

Los daños y perjuicios derivados de la violación de los derechos sexuales y reproductivos

Por Nelly Minyersky¹ y Lily R. Flah^{2 3}

I.- Introducción – II.- Sobre la responsabilidad – III.- De los derechos sexuales y reproductivos. Marco Jurídico – III.- a) Control de convencionalidad - IV.- Incidencia individual y colectiva de la falta de cumplimiento de la normativa – IV.- a) Amparo – IV.- a') Amparo Colectivo – V.- Los daños derivados de la violación de los derechos reproductivos – VI.- El aborto no punible en nuestro país – VI.- a) Casos paradigmáticos en la jurisprudencia nacional – VI.- b) En el Derecho Comparado - VII.- Colofón.-

I.- Introducción

El vocablo “derechos humanos”, elaborado en el Derecho Político y Constitucional, presenta limitaciones en cuanto a un lenguaje normativo preciso. En efecto, involucra a la calidad de hombre, y no menciona otros sujetos: mujeres, bienes colectivos, personas jurídicas. Para superar este defecto se ha equiparado “humanos” a “humanidad”, con lo cual el defecto se puede transformar en exceso por su alto grado de indeterminación. No obstante, es una denominación de gran utilidad en el campo social y político.

El término “derechos personalísimos”, creado en el ámbito del Derecho Privado, se refiere a la persona de modo excluyente, con lo que comparte los problemas de la designación anterior. A ello cabe agregar que se carece de una pauta para establecer su nacimiento y pertenencia al ordenamiento jurídico, como también de un criterio de vinculación constitucional formal o material que le confiera fundamentabilidad. Por último, los derechos personalísimos sólo contemplan derechos subjetivos, y son insuficientes para explicar la tutela de intereses legítimos, de hecho, y colectivos.

La expresión “derechos fundamentales” nos parece más apropiada en la esfera normativa, por dos razones.

La primera es que no está vinculada a una categoría de titulares, lo cual es importante en relación a la gran evolución que se produce en esta materia. La relación entre estos derechos y categorías como hombre, ciudadano, habitante, capacidad de obrar, representa un segmento y no la totalidad del universo a considerar.

¹ Abogada. Profesora Consulta de la Facultad de Derecho, UBA.- Directora de la Maestría y Carrera de Especialización Interdisciplinaria en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles, UBA.- Investigadora UBACyT.-

² Jueza Nacional de Primera Instancia en lo Civil. Profesora Consulta de la Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Carrera de Posgrado de Derecho a la Salud, UBA. Investigadora UBACyT.-

³ Con la colaboración de la abogada Andrea Soledad Villeres.-

La segunda es que los derechos de este tipo no son tales porque pertenezcan a la persona, sino porque tienen un carácter fundante. Este aspecto nos parece decisivo para la utilización del término en un doble sentido: son fundantes y no fundados, es decir, dan origen a una serie de normas y se constituyen en parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto de la norma de reconocimiento en un ordenamiento jurídico.⁴

II.- Sobre la responsabilidad

Justamente los derechos reproductivos han sido reconocidos como una categoría de los derechos humanos, y por ende cabe discriminar si su violación genera responsabilidad.

La responsabilidad resulta de la concurrencia de una serie de elementos que tienen como resultado un daño inferido. Se trata de un fenómeno jurídico que desde vieja data importa por el deber de reparar que engendra, ya que puede tener génesis en dos circunstancias bien definidas : el incumplimiento contractual que arrastra tras sí una responsabilidad contractual o bien el incumplir un deber genérico de no dañar (*alterum non laedere*) que implicará una responsabilidad extracontractual o acontractual.⁵

La tendencia tradicional menciona, entonces, cuatro elementos:

1) La existencia de un daño causado; **2)** La infracción de la ley o, mejor dicho, de un deber jurídico de conducta impuesto por ella (Antijuridicidad o ilicitud); **3)** La relación de causalidad entre el obrar humano violatorio del ordenamiento jurídico y el daño; y **4)** La imputabilidad del autor de ese hecho a través de un factor de atribución.

Sin embargo, con relación a este último elemento, cabe señalar que el mismo era en realidad consecuencia de una concepción puramente subjetiva, fundada exclusivamente en la idea de la culpa o el dolo del agente del daño, en tanto que más modernamente se habla ya en plural de “factores de atribución”, en lugar de “imputabilidad” atento que en rigor, lo requerido es la concurrencia de algún “factor”, subjetivo u objetivo, que la ley reputa apto o idóneo para, en cada caso, asignar la responsabilidad a uno o más sujetos; lo que de la idea de un catálogo amplio y abierto, en el cual caben criterios subjetivos u objetivos de atribución de la responsabilidad, de forma tal que los supuesto de reparación de daños no queden circunscriptos a sólo los casos de conducta reprochable del sujeto causante del perjuicio.

Teniendo en cuenta la cronología temporal, el daño sería el último elemento en aparecer como consecuencia o resultado de la acción antijurídica; pero desde el punto de vista metodológico, el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la

⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Teoría de la decisión judicial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 105.-

⁵ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Ed. La Ley, tomo I, pag. 387

responsabilidad civil del agente comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado.⁶

En el presente trabajo intentamos delimitar la responsabilidad en los casos en que son violados derechos sexuales y reproductivos en dos ámbitos: el cumplimiento del Programa Nacional de Derechos Sexuales y Reproductivos y legislación concordante y el desconocimiento por parte de distintos sectores de la no punibilidad de la interrupción del embarazo en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal⁷.-

III.- De los derechos sexuales y reproductivos. Marco Jurídico.-

Es esencial la referencia a cuáles son los derechos involucrados en el término *derechos reproductivos*, concepto que engloba no sólo los derechos reproductivos ya mencionados, sino también a los derechos vinculados al goce y ejercicio de la sexualidad, especialmente a partir de los avances de la biología molecular que ha permitido disociar la reproducción de la sexualidad.

En este estadio es preciso recordar nuestro marco normativo: Constitución Nacional con la reforma de 1994 y tratados internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la misma, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer arts. 12 y 16, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley 25673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable⁸ y leyes provinciales, en especial la ley 418 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la ley 26529 sobre derechos de los pacientes⁹ que en su artículo 2º detalla derechos y efectores; ley

⁶ Trigo Represas, ob. cit. Pag. 392/393

⁷ Código Penal - Art. 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.

⁸ Creado por la ley Nacional 25673, sancionada el 30 de octubre de 2002.- Cuyos objetivos se encuentran enumerados en el art. 2º: Serán objetivos de este programa: a) Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia; b) Disminuir la morbimortalidad materno-infantil; c) Prevenir embarazos no deseados; d) Promover la salud sexual de los adolescentes; e) Contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de vih/sida y patologías genital y mamarias; f) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable; g) Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable.

⁹ Ley 26529, sancionada el 21 de octubre de 2009.- Se transcribe el art. 2: Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente; b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y

26485 “de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” que también se detiene sobre la violencia obstetricia y sobre la libertad reproductiva¹⁰, las que también son tratadas en su decreto reglamentario¹¹,.

En esta materia de derechos sexuales y reproductivos adquiere particular relevancia la ya mencionada Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, de la que cabe destacar la claridad de su artículo 16 inciso e) en cuanto expresa que: “Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información,

morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes; c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326; d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente; e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud; f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

¹⁰ Ley 26485, sancionada el 11 de marzo de 2009.- Se transcribe la parte pertinente del art. 6° - Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: (...) **d)** Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; **e)** Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

¹¹ Decreto 1011/2010 – Art. 6°, **Inciso d)**.- Configura violencia contra la libertad reproductiva toda acción u omisión proveniente del personal de instituciones públicas o privadas de atención de la salud, o de cualquier particular como cónyuges, concubinos, convivientes, padres, otros parientes o empleadores/as, entre otros, que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente si desea o no tener hijos, el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos. - Específicamente incurren en violencia contra la libertad reproductiva los/as profesionales de la salud que no brindan el asesoramiento necesario o la provisión de todos los medios anticonceptivos, como así también los/as que se niegan a realizar prácticas lícitas atinentes a la salud reproductiva.- **Inciso e)**.- Se considera trato deshumanizado el trato cruel, deshonesto, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no.- Se considera personal de salud a los efectos de la ley que se reglamenta, a todo aquel/la que trabaja en un servicio, se trate de los/as profesionales (médicos/as, enfermeros/as, trabajadores/ as sociales, psicólogos/as, obstétricas/os, etc.) o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo o de maestranza.- Las mujeres que se atienden en las referidas instituciones tienen el derecho a negarse a la realización de las prácticas propuestas por el personal de salud. Las instituciones del ámbito de la salud pública, privada y de la seguridad social deben exponer gráficamente, en forma visible y en lenguaje claro y accesible para todas las usuarias, los derechos consagrados en la ley que se reglamenta.

educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

De manera particular, el reconocimiento de la vinculación entre los derechos reproductivos y sexuales y los derechos humanos se consolidó en las Conferencias de Naciones Unidas, en particular, la Conferencia sobre Derechos Humanos de Viena (1993), la Conferencia sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994), la Conferencia Internacional sobre la Mujer de Beijing (1995), que garantizan directamente el goce de los mismos¹².

