

PRESENTAN ESCRITO COMO “AMIGOS DEL TRIBUNAL”

Excma. Cámara:

Martha I. Rosenberg, en mi carácter de Presidenta del **Foro por los Derechos Reproductivos**, Elsa L. Schwartzman, Secretaria del del Foro por los Derechos Reproductivos, Personería Jurídica N° IGJ 1171 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires); Raymunda Faustina Medina en mi carácter de Presidenta de la **Casa de la Mujer de Puerto Madryn**, PJ /ChN°1815 (Chubut) y María Luisa Gómez, DNI N° 14738150, en representación de la Casa de la Mujer de Puerto Madryn (Chubut); Fabiana Tuñez y Ada Beatriz Rico, en representación de la **Asociación Civil La Casa del Encuentro**, personería Jurídica N° IGJ 679 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires); Alejandra Ciriza, DNI N° 12.872.174, en representación de **Las Juanas y las Otras** (Mendoza), personería Jurídica N° IGJ 278; Mabel Busaniche, en representación de **Asociación Civil Palabras**, Persona Jurídica: Resol. IGPJ N° 121 (Santa Fe); Rosa Olga Cristiano, DNI. 4.712.682, en representación de **Mujeres de Izquierda** (Ciudad Autónoma de Buenos Aires); Susana Haydee Arguello de Pastor, DNI 1.558.946, en representación de **Feministas en Acción** (La Plata, Provincia de Buenos Aires), Mirta Iglesias, LC N° 5.496.143 en representación de **Enlace CLADEM** en Puerto Madryn (Chubut); Amelia Sofía Ganem, DNI N°33.703.679, en representación de **Jóvenes por la elección y el placer** (Tucumán); Estela Díaz, DNI N° 16728016, en representación de **ADEM, Acción por los derechos de las mujeres**; María Cristina Ercoli, DNI 10.095.304, en representación de **Foro Pampeano Por El Derecho Al Aborto Legal, Seguro Y Gratuito** (Santa Rosa, La Pampa); Alfredo Guevara Escayola, DNI N°17.153.580 Presidente de **XUMEK, Asociación para la Promoción y Protección de Derechos Humanos** (Mendoza); Cristina Lorenzo, DNI N° 13.158.175, en representación de **Mujeres Marchando** (Ciudad Autónoma de Buenos Aires); Silvia Eugenia Gómez, DNI N° 17074221, en representación de **Las Lilith** (Tucumán); Sara Torres, DNI N° 3.948.519, en representación de **CATWLAC Coalición Contra la Trata y el Tráfico de Mujeres y Niñxs** (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Ruth Zurbriggen, DNI N°16634485, en representación de la **Colectiva Feminista Las Revueltas** de Neuquén; Mirta Fiorucci, DNI N° 13956158, en representación de **Mujeres por La Solidaridad de Santa Rosa-La Pampa**; Arq. Silvia Baizre, DNI N° 12.437.975 e Irma Carrizo DNI N° 27.108.660, ambas en representación de la **Colectiva Tienes Que Decidir** (Villa María, Córdoba); Susana Tampieri, DNI: 1.558.482, Presidenta de la **Sociedad Humanista- Ética “Deodoro Roca”**; Andrea Flores, DNI 28.738.507, en representación

del **Grupo Pensar** el **Género,**
Silvia Inés Borsellino, DNI N° 16.309.546 (Santiago del Estero); **Mabel Gabarra**, DNI N° 04.826.284 (Rosario, Santa Fe); **María Esther Quiroga**, DNI N°23228758 (Trelew, Chubut); **Edith Quiroga**, DNI N° 9.986.513 (Ciudad de Buenos Aires); **Mercedes Simoncini**; D.N.I. N° 11.589.987 (Rosario, Santa Fe); **Ana Lina Guergoff Pecherincoff**, DNI N° 25.205.754 (Avellaneda, Santa Fe); **Celia Simioli**, DNI N° 3.705.247 (Mendoza); **Cristina Díaz**, D.N.I. N° 6.493.943 (Avellaneda, Santa Fe), **Marta Alanis** como presidenta, de la Asociación civil por el Derecho a Decidir DNI 6025275 (Córdoba) en Autos N° 017/2010, caratulados “FUENTES, Aurora Luisa s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”, todas con el patrocinio letrado de la Dra. Elizabeth Yapura originarios del Juzgado de Familia N° 3, de la ciudad de Comodoro Rivadavia a V.E. nos presentamos y respetuosamente expresamos:

1. DOMICILIO ÚNICO:

Que a todo fin, constituimos domicilio legal único en calle xxxxx, Comodoro Rivadavia, Chubut, lo que solicitamos se tenga presente.

2. OBJETO:

Que venimos a presentar un escrito como “*Amigos del Tribunal*” en apoyo a la posición de la actora de autos, en tanto solicita la interrupción del embarazo que cursa su hija menor de edad, producto de una violación por parte de un miembro de su familia, poniendo en riesgo, la continuación de dicho embarazo, la vida y la salud de la niña, situación que queda encuadrada en los dos incisos del Art. 86, segunda parte del Código Penal Argentino.

3. LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE:

Se denomina “Amicus Curiae” a aquellas presentaciones en las cuales terceros que no son parte de la disputa judicial, pero con un justificado interés en la resolución final del litigio, expresan sus argumentos con la finalidad de aportar a la decisión del asunto¹.

Considerando que el ideal de la democracia requiere que todas las personas que potencialmente se encuentran afectadas en las decisiones públicas-como en los autos de referencia- tengan el derecho a participar en la deliberación mediante el ofrecimiento de argumentos públicos, este instrumento responde a este objetivo democrático y republicano.

¹ Tomado de Amicus Curiae presentado por Fundación para Estudio e Investigación de La Mujer (FEIM) ante el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, al encontrarse en análisis el veto del gobernador de dicha provincia a la ley que protocolizaba las actuaciones del sistema de salud en casos de aborto no punible.
www.feim.org.ar

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró al Amicus Curiae “*como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público... Que, en efecto, en el marco de las controversias cuya resolución por esta Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático*”².

En este contexto, se señala que el amicus curiae “*tiene una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquel tome una decisión ilustrada al respecto; b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general de las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión*”³

En el ámbito internacional es una costumbre generalizada la presentación de Amicus Curiae ante los organismos y cortes internacionales encargados de interpretar y aplicar tanto el derecho internacional público tradicional como el derecho internacional de los derechos humanos. El reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- al igual que el Reglamento de la Corte Europea- establece que “*el Presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el Agente*”.

A nivel nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2004 sancionó la Acordada 28/2004, mencionada anteriormente. Este instrumento, agrega la Corte, encuentra sustento en el art. 33 de la C.N y en los Pactos Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la norma fundamental y responde “*al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido no sólo como valor individual sino también colectivo*”.

4. COMPETENCIA SOBRE LA CUESTIÓN. SOLICITUD DE ADMISION COMO AMICUS CURIAE EN LA PRESENTE CAUSA:

Las organizaciones suscribientes se presentan en los autos *ut supra* mencionados, para hacer conocer la posición que sostenemos y los fundamentos de la

² CSJN, Acordada 28/2004.

