargado de interpretar la Constitución Nacional, no encuentra ningún mandato que surja de normas constitucionales o convencionales que impidan la interpretación amplia del art. 86.2, más por el contrario otorgan a las víctimas de delitos contra su integridad sexual el derecho a interrumpir los embarazos que pudieran ser consecuencia de esos ataques. Es un imperativo, que se desprende del bloque de constitucionalidad que sostiene el diseño institucional y la distribución de justicia en nuestro país.

También es importante resaltar lo dicho por la Corte en cuanto a los principios del derecho interno con los que debe interpretarse la ley, dado que son principios de hermenéutica generales que el tribunal aplica en cada caso y que son parte de la técnica interpretativa a aplicar por todos los órganos del Poder Judicial.

En relación con ello la Corte aclaró que una interpretación coherente con el principio de igualdad constitucional (Art. 16 CN) obliga a desechar cualquier distinción entre las víctimas de una violación según sus capacidades intelectuales. Un criterio como ese no podría ser tenido por válido por carecer de razonabilidad y por tanto constituiría un criterio discriminatorio.

A ello se suma que, todo el sistema internacional de los Derechos Humanos reposa sobre la idea de dignidad de los seres humanos sin distinción y por tanto de allí deriva el principio que los considera fines en sí mismos. Según la Corte este principio “impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”³¹. En el caso exigirle a la niña de 15 años embarazada

31 *Ibidem*. Considerando 16.

producto de la violación cometida por su padrastro que llevara término su embarazo, habría constituido para la Corte un atentado contra su dignidad, consagrada en todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Los principios del Derecho Penal que sirven de guía para su adecuada interpretación, tales como el principio de legalidad y *pro homine* imposibilitan legitimar la interpretación restrictiva del art. 86.2 CPN dado que abriría la puerta a una mayor criminalización llevándose por delante otro principio considerado por la Corte, el de ultima *ratio* del derecho penal, que implica estar siempre por la interpretación que habilite menor cantidad de ejercicio del poder punitivo. No tener presentes estos principios básicos del Derecho Penal conduce, como en la posición defendida por el recurrente, a convertir a la víctima de un delito en merecedora de castigo.

Ahora bien, es en este momento del análisis de la Corte donde a pesar de haber dejado en claro que cada uno de los argumentos del Asesor Subrogante son inválidos y que por tanto el sistema de abortos no punibles que existe en la legislación argentina es constitucional -en particular la interpretación amplia para los casos de violación-, consideró necesario subrayar las prácticas que siguen obstaculizando el acceso a los abortos no punibles.

Aquí la Corte hace un ejercicio profundo de diagnóstico de la situación del aborto y de las prácticas judiciales que sistemáticamente obstruyen el goce del derecho conferido por el art. 86 a las mujeres que deciden interrumpir su embarazo y están amparadas en alguno de sus supuestos. En palabras de la Corte “la judicialización de esta cuestión que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal es cuestionable porque obliga a la

víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”³². Esta afirmación y en lo que sigue toda la serie de exhortaciones que la Corte hace al resto de los poderes del Estado y a los prestadores del servicio de salud, son lo que le dieron a esta decisión el peso político y la relevancia jurídica, marcando un verdadero hito en el tema.

La práctica de la judicialización de la que habla la Corte resulta muy extendida en este país. El pedido de las mujeres a que se les realice un aborto amparadas en las causales de permiso del Código Penal es sistemáticamente judicializado, sometido a análisis y a autorización de un sin número de operadores judiciales, de la seguridad social y médicos, tal y como sucedió en el caso de “A.G”. El problema es que la autorización judicial que se requiere en estos casos termina obstaculizando por completo el acceso al aborto, y el hecho de que la práctica de judicializar o pedir autorización judicial para poner en marcha la intervención abortiva sea una práctica sistemática, termina por desdibujar el diseño legislativo sobre el aborto. Esto convierte lo que en las normas es un “sistema de permisos” en un sistema que de facto funciona como uno de prohibición total.

El argumento para desechar la judicialización de las solicitudes de aborto se encuentra en la propia Constitución Nacional y viene dada por el principio de reserva consagrado en el art. 19 que expresa: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” .Es por

32 *Ibidem*. Considerando 19.

este principio que en el fallo “F.A.L” la Corte afirmó categóricamente que quien se encuentre en las condiciones descritas por el art. 86 CPN “no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible”³³.

Yendo más lejos aún los jueces en su voto mayoritario declararon que el aborto no punible del que habla el art. 86 leído a la luz del principio de reserva es aquel realizado por “un médico con el consentimiento de la mujer encinta”, tal como su redacción lo dispone. Esto hace que cualquier otra intervención profesional constituya “un impedimento incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar”³⁴.

Pero hay un argumento más que utiliza la Corte para deslegitimar por completo todas estas prácticas que obstruyen el efectivo acceso a la interrupción del embarazo, y es que aquella contraviene además de los preceptos ya citados la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres, a la vez que puede ser considerada “un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3° y 6° de la ley 26,485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”³⁵.

Tenemos entonces hasta aquí que la interpretación restrictiva de lo dispuesto en el art. 86.2 del CPN resulta contraria a la Constitución, a

33 Ibídem., Considerando 21.

34 Ibídem., Considerando 24.

35 Ibídem., Considerando 24.

los tratados con jerarquía constitucional, a los principios constitucionales y a los principios propios del derecho penal, pero además que, solicitar una autorización judicial para realizar la práctica que dicho artículo permite no sólo resulta una práctica contra legem en tanto va contra el principio de estricta legalidad sino que es constitutiva de violencia institucional en los términos de las leyes nacionales. De ello se sigue que “... la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar.”³⁶.