Resulta importante señalar que los derechos humanos sobre las esferas de la sexualidad y reproducción no se agotan en derechos negativos. Los Estados tienen obligaciones positivas para garantizarlos y fortalecerlos. Para ello el derecho internacional de los derechos humanos, contempla en los instrumentos internacionales obligaciones positivas, varias de ejecución inmediata que incluyen: medidas legislativas y de otra índole dirigidas a objetivos y resultados específicos a rendir por los Estados, mecanismos institucionales, también prestaciones esenciales que todo Estado debe asegurar a riesgo de exponer a las personas a daños, riesgos y desventajas inaceptables. Incluso aquellas obligaciones de ejecución progresiva, cuyo cumplimiento es observado tendiendo en cuenta la disponibilidad de recursos de un Estado y las dificultades que pueda enfrentar, cada vez más son objeto de atención en cuanto puedan conllevar desempeños de baja intensidad en la construcción de capacidades esenciales para el disfrute de derechos y ejercicios de libertades. Estamos no ya bajo la idea de umbrales mínimos sino de niveles óptimos en torno a la salud, autonomía de acción y autonomía crítica¹³.

Justamente los objetivos que enumera la ley 418 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires permiten caracterizar cuáles son los derechos sexuales y reproductivos y los mecanismos previstos para su protección: **a)** Prevenir mediante educación e información los abortos provocados. **b)** Brindar información respecto de las edades y los intervalos intergenésicos considerados más adecuados para la reproducción.; **c)** Garantizar la información y el acceso a los métodos y prestaciones de anticoncepción a las personas que lo requieran para promover su libre elección; **d)** Promover la participación de los varones en el cuidado del embarazo, el parto y puerperio, de la salud reproductiva y la paternidad responsable; **e)** Otorgar prioridad a la atención de la salud reproductiva de las/os adolescentes, en especial a la prevención del embarazo adolescente y la asistencia de la adolescente

¹² Al formar parte de la costumbre internacional, todos estos instrumentos tienen fuerza vinculante y, por tanto, su incumplimiento por parte de los Estados Parte genera responsabilidad internacional. Cf. Lubertino, María José, “Los derechos reproductivos en Argentina”, versión electrónica en: www.ipsm.org.ar.

¹³ Ver Martha Nussbaum, (1998) Capacidades humanas y Justicia social en “Necesitar, desear, vivir”, Jorge Reichmann (ed.) Madrid: Los libros de la Catarata y Len Doyal y Ian Goung, (1994) Teoría de las Necesidades Humanas, Madrid: Icaria.

embarazada; **f)** Incrementar los servicios de psicoprofilaxis del parto; **g)** Promover los beneficios de la lactancia materna exclusiva hasta los seis (6) meses de edad y continuada hasta el primer año de vida, con el agregado de alimentos complementarios, adecuados, oportunos y seguros; **h)** Garantizar la existencia en los distintos servicios y centros de salud, de profesionales y agentes de salud capacitados en sexualidad y procreación desde una perspectiva de género; **i)** Orientar las demandas referidas a infertilidad y esterilidad; **j)** Difundir la información relacionada con la prevención de VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual; **k)** Contribuir a la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y patología génitomamaria; **l)** Contribuir al diagnóstico temprano y tratamiento oportuno de las enfermedades de transmisión sexual y patología génitomamaria; **m)** Contribuir a la prevención del embarazo no deseado; **n)** Promover la reflexión conjunta entre adolescentes y sus padres sobre la salud reproductiva y la procreación responsable, y la prevención de enfermedades de transmisión sexual.

Desde tal perspectiva, los derechos sexuales y reproductivos son un territorio conceptual que se define en términos de poder y recursos: poder tomar decisiones informadas sobre la reproducción, la crianza de los hijos, la salud reproductiva y la vida sexual, todo ello para estar en condiciones de tomar decisiones seguras y efectivas. Estos derechos articulan: **a)** la obligación de los Estados de respetar y hacer respetar la autonomía personal sobre la sexualidad, **b)** la acción estatal en la construcción de entornos democráticos, plurales y habilitantes para el ejercicio de las libertades y disfrute de los derechos, **c)** el diseño e implementación de políticas dirigidas a hacer frente a inequidades y promover la inclusión, participación y transformación de las relaciones sociales¹⁴.

En síntesis, podemos afirmar sin hesitación alguna que los derechos reproductivos y sexuales, se basan en cuatro principios éticos: integridad corporal, autonomía, igualdad y diversidad¹⁵, que incorporados desde el ámbito normativo internacional, integran la nómina de los derechos fundamentales y como tales, son inalienables, integrales e inseparables de la condición de persona¹⁶.

¹⁴ Petchesky y Correa, 1994 cit por Ramos Silvina, Derechos reproductivos y sexuales, Trib. Permanente por los Derechos de las Mujeres a la Salud, Jornada preparatoria del 8/9/1997, Foro Permanente por los Derechos de las Mujeres.

¹⁵ Para un desarrollo ver Petchesky y Correa, 1994 cit. por Ramos Silvina, Derechos reproductivos y sexuales, Trib. Permanente por los Derechos de las Mujeres a la Salud, Jornada preparatoria del 8/9/1997, Foro Permanente por los Derechos de las Mujeres.

¹⁶ En el mismo sentido ver Famá, María Victoria Herrera, Marisa Revsin, Moira Un paso más hacia su consolidación... Los derechos sexuales y reproductivos como un derecho humano, LLC 2004 (septiembre), 800 y "¿Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?", LA LEY, 2003-A, 237.

Del análisis del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos con el alcance dado por los instrumentos internacionales de derechos humanos, las Conferencias Mundiales de Naciones Unidas y en especial las interpretaciones directamente relevantes emitidas al respecto por las entidades autorizadas de las Naciones Unidas, surge un término clave a la hora de abordar esta temática: “la salud”.

Según la Organización Mundial de la Salud, la salud constituye “...un estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”¹⁷.

La OMS, OPS y la Asociación Mundial de Sexología definieron la salud sexual (2000) como: “...la experiencia del proceso permanente de consecución de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad. La salud sexual se observa en las expresiones libres y responsables de las capacidades sexuales que propician un bienestar armonioso personal y social, enriqueciendo de esta manera la vida individual y social. No se trata simplemente de la ausencia de disfunción o enfermedad o ambos. Para que la salud sexual se logre es necesario que los derechos sexuales de las personas se reconozcan y garanticen”.

De ahí, se sigue que los derechos reproductivos y sexuales incluyen no sólo la atención segura del embarazo y parto, la anticoncepción efectiva, los tratamientos para la infertilidad, la información actualizada y veraz sobre sexualidad y salud reproductiva, y sobre los beneficios y riesgos de los medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos, la prevención y el tratamiento de enfermedades de transmisión sexual y VIH/SIDA y de los cánceres génito-mamarios, sino también la libertad de vivir la sexualidad en condiciones seguras y dignas, el derecho a no sufrir violencia, abuso o coerción sexual o corporal¹⁸.

En el mismo sentido destacamos que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en 1966, que cobró vigencia diez años después, creó el órgano encargado de controlar las obligaciones de los estados firmantes ante el cual éstos deben presentar informes periódicos: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este órgano estudia esos informes y los examina con representantes de los gobiernos interesados. Sus observaciones sobre el Pacto tienen por objeto ayudar a los Estados partes a su aplicación así como a señalarles las deficiencias de sus informes y

¹⁷ Organización Panamericana de la Salud: Constitución de la Organización Mundial de la Salud. En Documentos Básicos, Documento oficial n° 240, Washington, 1991, p. 23 En similares términos la Asociación Panamericana de la Salud, la define como: “...un estado completo de bienestar...no sólo ausencia de enfermedad. Levantarse cada día como una celebración”.

¹⁸ Ramos Silvina, Derechos reproductivos y sexuales, Tribunal. Permanente por los Derechos de las Mujeres a la Salud, Jornada preparatoria del 8/9/1997, Foro Permanente por los Derechos de las Mujeres.

procedimientos. Además el Comité formula recomendaciones sobre la base de los exámenes efectuados.

En líneas generales, existe la noción de que los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto no son sino metas o aspiraciones en términos de políticas, que no conllevan garantías específicas.

Guarda relación lo sostenido por Luigi Ferrajoli “La constitución Internacional o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o la Carta de la Naciones Unidas son grandes proclamas de principios que carecen de garantías, porque no existe una esfera pública mundial en condiciones de garantizar, tutelar, los derechos fundamentales. A nivel estatal, sobre todo los derechos sociales carecen de garantías”.¹⁹

Se argumenta que mientras los derechos civiles y políticos importan obligaciones negativas, los económicos, sociales y culturales implican obligaciones positivas. Sin embargo, la distinción negativa/positiva resulta simplista. En virtud de ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó una tipología para esclarecer las obligaciones por parte de los Estados respecto de estos derechos, estableciendo los de respetar, proteger y realizar.