³ COURTIS, Christian, “Sobre el Amicus Curiae” en Gargarella Roberto, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, T. I, Abeledo Perrot, Argentina, 2008

misma. Entendemos que el presente caso no debe judicializarse, por tratarse de un aborto no punible contemplado en el artículo 86 incisos 1 y 2 del código penal. Por lo tanto la práctica de salud debe garantizarse con la mayor celeridad para evitar un daño mayor a la niña, que requiere de atención y cuidados, que mitiguen el gran daño que ya ha sufrido al ser víctima de violación, agravada por concretarse en el seno de su familia.

Manifiestan por este medio la gran preocupación que les ocasiona esta violación palmaria de los derechos una niña, que, luego de haber sido víctima de un abuso sexual por un miembro de su familia, ahora es forzada a continuar el embarazo que ha sido producto del delito cometido contra ella.

Cabe destacar, que los/as suscribientes trabajan desde larga data en la defensa de los derechos humanos de niñas y mujeres en nuestro país y llevan adelante una intensa lucha por el reconocimiento de los mismos, que son de público conocimiento.

Las organizaciones firmantes llevan muchos años defendiendo los derechos humanos y han sido pioneras en la promoción de las legislaciones más modernas y avanzadas que se han sancionado en nuestro país. Leyes y políticas que lo han puesto en sintonía con los tratados internacionales de DDHH, muchos de los cuales cuentan con rango constitucional. En este sentido, el movimiento de mujeres y sus organizaciones han tenido y tiene un papel fundamental en la profundización de la democracia y en la ampliación de una agenda social y política vinculada al reconocimiento y ampliación de derechos. Así como a velar por el cumplimiento de la legislación vigente, en casos como el que nos ocupa.

Desde estas organizaciones luchamos clara e incesantemente por la vigencia de los derechos humanos de niñas y adolescentes; asimismo, las asociaciones a las que representamos forman parte de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Esta Campaña ha sido asumida de manera federal por más de 250 organizaciones, grupos y personalidades vinculadas al movimiento de mujeres, organismos de derechos humanos, al ámbito académico y científico, trabajadoras/es de la salud, sindicatos y diversos movimientos sociales y culturales, entre ellos redes campesinas y de educación, organizaciones de desocupadas/os, de fábricas recuperadas, grupos estudiantiles y religiosos. Organizaciones y personalidades que asumen un compromiso con la integralidad de los derechos humanos, y defienden el derecho al aborto legal como una causa justa para recuperar la dignidad de las mujeres y con ellas, la de todos los seres humanos. Garantizar servicios de aborto legal, seguro y gratuito, se fundamenta en una razón de salud pública, en la defensa de los Derechos Humanos, en la defensa del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo.

Por ello, entendemos que no podemos soslayar la grave violación que de los derechos de esta adolescente, al ser privada de ejercer un derecho que está previsto en la Ley Penal de Fondo y que, sin embargo, se quiere plantear como un conflicto de intereses que, en realidad, el legislador de 1921 ya ha resuelto, a favor de la mujer embarazada cuya situación encuadra en lo previsto en los supuestos de no punibilidad.

Por todo lo expuesto, quienes suscriben avalan la presentación efectuada por la madre de **** González ante esta Excm. Cámara, en tanto ésta pretende restablecer los derechos fundamentales vulnerados de su hija y también evitar un precedente jurisprudencial contrario a la vigencia de derechos humanos de jerarquía constitucional, que lamentablemente ya hemos visto acontecer en otras provincias y localidades, y que esperamos no perjudique a otras niñas y mujeres que se encuentren en esta situación y que, por lo demás, exponga nuevamente al Estado Argentino a una denuncia internacional por la omisión de garantizar la vigencia de los derechos de niñas y mujeres en su territorio.

En consecuencia y en respaldo a la larga trayectoria de trabajo en la temática, las organizaciones firmantes, tienen reconocida competencia para presentarse como Amigo del Tribunal en los autos de referencia.

5. FUNDAMENTOS DE ESTA PRESENTACIÓN:

Esta presentación tiene por fundamento destacar que el pedido de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) solicitado, encuadra en los supuestos de no punibilidad previstos expresamente por el Art. 86 del Código Penal Argentino.

Lo expuesto haría innecesaria la autorización judicial para llevar adelante la práctica solicitada en un caso como el que está en examen por ante este Tribunal; sin embargo, la actora ha solicitado una autorización judicial para la realización del aborto, según lo manifestado por ella públicamente, con la fundamental preocupación de que se tomen las pruebas para demostrar la responsabilidad penal del violador de su hija. Pero lamentablemente nos encontramos con un fallo de primera instancia, como en este caso la Jueza de Familia N°3 que fallo en contra del pedido de la actora, en lugar de rechazarlo in limine, ya que nadie necesita permiso para realizar lo que la ley no prohíbe. Aspectos que han sido ampliamente debatidos en otras situaciones similares, que cuentan con sendos fallos de cortes provinciales. Cabe a su vez destacar que nuestro país fue denunciado internacionalmente ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por una situación como la que nos ocupa y que existe un reconocimiento del Estado de la violación de derechos cuando no se cumplen los supuesto de la ley.

También sabemos que en la realidad muchos efectores de salud de nuestro país, contradice la vigencia de esta norma de fondo al solicitar como medida previa la autorización judicial que habilite a llevar adelante una práctica a la que la propia ley sustantiva no sólo faculta sino que obliga. Recuérdese que los dos únicos requisitos necesarios para el cumplimiento del Art. 86 (de manera general para ambos incisos) son: el consentimiento de la mujer embarazada y que la práctica se lleve a cabo por médico diplomado (requerimiento de la idoneidad profesional).

El Observatorio Argentino de Bioética ha recomendado evitar la solicitud de autorizaciones judiciales innecesarias, diciendo que “El Código Penal establece que, para la realización del aborto terapéutico, es suficiente el consentimiento de la mujer. Por esta razón, los profesionales no deben requerir una autorización judicial y deben realizar el aborto sin dilatar innecesariamente el procedimiento. Así, evitarán exponer a las mujeres a los obstáculos comunes que dificultan el acceso a la justicia y exponerse ellos mismos a los reclamos sobre su responsabilidad civil y penal.”⁴ Además ha sostenido que “Es frecuente que el personal médico se niegue a practicar los abortos no punibles establecidos en el Código Penal y exija una autorización judicial para realizarlos. Este requisito no está previsto en la ley y su exigencia impide, en muchos casos, el goce del derecho a la salud y a la autonomía⁵.”

“La judicialización innecesaria pone una barrera inconstitucional al derecho a la vida y al acceso a la salud integral de las mujeres y a menudo la demora en la interrupción del embarazo causada por la intervención judicial torna abstracto el pedido de autorización para la mencionada práctica médica. Asimismo, el requerimiento de una autorización judicial en estos casos conculca el principio establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que establece que ‘ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe’...”

Respecto de la derivación directa al ámbito judicial, esto es: los pedidos de autorización de los/as médicos/as al sistema judicial, el constitucionalista Germán Bidart Campos señala: “(...) o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse,

⁴ Observatorio Argentino de Bioética. Op. Cit.