Esas barreras judiciales y burocráticas deben desaparecer por completo dado que el derecho argentino permite el aborto en determinadas circunstancias sin especificar otros requisitos para su ejercicio, y atento a que dicha permisividad fue decidida por el legislador, refrendada por el constituyente³⁷ debe ser garantizada por el Estado todo. Tal como se dijo en “F.A.L” “no debe 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...”³⁸.

Como corolario de lo dicho hasta aquí la Corte aclaró que nuevamente en virtud del principio de reserva, del que se deriva el principio de legalidad, no corresponde exigirles a las víctimas de violación prueba alguna del delito, ni cargos contra sus agresores como requisito para acceder al aborto. Citando a la Organización Mundial de la Salud los jueces consideraron que cualquier requerimiento de esa índole puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes legítimamente tengan expectativas en acceder a la práctica.

36 Ibídem.

37 La Constitución Nacional fue reformada en 1994 sin que se dejara expresada la intención de restringir el acceso a los abortos no punibles que estaban legislados en el Código Penal desde 1920.

38 Op. Cit. “F., A.L...”, Considerando 25.

La sentencia termina con una serie de exhortaciones, requerimientos y exigencias dirigidas a los distintos poderes del Estado incluyendo al poder judicial y a los servicios de salud dirigidas a “remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos”. Para ello ordenó a las autoridades nacionales y provinciales que implementaran protocolos hospitalarios para la atención de abortos no punibles que incluyeran mecanismos información y confidencialidad, que evitaran los procedimientos administrativos que puedan obstaculizar el acceso al derecho y mecanismos para resolver eventuales desacuerdos entre el profesional interviniente y la paciente.

Respecto de la objeción de conciencia de los profesionales que resulta ser uno de los principales factores en la negación de un aborto no punible³⁹ la Corte mandó a disponer de “un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención ...” por lo que “deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud...de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”.⁴⁰

Por último la Corte señaló la necesidad de que en el ámbito nacional y provincial se extremen los recaudo para brindar a las

39 Ver al respecto: Soledad Deza, “Información sanitaria y objeción de conciencia frente al aborto”, publicado en Revista Pensamiento Penal. Buenos Aires 5 de marzo de 2015.

40 Ibídem., considerando 31.

víctimas de violencia sexual la asistencia adecuada que resguarde su salud física, psíquica, sexual y reproductiva. Con ello exhortó también a todos los niveles de gobierno a implementar campañas de información y capacitación a fin de que las autoridades puedan en caso de ser necesario asesorar a las víctimas para que puedan acceder de forma oportuna.

Luego de esta decisión de la Corte el diseño legal, constitucionalmente válido para los casos de aborto no punible debería funcionar del siguiente modo:

La mujer embarazada producto de una violación recurre a un establecimiento de salud a fin de solicitar la interrupción de ese embarazo, donde debe ser evaluada por un sólo profesional de la medicina que debe evaluar la procedencia de la práctica médica y ordenar la intervención. La víctima sólo tiene que poner en conocimiento la causa de su embarazo mediante declaración jurada y no puede ser obligada a iniciar ningún otro procedimiento judicial o burocrático (lo que además resultaría contradictorio con la naturaleza de los delitos contra la integridad sexual, que en el sistema legal argentino son de instancia privada). La mujer debería recibir la información suficiente y la asistencia integral necesaria para no agravar su padecimiento. El acceso al aborto en estos casos es un derecho de la víctima y no puede ser obstaculizado. Veremos en el apartado que sigue como en el caso “Belén” se pasaron por alto muchas de las disposiciones y de las órdenes que instruyó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F.A.L”.

El cumplimiento del fallo a nivel nacional es disímil e incompleto. La decisión de la Corte marcó un punto de inflexión en relación al reconocimiento del aborto como un derecho de las mujeres en circunstancias de permisividad. Sin embargo las jurisdicciones que componen la Argentina lo acataron de maneras distintas.

Si bien la existencia de protocolos de atención no es un requisito ineludible para el acceso al aborto no punible, en muchas jurisdicciones la falta de protocolos con algún tipo de aval normativo ha dado lugar a la inaccesibilidad sistemática de la práctica. Aunque la mera sanción de protocolos de atención no asegura, en sí misma, el acceso a los abortos permitidos, sí implica un paso normativo importante para que el acceso se posibilite en muchos casos.

Según un informe realizado por la Asociación por los Derechos Civiles, que desde la sentencia en el caso “F.A.L” controla su cumplimiento haciendo un seguimiento por jurisdicción de cada una de las 24 jurisdicciones que componen el país:

“Ocho jurisdicciones poseen protocolos que se corresponden, en buena medida, con lo establecido por la Corte Suprema. (...) Ocho jurisdicciones regulan los permisos con exigencias de requisitos que pueden dificultar el acceso a ANP. Se trata de Salta, Entre Ríos, La Pampa, Córdoba –actualmente suspendido parcialmente por orden judicial-, Ciudad de Buenos Aires –cuyos requisitos arbitrarios también se encuentran suspendidos por orden judicial-, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Neuquén. (...) Nueve jurisdicciones carecen de protocolos. (...) Si bien, respecto de las exhortaciones realizadas por la Corte Suprema, el escenario actual ha sido el resultado de un cumplimiento progresivo desde (...) 2012 (...)”⁴¹

El informe citado demuestra que hay jurisdicciones en las que la inexistencia de protocolos dictados a fin de dar cumplimiento al fallo

41 Asociación por los Derechos Civiles, Informe “Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación”. Buenos Aires, 2015. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/03/doctrina40754.pdf>

“F.,A.L” o bien su redacción restrictiva impiden o dificultan nada menos que el ejercicio de un derecho reconocido por ley.