Es decir que, en el marco del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, los Estados partes tienen obligación de : a) respetar, que exige que éstos se abstengan de interferir en el disfrute de los derechos; b) proteger, que exige que el Estado parte prevenga violaciones a los Derechos Humanos de parte de terceros; c) realizar, que exige que el Estado parte promueva la adopción de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales, entre otras, que resulten necesarias para alcanzar la efectiva realización de los derechos.

El respeto por los Derechos Humanos debe estar presente en las normas, instituciones y marcos legales del Estado, y contribuir al clima económico, político y de programación pública. Los Estados están obligados a avanzar de manera expedita hacia la implementación de estas obligaciones, y los obstáculos que pueda representar la falta de recursos no pueden ser interpretados como una justificación para la falta de acción.²⁰

III.- a) Control de convencionalidad.-

Es preciso recordar que, por un lado, se han intentado establecer algunas pautas sobre la obligación de aplicar abiertamente en el ámbito interno no sólo las convenciones

¹⁹ Luigi Ferrajoli, entrevista en Clarín “Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas” sábado 31 de diciembre de 2005, pág. 47.-

²⁰ Salud Bioética y Pobreza, Lily R. Flah y Rosana I. Aguilar en Los Desafíos del Derecho de Familia en el Siglo XXI, Ed. Errepar.-

internacionales de las que el Estado es parte sino también las interpretaciones que de sus normas llevaron a cabo los órganos internacionales competentes, que, según expresan, no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales, sino que interpretan los actos internos al amparo de la respectiva convención que deben interpretar y aplicar.

En el contexto temático seleccionado, la Corte Interamericana verifica si la norma interna o las prácticas judiciales lesionan la Convención Americana a través de la figura citada en el ejercicio de sus funciones. Si considera que hubo una lesión a los preceptos convencionales decidirá en el caso concreto la violación del pacto de acuerdo con las obligaciones asumidas por el Estado. Desde este aspecto, se debe precisar que un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

La fórmula del control de convencionalidad, en tanto guía indicativa, es empleada por el tribunal interamericano frente a las leyes internas y prácticas judiciales que al excluir el alcance otorgado a determinados preceptos convencionales generan violaciones a los derechos y garantías reconocidos en el tratado.²¹

IV.- Incidencia individual y colectiva de la falta de cumplimiento de la normativa

Las mujeres de acuerdo a lo reseñado son titulares de un amplio plexo normativo que debiera resultar suficiente para la protección de los derechos en análisis. Sin embargo, la realidad indica que los cuerpos jurídicos pertinentes encuentran grandes obstáculos para su efectividad y eficacia, tornándose inoperantes, con riesgo de convertirse en letra muerta.

Las causas que impiden la debida aplicación de estas normas encuentran sus raíces en aspectos culturales e históricos muy profundos, vinculados a prejuicios ancestrales en relación a la posición de la mujer en la sociedad y en el oscurantismo que ha rodeado y rodea la cuestión sexual.

Esta problemática se traduce a nivel individual en conductas lesivas ejercidas muchas veces por médicos y efectores de la salud y en la falta de políticas públicas conducentes.

Es frecuente encontrar sectores que pretenden que el Estado, a través de cualquiera de sus tres poderes, contradiga nuestro régimen republicano, federal y en lo que atañe a esta temática su carácter laico y no confesional. Estamos hablando de la legislación de una sociedad caracterizada por la pluralidad donde los individuos tienen diversas actitudes filosóficas y religiosas ante la vida.

²¹ Albanese Susana, Dos recientes sentencias de la Corte Interamericana y el control de convencionalidad, Jurisprudencia Argentina, Fascículo 13, Ed. Abeledo Perrot, pág.3.-

La laicidad del Estado implica el reconocimiento que todos los seres humanos tienen derecho al respeto de su libertad de conciencia y que se les debe asegurar la autonomía debida a quienes profesen distintas religiones y convicciones.

En el ámbito jurisprudencial existen pronunciamientos donde se han evidenciado trasgresiones a estos derechos cuya violación pueden ocasionar daños de incidencia individual o colectiva

El Poder Ejecutivo que, a través de sus funcionarios, no respeta los derechos humanos en estudio, aparece también pasible de acciones tendientes a restablecer los mismos, o en su caso, a resarcir los daños que su proceder ocasione.

La conducta del poder administrador puede ser dañina tanto por omisión como por acción. La de omisión aparece con toda claridad cuando se trata de no adoptar las medidas necesarias para que se cumpla en todos sus términos el Programa Nacional de Derechos Sexuales y Reproductivos, en especial en cuanto se refiere a la provisión de anticonceptivos.²²

En nuestro país, el programa se ha desarrollado con altibajos existiendo períodos prolongados durante los cuales no se prestó el servicio atento que los efectores no contaban con los insumos correspondientes. Esta situación afectó a grandes sectores de la población que se vio privada de ejercer esos derechos, situación ésta que conlleva una grave lesión a la vida sexual de las mujeres.

Es importante a estos fines el ejercicio de la acción de amparo en los términos consagrados por el art. 43 de la C.N.

IV.- a) Amparo.-

El amparo es una institución del derecho procesal constitucional con un objetivo genérico: tutelar los derechos fundamentales de las personas individuales o colectivas, físicas o jurídicas, sin ritualismos estériles, procura restablecer el derecho o la garantía vulnerados, como así también evitar el acto lesivo que se presenta bajo la forma de amenaza o acto de inminente producción.

Lo cierto es que, cualquiera haya sido el modelo, el amparo jamás fue indiferente a la protección de los derechos fundamentales. Es verdad que el restriccionismo entronizó a la herramienta en el atalaya de las excepciones; pero también lo es que la jurisprudencia siempre fue encontrando salidas justas y equitativas.²³

Compartimos en principio lo manifestado por el autor citado, si bien es necesario aclarar que la jurisprudencia ha presentado claros y oscuros.

²² Ley 25673, artículo 2 y concordantes.-

²³ Gozaíni Osvaldo, El amparo y la defensa de los derechos colectivos, Jurisprudencia Argentina, Derecho Procesal Constitucional, Ed. Abeledo Perrot, pág.56.-

Es paradigmático en este sentido lo resuelto en los autos “Campodónico de Beviacqua, Ana Karina c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” en cuanto asigna a la demandada responsabilidad subsidiaria en el cumplimiento de provisión de medicamentos y atención de la salud del accionante y ha dejado a salvo sus atribuciones para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y oportunidad que el caso exige, sin liberar al gobierno provincial o la obra social de sus obligaciones legales, y es inconcebible que puedan invocarse perjuicios derivados de las gestiones encomendadas en la sentencia, cuando es el Estado Nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud del niño y de asegurar la continuidad de su tratamiento.²⁴

IV.- a’) El amparo colectivo.-

En los más destacados avances del amparo no puede quedar sin mención cuanto corresponde al “amparo colectivo”.

En estos casos la defensa de la legalidad y de los derechos se expande hacia el colectivo, interpretado como el conjunto de personas afectadas, que pueden o no ser individualizadas. Es decir que por la vía de principio, el amparo colectivo no discierne entre derechos colectivos (individuales homogéneos) y derechos de pertenencia difusa (propios de la acción popular).

Sin embargo, como los derechos difusos tienen un cuadro de protección procesal diferente, el amparo colectivo exige que se identifique al grupo afectado, además de la relación o situación jurídica que lo une.

En el amparo colectivo corresponde al demandado comunicar la existencia de acciones colectivas que alcancen en forma total o parcial al mismo grupo, y que teniendo el mismo objeto, o sin tenerlo, se encontraren radicadas en la misma jurisdicción, y la cuestión sometida a debate pueda dar lugar a sentencias contradictorias.

Respecto de la sentencia, ella alcanza a todo el grupo afectado en la jurisdicción territorial del juez de primera instancia interviniente, y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción.

²⁴ CSJN In re: “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, Sentencia del 24 de octubre de 2000.-

Amparar de manera colectiva significa dar preferencia al derecho colectivo en lugar del individual. No se trata de una elección, vale decir, uno u otro, sino de una armonización necesaria allí donde la afectación de los intereses trasciende al derecho subjetivo.²⁵

Valga como ejemplo de esta concepción lo resuelto en el amparo promovido por la Asociación Benghalensis²⁶.

Los intereses difusos son los que no reconocen el vínculo jurídico entre las personas pertenecientes al grupo. Se identifican entre sí por circunstancias de hecho contingentes y variables, como las de pertenecer a la misma región o consumir determinados productos. Robert Alexy los denomina los no distributivos. En los derechos colectivos los miembros del grupo están ligados entre sí o con la contraparte por una relación jurídica previa. Por ejemplo, las personas clientas de un Banco que cobra gastos administrativos ilegales. En los dos casos son indivisibles.