⁵ “Aborto por motivos terapéuticos: Art. 86; inc. 1 del Código Penal Argentino”. Observatorio Argentino de Bioética. Proyecto Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO – Argentina). Buenos Aires, noviembre de 2006.

porque un juez no puede dar una venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero por inútil; el segundo, por imposibilidad jurídica”⁶

La Dra. Hilda Kogan, en un fallo de la provincia de Buenos Aires en el que se solicitó la interrupción de un embarazo producto de una violación, dijo: “**Nos encontramos nuevamente resolviendo un caso que nunca debió llegar a estas instancias.** Siento la necesidad de manifestar que cuando hay un ejercicio responsable de los derechos consagrados por nuestra legislación -tal como lo hicieron, respectivamente, la progenitora de L.M.R. y los equipos profesionales de la salud involucrados- **la intervención indebida de los jueces no hace más que distorsionar la percepción del paisaje normativo por parte de la ciudadanía, alentando la idea equivocada de que los agentes públicos tienen la potestad de tutelar las conciencias y las conductas privadas**” (el resaltado es nuestro)⁷.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza tuvo oportunidad de pronunciarse ante la judicialización de un caso de aborto no punible, ratificando lo ordenado por el Juez de primera instancia, al sostener que “...*los casos de abortos nos punibles no requieren autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descritos por la norma a criterio de los médicos que atiendan a la paciente, ya sea en el sector privado o en el sector público de salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar*”⁸.

Que en este caso la justicia provincial exhortó al Poder Ejecutivo Provincial “... *a fin de que, por intermedio de sus efectores públicos, brinde a C.C.A. todas las prestaciones que resulten necesarias para asegurar su salud, disponiendo las medidas y tratamientos que resulten convenientes y necesarios a tales fines, como así todo lo que resulte conducente para el goce efectivo de sus derechos en las condiciones establecidas por la ley en sentido amplio...*”. (El resaltado nos pertenece).

Que no traduce ideales democráticos y republicanos que sea el Poder Judicial el que tenga que ordenarle al Poder Ejecutivo que cumpla con sus obligaciones y deberes para con la ciudadanía, en tanto ello refleja una imposibilidad del Ejecutivo de arbitrar los medios y procedimientos para garantizar que los derechos, en estos casos de las mujeres, sean respetados por el Estado

⁶ Bidart Campos, "Autorización judicial solicitada para abortar", nota a fallo publicada en ED 114-184, citada en Jarque, Gabriel D., "Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas", ED, 2001, III

⁷ Ac. 98.830, R., L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia', Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Voto de la Jueza Kogan.

⁸ SCJ Mendoza. "C.C.A", 08/2006.

Es obligación que compromete la Debida Diligencia del Estado, la de garantizar la igualdad de posibilidades para todas las mujeres, por ello debe implementar procedimientos que hagan posible el acceso al sistema de salud en los casos de aborto no punible: cuando el embarazo pone en riesgo su salud o su vida o es consecuencia de una violación.

Que tal obligación de garantía ha sido objeto de especial recomendación por parte del Comité de Derechos Humanos -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-.⁹

Por todo lo expuesto, entendemos que el pronunciamiento del Tribunal debe ir en el sentido de declarar innecesaria la autorización judicial solicitada, emplazando a los/as efectores/as de salud del Hospital Zonal de la Ciudad de Comodoro Rivadavia a efectuar inmediatamente y sin dilaciones la interrupción del embarazo solicitada, preservando el material genético obtenido, el cual será ofrecido como prueba de cargo en los autos “FUENTES AURORA LUISA S/ DCIA. ABUSO SEXUAL R/V HIJA MENOR”, CASO 25661.

En subsidio, y para el hipotético caso de que V.E. estime corresponder la autorización judicial solicitada, solicitamos se conceda la misma, atento los argumentos que vienen esbozándose y los que adelante continúan en cuanto a la configuración de los supuestos previstos por el Art. 86 del Código Penal.

• **ENCUADRE DEL CASO CONCRETO EN LO DISPUESTO POR EL ART. 86, SEGUNDA PARTE, INC. 1º DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO:**

El Art. 86 del Código Penal dispone que “...*El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:*

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

⁹ El Comité ha señalado que el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva, sino que de hecho requiere que los Estados adopten medidas positivas para su protección, incluyendo las medidas necesarias para evitar que las mujeres recurran a abortos clandestinos que pongan en peligro su salud y su vida, (O.G 28-2000) especialmente cuando se trata de mujeres pobres. Asimismo el Comité ha considerado la falta de acceso de las mujeres a servicios de salud reproductiva, incluido el aborto, como una violación del derecho de la mujer a la vida; esto ha sido reiterado por otros comités como el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo ha señalado dentro de las medidas necesarias que los Estados están obligados a adoptar para eliminar obstáculos que se interponen en el goce de derechos en condiciones de igualdad, las de dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado y ajustar la legislación interna a fin de dar efectos a las obligaciones enunciadas en el Pacto.

De modo que ni la mujer gestante ni el médico o la médica que lleva adelante la práctica incurren en delito de aborto en los casos de peligro para la vida de la mujer ni en los casos de peligro para la salud de la misma.

En el caso que nos ocupa se encuentra en severo riesgo la salud psíquica de la niña gestante, toda vez que el embarazo es producto de una violación, que además ha sido cometida por una persona que era de su confianza, conviviente y padre biológico de algunos/as de sus hermanos/as.

La violación a una mujer genera de por sí en ella consecuencias dañosas en su salud mental; con mayor razón cuando, producto de esa violación, deviene un embarazo no deseado. En el presente caso, y a los fines de evaluar el riesgo para la salud de la niña no evitable por otros medios, deberán agregarse a estas situaciones generales, otros agravantes que no podrán soslayarse a la hora de analizar el encuadre legal y constitucional que aquí se plantea: 1) la niña tiene apenas 15 años; 2) el agresor es quien ocupa el rol de padre desde que la niña tenía dos años de edad; 3) la niña ha manifestado su voluntad de no seguir viviendo en caso de que se le impida interrumpir el embarazo en curso.

La negativa a realizar la práctica abortiva solicitada generaría un daño aún mayor en la salud psíquica de la niña gestante, toda vez que se la estaría forzando a continuar un embarazo que, no solamente no eligió, sino que además devino como resultado de una violación por parte del esposo de su madre.

Para dimensionar que el caso en análisis se encuentra comprendido en el marco del aborto terapéutico –por tanto no punible- es menester definir qué debe entenderse jurídicamente cuando se hace mención al Derecho a la Salud, protegido ya no sólo implícitamente sino explícitamente en nuestro derecho positivo, fundamentalmente en función de pronunciamientos del más alto tribunal y de la reforma constitucional de 1994.

En consecuencia para dilucidar cuál es la mejor interpretación posible, debemos observar cómo ha sido interpretado el concepto del derecho a la salud por parte de los diversos operadores: organismos internacionales, Academia Argentina y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En primer lugar, es importante analizar la interpretación que ha realizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interprete último de la Constitución Nacional. El Máximo Tribunal, en el caso "Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional"¹⁰

¹⁰ CSJN, "Asociación Benghalensis y otros c. Estado nacional" resuelto el 1 de junio de 2000. La Ley, 2001-B, 126,

confirmó la decisión inferior que atribuyó al Estado federal la responsabilidad por el cumplimiento del régimen de lucha contra el SIDA¹¹ a fin de asegurar la continuidad y regularidad del tratamiento y de la medicación y cumplir de esta forma con el derecho a la salud.