2.2 El caso “Belén” y la punición del aborto

“Belén”, nombre con el que se conoció a la joven imputada en este caso, fue acusada y condenada por el poder judicial de la provincia de Tucumán por el “homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación...” en perjuicio de su supuesto hijo, el 19 de abril de 2016.

El hecho por el que se la consideró penalmente responsable tuvo lugar, según las constancias del expediente, el día 21 de marzo del 2014, a las 3.50 hs. aproximadamente, momento en que ingresó a la guardia del Hospital Avellaneda de la ciudad de San Miguel de Tucumán, aduciendo padecer dolores abdominales y cólicos. Según se tuvo por cierto en la sentencia condenatoria, entre las 4 y las 5 de la madrugada fue al baño y dio a luz a un bebé, de sexo masculino, 32 semanas de gestación que medía 36 cm. y pesaba 950 grs. Luego de ello Belén cortó el cordón umbilical y arrojó al nacido por las cañerías del baño provocando su muerte. **La Cámara Penal de Tucumán consideró que le accionar de Belén estuvo afectado por su estado puerperal y por eso atenuaron su imputación. En consecuencia, resolvieron condenarla a 8 años de prisión.**

Contra esa decisión, la defensora de Belén presentó un recurso de casación cuestionando el fallo condenatorio en base a tres fundamentos: a) la transgresión a la garantía de defensa en juicio, b) la nulidad de todo el proceso como consecuencia de la violación del secreto profesional y el deber de confidencialidad médico-paciente; y c) la arbitrariedad en la valoración de la prueba⁴².

42 Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Penal de Tucumán, en los autos nro. 329/2017. Tucumán, 23 de marzo de 2017. Voto del Vocal Dr. Daniel Posse.

El voto del Vocal Posse y a la vez el mayoritario de la sentencia dio razón a cada uno de los planteos defensivos. En relación con la violación al secreto profesional concluyó que ninguno de los datos en base a los cuales se construyó la imputación de Belén pudo ser obtenido por el personal policial que inició la acción penal, sin que hubiera una revelación ilegítima por parte del personal de la salud que la atendió en el Hospital.

La obligación de los profesionales de la salud en este caso de guardar secreto se deriva de normas nacionales⁴³, a la vez que su inobservancia está penada por la legislación penal que impone multa e inhabilitación a quien divulgara un secreto que pudiera causar daño y que hubiera llegado a su conocimiento en virtud de su profesión u oficio⁴⁴. A su vez, el Código Procesal Penal de la provincia de Tucumán dispone que “deberá abstenerse de declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: (...) los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar (...)”⁴⁵. Más aún el **derecho a la privacidad, la intimidad y la libertad** que es fuente de dichas regulaciones se encuentra consagrado en el ordenamiento argentino a través de la incorporación con jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.⁴⁶ En base a las normas descriptas el primer voto del fallo bajo estudio dio por verificado que en el caso de Belén se violó su derecho a la intimidad toda vez que los profesionales de la salud que la atendieron y declararon en la causa actuaron en infracción a su deber de

43 Ley N.º 17.132 “Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración en las mismas”, Ley 26,529 de “Derechos del paciente”, Ley N.º 25,326 de “Protección de datos personales”

44 Art. 156 del Código Penal de la Nación: “ARTICULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.”.

45 Art. 223 del Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán.

46 Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 11 de la Convención Americana De Derechos Humanos.

guardar secreto. Es decir que “la información policial sobre el hecho y posible vinculación de la encartada con el mismo se derivó directamente de lo que aportó el personal médico y la documentación de la paciente.”⁴⁷

También se verificó la violación del secreto profesional durante la etapa de instrucción de la causa en el ámbito judicial. Ello se consideró acreditado con las declaraciones testimoniales que prestaron tanto ante la fiscalía como ante el Tribunal que condenó a Belén, los médicos y otras personas profesionales de la salud que la habían asistido. Dichas declaraciones incidieron directamente en la determinación de la autoría y la materialidad del hecho que se dio por probada en virtud de las declaraciones. Es decir que la información aportada resultó esencial para imputar a Belén.

El voto del juez Posse, anuló los actos iniciales de la investigación, así como todas las declaraciones prestadas por los efectores de la salud por lo dicho anteriormente, por lo que todo el proceso judicial incluyendo la sentencia fue considerada nula. Para resolver así, agregó a los argumentos descriptos la aplicación del precedente “Natividad Frías”⁴⁸ que dejó establecido que para casos de aborto, no corresponde dar curso a la acción penal contra una mujer que se lo haya provocado sobre la base de la denuncia de los profesionales de la salud que la hubieran asistido por entender que en esos casos el

47 Considerando N°8 del fallo citado.

48 “Natividad Frías” es un fallo plenario de la Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital Federal, de fecha 26 de agosto de 1966 donde se resolvió como doctrina aplicable a casos de aborto (art. 88 CPN) que no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo pero sí corresponde respecto de sus coautores, instigadores o cómplices.

derecho a la intimidad y a no inculparse de la mujer prima sobre la obligación de denunciar.

Las consideraciones hechas en la sentencia de absolución de Belén Belén sobre el secreto profesional y el conflicto con la obligación de denunciar denunciar en particular en los casos de aborto y aborto no punible, excede el excede el objeto de este trabajo. Pero es importante poner de resalto que una una vez más un tribunal superior acuerda con la doctrina del plenario “Natividad Frías” , que lleva más de 50 años aplicándose. Asimismo advierte que “ante el conflicto de intereses debe privilegiarse el mantenimiento del secreto médico, frente a la obligación de denunciar, puesto que de lo contrario se sacrificaría la salud o la vida de las personas inculpas en delitos de acción pública que necesitaran asistencia médica...”⁴⁹.