Los derechos individuales homogéneos, en cambio, son derechos individuales subjetivos con la particularidad de que derivan de un origen común, sea de hecho o de derecho, y dan lugar a una acción colectiva por daños individuales. Se trata de un daño sufrido por muchos que repercute de distinta manera en cada uno de los damnificados, aquel que en Estados Unidos ha sido denominado *masive tort litigation*. La violación tanto de un derecho difuso como de uno colectivo puede derivar además, en la violación de derechos individuales de todos o de algunos de los miembros del grupo.²⁷

V.- Los daños derivados de la violación de los derechos reproductivos.-

Los daños emergentes de las respectivas violaciones de derechos descritos en los ítems precedentes pueden ser como ya se ha dicho de incidencia individual o colectiva. En ambos supuestos la acción de amparo aparece, como también ya se ha desarrollado, el instrumento de mayor eficacia para el cese de la conducta antijurídica, por ejemplo, no provisión de insumos, no cumplimiento con el deber de informar, no aplicación de la ley de educación sexual, etc.

Entre los daños de incidencia colectiva aparecen con toda claridad los efectos perniciosos que se proyectan en la salud pública cuando no se cumple con el programa. Claro ejemplo de ello son las situaciones que a continuación se enuncian:

²⁵ Gozaíni Osvaldo, El amparo y la defensa de los derechos colectivos, Jurisprudencia Argentina, Derecho Procesal Constitucional, Ed. Abeledo Perrot, pág.56,

²⁶ Sentencia de Sala I, 5 de Marzo de 1998 (caso Asociación Benghalensis y Otros C/ M° de Salud y Acción Social - Estado Nacional S/ Amparo Ley 16.986. Causa N° 33.629/96.)

²⁷ Sdbar Claudia, La sentencia del proceso colectivo, Jurisprudencia Argentina, Derecho Procesal Constitucional, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág.65.-

1. El incumplimiento del programa también se proyecta en un aumento sensible de embarazos no queridos por parte de mujeres de sectores vulnerables que se ven obligados a acudir al circuito clandestino con el consiguiente aumento de las complicaciones post aborto; complicaciones que en algunos casos llegan a la muerte. Todo ello con la consiguiente incidencia no sólo a nivel de sufrimiento personal, sino también incidencias económicas sensibles.

Estudios realizados en países europeos muestran que en cuanto se disminuyen los presupuestos para programas de anticoncepción e interrupción temprana del embarazo aumentan los abortos clandestinos con los consiguientes perjuicios reseñados.

2. Anibal Faundes, médico obstetra y profesor de la Universidad Estadual de Campinas de Brasil, sostiene que en Rumania en 1969 cuando Ceausescu decidió prohibir el aborto y la anticoncepción al mismo tiempo: la mortalidad materna por abortos, que era de un 15 por 100.000 nacidos vivos, subió a 150 por 100.000. Fue una clara demostración de que cuando se penaliza el aborto y además se colocan dificultades para que la mujer no se embarace, aumenta la mortalidad de las mujeres, que es la punta del iceberg, porque están las que no se mueren pero pierden las trompas y el útero, o quedan con dolor pélvico crónico, probablemente diez de cada una pierde la vida.²⁸

En la provincia de Santiago del Estero durante el mandato del matrimonio Juárez, quienes se oponían a la promoción de políticas de planificación familiar, los abortos aumentaron un 67% de 1998 a 2002. Los registros de la Maternidad Regional Ramón Carrillo indicaron que cada vez eran más las adolescentes que abortaban. Se hizo así evidente cuál es la consecuencia de la falta de programas para la salud reproductiva.²⁹

3. La Argentina lleva diez años sin lograr una reducción en las cifras de mortalidad materna. Para cumplir con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), pautados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para 2015, el país debería bajar a 13 la actual tasa de 44 defunciones maternas por cada 100 mil nacidos. A cinco años de la meta, los especialistas aseguran que el mejor número que se podría conseguir en 2015 sería una tasa de 38, es decir casi el triple del planteo de la ONU.

4. Mario Sebastiani, médico ginecólogo del Servicio de Obstetricia y del Comité de Bioética del Hospital Italiano, sostiene que la falta de políticas en este aspecto se evidencia en los centros de atención sanitaria. "La salud reproductiva es salud pública, no

²⁸ Entrevistado por Mariana Carbajal, artículo publicado en Página/12 el 3 de abril de 2005.-

²⁹ Ver Página /12, 21/01/2003.- "Para colocar un DIU se exige un trámite engorroso y se entregan sólo a las mujeres de más de 35 años y de más de 7 hijos", reveló Miguel Curioni, secretario de la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de Santiago del Estero. "El viernes último, el jefe de Hemoterapia de la maternidad me informó que no tenía más sangre en el banco porque se había vaciado por la cantidad de transfusiones por abortos que se habían realizado", agregó Curioni". Ver: http://www.pagina12.com.ar/especiales/2003/niversa_ri_o/radiografia_del_aborto_en_la_argentina.html

es religión ni sociedad. Un gran porcentaje de los partos se concretan en instituciones que no están preparadas por su falta de bancos de sangre, anestesia y médicos de guardia entrenados. En este aspecto Chile y Uruguay están muchísimo mejor que nosotros”, precisó.³⁰

Esta problemática también se vincula con los costos que representan para el sistema de salud los riesgos involucrados por los abortos inseguros: “el proveer servicios apropiados para un aborto temprano salva la vida de las mujeres y evita los costos usualmente sustanciales del tratamiento de complicaciones prevenibles del aborto inseguro”³¹

V.- a) Jurisprudencia Argentina.-

Se reseñan fallos en los cuales se ha resuelto en contra de estos derechos, lo que supone además una violación flagrante, la concreción de un daño de incidencia colectiva.

1) En el primero de ellos, promovido por la Asociación Civil sin fines de lucro Portal de Belén, la CSJN, de acuerdo al rol que tiene asignado, al emitir su fallo³² define el siguiente reparto: directamente repartidos el Laboratorio Gador, al prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco "Imediat". Indirectamente repartidos resultaron, el Gobierno que pretendía llevar adelante una política en control de natalidad - permitiendo la distribución de anticonceptivos de ésta naturaleza-; la sociedad en su conjunto, que ve limitado su derecho a la planificación familiar, como así también, las mujeres en general, que son violentadas en su derecho a elegir cuándo y cuántos hijos tener.

Resulta relevante destacar que este fallo ordenó la prohibición de un fármaco que, a la fecha de la resolución, ya no se encontraba a la venta, por haber sido retirado del mercado desde fines del año 2001, habiendo devenido en abstracto al momento del dictado de la sentencia, en razón de que ordenó la prohibición de una marca y no de la fórmula o de los principios activos empleados en la elaboración de los anticonceptivos de emergencia.

Entre los autores que realizan serias críticas al fallo, es relevante la emitida por Bidart Campos, quien como primera reflexión analiza lo estrictamente procesal, reconociendo que el efecto de la sentencia es “erga omnes”, pese a que tradicionalmente nuestro sistema federal de jurisdicción constitucional sólo asigna efectos ínter partes a las decisiones judiciales, esta vez la absoluta prohibición del fármaco citado reviste este efecto general. La interdicción emergente del fallo no se limita a la parte actora (la

³⁰ Florencia Halfon-Laksman, Crítica, pág. 24, 15/12/09.-

³¹ Forney, 1981; Tshibangu y col., 1984; Figa-Talamanca y col., 1986, Mpangile y col., 1999, citado en Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: Guía Técnica y de políticas para Sistemas de Salud*, Ginebra, 2003: pág. 14).

³² "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo," CSJN, 5 de marzo de 2002.-

asociación civil "Portal de Belén") en su relación con el Estado, sino que se proyecta con amplitud a la totalidad de relaciones en el mercado de consumidores.

Continúa en su análisis diciendo que el art. 43 de la C.N., en su párrafo segundo, deja un espacio para dos interrogantes: uno, acerca del encuadre del caso en el tipo de amparo que allí se delinea; otro, acerca de si ese encuadre habilitaba la legitimación de la asociación actora.

Critica al fallo por deficiente, a diferencia de la cobertura integral de las argumentaciones utilizadas por las instancias inferiores, al decir "...la densidad de cuestiones y de dudas del caso no permitían sustanciarlo como lo hizo la CSJN, mucho menos con el resultado prohibitivo y rotundo alcanzado por cinco votos contra cuatro".³³

2) En el caso iniciado en Mujeres por la Vida El Tribunal de Córdoba resuelve:1°.- Revocar la medida cautelar dictada por la señora Juez Federal de Primera Instancia, Titular del Juzgado N° 3 de la Ciudad de Córdoba por proveído de fecha 30 de diciembre de 2002 y comunicada a la demandada el 7 de febrero de 2003 por su gravedad institucional y estrépito público, en cuanto ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación la suspensión de la ejecución en todo el territorio de la República Argentina del "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable" en lo previsto en los arts. 2° inc. f), 3° , 4°, 5° incs. a) y b) , 6° inc. b) y c), 7°, 9°, 10°, 11° inc. b) y 12° de la Ley 25.673, por lo que oportunamente deberá hacerse saber mediante oficio urgente a esos efectos al Poder Ejecutivo Nacional y/o Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, sin perjuicio de las notificaciones que por ministerio de la ley queda producida de pleno derecho a las partes en este acto público.