El voto de la mayoría de la Corte, adhiriendo al Dictamen del Procurador General de la Nación, consideró que *“el derecho a la salud constituye un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida -principio de autonomía-. **A mayor abundamiento, el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva. El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”** (el resaltado es nuestro)*

El mismo año, la Corte Suprema de Justicia, resolvió el caso "*Campodónico de Beviacqua Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*"¹². En este fallo, la Corte, haciendo hincapié en la normativa internacional con jerarquía constitucional afirmó que es el *“derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*.

Asimismo, resaltó que *“los estados partes se han obligado hasta el máximo de los recursos` de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2, inc. 1). En lo que concierne al modo de realización en estados de estructura federal, el*

¹¹ ley 23.798 -Adla, L-D, 3627-

¹² . CSJN, “*Campodónico de Beviacqua Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*” Resuelto el 24 de octubre de 2000

propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto (conf. Naciones Unidas. Consejo Económico Social. Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informes iniciales presentados por los estados parte con arreglo a los arts. 16 y 17 del Pacto. Observaciones. Suiza E/1990/5/Add.33-, 20 y 23 noviembre de 1998, publicado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de esta Corte en "investigaciones" 1 (1999), págs. 180 y 181)".

En segundo lugar, la Organización Mundial de la Salud, hace referencia a este concepto como **un estado de completo bienestar físico, mental y social entendiéndolo a la salud no como la ausencia de enfermedad sino comprensivo del aspecto psicológico o psicosomático**. Así este mismo organismo señala algunos factores socioculturales que impiden el alcance al máximo nivel posible en salud, y que son de absoluta relevancia en estos autos: las desigualdades en las relaciones de poder entre hombres y mujeres; las normas sociales que reducen las posibilidades de recibir educación y encontrar oportunidades de empleo; la atención exclusiva a las funciones reproductoras de la mujer, y el padecimiento potencial o real de violencia física, sexual y emocional.

En tercer lugar, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación N° 14 estableció respecto al derecho a la salud lo siguiente:

“4. Al elaborar el artículo 12 del Pacto, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades". Sin embargo, la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al "más alto nivel posible de salud física y mental" no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”.

“11. El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada,

condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”.

“12. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones preexistentes en un determinado Estado Parte: ... b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:... No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos...”.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que tiene una jerarquía superior a las leyes), establece en su artículo 10 que *“toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”*. De la misma forma, la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), tratado con jerarquía constitucional, establece en su artículo 12 que *“los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”*.

En cuarto lugar, BIDART CAMPOS, señala que la salud puede entenderse como *“... bien, valor y derecho adscrito tradicionalmente a la primera generación de derechos, ya no se abastece con la mera omisión de daño, sino que se integra, además, como ya lo hemos dicho, con políticas activas, con medidas de acción positiva, y con prestaciones de dar y de hacer.”*¹³

De este modo, a la luz de este concepto, es que podemos afirmar que el Art. 86, Inc. 1 contiene entre los casos protegidos, el que aquí se ventila, toda vez que la ley no distingue entre salud física y salud psíquica, sino que utiliza el término “salud”, concepto que incluye ambos aspectos. Por lo tanto, y a la luz del principio del derecho que indica que *“donde la ley no distingue, no se puede distinguir”*, los abortos no punibles incluyen tanto los practicados para evitar un peligro en la salud física de la mujer como los realizados para evitar un peligro en su salud psíquica.

¹³ BIDART CAMPOS, Germán J.; La salud: "derecho -bien jurídico- valor", SOROKIN, Patricia (Coord.) en *Bioética: entre utopías y desarraigos. Libro Homenaje a la doctora Gladys Mackinson*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc., 2002, pp. 69 y ss.

En idéntico sentido la Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación indica que “La interpretación de las causales de no punibilidad citadas debe realizarse a la luz de las normas constitucionales y de los tratados de derechos humanos de rango constitucional que reconocen los derechos a la igualdad, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad y a la no discriminación. La interpretación del primer inciso del artículo 86 del Código Penal de la Nación supone una perspectiva del derecho a la salud consistente con una visión integral de la salud que, según lo previsto por la Organización Mundial de la Salud, debe ser entendida como un ‘completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones’. Esa interpretación debe realizarse, de conformidad con lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la luz del artículo 10, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ‘que reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción’”¹⁴.

Es esta la interpretación sostenida no sólo por la autoridad nacional en materia de salud, sino también por especialistas en la materia de diversas disciplinas, por doctrina constitucional nacional y comparada, y por la jurisprudencia de Tribunales provinciales de nuestro país.

Entre las recomendaciones otorgadas por el Observatorio Argentino de Bioética, se encuentra la de **“Interpretar sin restricciones el aborto terapéutico: El Código Penal establece que el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer, no es punible cuando ‘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’. Así, el aborto no se encuentra penado en ninguno de los dos supuestos: peligro para la *vida* o peligro para la *salud* de la mujer. **No se requiere certeza de muerte y el peligro no tiene por qué ser grave, ya que la norma no califica el peligro. Además, el aborto terapéutico procede cuando existe tanto un peligro para la *salud física* como para la *salud psíquica*.** Restringir la aplicación del aborto terapéutico vulnera los derechos más fundamentales de las mujeres y puede generar sanciones sobre el personal médico que se niega a realizar esta práctica en los supuestos claramente permitidos”**¹⁵. (La negrita es nuestra).

¹⁴ Ministerio de Salud de la Nación, Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, *Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles*. Buenos Aires, 2007, págs. 15-16

¹⁵ “Aborto por motivos terapéuticos: Art. 86; inc. 1 del Código Penal Argentino”. Observatorio Argentino de Bioética. Op. Cit.

Se indica además en el mismo trabajo que “El artículo 86 del Código Penal debe ser aplicado sin restricción alguna, ya que toda restricción que se realice lesiona principios fundamentales en materia penal, por lo cual resulta inconstitucional... En primer lugar, al establecer el Código Penal que el aborto no es punible cuando se practica para ‘evitar un peligro para la vida o la salud’ de la mujer, no pretende que exista certeza respecto de su muerte. Tampoco está diciendo que deben concurrir ambos supuestos, sino que basta con un peligro para la *vida* o con un peligro para la *salud* para que se lo pueda practicar. Del mismo modo, cuando el Código Penal no requiere la gravedad del peligro para la vida o la salud de la mujer, no puede ser entendido de manera que la requiera. Una interpretación distinta a la mencionada excedería el marco de la ley, en tanto se apartaría de su propia letra, y constituiría una clara violación de los derechos garantizados en la Constitución Nacional”.

“Con respecto al término “salud”, se puede decir que una interpretación restrictiva de este concepto (contenido en una excepción de un tipo penal), incluyendo solamente el peligro para la *salud física* y no el peligro para la *salud psíquica*, también es inconstitucional. Sostener que el aborto no es punible solamente cuando existe un peligro para la *salud física* de la mujer, pero que es punible cuando el peligro recae sobre su *salud psíquica*, es restringir la interpretación de la excepción, lo cual significa interpretar ampliamente el delito genérico. De este modo, el aborto practicado para evitar un peligro para la *salud psíquica* de la mujer estaría penado. Sin embargo, esto viola el principio de legalidad y la interpretación más favorable al reo”.(El resaltado nos pertenece).