Ahora bien, no puede ser pasado por alto que además de considerar que es ilegítimo dar valor a las declaraciones de los médicos que atendieron a Belén y por ende que todo lo realizado como consecuencia de haber obtenido esa información es nulo, el juez Posse entendió que el accionar de la policía que obtuvo esa información, así como la actitud de los médicos de proporcionarla y del poder judicial luego de tenerla como válida para inculpar a la nombrada constituyó “violencia institucional”.⁵⁰

Esto resulta realmente relevante y concuerda con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “FAL”. Mientras en la etapa de instrucción de la causa, desde el inicio del sumario policial hasta la condena de Belén no se respetó ni uno de los criterios asentados por la Corte en “FAL”, el voto de Posse recupera algunas de las ideas más importantes.

Como consecuencia de todo lo dicho Posse declaró la nulidad de lo actuado entendiendo que se violó especialmente la garantía del art. 18 de la

49 Ver considerando N.º 16, CSJ Tucumán, op.cit.

50 Ver Considerando N.º 18, Ibídem.

Constitución Nacional que prohíbe la autodeterminación e instituye el debido proceso.

El segundo planteo de la defensora sobre la violación del derecho de defensa en juicio en virtud del ejercicio ineficaz de la defensa pública durante la primera etapa del proceso, también es resuelto por Posse de manera favorable. Sin embargo el desarrollo sobre la defensa eficaz y acceso efectivo a la justicia no es tampoco tema de estudio en este trabajo.

El tercer punto apelado de la condena de Belén es el más importante porque es el único planteo que fue acogido por unanimidad de los tres jueces del tribunal, dando la razón a la defensa. Se trata de la arbitrariedad en la valoración de las pruebas con las que se la inculpa y condenó.

La arbitrariedad que denuncia la defensora de Belén se fundó en que:

- No se pudo determinar fehacientemente el lugar en que habría ocurrido el hecho, dado que la historia clínica es inconsistente y contradictoria,

- No hay constancias de ningún procedimiento policial para resguardar la escena del supuesto crimen o las pruebas,

- No se acreditó fehacientemente que Belén había dado a luz,

- La edad del feto encontrado cuya muerte se achacó al accionar “homicida” de Belén varía en la Historia Clínica y en la pericia que se realizó sobre el cuerpo,

- Más aún, la autopsia que se presentó habla de dos fetos diferentes, con distinto sexo, edad y peso,

- No se realizó la prueba de ADN para acreditar el vínculo entre Belén y el feto por lo que uno de los elementos del tipo penal por el que se la condenó, esto es homicidio agravado por el vínculo, no fue probado en el expediente.

Las inconsistencias probatorias de la causa fueron valoradas por los jueces del tribunal superior y los tres concluyeron en que “falta certeza sobre que la muerte del niño obedezca a una conducta homicida”,⁵¹ tampoco hubo pruebas en el expediente que acreditaran en su caso una relación causal entre la supuesta conducta homicida de Belén y la muerte del feto que fue hallado en el baño del Hospital Avellaneda.

En razón de ello y por imperio del principio de inocencia que está consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, ya mencionado, el tribunal decidió absolver a Belén.

En el transcurso del proceso penal en su contra Belén estuvo 898 días privada de su libertad. El fiscal que intervino en primera instancia pidió que se la condenase a 15 años de prisión, mientras 8 fueron los años que dispuso el juzgado que debía estar presa⁵². El sesgo discriminatorio que tuvo el accionar de los médicos, policías y del poder judicial resulta evidente, y fue corroborado por la Corte Suprema tucumana que determinó que aquello constituía también violencia institucional por ejercerse en un claro aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Belén.

Respecto de este importante precedente jurisprudencial valen algunas reflexiones.

Es importante remarcar que **en ningún momento del dictamen se discutió acerca de si el aborto espontaneo que transitó Belén se trató de**

51 Ver considerandos N.º 23, 24, 25, *Ibidem*.

52 Deza Soledad, “Libertad para Belén, grito nacional”. Ed. Cienflores, Ituzaingó, 2016, pág. 13.

un aborto no punible. La estrategia de la defensa llevada adelante por Soledad Deza⁵³ no incluyó esta discusión que bien podría haber llevado absolución de Belén con el argumento de la inexistencia de delito.

Esta circunstancia es, en mi opinión otro reflejo y consecuencia de la clandestinidad del aborto en Argentina. Estratégicamente fue más eficaz para la defensa de una mujer imputada por aborto, luego homicidio⁵⁴ plantear la nulidad de lo actuado en base a los vicios de los actos procesales y a la violación de garantías penales como el debido proceso que acreditar que la causa era nula por la inexistencia del delito.

El caso de Belén cobró particular relevancia, como se verá en el siguiente apartado porque organismos internacionales, tales como la CEDAW, llamaron la atención al Estado argentino por la privación de su libertad e incluso por la situación del aborto en Argentina. Además este caso despertó una inconmensurable movilización política que le dio estado público y que generó la organización de muchos colectivos de mujeres que en todo el país presionaron por la libertad de Belén.

53 Soledad Deza es abogada y militante feminista en la organización “Católicas por el derecho a decidir” que forma parte de la “Campaña Nacional por el Aborto Legal Seguro Gratuito”.

54 En un momento de la causa la caratula fue “aborto seguido de homicidio”, figura penal que no existe en el ordenamiento jurídico dado que el aborto y el homicidio son figuras independientes y excluyentes entre sí, ambas suponen el mismo resultado pero distintas conductas.

3. 2016: Argentina rinde cuentas a la CEDAW

3.1 Los argumentos derivados de la aplicación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Durante su 65° Período de Sesiones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, organismo de control de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), examinó a la Argentina en su cumplimiento de la convención.