2°.- Disponer en esta Instancia el rechazo in limine de la presente acción de amparo promovida por "MUJERES POR LA VIDA - ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO" (Filial Córdoba), atento su manifiesta falta de legitimación activa para obrar fundada en pretendidos derechos de incidencia colectiva e inexistencia de ilegalidad o inconstitucionalidad manifiesta de la Ley Nacional n° 25.673 que ha sido impugnada por esa accionante, como también en razón de que la subsistencia de la requerida intervención judicial implicaría comprometer el desenvolvimiento de una actividad esencial del Estado, en relación a la política sanitaria nacional que compete ejercer exclusivamente a las autoridades públicas nacionales del Poder Ejecutivo Nacional según la división de funciones o poderes establecida por la Constitución Nacional (conf. art. 43°, Primer Párrafo de la Constitución Nacional y arts. 1, 2 inc. "c" y 3 de la ley 16.986), debiendo en consecuencia procederse al archivo de estas actuaciones en el tribunal de origen.

³³ Bidart Campos German, Rev. La Ley 5/5/2002.-

La Corte a su vez reconoció legitimación a Mujeres por la Vida para impugnar el Programa en defensa de “los derechos de incidencia colectiva a la vida” y revocó la sentencia de la Cámara Federal de Córdoba, que a su vez había dejado sin efecto una resolución de primera instancia y ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social suspender el plan “en todo el territorio nacional”.

En disidencia, los doctores Lorenzetti y Argibay destacaron que un pronunciamiento favorable a la asociación cordobesa afectará derechos y libertades exclusivos de todas las personas que se vería perjudicadas en el goce de derechos personalísimos de naturaleza individual violándose la protección reconocida por el art. 19 de la CN, así como la defensa en juicio reconocida por el art. 18 de la C.N.³⁴

Consecuentemente, el ámbito en el cual estamos trabajando o sea el de las sentencias judiciales la reparación del daño encontraría grandes dificultades ya que los mecanismos existentes en cuanto a la responsabilidad de los jueces por el contenido de sus sentencias es muy limitado por existir otros mecanismos de control de su trabajo como son los recursos de apelación y en su caso, el control que deben ejercer los consejos de la magistratura, todo ello en mérito a la necesidad de resguardar el principio básico del estado de derecho o sea la división de poderes y la intangibilidad de los jueces.

Aparecería como más sencillo el análisis de la responsabilidad de los hechos de la administración pública y/o de los particulares.

VI.- El aborto no punible en nuestro país.-

Uno de los ejemplos donde el actuar del poder administrador (servicios de salud) y del poder jurisdiccional ha desconocido en forma reiterada los derechos involucrados es su proceder frente a los casos de aborto no punible.

Una interpretación del art. 86 CPN, en consonancia con una mirada holística del ordenamiento nos permite afirmar que el médico y la mujer no incurrir en delito de aborto por estar ejerciendo un derecho, en las siguientes situaciones:

- a) en caso de peligro para la vida de la mujer (art. 86 inc. 1 CPN)
- b) en caso de peligro para la salud de la mujer (art. 86 inc. 2 CPN)
- c) cuando el embarazo sea producto de una violación (art. 86 inc. 2 CPN)
- c') cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente (art. 86 inc. 2 CPN)

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, sentencia del 31/10/2006.-

No caben dudas que en todas estas indicaciones de existir un conflicto de intereses, el Derecho Penal lo ha resuelto a favor de la mujer.³⁵

En los casos de desconocimiento del aborto no punible pueden plantearse distintos supuestos, vinculados ya sea a los efectores de la salud o al sistema jurisdiccional.

En numerosas ocasiones, el servicio de salud, a pesar de concurrir claramente los presupuestos de las causales de justificación: menor de edad o mayor de edad capaces o incapaz, embarazadas como producto de una violación, o mujeres con peligro para su salud o su vida en caso de proseguir con el embarazo, se niegan a realizar la interrupción del embarazo, por desconocimiento, por temor a verse involucrados en un proceso penal, por privilegiar su ideología sobre su obligación profesional, solicitando entonces una innecesaria autorización ante el Poder Judicial.

Por otra parte, los jueces frente a tal requerimiento han rechazado la petición por considerar que si es legal no requiere de ningún tipo de autorización. Esta modalidad prevaleció durante décadas produciendo una situación esquizofrénica en las mujeres afectadas.

Este Poder Judicial que durante décadas se pronunció desfavorablemente, fue luego acogiendo paulatinamente las peticiones formuladas en mérito a las previsiones del art. 86 inc. 1 y 2 como lo demuestran los fallos dictados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata³⁶, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza³⁷, la Cámara en lo Criminal de Viedma, Río Negro³⁸ y el Superior Tribunal de

³⁵ Nelly Minyersky, Aborto no punible. Análisis del art. 86 del Código Penal, en Jorge L. Kielmanovich, director “Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación”, Errepar S.A., Buenos Aires, pág. 284.-

³⁶ La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II en su sentencia de fecha 21/02/2007 en autos O., M.V. ha dicho que *“Debe interpretarse el art. 86 del Cód. Penal de manera amplia, lo que hace que no sean punibles los abortos cuando el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente o bien 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”* y aclara que *“Si el embarazo es producto de una violación y se produce una colisión entre la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación”*.-

³⁷ De igual forma se manifestó la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza al resolver en el caso C., S. M. y otros y *“Declarar que la aplicación del art. 86 incs. 1 y 2 del Código Penal no requiere autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma a criterio de los médicos que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público”*. Ver JA 2006 IV 219

³⁸ Cámara en lo Criminal de Viedma, Sala B, Río Negro, “N.N.”, sentencia del 18/05/2009. Los padres de una menor víctima de abuso sexual por parte de la pareja de su abuela, promovieron acción de amparo solicitando se arbitre los medios necesarios para producir la interrupción del embarazo. Asimismo peticionaron que se adopten las medidas de preservación de los restos del feto y su puesta a disposición del Juzgado de Instrucción a los fines de las medidas de prueba que consideren necesarias para la investigación del delito sufrido por la menor. La Cámara en lo Criminal de Río Negro hizo lugar a la acción de amparo promovida y autorizó la interrupción del embarazo de la niña y sentenció que *“El aborto terapéutico no es otra cosa que un estado de necesidad previsto en el art. 34 inc. 3 del Código Penal y para su práctica los médicos no necesitan autorización judicial, en tanto es un acto de ejercicio lícito de su profesión.”* Publicado en: LLPatagonia 2009 (junio), 897 -

Justicia de Entre Ríos³⁹ y más de una vez la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los casos “C.P.d.P., A.K s/ Autorización”⁴⁰ y “L., R.M” en el que sentenció que *“Una vez cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el art. 86 del Cód. Penal, la actuación de los profesionales de la salud debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de previa autorización judicial.”*⁴¹

En el mismo sentido el Dr. Julio Maier, en cuanto al requisito del dictamen médico, se ha pronunciado en el fallo “S.T. c/ GCBA” dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires al fallar ante un caso llevado a su conocimiento, donde señaló: *“En esta verdadera paradoja consiste precisamente la decisión a tomar por el Tribunal y, como se vera, la ilegitimidad del acto administrativo que omite la ejecución de lo indicado y le requiere a las personas presuntamente en riesgo un requisito mas que la ley no exige: la autorización judicial. Se puede comprender, al menos en este país, el temor de los médicos que determinó esta solución, pero ellos deberán comprender que el ejercicio de toda profesión entraña responsabilidad y, más aún, la asunción de esa responsabilidad al tomar decisiones que sólo un profesional médico puede tomar, según la propia ley (...) Con la decisión de no ejercitar aquello que fue indicado, por lo demás, no han eliminado la responsabilidad, pues si resultara, por ejemplo, que el daño a la salud se produce por no haber procedido a tiempo a ejecutar la indicación, al requerir la autorización judicial ellos deberán hacer frente a esa imputación”*⁴²

De la misma manera, se impone rescatar lo expresado por la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires a cargo de la Dra. María del Carmen Falbo, en torno a que resultaría violatorio del principio de igualdad ante la ley el discriminar a la mujer cuyo embarazo sea producto de una violación de acuerdo a su capacidad. En este sentido, con relación al alcance que habría que darle al inc. 2 del art. 86 CP hace suya la interpretación respecto a que lo que se excluye de la punición es todo embarazo que sea consecuencia de *“un ataque a la integridad sexual a la mujer y no producto del libre accionar (...) toda vez que el “atentado al pudor” del que se habla no figura en otra parte del código. Es decir, que cuando el artículo habla de “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor”, debe entenderse como “de una violación o de*

³⁹ S.T Entre Ríos, “Defensora de P.Y.M N° (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona”, 20/9/2007, *LLitoral*, noviembre de 2007, 1069

⁴⁰ En igual sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al fallar en el caso “C.P.d.P., A.K s/ Autorización” (Ac. 95.464, sent. del 27-VI-2005) cuando dijo que el aborto puede realizarse como medida terapéutica ante la necesidad de evitar un grave e inminente peligro para la vida, la salud o la integridad de la madre.

⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 31/07/2006 • R., L. M. • LLBA 2006, 895 - LA LEY 2006-F, 152 - JA 2006-IV, 210.

⁴² TSJ CABA en “S.T c/ GCBA”, voto del Dr. Julio Maier.

*acceso carnal (...) Reforzando dicha posición, “tampoco podría admitirse una interpretación de la disposición penal que frente a una violación permitiera dar muerte al fruto de la concepción, ante la presunción del nacimiento de una persona insana, y, a su vez, sancionar ese mismo resultado cuando se produce sobre un feto concebido por una mujer sana” (Edgardo Donna, op. Cit., p. 196). Dicha inteligencia, implicaría violentar tanto el derecho de igualdad ante la ley, previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional, como todos los tratados con jerarquía internacional suscripto por la Argentina”.*⁴³

En relación al supuesto contemplado por el inc. 1° se pretende no actualizar el concepto de salud conforme la definición de la OMS que dice que “*la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no una mera ausencia de enfermedad o dolencia. El disfrute del mas alto nivel obtenible de la salud constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano*”.

Una lectura de los precedentes jurisprudenciales indica el profundo daño que la conducta reticente y dilatoria en el actuar de los distintos estamentos provoca en las mujeres afectadas. Se producen daños físicos y psíquicos innegables que se ven agravados por la publicidad que estas causas adquieren mediáticamente, lo que potencia el daño al constituir asimismo violaciones del derecho a la intimidad.

Resulta importante señalar también que la continuación de un embarazo no deseado y la experiencia de ser madre contra su voluntad suele tener consecuencias emocionales graves tanto para la madre como para la familia⁴⁴.

En concordancia con lo expuesto la Carta de Guanabara⁴⁵ proclama “el derecho al aborto es parte de los derechos humanos. Penalizarlo constituye una discriminación y es un acto de violencia contra las mujeres. Los abortos practicados en la clandestinidad y en la ilegalidad afectan a todas las mujeres y, de manera especial, a las mujeres pobres, poniendo en riesgo su salud y su propia vida por no tener acceso a servicios seguros”.⁴⁶

VI.- a) Casos paradigmáticos en la jurisprudencia nacional.-

⁴³ Dictamen de la Procuraduría General de la Provincia de Buenos Aires en autos R., L.M; publicado en <http://www.diariojudicial.com.ar/nota.asp?IDNoticia=30146#>

⁴⁴ Dagg, P.: “The psychological sequelae of therapeutic abortion-denied and completed”, en American Journal of Psychiatry, 148 (5), 1991, págs. 578-585.

⁴⁵ La Carta de Guanabara ha sido aprobada en 2001, por 98 mujeres representantes de grupos en 27 países y de 7 redes regionales, presentes en la Plenaria Final de la Reunión Ampliada “Aborto en la América Latina y el Caribe – derechos de las mujeres frente a la conyuntura mundial”, celebrada en Río de Janeiro. En agosto de 2002 la Carta de Guanabara recibió el apoyo de 420 mujeres de todo el mundo, presentes en la Plenaria Final del “IX Encuentro Internacional Mujer y Salud”, realizada en Toronto.

⁴⁶ Minyersky Nelly, “Derechos sexuales y reproductivos: el aborto legal y seguro. Vinculaciones con los derechos humanos en la familia”, en Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo, coordinadores “Nuevos perfiles del derecho de familia – Libro homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pag. 143.-

1) El caso de Ana María Acevedo.-

Ana María Acevedo nacida en 1986, era oriunda de Vera, un pueblo del norte de la provincia de Santa Fe. A los 19 años ya era madre de tres niños, cuyos partos habían sido complicados debido a la complejización de los mismos que implicaba que su factor de sangre fuera RH negativo. Ante estas complicaciones Ana y sus padres, luego de los tres partos complicados de sus hijos de 4, 3 y 1 año de edad, solicitaron ante los Servicios para la Atención Médica de la Comunidad de la Provincia (SAMCO), una ligadura tubaria⁴⁷, solicitud que quedó sin respuesta. En mayo de 2006 Ana se atiende por un presunto problema odontológico, el que luego de varios meses es diagnosticado como un tumor maligno en los tejidos blandos de la cabeza y cuello, por lo que se la deriva al Hospital Iturraspe de Santa Fe, sala de Oncología. Luego de varios meses de burocracia en diciembre de ese año debía comenzar con tratamiento de radio y quimioterapia. Al confirmarse una gestación de tres semanas, el hospital decide demorar el inicio del tratamiento. Los padres de Ana, solicitan le sea practicado un aborto terapéutico, ante el riesgo en la vida de Ana, si no comenzaba el tratamiento, el que le es denegado. Finalmente, y en atención al estado deplorable en la salud de Ana, se realiza una cesárea con 22 semanas de gestación el 26 de abril de 2007. La recién nacida, de un peso de 450 gramos, sólo sobrevivió 17 horas y Ana María Acevedo falleció el 17 de mayo de 2007, luego de padecer sufrimientos inexplicables por no recibir el tratamiento que combatiera su enfermedad por meses.

En este caso, se encuentran firmes los procesamientos dictados al ex director, al Jefe de Servicio de Oncología, y al Jefe de Servicio de Ginecología del Hospital Iturraspe, por los delitos de Incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público y Lesiones Graves Culposas en concurso real; y el médico Oncólogo Radiante del Hospital Iturraspe, la directora y el presidente del Consejo de Administración del SAMCO de Vera, por el delito de Incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público. Es de destacar la labor de la profesionales intervinientes⁴⁸ en esta causa y del Juez Dr. Eduardo Pocoví, que se hizo acreedor por su actuación en esos obrados un premio internacional⁴⁹.

Los daños y perjuicios que le ocasionaron a la causante los profesionales intervinientes fueron de gravísima entidad y de diversa naturaleza que culminaron con su deceso: daño moral, daño psicológico, lucro cesante, incapacidad física, pérdida de chance, frustración

⁴⁷ La ley 12.323, de la provincia de Santa Fe, sancionada el 20 de septiembre de 2004, denominada de acceso a métodos anticonceptivos quirúrgicos, habilitaba el pedido.

⁴⁸ Las Dras: Lucila Puyol, Paula Condrac y Mirtha Manzur.-

⁴⁹ Premio “malleto” del público a la mejor decisión judicial del mundo relacionada con la equidad de género, en un concurso convocado por Women’s Link Worldwide, una organización internacional de defensa de los derechos humanos de las mujeres.-

de proyecto de vida, etc. No debería ser óbice la muerte de Ana María Acevedo para que se resarsan estos daños ya que de lo contrario podría devenir en impunidad. Los hijos y padres de la causante pueden reclamar por derecho propio se les indemnice por los daños y perjuicios que les provocó la muerte de su madre e hija respectivamente, también daños de distinto tipo.

b) El caso de L.R.M.

La madre de una adolescente con discapacidad mental, vecina de la localidad de Guernica, Provincia de Buenos Aires, solicitó en el Hospital San Martín de La Plata, le sea practicado a su hija un aborto, para interrumpir la gestación de 14 semanas, producto de una violación de la que fuera víctima su hija. La jueza Inés Siro, del Tribunal de Menores Nº 5 del Departamento Judicial de La Plata, no hizo lugar al pedido. Apelada tal decisión la Sala II de la Cámara 1º de Apelación de La Plata confirma la sentencia. El caso llegó a La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que en una sentencia⁵⁰ en que se impuso una mayoría de seis votos contra tres, se dispuso que no es necesaria autorización judicial ante los casos previstos en el art. 86 incisos 1 y 2, denominados abortos no punibles, y a su vez ordena que se le efectúe la práctica de interrupción del embarazo⁵¹. A pesar de este fallo, L.R.M. no pudo acceder al procedimiento médico en ningún hospital del sistema sanitario público y debió concurrir al circuito clandestino para que le realicen dicha intervención. Actualmente, la causa se encuentra ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la presentación las denunciante (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Instituto de Género, Derecho y Desarrollo de Rosario y la Asociación Católicas por el Derecho a Decidir-Córdoba) argumentaron que la joven fue discriminada en el acceso a la salud

⁵⁰ En el inicio procesal el Tribunal de Menores Nº 5 del Departamento Judicial de La Plata había resuelto no hacer lugar al pedido de autorización para efectuar prácticas abortivas en la persona de L M R.- Apelada esta sentencia, la Sala II de la Cámara 1º de Apelación de La Plata confirma la sentencia de grado. Seguidamente se interponen los recursos extraordinarios correspondientes ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que dicta sentencia el 31/7/2006. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires aprobó por seis votos contra tres que se permita a una joven con discapacidad intelectual de 19 años interrumpir su embarazo tras haber sido abusada sexualmente por un familiar. (Art. 86 inc. 2, Código Penal). La Suprema Corte de Justicia, en causa Ac. 98.830 del 31/07/06 rechazó el recurso extraordinario de nulidad e hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley, ambos interpuestos por la Asesora de Incapaces en representación de la joven M. R. L., dejando sin efecto la sentencia recurrida. Además el Tribunal rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2 del Código Penal; declaró que: a) la aplicación del art. 86, inc. 2 del Código Penal no requiere una autorización judicial; b) en vista de que el caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico con el alcance que surge del voto mayoritario de la sentencia, no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven L. M. R., ya que esa intervención se decidió llevar a cabo por médicos con sustento en sus reglas del arte de curar; poner en conocimiento del Poder Ejecutivo de la Provincia la situación de la joven L. M. R. y su madre, exhortándolo a fin de que proveyese las medidas asistenciales y sanitarias consideradas adecuadas para garantizar su derecho a la salud, tratamiento y la satisfacción de sus necesidades sociales básicas y comunicar la sentencia a las autoridades del Hospital General San Martín de la ciudad de La Plata, así como a su Servicio de Obstetricia.