En consecuencia, interpretar de forma restrictiva una excepción de un delito penal resulta violatorio del principio de legalidad y, por lo tanto, inconstitucional. Se debe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió con respecto a la interpretación de la ley penal sosteniendo que las leyes penales no pueden aplicarse por analogía ni ser interpretadas extensivamente en contra del procesado y que el Poder Judicial no puede dar a la ley, sobre todo a la ley penal, una extensión mayor que la que le dio el propio legislador, único facultado para salvar las deficiencias –si las hay– de su propia obra.

Por otro lado, es importante recordar que “la negativa a realizar el aborto terapéutico, transgrediendo la obligación legal del Código Penal comporta una violación a los derechos humanos de las mujeres. Estos derechos están reconocidos en la Constitución Nacional y protegidos por los Tratados Internacionales, incorporados al orden constitucional por el Art. 75 inciso 22. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consagran el principio de no

discriminación y reconocen que toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Asimismo, el Art.12 de la Declaración Universal reconoce el derecho a la privacidad y el derecho a la autodeterminación de las personas y protege contra todo tipo de injerencia arbitraria en la vida privada. En igual sentido se pronuncia el art. 5 de la Declaración Americana, mientras el art. 11 consagra el derecho a la salud y al bienestar. Del mismo modo, el art.9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra el derecho a la libertad y el art. 17 el respeto a la privacidad. Además, el art.12, inciso 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece para toda 'persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental'"¹⁶

Asimismo es dable recordar que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) estipula en el art.12, inciso1°: "el derecho de la mujer a acceder, sin discriminación alguna, a los servicios de la atención médica". En particular, se refiere a servicios adecuados de atención médica, incluyendo información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. En concordancia con estos principios se encuentran la Declaración y el Programa de Acción de Viena, los documentos de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo y de la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, elaboradas en los años 1993, 1994 y 1995 respectivamente (Ministerio de Salud de la Nación, Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, *Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles*. Buenos Aires, 2007: pág.10)."

"En el ámbito regional destacamos el Acuerdo N°06/07 del MERCOSUR, en lo referido a las recomendaciones para las Políticas de Salud Sexual y Reproductiva, que compromete a los Estados partes a reducir la mortalidad materna (Ministerio de Salud de la Nación, Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, *Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles*. Buenos Aires, 2007: págs.12)".¹⁷

Andrés Gil Domínguez afirma **"Asimismo al admitirse el aborto terapéutico, el legislador ha ponderado y jerarquizado los bienes jurídicos en conflicto, pronunciándose a favor de la vida, la salud, la libertad y la intimidad de la madre en tanto constituyen derechos reconocidos constitucionalmente.... Si la salud de la mujer corre peligro durante el embarazo y se produce una colisión contra la**

¹⁶ Ministerio de Salud de la Nación, Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, *Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles*

¹⁷ Expdte. N° 1306-D-08. PROYECTO DE LEY presentado en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la Diputada Diana Maffía sobre "Procedimiento para el aborto en los casos no punibles previstos en el art. 86 del Código Penal", elaborado con la colaboración de Silvia Basso, Paola Bergallo, Dora Coledesky, Mabel Gabarra, Nelly Minyersky, Mariana Romero, Marcela Rodríguez, Martha Rosenberg, Mario Pecheny, Elsa Schwartzman y Horacio Sívori

vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor salud de la mujer sobre el valor vida humana en formación”¹⁸

Para mayor abundamiento, vale destacar que, en precedentes jurisprudenciales de nuestro país, ya se ha consagrado que el riesgo en la salud psíquica permite encuadrar una práctica abortiva en el supuesto de no punibilidad comprendido en la norma en examen.

Así lo resolvió el Tribunal de Menores N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, en un caso cuya plataforma fáctica coincide enormemente con la del que nos ocupa, toda vez que se trataba de un pedido de interrupción del embarazo cursado por una niña de 14 años, producto de un abuso sexual agravado por parte del concubino de su madre.

En aquella ocasión la jueza consideró que **“...En nuestro derecho positivo, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1° del segundo párrafo del art. 86 CP: si el aborto 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. Dado que se exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psicofísica de la embarazada ... (Cfr. Zaffaroni, E. R., Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, año 2000, pag. 612, Nro. 10; Donna, Edgardo, La necesidad como base del aborto justificado..., en Grosman, Cecilia (directora): Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Lexis Nexis, 2006-I., pag. 160).-¹⁹. (El resaltado nos pertenece)**

Sigue diciendo el Tribunal, **“...en el sub judice es perfectamente aceptable considerar que la ‘salud’ de la madre mencionada en la norma en cuestión, no se limita a la salud física, ni requiere peligro de muerte, sino que comprende inevitables daños graves en la salud psíquica o espiritual como los que aquí se han pronosticado, conforme el concepto de salud al que anteriormente se aludiera. Basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la adolescente, sino realizado venciendo su resistencia con violencia, que ha lesionado en grado máximo su dignidad personal, integridad física, moral e intimidad personal, independientemente de la determinación de la responsabilidad respecto al hecho**

¹⁸ Derecho Constitucional de Familia; tomo II. Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, pág.1022/1.023

¹⁹ Autos N° 40.939 "O. M. V. s/Víctima de abuso sexual – Mar del Plata". Tribunal de Menores n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata. 14/02/2007.

denunciado (ello en el marco de la IPP Nro. 223.473 en trámite ante la UFIJE Nro. 6 Departamental). **Obligarla a soportar las consecuencias de un hecho de tal naturaleza es manifiestamente inexigible: La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como un mero instrumento y el consentimiento necesario para asumir cualquier obligación cobra en este acaso especial relevancia ante un hecho de tanta trascendencia como dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente la suya en todos los sentidos** (Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, 11 -04-1985, n° 11).”(El resaltado nos pertenece).

Es de destacar y transcribir a esta altura de la presente, la contundencia del voto de la Dra. Kogan, en el fallo conocido como L.M.R. antes citado. Allí sostiene la magistrada que *“En 1994, los constituyentes incorporaron en el art. 75, inc. 22 los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los que contienen distintas normas referidas a la protección del derecho a la vida, mas no modificaron las pautas de la legislación civil y penal antes reseñadas”*.

“En efecto, señala Gil Domínguez que ‘En principio, la Convención Americana protege la vida desde la concepción, pero permite, frente a determinadas circunstancias especiales y en un determinado tiempo, la no incriminalización del aborto consentido, en consideración de otros derechos que el Pacto de San José contempla y que son atinentes a la mujer. De esto inferimos que este instrumento internacional tampoco se opone a una protección eficaz de la vida desde la concepción, que sea alternativa al sendero conminativo` (Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 167 y ss.).”

“... El mencionado autor continúa diciendo que ‘luego de la reforma constitucional ... podemos afirmar: a) que el derecho a la vida fue incorporado expresamente; b) que a partir del momento de la conformación del huevo o cigoto hay vida humana; c) que la vida humana en formación es un valor constitucional que debe ser tutelado; d) que la protección infraconstitucional debe depararse mediante aquella vía que sea necesaria, eficaz y proporcional; e) que no existe una obligación constitucional de penar el aborto voluntario; f) que el derecho constitucional debe contemplar situaciones de conflicto de valores que generan la imposibilidad del Estado de exigir una conducta determinada` (ob. cit. pág. 206)”.