En esa oportunidad algunas organizaciones de la sociedad civil presentaron un informe sombra en conjunto. Ante la gravedad de la situación del aborto en Argentina, las organizaciones decidieron presentar dos documentos: uno por la situación general de la violencia contra las mujeres y otro exclusivamente evaluando el cumplimiento de lo dispuesto en la CEDAW en relación con el acceso al aborto⁵⁵.

El informe sombra pone énfasis en el incumplimiento del Estado Nacional y de los Estados Provinciales en relación con las directivas y exhortaciones efectuadas por la CSJN en el fallo “F.,A.L” y advierte que “más de la mitad de las jurisdicciones del país no cuentan con una normativa que asegure, de modo efectivo, el ejercicio de un derecho que las mujeres tienen desde 1921”⁵⁶.

Tal como fue señalado en este trabajo, las organizaciones denunciaron que debido a las barreras que existen en la práctica para acceder a los abortos no punibles (aquellos que el Código Penal habilita), la realidad de “Argentina se acerca mucho a la de los contextos legales en que el aborto está totalmente prohibido...”⁵⁷. Entre los obstáculos identificados se encuentran: la excesiva

⁵⁵ El informe sombra de las organizaciones se encuentra disponible en: <http://feim.org.ar/2016/10/28/cedaw2016/>

⁵⁶ Informe Sombra “Situación del Aborto en Argentina”, op.cit. Buenos Aires, 2016.

⁵⁷ *Ibidem*.

judicialización, lo requerimientos dilatorios de los propios protocolos de salud sobre abortos no punibles, las prácticas discriminatorias del sistema de salud, la violación sistemática al secreto profesional e incluso el activismo en litigio jurídico de organizaciones llamadas “pro-vida” en contra del acceso a la práctica.

Las organizaciones también llamaron la atención acerca de los efectos de la penalización del aborto que perpetúan el estigma y limitan la capacidad de las mujeres para acceder a su derecho a la salud. Respecto de ello, el Relator Especial de la ONU sobre Derecho a la Salud en su “Informe provisional sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁵⁸ había resaltado que “la penalización (...) limita el acceso de las mujeres al pleno uso de bienes y servicios e información disponible en materia de salud sexual y reproductiva, les niega la plena participación en la sociedad y distorsiona las percepciones de los profesionales de la salud, lo que a su vez puede dificultar el acceso de las mujeres a los servicios de atención a la salud (...)”⁵⁹

En el informe también se presentó el caso de Belén, quien para ese momento aún se encontraba imputada en la causa por el “homicidio agravado por el vínculo” de su supuesto hijo.

El informe final que publicó el Comité CEDAW, luego de recibir el informe sombra y de evaluar al Estado Argentino, expresa una preocupación profunda por el estancamiento de la tasa de mortalidad materna en Argentina, debido en parte al aborto inseguro. Además sostiene que el acceso limitado al aborto legal, contrariamente a la

⁵⁸ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la Salud, Informe A/66/254, 3 de agosto de 2011.

⁵⁹ *Ibidem*, párrafo 17.

legislación y a la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia en “F.,A.L”, la frecuente negativa de los realizar un aborto basado en la objeción de conciencia, y los casos de enjuiciamiento contra mujeres que han que han practicado abortos⁶⁰, son situaciones que perjudican a las mujeres en su derecho a gozar del más alto nivel de salud posible.

En función de lo dicho el Comité instó a la Argentina a que: a) reduzca la tasa de mortalidad materna, asegurando que las mujeres tengan los servicios apropiados, incluidos los servicios obstétricos de emergencia durante el embarazo, servicios prenatales, de maternidad y posnatal, y para ello aumentar las asignaciones presupuestarias incluyendo el interior del país; b) inicie procedimientos de rendición de cuentas para asegurar que todas las provincias aprueben protocolos sobre la práctica del aborto no punible, de conformidad con la decisión de la CSJN en “F.,A.L” y en consonancia con el Protocolo Nacional aprobado en 2015; c) **garantice que las mujeres tengan acceso a un aborto legal seguro y que defina requisitos de justificación estrictos para evitar el abuso de la alegación de la objeción de conciencia por parte de los médicos que se niegan a realizar abortos, en particular en los casos de embarazos precoces, como resultado de violaciones y productos de incesto que además pueden ser considerados como tortura;** y d) acelere la adopción del proyecto de ley para la interrupción voluntaria de la embarazo

⁶⁰ En su informe final, publicado en version ingles el Comité Cedaw señala: “The Committee acknowledges measures adopted by the State party in the framework of the National Sexual Health and Responsible Parenthood Programme, and welcomes the adoption of the Law 26.862 on assisted fertilization, in 2013 and the Guide for the comprehensive health care of transgender persons, in 2015. It also notes the actions undertaken for preventing HIV/AIDS and Sexually Transmitted Diseases, including the delivery of antiretroviral medication. However, the Committee is deeply concerned about the stagnation of maternal mortality rate in the State party, due in part to unsafe abortion, the limited access to legal abortion in the State party, contrary to the legislation and the decision taken by the Supreme Court of Justice in 2012, the frequent refusal of doctors to perform an abortion based on conscientious objection, and cases of prosecutions against women who have carried out abortions.” En Committee on the Elimination of Discrimination against Women, “Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina”, parr. 32. Versión en Inglés disponible en: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/12/CEDAW_C_ARG_CO_7_25088_E.pdf

aumentando el acceso legal al aborto, no sólo en casos de violación y riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada, sino también otras circunstancias.⁶¹

Es decir que el organismo que controla la aplicación de uno de los tratados que en el ordenamiento jurídico argentino posee rango constitucional exigió al Estado que tomase medidas en relación a la problemática del aborto, más aún recomendó que legalice su acceso a la vez que solicitó que lo quite del ámbito de la legislación penal. Esto debe ser entendido, como vimos en los apartados anteriores, como las “condiciones de vigencia” en que debe aplicarse la CEDAW.