⁵¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 31/07/2006 • R., L. M. • LLBA 2006, 895 - LA LEY 2006-F, 152 - JA 2006-IV, 210.

reproductiva, que se violó su derecho a la privacidad, a la intimidad y a acceder a un aborto seguro dentro del sistema de salud y se pidió que el país sea condenado a pagar un resarcimiento a la víctima y su familia por el daño “moral y psíquico” sufridos y a arbitrar las medidas necesarias para que no vuelvan a presentarse casos como este: implementar protocolos hospitalarios que permitan viabilizar el acceso a un aborto legal y de calidad y; revisar el marco jurídico nacional respecto del aborto en general, para evitar que sean sancionadas penalmente las mujeres que interrumpen un embarazo no deseado o forzado, situación que las lleva a someterse abortos clandestinos que ponen en serio riesgo su vida y su salud íntegra. El Estado Argentino reconoció la violación de los derechos a la salud, a la vida y a la intimidad de L.R.M. Actualmente el procedimiento sigue su curso siendo de esperar que se logre la indemnización de los daños solicitados, que son de distinto orden, en especial el daño moral.-

VI.- b) En el Derecho Comparado.-

La importancia del tema en estudio ha sido recogida por los tribunales internacionales de distinto orden. Analizaremos casos paradigmáticos que revelan el estado de la cuestión tanto en la casi totalidad de los países de América del Sur, como en los países que integran la Comunidad Europea que todavía mantienen una política restrictiva en materia de derecho a la interrupción del embarazo, aún en los supuestos en que las respectivas leyes lo autorizan.

En los casos planteados ante instancias superiores se observa lo traumático que supone para las mujeres involucradas el tener que acudir a la justicia para que se hagan realidad sus derechos sexuales y reproductivos y/o en su caso se le resarzan los daños y perjuicios que las conductas antijurídicas de los distintos poderes del estado le han ocasionado. Cabe remarcar que en todos los supuestos en cuestión, los tribunales que deniegan estos derechos, asumen una actitud totalmente discriminatoria y un desconocimiento absoluto de la calidad de derechos humanos fundantes que revisten los derechos reproductivos. Se desconoce así el derecho a la libertad, a la salud y a la autonomía de las mujeres consagrados en los pactos internacionales de derechos humanos y en las respectivas normas fundamentales de los países de referencia.

1) Caso Tysiac v/ Poland, sentencia del 20 de marzo de 2007.-⁵²

En relación al tema de embarazo y planificación familiar en Polonia rige la “Ley de Planificación Familiar. Protección del feto humano y condiciones que permiten la

⁵² Ver Aída Kemelmajer de Carlucci, “El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada” en Aída Kemelmajer de Carlucci, directora – Marisa Herrera, coordinadora “La familia en el nuevo derecho – Libro en homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman” Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 364 y ss.-

interrupción del embarazo”, norma que data de 1993. Esta norma prevé como un delito la interrupción del embarazo, con algunas excepciones al enunciar distintas causas de no punibilidad, estableciendo que el médico puede realizar el aborto 1) cuando está en peligro la vida o la salud de la madre, 2) cuando los estudios prenatales señalan que el feto puede estar severa e irreversiblemente dañado (anencefalia) y 3) cuando hay graves posibilidades para suponer que el embarazo es el resultado de un acto criminal (violación). De todas maneras todas estas causales están condicionadas al cumplimiento de determinados requisitos, por ejemplo que el aborto se practique en un hospital y que las causas deben estar acreditadas por un médico diferente al que efectivizará la práctica. La accionante es una mujer madre de dos niños, con una enfermedad que afecta su retina. Nuevamente embarazada, los médicos intervinientes le indican una serie de acciones tendientes a controlar su salud y evitar nuevos embarazos, ya que los sucesivos partos pueden provocar un agravamiento importante en su vista. A pesar de ello, los profesionales intervinientes se negaron a otorgarle el certificado necesario a los fines del aborto terapéutico amparándose en que el pronóstico efectuado no generaba suficiente seguridad. Finalmente la mujer obtuvo un certificado médico que expresaba que efectivamente el tercer embarazo constituía un peligro para su salud, a pesar de lo cual el hospital público le deniega la petición de realización del aborto, produciéndose así en el nacimiento de su hijo. Al poco tiempo del parto su estado de salud desmejora notable y progresivamente, teniendo un pronóstico de ceguera sin posibilidades quirúrgicas. La denunciante inició una acción penal contra los médicos que le habían negado el certificado. El Ministerio Público rechazó esta denuncia obteniendo el apoyo del Procurador General quien confirma ese dictamen. La causa penal fracasó. La denuncia administrativa promovida contra los médicos obtuvo el mismo resultado negativo. Ante esta situación, padeciendo una incapacidad severa en su carácter de madre de tres niños, se presenta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocando la violación de los siguientes artículos de la Convención Europea: art. 3° que condena los tratos inhumanos y degradantes, el art. 8 que protege el derecho a la intimidad, el art. 6° vinculado a no contar con otro tipo de acción, y en especial la violación al art. 14, la garantía de igualdad. El Tribunal rechazó que la accionante hubiera sufrido un trato inhumano o degradante. En relación al art. 8, el Tribunal acogió esta queja, reconociendo que la existencia de un ataque a la intimidad. Rechazó la violación a los artículos 13 y 14. Es interesante relevar que al acoger la queja de violación al art. 8 se sostuvo que el objetivo de este artículo es proteger a las personas de las interferencias de la autoridad pública; que esta injerencia debe estar fundada en ley, ser necesaria en una sociedad democrática y tener un fin

legítimo. Se llegó a la conclusión que la ley que penaliza el aborto y pone en cabeza de los médicos que lo practican la posibilidad de ser acusados criminalmente hace que los procesos de expedición de los certificados no sean transparentes y libres. El desconocimiento de los marcos legales y reglamentarios impide a las mujeres implicadas participar debidamente en las decisiones que se adoptan sobre su propia intimidad. Por mayoría el Tribunal acordó a la accionante una indemnización en concepto de daño moral.

2) Caso A and B v Eastern Health Borrad – sentencia de la Corte Suprema de la república de Irlanda

Una niña de 13 años resultó embarazada víctima de violencia sexual. Desde el momento en que conoció su estado, manifestó su deseo de interrumpir el embarazo expresando la imposibilidad de proseguirlo y su intención de suicidarse. Los padres de la niña, que se oponían a la interrupción, entre los argumentos que esgrimían, sostenían que si bien la Corte podía autorizar “tratamientos médicos” a personas menores de edad, el aborto no cabía en tal categoría, por tanto no debía ser autorizado. La Corte en cuestión desestimó dicho argumento señalando que el aborto sí es considerado un tratamiento médico y que en el caso concreto, era necesaria la intervención jurisdiccional justamente para evitar el riesgo de que una menor se suicidase si era obligada a continuar.