“...Sobre este punto cabe destacar la opinión coincidente de Sagüés, quien considera que si un acto se encuentra prohibido por la Constitución, ello no quiere decir, necesariamente que deba ser delito y afirma que ‘Sobre esto último, tiene la palabra el legislador, quien puede o no tipificar penalmente a ese aborto ... En resumen, una cosa es que para la Constitución el aborto discrecional esté interdicto, y otra es que la violación de esa regla genere inexorablemente un delito. Hay infracciones en la Constitución, en efecto, que no importan delito` (Sagüés, Nestor, Elementos de derecho constitucional t. II, Ed. Astrea, Buenos

Aires, 1997, p. 264 y ss.).”

“Debe observarse, además, que los derechos reconocidos por la Constitución no poseen carácter absoluto, sino que admiten una razonable reglamentación (art. 28 de la CN). Entre ellos se encuentran los derechos invocados en la sentencia en crisis. El grado de protección de cada derecho reconocido dependerá, pues, de la decisión legislativa que lo reglamente, la que debe cumplir con tal recaudo de razonabilidad”.

“Es útil recordar que ‘El orden jurídico no se diseña ni para santos, ni para héroes, sino para el ser humano corriente’ (cf. Farrel, Diego Martín, La ética del aborto y de la eutanasia, Ed. Abeledo-Perrot, 1º reimpresión, Buenos Aires, 1993, p. 20) Y en tal sentido, Donna afirma que ‘no hay duda de que, aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El derecho no puede exigir héroes’ (cf. Donna, Edgardo, Derecho Penal. Parte Especial, t. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 91)”.

“El legislador ha resuelto, en casos como el que nos ocupa, no exigir actos heroicos a la mujer, una vez verificados los recaudos apropiados. De tal modo, no se advierte en la elección legislativa examinada la pretendida irrazonabilidad”.

“...Cabe agregar a lo expuesto, que la expresión contenida en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que el derecho a la vida ‘... estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción’, no tuvo otra finalidad que permitir la ratificación de numerosos Estados que -como el nuestro- habían despenalizado distintos supuestos de aborto”.

“Y sobre este punto he de recordar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (art. 28 PIDCyP) ha manifestado su preocupación acerca de ‘que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite’ y ha recomendado al Estado Argentino que ‘en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención’ (Comité de Derechos Humanos, “Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000”, CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, pár. 14.)”.

• **ENCUADRE DEL CASO CONCRETO EN LO DISPUESTO POR EL ART. 86, SEGUNDA PARTE, INC. 2º DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO:**

El Art. 86 del Código Penal dispone que *“...El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:...*

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

De modo que ni la mujer gestante ni el médico o la médica que lleva adelante la práctica incurren en delito de aborto cuando el embarazo sea producto de una violación, ni cuando el embarazo sea producto de un atentado al pudor sobre una mujer con limitaciones en su capacidad de discernimiento (art. 86 inc. 2º, Código Penal de la Nación)²⁰.

Respecto de este inciso surge una lectura amplia - si se consideran ambas situaciones como independientes - o una lectura restringida – si se toma en cuenta sólo la segunda de ellas -.

Indudablemente, hay una defectuosa redacción en este artículo. Se debe a errores cometidos por el cuerpo legislativo que en 1921 dio origen al Código Penal vigente en el país.

El Artículo 86 fue copiado del anteproyecto de un código suizo de 1916, pero en la traducción no se colocó una coma después de la palabra “violación”. De manera que la redacción del inciso 2º debería haber sido la siguiente: “Si el embarazo proviene de una violación, o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”.

En efecto, si en la traducción al español se hubiera colocado esa coma, ambas causales de impunidad hubieran quedado claramente distinguidas.

Sin embargo, en el acalorado debate entre juristas se ha sostenido también, desde la defensa de la tesis bivalente, que la coma no es gramaticalmente necesaria ya que la conjunción disyuntiva “o” separa suficientemente los dos supuestos.

Por otra parte, explica Sebastián Soler, se da otro importante defecto legislativo a partir de lo que puede entenderse por “atentado al pudor”. Este término proviene de la traducción al francés del vocablo alemán “schandung” (profanación), con el cual el proyecto suizo aludía al acceso carnal en una mujer demente, en clara distinción de la violación a una mujer con plena capacidad de raciocinio.

En francés el texto es el siguiente: "si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia o de un incesto". He allí la versión desde la que se introdujo el actual texto del Art. 86 en el Código Penal Argentino, en el que la presencia de la expresión

²⁰ Expdte. N° 1306-D-08. Op. Cit.

“atentado al pudor” no es más que el producto de una traducción literal de un concepto esencialmente distinto al de la violación de una mujer.²¹

Diana Maffía sostiene que: “(...) el inciso 2º habla de una violación o de un atentado al pudor “cometido” contra una mujer idiota o demente. Si se tratara de dos acciones sobre la misma mujer, diría “cometidos”. El singular del participio señala que se refiere al atentado al pudor y no a la violación”²²

Además, el Art. 86 establece como requisito general para los dos incisos que debe existir el “consentimiento de la mujer encinta”. El hecho de que en el inciso 2º diga “en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido”, demuestra que se trata de una exigencia específica para el caso de atentado al pudor en mujer incapaz, pues ella no puede darlo por sí misma, mientras la mujer capaz que ha sido violada sí puede hacerlo.

Obsérvese que se trata de una mujer que tampoco pudo consentir el acto sexual, lo cual, para el ordenamiento penal argentino, aunque no mediara la fuerza física, la amenaza o coacción de algún tipo, el hecho no es otra cosa que una violación. Por lo tanto, podría decirse que al texto del inciso 2º del Art. 86 le hubiera bastado con incluir sólo a esta tipificación.

Andrés Gil Domínguez dice “.... **Si el embarazo es producto de una violación y se produce una colisión contra la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad de la mujer sobre el valor vida humana en formación**”²³

De este modo el aborto no será punible, quedando comprendido en el Art. 86, inc. 2, si el embarazo que se interrumpe fuera producto de una violación.

Así lo ha resuelto la Cámara en lo Civil de Mar del Plata diciendo que “Es cierto que la interrupción del embarazo no ha de borrar el trauma de la violación, pero tampoco permitirá la presencia y continuidad de las consecuencias del hecho no deseado. Juzgo entonces, como lo ha hecho la Sra. Juez, que se encuentran reunidos todos los requisitos para la aplicación de la norma de excepción”²⁴.

²¹ Soler, Sebastián. Págs. 114 y 115.

²² Maffía, 2006, pág. 156.

²³ Derecho Constitucional de Familia; tomo II. Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, pág. 1.023

²⁴ "O., M.V. s/ víctima de abuso sexual", Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, Mar del Plata, 21/202007).