Una lectura coherente de los precedentes de la CSJN, última interprete de la Constitución Nacional obliga a sostener que por imperio del art. 75.22 de aquella, considerando los derechos con jerarquía constitucional que consagra la CEDAW y lo que sus organismos de control entienden debería ser su cumplimiento, indica que el art. 86.1 del CPN debe interpretarse de la manera más amplia posible, teniendo como principio la no criminalización de las mujeres por abortar y considerando al aborto como un derecho humano de aquellas.

La lógica indica que ante un futuro caso de aborto judicializado los tribunales de Argentina deberían aplicar la doctrina de la CSJN en el fallo “F.,A.L” para ampliar el acceso, y a la vez valorar lo dicho por el Comité CEDAW en su último informe a fin de darle al art. 86.1 un alcance respetuoso de lo previsto en dicha Convención respetando el mandato de aplicar esos instrumentos “en las condiciones de su vigencia”.

Lo cierto es que si lo provisto por el CPN se interpretara de manera constitucional y con técnicas de interpretación de los Derechos

⁶¹ *Ibidem.*, párrafo 33.

Humanos el resultado sería, tal como sostiene Ferrante lo que se abre es un “espacio jurídico para una decisión como *Roe v. Wade*, esto es una decisión que no sólo reconozca un derecho jurídico a la permisibilidad no cualificada del aborto temprano, sino que dé a ese derecho estatus constitucional.”⁶²

⁶² Ferrante Marcelo “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, publicado en “Aborto y justicia reproductiva”, Paola Bergallo comp. Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.

4. Los argumentos del movimiento feminista: La Campaña Nacional por el aborto legal seguro y gratuito

Desde el año 2005 existe en Argentina la “Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito”. Es un colectivo de organizaciones feministas, en algunos casos mixtas, en otros sólo de mujeres organizadas alrededor de la idea de conseguir que se legalice en el país y se regule el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

Esta experiencia política está constituida por una articulación de organizaciones, grupos y sujetos de lógicas diversas y que provienen de distintos espacios y trayectorias políticas. La feminista Martha Rosenberg señala: “La Campaña ... es un movimiento federal y plural, originado en la tradición feminista de lucha por la autonomía de las mujeres, los Encuentros Nacionales de Mujeres y en las grandes movilizaciones populares del 2001-2002 ... se ha hecho cargo de transformar la práctica del aborto, habitualmente ocultada y silenciada, producto de una resistencia individual a imposiciones culturales, en soporte social de un movimiento de reivindicación de los derechos y la dignidad de las mujeres, que abarca muchos más actores sociales que sus protagonistas”.⁶³

El inicio del recorrido de la Campaña está en los Encuentros Nacionales de Mujeres (ENM). Todos los años en Argentina las mujeres se congregan en un lugar del país para discutir sobre la situación de sus derechos, encontrarse y delinear agendas comunes. En el ENM realizado en la ciudad de Rosario en el año 2003 tuvo lugar la primera asamblea por el derecho al aborto. Esta fue sin dudas la

⁶³ Rosenberg Martha “¿Quiénes son esas mujeres?”, en “El aborto como derecho de las mujeres. Otra historia es posible”, op.cit. Pág. 103.

antesala de la primera reunión nacional de la Campaña dos años más tarde.

“El debate sobre la justicia reproductiva, el derecho al aborto y la redistribución de los recursos concretos para su pleno ejercicio... constituyen demandas incumplidas en las democracias latinoamericanas”⁶⁴, y en base a esas demandas incumplidas la Campaña propone un plan de acción que da como resultado último el proyecto de ley por la legalización de la interrupción del embarazo que es presentada en el Congreso de la Nación.⁶⁵

Desde que se fundó, este colectivo presentó ya seis veces su proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación. La última vez que lo hicieron, el 30 de junio del año 2016 con el apoyo de 38 diputadas y diputados nacionales de distintos bloques partidarios y con el aval de 350 organizaciones sociales.⁶⁶

El ejercicio de interpretación de derechos que hace la Campaña, como así también los distintos colectivos de mujeres organizadas de Argentina forman parte del ámbito “jurisgenético” del derecho del que habla Paola Bergallo cuando señala que “las comunidades jurisgenésicas, en la terminología coveriana... interpretan derechos a partir de la generación de argumentos que compiten con las autoridades jurispáticas”⁶⁷, es decir las que poseen la autoridad institucional para hacerlo.⁶⁸ Con el paso del tiempo las

⁶⁴ Ciriza Alejandra, “Sobre el carácter político de la disputa por el derecho al aborto. 30 años de luchas por el derecho a abortar en Argentina”, en “El aborto como derecho de las mujeres...” op. cit. Pág. 63.

⁶⁵ El proyecto de ley de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito puede consultarse en: <http://www.abortolegal.com.ar/proyecto-de-ley-presentado-por-la-campana/>

⁶⁶ Ver: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-303117-2016-07-01.html>

⁶⁷ Bergallo Paola, “Interpretando derechos: la otra legalización del aborto en América Latina”, op.cit.

⁶⁸ La autora retoma los conceptos que delinea Robert Cover sobre los distintos ámbitos en que se interpreta el Derecho, distinguiendo los “jurispáticos”, que son aquellos ámbitos ocupados por el poder institucional y los “jurisgenéticos” que se componen de las interpretaciones que hace la sociedad civil. Por ejemplo en el caso del aborto la interpretación de su aplicabilidad, permisividad o legalidad no es hecha solamente por los

presiones ejercidas desde estos ámbitos jurígenéticos podría correr los límites de los otros ámbitos generando las condiciones necesarias para la efectiva legalización del aborto.

jueces, abogados o legisladores sino que por ejemplo los médicos de un establecimiento de la salud son agentes jurígenéticos en la interpretación de la procedencia de un aborto.