Los alcances del fallo que se analiza en el párrafo precedente fueron comentados en una nota del Diario Página/12 del día 5/3/07, diciendo "El tribunal de segunda instancia, integrado por los jueces Roberto Loustaunau, Ricardo Domingo Monterisi y Nélica Zampini, no sólo considera que el caso de V.O. se encuadra en el inciso 1º del artículo 86 del Código Penal, es decir, que se trata de un aborto terapéutico porque la continuidad de la gestación causaría daños graves en la salud psíquica de la chica, ratificando así el inédito fallo de la jueza de Menores Silvina Darmandrail, que definió en términos amplios el concepto de salud como lo fija la Organización Mundial de la Salud. El fallo de la Cámara Civil va más allá: también considera que se encuadra en el inciso 2º del artículo 86, porque se trata de un embarazo generado en una violación. De esta forma, despeja las dudas que siempre se han suscitado en torno de este inciso: 'El fallo de la Cámara nos dice que el artículo 86 inciso 2º es para cualquier mujer que es violada, y no únicamente para aquellas que tengan una discapacidad mental. Y podrán interrumpir el embarazo en cualquier momento de la gestación, porque el Código Penal no establece límites', explicó el constitucionalista Gil Domínguez, en diálogo con Página/12...". 'Tanto el fallo de primera instancia, como el de la instancia siguiente han establecido que conforme a los tratados internacionales y a la Constitución Nacional, si bien la protección a la vida comienza a partir de la concepción, la interrupción del embarazo por parte de una mujer que ha sido violada implica el ejercicio de ciertos derechos de la mujer que tienen mayor jerarquía que el derecho a la vida desde la concepción', clarificó el profesor de Derecho Constitucional, autor de varios libros sobre el tema. Los camaristas consideraron que el caso V.O. no debería haberse "judicializado", es decir, que el hospital tendría que haber accedido a practicarle el aborto sin exigir una autorización judicial, porque se daban los supuestos previstos en el Código Penal para considerarlo no punible.²⁵

• **DERECHOS QUE RESULTARÍAN VULNERADOS SI SE NEGARA INTERRUMPIR EL EMBARAZO.**

El impedimento para acceder a la IVE solicitada, ocasiona en la niña ***** González, la vulneración de derechos fundamentales, como son:

a. Derecho a la vida

El derecho a la vida, junto con el derecho a la libertad e Igualdad, son considerados basales en cualquier sociedad con reales pretensiones democráticas. El derecho a la vida no puede ser dissociado de la idea de dignidad. Más aún, podríamos decir que el derecho que especialmente está protegido, es el derecho a una vida digna. La dignidad para la

²⁵ "Toda mujer violada tiene derecho al aborto". Diario Página/12. 5/3/07).

niña causante va a estar dada por la posibilidad de elegir un proyecto de vida que no pasa hoy por la maternidad y mucho menos cuando el embarazo que cursa es producto de un delito cometido cometido sobre su cuerpo y vulnerando su libertad, autonomía e integridad sexual.

Al hablar del derecho a la vida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Mosqueda”²⁶, utilizando los argumentos vertidos por la Procuradora Fiscal subrogante dijo que: “(el) derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él...”

En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entiende que es "el fundamento y sustento de todos los demás derechos"²⁷.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida se encuentra explícitamente garantizado en la Constitución Nacional, a través de su reconocimiento y protección en tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. Entre otros: Declaración Americana (Art. 1), Declaración Universal (Art. 3), Convención Americana (Art. 4), Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (Art. 6), y Convención de los Derechos del Niño (Art. 6)

b. Derecho a la Salud

Hasta la Reforma Constitucional del año 1994, el Derecho a la Salud no se encontraba enunciado explícitamente en la Constitución Argentina. Al hacer referencia a la importancia de éste derecho, German Bidart Campos expresaba que *“el derecho a la salud es colorario del derecho a la vida amparado implícitamente dentro de las garantías innominadas (artículo 33 de la Constitución Nacional), de manera tal que todo desconocimiento de ese derecho queda descalificado como inconstitucional, pudiendo buscarse la vía de amparo para hacerlo efectivo (artículo 43 de la CN)”*²⁸.

A partir de la mencionada reforma constitucional, el derecho a la salud encuentra amparo en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que dice que *“(l)os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud”*. Sin perjuicio de esta breve enunciación, con la inclusión con jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, se robusteció la protección, considerando que todos los tratados hacen alguna mención. Podemos citar, entre otros: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12 inc. c), Convención sobre Derechos

²⁶ CSJN, “Mosqueda, Sergio c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionado” Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelto el 07/11/2006

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Diez Años de Actividades 1971-1981, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1982

²⁸ BIDART CAMPOS, German “Derecho a la Salud”. Artículo publicado en la Revista La Ley

Humanos, Pacto San José de Costa Rica (Artículo 4 inc. 1 y artículo 5 inc. 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6 inc. 1) y Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), CEDAW (Art. 10).

c. Derecho a la igualdad y no discriminación

Sostener una tesis restrictiva que deje fuera de la pretensión punitiva a las mujeres que presentan un riesgo físico de continuar su embarazo, excluyendo arbitraria y caprichosamente a aquellas que presentan riesgos para su salud psíquica, vulnera el derecho a un trato igualitario ante la ley para estas últimas.

Del mismo modo, excluir de la exención punitiva del Art. 86, inc. 2 a una mujer que ha sido víctima de una violación en razón de que la misma no presenta discapacidad mental alguna, es una nueva vulneración al principio en análisis.

En cualquiera de las dos tesis restrictivas se obtiene la inevitable conclusión de violar el derecho a la Igualdad y el mandato constitucional de NO DISCRIMINACIÓN

El derecho a la igualdad tiene diversas concepciones; en un primer momento se hizo hincapié en la igualdad formal. Nuestro país siguiendo esta tendencia incorporó en 1860 a la Constitución Histórica, el actual artículo 16 en el que se establece que todas las personas **son iguales ante la ley**, no admitiendo prerrogativas de sangre ni de nacimiento; reconociendo que no hay fueros personales ni títulos de nobleza.

Con el avance del derecho internacional se ha impulsado la ampliación y la consiguiente superación de esta idea, incorporando el concepto de igualdad real.

La doctrina internacional es unánime al entender que el Principio de Igualdad de Derechos debe interpretarse de manera tal que las necesidades de todo individuo son de la misma importancia, las cuales deben constituir la base de la planificación de las sociedades, empleándose todos los recursos de modo tal que garanticen una oportunidad igual y real de participación a cada individuo

El Principio de Igualdad de Oportunidades requiere tanto conductas positivas como negativas por parte de los Estados. Además del deber de dictar leyes y establecer acciones tendientes a lograr la equiparación de oportunidades; el Estado debe abstenerse de implementar y fomentar impedimentos que traigan aparejada una situación de desigualdad, como es el caso de referencia.

Desde este nuevo paradigma, en la reforma de 1994 se incorporaron a la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22, los tratados de derechos humanos, otorgándoles jerarquía constitucional y superior a las leyes. La mayoría de ellos en sus

primeros artículos sistemáticamente enuncian la obligación asumida por los estados de garantizar a todas las personas el ejercicio o goce de los derechos por ellos reconocidos. Así lo hace en su art. II la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el Art. 2.1, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 2.1, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el Art. 2.2, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su 1er. Artículo.

d) Derecho a ser oída

Conforme lo dispuesto por la Convención de Derechos del Niño, los/as niños/as y adolescentes tienen derecho a ser oídos/as en todo proceso judicial o administrativo en los cuales se diriman situaciones que los/as afecten.

Este derecho, si bien resulta operativo en sí mismo, ha sido a su vez reglamentado por Ley 26.061, la que en su artículo 24 establece que “*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) **Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.** Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo*” (el resaltado es nuestro).

Este derecho es mucho más abarcativo del simple acto formal de “escuchar” a la niña o darle la oportunidad procesal de expresar sus opiniones. Incluye esto pero además, conforme lo mandado por la ley, implica que “***sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo***”.

Si la niña causante en autos ha manifestado clara y constantemente que no quiere continuar la gestación en curso, entonces la decisión de no tener en cuenta su opinión cuando está en juego su proyecto de vida, su libertad, su autonomía, etc., no hace más que revictimizarla de manera flagrante y vulnerarle una vez sus derechos; en este caso **el derecho a ser oída y no sólo formal y procesalmente escuchada.**

e) Interés Superior de la Niña:

El Interés Superior de Niños y Niñas es receptado por el Art. 3 de la Convención Internacional de Derechos del Niño y por el Art. 3 de la Ley. 26.061.

Respecto de esta directriz en materia de niñez, ha dicho la jurisprudencia que esta noción “*constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar y*

determinar tal "interés" en concreto, de acuerdo con las circunstancias singulares del caso, conformando dicho principio una pauta de decisión ante un conflicto de intereses²⁹.

En idéntico sentido se ha dicho que "la solución del juez, por lo tanto, deberá orientarse y ajustarse prioritariamente al interés y bienestar del menor, y con este objetivo se atenderá a la mayor idoneidad del cónyuge guardador para desempeñar esas funciones..."³⁰

Sin perjuicio de que no desconocemos que en nombre del "mejor interés" se cometen en los juzgados y tribunales del país grandes atrocidades en contra de derechos de niños y niñas, en el caso de marras el Interés Superior de esta adolescente estará atendido, sin duda alguna, al no ser forzada a llevar a término, con sus 15 años, un embarazo que no desea y que es producto de una violación.

6. OTRAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

a. Responsabilidad internacional del Estado:

Obstaculizar el acceso de la niña ***** González a una interrupción voluntaria del embarazo que cursa como consecuencia de una violación conllevaría a la responsabilidad internacional del Estado Argentino por contradicción con diversos tratados internacionales que se han ido aludiendo a lo largo de esta presentación.

Es aceptado jurisprudencial y doctrinariamente que el denominado derecho internacional de los derechos humanos, una vez ratificados los tratados internacionales se constituyen en fuente autónoma del ordenamiento jurídico interno³¹.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la operatividad de los tratados de derechos humanos en el leading case "Ekmejdjian c/ Sofovich"³².

La incorporación a la constitución con jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, conlleva que la violación de ellos trae consigo la violación de la Constitución misma. Por esto, los tres poderes del Estado nacional y provincial, son los encargados por velar para que todas las obligaciones internacionales asumidas por Argentina en materia de derechos humanos.

²⁹ CNCiv., sala F; 25-6-96, J.A. Rep. 1999-1067, sum.43., citado por Méndez Costa, M. Josefa; Ferrer, Francisco; D'Antonio Daniel H. "Derecho de Familia". Op. Cit. pág.411.

³⁰ CNCiv., sala D; 30-11-82, J.A. 1983-IV-295; CCC Morón, Sala II, 14-2-95, E.D. 165-263, citado por Méndez Costa, M. Josefa; Ferrer, Francisco; D'Antonio Daniel H. P. 412

³¹ VANOSSI, Jorge, "Régimen Constitucional de los Tratados", Bs. As. 1969; GOLDSCHMIDT, Werner "Los tratados como fuente del derecho internacional público y el derecho argentino", en E.D. 110:995; eina, Ana María "El régimen jurídico de los tratados en la República Argentina", en Atribuciones del Congreso Argentino, Ed. del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales, pág. 333; VINUESA, MONCAYO y GUTIERREZ POSSE, "Derecho Internacional Público", tomo I, ed. Zavalía, Bs.As., 1977

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), Ekmejdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros. Buenos Aires, julio 7 de 1992

El Estado argentino, como queda dicho, ha firmado diversos tratados internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, desde 1994. Entre ellos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

En el año 2000, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresó que, entre sus principales motivos de preocupación, se encontraban los obstáculos que las mujeres, en nuestro país, enfrentan para acceder a los abortos permitidos por la ley. Así, en respuesta al informe presentado por la Argentina, ese Comité sostuvo lo siguiente: “En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado. El Comité recomienda que el Estado parte tome medidas para aplicar la Ley de salud reproductiva y procreación responsable de julio de 2000, gracias a la cual se dará asesoramiento sobre planificación familiar y se dispensarán contraceptivos con objeto de ofrecer a la mujer verdaderas alternativas. El Comité recomienda además que se reexaminen periódicamente las leyes y las políticas en materia de planificación familiar. Las mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al procedimiento de esterilización y, en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención. Se debe modificar la legislación nacional para autorizar el aborto en todos los casos de embarazo por violación”.

Con posterioridad en un dictamen emitido por ese Comité, se responsabilizó a Perú por no haber practicado un aborto terapéutico, considerando que la negativa por parte de Perú a practicar el aborto, cuando mediaba riesgo para la vida de la mujer y el feto era anencefálico, constituía una violación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que se ordenó al Estado peruano proporcionar un recurso efectivo que incluyera una indemnización y adoptar las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro³³

³³ Observatorio Argentino de Bioética. Op.Cit.

El Estado Argentino también fue denunciado ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en virtud de haber negado la interrupción de un embarazo cuando tal práctica encuadraba en lo preceptuado por el Art. 86 C.P. En aquel caso, L.M.R. tuvo que recorrer un tortuoso camino judicial que terminó con la autorización de la IVE por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Sin perjuicio de ello, el personal sanitario se negó a llevar adelante la práctica, la cual tuvo que realizarse en el circuito clandestino, revictimizando una vez más a la mujer y poniendo en riesgo su vida, por no contar con las condiciones de sepsia, seguridad, gratuidad, que debió brindarle –aún antes de la autorización judicial- el subsistema público de salud.

En virtud de este sinfín de violencias institucionales, el caso fue planteado ante el Comité de Derechos Humanos mencionado. Al momento de presentarse el Estado Argentino denunciado, acompañó en su respuesta un dictamen emitido por la Secretaria de Derechos Humanos de la Nación, en el que reconoce que se le habría impedido a la víctima acceder a la atención médica necesaria para preservar su salud, a través de la realización de un aborto. Admite que esta práctica médica no está prohibida, por lo que debería haberse resuelto entre el médico y la paciente sin necesidad de judicialización. La Secretaría de DDHH señaló también, que puede concluirse que existió una interferencia ilegítima de parte de las instancias inferiores del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, ya que por aplicación del artículo 86 Inc. 2 del Código Penal la interrupción del embarazo no requiere autorización judicial, por lo que fueron violados los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos: el derecho a la vida, la salud, a la intimidad. Por esto, reconoce que haber obligado a L.M.R. a recurrir al circuito clandestino para realizarse un aborto que la ley argentina permite, conculcó su derecho a la salud y puso en riesgo su vida. El allanamiento del Estado Argentino ante la denuncia internacional giró en torno de admitir que negar un aborto no punible –como el de marras- o exigir autorización judicial previa, trasunta en violaciones a los Derechos Humanos de las Mujeres, siendo pasible el estado nacional de sanciones internacionales.

7. PETITORIO:

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

1. Se declare la admisibilidad del presente escrito como “Amigo del Tribunal”.
2. Se tengan en cuenta los argumentos aquí expuestos al momento de dictar sentencia.

PROVEER DE CONFORMIDAD SERA JUSTICIA