5. “En las condiciones de su vigencia”: por una interpretación jurídica de las normas respetuosa de los derechos humanos de las mujeres

El judicial es sólo uno de los ámbitos de interpretación de los derechos. Los argumentos que se presentaron hasta aquí fueron los utilizados en dos casos por tribunales superiores argentinos que sirven para entender de manera amplia el alcance de la normativa vigente sobre aborto y en particular plantear una mayor liberalización en su acceso.

Hasta aquí intenté mostrar los argumentos que existen y circulan en torno al aborto, ya sea los derivados de la letra de la ley como los que aparecen en la jurisprudencia.

El punto central de esta exposición tiene que ver con direccionar la producción discursiva desde el derecho hacia un entendimiento que presente el aborto como un derecho sexual y reproductivo, como un derecho humano de las mujeres, cuyo acceso debe garantizarse desde el aparato estatal.

Intenté dejar constancia hasta aquí que ya hay motivos suficientes y argumentos sólidos que permiten entender la interrupción del embarazo desde esta perspectiva.

Entiendo que una interpretación armónica con la Constitución Nacional pero sobre todo con el derecho internacional de los derechos humanos requiere una lectura feminista del artículo 86 segunda parte del Código Penal.

En primer lugar debe incorporarse al análisis de este artículo la referencia al **concepto de salud integral de la Organización Mundial de la Salud** (OMS). De hecho la propia CSJN ha reconocido expresamente que la salud debe entenderse “... en su más amplio sentido, como el equilibrio psico-

físico y emocional de una persona...”.⁶⁹ Esta manera de entender el concepto de salud también se condice con lo explicado sobre el modo de incorporar las normas de derechos humanos, “en las condiciones de su vigencia”.

El peligro para la salud del que habla el art. 86 no es sólo aquel que trae como consecuencia la muerte de la mujer. Su redacción es tal que los supuestos quedan claramente distinguidos. El permiso para abortar que instituye el artículo funciona tanto si hay peligro para la vida como si lo hay para la salud de la mujer. Y aquí hay un punto fundamental para comprender que el acceso a la interrupción del embarazo es legal en un sentido amplio y en tantas circunstancias que sólo con interpretar la norma de manera respetuosa con los textos de los tratados de derechos humanos se llega a la conclusión de que es posible su liberalización total.

Por otra parte debe entenderse que la afectación a la salud no debe ser especialmente grave. El Código Penal exige solamente que haya “peligro” para la salud. Cualquier exigencia que se le agregue o condicionamiento que se sume a ese peligro restringe el derecho previsto por vía de la interpretación y por tanto es contrario al principio de legalidad. La imprecisión del lenguaje utilizado en la norma bajo análisis no puede nunca volverse contra la imputada. Por tanto, y por imperio de la garantía del principio de legalidad, los jueces y cualquier otro interprete de la norma (me refiero incluso a los efectores de la salud que también interpretan al dar o no atención a una mujer cuando solicita un aborto) deben abstenerse de restringir o condenar en caso de duda.

⁶⁹ CSJN, Fallo Y.112.XL “Yapura Gloria Catalina c/nuevo hospital El Milagro”, 6 de junio de 2006

De esta forma dada la imprecisión de los términos “peligro” y “salud” una enorme cantidad de casos queda abarcada como casos permitidos. A su vez “no parece haber fundamentos plausibles que apunten en la dirección de un concepto restringido de salud..., ni a favor de una noción especialmente reducida de peligro...lo que resulta es un permiso muy amplio”⁷⁰

Bajo esta forma de interpretar el supuesto previsto por la “causal salud” del art. 86 CPN sumado a la manera de entender la causal por violación (cuyas directrices de interpretación fueron expuestas por la CSJN en el fallo “FAL”), entiendo que en el marco del derecho argentino hay espacio jurídico para que incluso aparezca una decisión judicial del estilo de “Roe v. Wade”.⁷¹ Ese espacio jurídico se ve alimentado por las disposiciones constitucionales. La CN en especial desde el principio de reserva y autonomía establecido en su artículo 19 que dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, permite inferir de él un derecho constitucionalmente garantizado a la planificación autónoma de la maternidad y paternidad.

De este modo si se interpreta el acceso al aborto no punible como una cuestión de derechos humanos de las mujeres debe entenderse que toda obstrucción a ese acceso afecta de manera arbitraria el derecho a la salud y a la autonomía de aquellas. Esto es porque en todos los casos previstos, ya sea porque el embarazo es fruto de una violación o bien porque trae un peligro para la salud en sentido amplio para la mujer, el aborto estaría poniendo fin a

70 Ferrante Marcelo “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, publicado en “Aborto y justicia reproductiva”, Paola Bergallo comp.. Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires,2010.

71 Sobre la amplitud de la permisividad del derecho argentino y en especial sobre este punto, véase Ferrante Marcelo op.cit.

una situación violenta e inviable para la mujer que ve afectados sus derechos. Esta idea fue sostenida por la CSJN como vimos en el fallo “F,A.L” al entender que impedir el acceso al aborto en casos de violación constituye violencia institucional y también en el caso de “Belén”. Sin duda el eje interpretativo debe ser el propuesto por el art. 19 de la CN, es decir el principio de autonomía del que se derivan los derechos sexuales y reproductivos.

Esta forma de interpretar tiene que ver con la incorporación de “técnicas de interpretación de los derechos humanos,... que asumen la existencia de múltiples fuentes normativas a las que dar sentido en el contexto de la historia textual... y las demandas de una hermenéutica dinámica y dialógica”.⁷²

72 Bergallo Paola “Interpretando derechos...” op. Cit.

A lo largo de este trabajo intenté mostrar que en Argentina la legalización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es constitucionalmente válida y que existen argumentos jurídicos que la legitiman e incluso que la tornan inevitable y obligatoria.

El recorrido hecho en esta presentación sobre dos precedentes judiciales de relevancia, las consideraciones del Comité CEDAW y la propuesta de una de las organizaciones más importantes de la sociedad civil respecto del tema, llevan a la conclusión de que ya es posible interpretar la normativa vigente sobre aborto de manera que alcance tal amplitud que haga obsoleta su penalización.

Más aun, sostengo que una interpretación adecuada del artículo 86.1 del CPN, respetuosa de los derechos humanos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, inevitablemente implica una liberalización de la permisividad de la interrupción voluntaria del embarazo.

Para el caso de que una mujer resulte embarazada como producto de una relación sexual no consentida debemos aplicar la fórmula que utilizó la CSJN en el fallo “F.,A.L”, evitando la interpretación restrictiva que sostenía que sólo pueden acceder a un aborto no punible las mujeres con alguna discapacidad mental que hubieran sido víctimas de violación.

La potencialidad de la tesis que sostengo se devela con el segundo supuesto previsto por el art. 86.1: la causal salud. Aquí es donde la interpretación hecha con las técnicas de interpretación de los derechos humanos y obedeciendo a la cláusula “en las condiciones de su vigencia” permite despenalizar la interrupción del embarazo de manera total.

A través del art. 75.22 de la CN, y en base a lo dicho por la CSJN sobre el alcance del texto “en las condiciones de su vigencia”, debe entenderse a la

“salud”, en el marco del art. 86.1 del CPN como lo definen los organismos de control de los tratados de derechos humanos que regulan el acceso a este derechos. Entre ellos debe considerarse también lo dicho por la OMS, citado por la CSJN en diversas sentencias pero también en el estudiado caso “F.,A.L”. De esta forma “salud” es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. En consecuencia si el embarazo hace peligrar ese bienestar la mujer debe ser considerada titular del derecho a acceder a la interrupción del embarazo.

En ese mismo sentido, debe considerarse lo dicho por el Comité CEDAW sobre la necesidad de que Argentina despenalice el aborto por completo y adecúe su legislación a fin de respetar todos los derechos de las mujeres que reconoció al firmar como Estado parte dicha convención.

A ello quiero agregar la afirmación de que cualquier embarazo no deseado por una mujer, y que por tanto se convierte en una maternidad forzada si es llevado a término, constituye en sí mismo un peligro para la salud entendida de manera integral.

En conclusión, el ordenamiento actual que regula el aborto debe ser interpretado de manera tal que resulta en su total despenalización. Incluso, una aplicación sistemática de esta forma de interpretar haría innecesaria una reforma legal. Sin embargo a fin de hacer efectivo el goce de los derechos de las mujeres, el Estado debe pronunciarse quitando la interrupción del embarazo del ámbito del derecho penal.

Bergallo Paola (2011): “Aborto y justicia reproductiva”. Buenos Aires, Editores del Puerto.-

Bergallo Paola (2012): “La concepción es un concepto moral”. Buenos Aires, Diario Judicial.-

Bergallo Paola (2016): “Interpretando Derechos: la otra legalización del aborto en América Latina”. Santiago de Chile, Ediciones Loñ.-

Ferrante Marcelo (2010) “Sobre la permisividad del Derecho Penal Argentino en casos de aborto”. En “Aborto y justicia reproductiva”, Bergallo Paola Comp. Buenos Aires, Editores del Puerto.-

Campaña Nacional por el Derecho al aborto legal seguro y gratuito, Zurbriggen Ruth y Anzorena Claudia Comp. (2013): “El aborto como - derecho de las mujeres, otra historia es posible”. Buenos Aires, Herramienta Ediciones.-

Cartabia Sabrina (2012) “Aborto: La vida o la Libertad, La violencia de una falsa opción”. EN Revista “Filosofía del Derecho Año 1, N°1. Buenos Aires.-

Vassallo Marta, Comp. (2013): “Peripecias en la lucha por el Derecho al aborto”. Córdoba, Editorial Hivos.-

Deza Soledad (2016): “Libertad para Belén: Grito Nacional”. Tucumán, Ed. Cienflores.-

Deza Soledad (2012): “Violación de secreto Médico y denuncia de aborto”. En -revista “Perspectivas Bioéticas”. Bueno Aires, Editorial Signo.-

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, F. 259. XLVI “F.A.L. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA.” Buenos Aires 13/03/2012.-

Corte Suprema de Justicia de Tucumán, SALA en lo Civil y Penal, 329/2017. Tucumán 23/03/2017.-

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación” causa n. 32/93. Buenos Aires, 7 de abril de 1995

Cámara de Apelaciones en lo Civil y lo Penal de Capital Federal “FRIAS, Natividad s/ ABORTO”. Fallo Plenario, 26 de agosto de 1966.

Informes de organismos internacionales de Derechos Humanos:

Committee for the Elimination of Discrimination against Women, CEDAW, “Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina”. Noviembre de 2016. <http://acnudh.org/comite-para-la-eliminacion-de-la-discriminacion-contra-la-mujer-cedaw-argentina-2016/>

Informe sombra de los organismos de la Sociedad Civil de Argentina, presentado ante la CEDAW. 65° Período de sesiones. Buenos Aires, octubre de 2016. Disponible en: <http://feim.org.ar/2016/10/28/cedaw2016/>