3) Caso Roe v. Wade – sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América

En este caso la Corte autorizó la interrupción del embarazo de una mujer que lo solicitó en atención a que la continuación del mismo afectaría su status social. La Corte justificó la interrupción del mismo, en tanto existen riesgos para la salud de la mujer y puede generar consecuencias en la salud mental al producir angustia por tener un hijo no deseado. El fallo reconoce que no todas las familias están preparadas para cuidar de un niño y que la incompatibilidad del embarazo con el proyecto de vida de la mujer impide su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

4) Paulina del Carmen Ramirez Jacinto * México (Solución Amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)⁵³

Mediante petición presentada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de marzo de 2002, las organizaciones no gubernamentales Centro de Derechos Reproductivos y Alaide Foppa las cuales acreditaron posteriormente como copeticionarias al Grupo de Información en Reproducción Elegida, denunciaron a los Estados Unidos

⁵³ Informe N° 21/07 - Petición 161-02 - SOLUCIÓN AMISTOSA - Paulina Del Carmen Ramirez Jacinto*México, 9 de marzo de 2007

Mexicanos por la violación de los derechos humanos en perjuicio de la menor Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, quien fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada, y fue obstaculizada por las autoridades estatales para ejercer su derecho a interrumpir dicho embarazo según lo establecido por ley mexicana. En el hospital en que la atendieron, antes de realizar la intervención, el jefe del hospital tomó contacto con la madre y le relató una versión exagerada de los riesgos de la intervención, tales como "esterilidad, perforación uterina, hemorragia masiva, síndrome de Asherman y muerte". Ante esta información inexacta, se logró el miedo de la madre, quien decidió solicitar a los médicos que no efectuaran el procedimiento, lo que devino en que la niña fue madre. Las peticionarias alegaron que el caso de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto es representativo de un sin número de niñas y mujeres que se han visto obligadas a ser madres como consecuencia de una violación sexual, debido a que han sido obstaculizadas por parte de autoridades estatales de ejercer un derecho legítimo reconocido en la legislación mexicana. Asimismo, al no existir en la legislación interna una reglamentación que permita a las víctimas de violación sexual ejercer su derecho a interrumpir un embarazo, se les impone la continuación y culminación de un embarazo forzado, que en el caso de niñas constituye un embarazo de alto riesgo. En el acuerdo de solución amistosa⁵⁴, el Gobierno de Baja California se comprometió a entregar sumas de dinero por concepto de daño emergente que cubre los gastos judiciales por trámite y seguimiento del caso, así como gastos médicos derivados del evento para Paulina del Carmen Ramírez Jacinto e I. R. J. y otra cantidad de en concepto de reparación única por daño moral. También sumas al inicio de cada ciclo escolar: útiles escolares, cuotas de inscripción y libros de texto a I. R. J. hasta nivel preparatoria. Y se compromete a otorgarle a I. R. J., en caso de que decida continuar con sus estudios superiores o universitarios posteriormente a la conclusión de la preparatoria o vocacional, los estudios correspondientes en una institución pública. Consistiendo el apoyo en el pago de inscripción, transporte y material escolar mientras siga aprobando sus estudios. El gobierno también se comprometió a entregarle una suma por medio del programa Proyectos Productivos de la Secretaría de Desarrollo Social del Estado, para que Paulina del Carmen Ramírez Jacinto desarrolle una micro empresa.

Asimismo se obliga a otorgar servicios de salud tanto a Paulina del Carmen Ramírez Jacinto como a I. R. J. por medio del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California (ISSSTECALI) y se

⁵⁴ El acuerdo fue suscrito por las partes el 8 de marzo de 2006.- Ver: <http://forumvida.org/aborto/acuerdo-amistoso-entre-mexico-y-paulina>

comprometió a que la atención psicológica para I. R. J. y Paulina Ramírez Jacinto sea brindada por medio de los especialistas del Centro de Salud Mental de la Secretaría de Salud del Estado de Baja California.

Con anterioridad ya el gobierno le había entregado como apoyo para gastos de manutención, apoyo para gastos de primera necesidad y para útiles escolares, otra suma como apoyo para vivienda, y una computadora con impresora.

5) K.L. v Perú (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas)

A la joven K.L. de 19 años de edad, le fue diagnosticado un embarazo de un feto anencefálico, a pesar de su petición a través de su madre de interrupción del embarazo, este le fue negado y fue madre de una niña anencefálica a la que debió amamantar 4 días hasta que falleció. Este caso fue llevado ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el que mediante dictamen de 24 de octubre de 2005 (Comunicación N° 1153/2003), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió que en este caso el Perú había vulnerado los artículos 2º, 24º, 7 y 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que consagran los derechos a un recurso efectivo, a no ser discriminado por razón de la edad, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a la no injerencia arbitraria en la vida privada⁷¹. El mencionado comité sostuvo que:

- a) La omisión del Estado en no conceder el aborto terapéutico a K. L., quien estaba embarazada de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento por el que ella tuvo que pasar, sufrimiento moral prohibido por el artículo 7º del Pacto.
- b) Al negar a K. L. la posibilidad de una intervención médica para suspender su embarazo –a pesar de que un médico le informó que tenía la posibilidad de continuarlo o suspenderlo de acuerdo a la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre–, el Estado peruano interfirió de manera arbitraria en su vida privada, revelando una violación del artículo 17º del Pacto.
- c) Al no recibir K. L. el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas del caso, ni durante ni después del embarazo, el Estado peruano vulneró el artículo 24º del Pacto;
- d) Al no contar K. L. con un recurso adecuado, el Estado peruano vulneró el artículo 2º en relación a los artículos 7º, 17º y 24º del Pacto.

Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en atención al apartado a) del párrafo 3 del artículo 2) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, dispuso la obligación del Estado peruano de otorgar a K. L. un recurso efectivo que incluya una indemnización, así como la de adoptar medidas para evitar que se

cometan violaciones semejantes en el futuro; concediéndole un plazo de 90 días para informar sobre las medidas que hubiera tomado para dar cumplimiento al referido dictamen.⁵⁵

VII.- Colofón.-

Cabe reiterar que el daño es presupuesto esencial de la responsabilidad civil. Y es requisito infaltable en la responsabilidad resarcitoria: sin daño no hay qué indemnizar.

Desde una perspectiva práctica y metódica, es el primer presupuesto pues el problema del resarcimiento recién comienza a plantearse a partir de la producción de un perjuicio. Fuera de condicionar la responsabilidad, el daño decide con qué extensión se responde: debe resarcirse todo y no más que el daño causado.

En la actualidad, el daño no es sólo uno de los elementos de la responsabilidad, sino su centro de gravedad.

En efecto, la antijuridicidad y la culpabilidad son prescindibles (responsabilidad por actos lícitos y sin culpa), respectivamente).

De tal modo, se ha desplazado la mira axiológica desde la injusticia del acto lesivo hacia el daño mismo: no interesa tanto el injustamente causado como el injustamente sufrido. Es que el hecho perjudicial puede ser lícito o inculpable, pero es inequitativo que no sea reparado, si la víctima ha sido ajena a su producción⁵⁶.

Se impone reflexionar sobre las razones que impiden en la práctica reclamar la reparación de los daños cuando concurren en principio los presupuestos de la pretensión resarcitoria de acuerdo a lo que establece el derecho de daños. El incumplimiento de la normativa legal configura la antijuridicidad, si a ello se agrega el factor de atribución y la necesaria relación de causalidad ¿por qué no se repara el daño causado?

A diferencia de otras situaciones en las cuales los valores afectados son de estricto orden patrimonial -como ya hemos dicho- la mirada y el cuidado se pone en la víctima y el daño sufrido, no sucede lo mismo en el ámbito en análisis.

En esta cuestión los ingentes perjuicios sufridos por las mujeres por parte de los distintos estamentos involucrados (médicos, jueces, abogados, legisladores, asesores, etc.) no han sido prácticamente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, a lo que se suma la falta de políticas públicas dirigidas a la prevención y educación, trayendo como

⁵⁵ Nueva publicación: Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.- IIDH/2008, 17.7.2008.- Ver: http://www.artemisanoticias.com.ar/site/estudios_detalle.asp?Id=61&IdNota=5890

⁵⁶ Zavala de González, Matilde en "Código Civil y Normas Complementarias", Dirección Alberto Bueres, Coordinación Elena Highton, Ed.Hammurabi, tomo 3 A, pag. 96

consecuencia la falta de reclamos debido, justamente, al desconocimiento de los derechos que les son propios.

En muchos aspectos, todavía la situación social de la mujer pretende ser fijada en su función de madre, o en la vinculación permanente de sexualidad y reproducción. De ahí que determinados sectores sigan manteniendo a la mujer en ese estereotipo de mujer madre – ama de casa, limitando así su autonomía y libertad, y privilegiando su condición procreadora. Las decisiones políticas sobre los derechos reproductivos significan el ejercicio de control sobre la sexualidad, el rol de las mujeres y la institución de la propiedad.

Este modo, que cuestionamos, de valorar los derechos reproductivos transforma a las mujeres en personas dependientes, negándoles su carácter de participantes.⁵⁷

Toda la problemática de derechos reproductivos revela un problema de género. Uno de los aspectos que evidencia esta posición es que se penaliza a las mujeres y no así a los hombres que comparten la responsabilidad en estas relaciones. La participación y responsabilidad de éstos están invisibilizadas. Los problemas, el riesgo de salud, de cárcel, de muerte frente a un aborto ilegal e inseguro los asume sólo la mujer.

Pensamos que esta situación se agrava de acuerdo al lugar socioeconómico y cultural al que se encuentran sometidas las mujeres víctimas.

Todos estos determinantes traen aparejada la impunidad de quienes trasgreden la normativa legal, amparados en una sociedad que todavía contiene duros núcleos en los cuales la mujer sigue siendo un objeto disvalioso y sus derechos reproductivos y sexuales no son considerados como verdaderos derechos humanos.

⁵⁷ Reva Siegel, abogada constitucionalista de la Universidad de Yale, en la entrevista realizada por Mariana Carbajal “No debemos usar el derecho penal para obligar a las mujeres a ser madres”, Página 12, 07/09/09. Ver: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-111135-2008-09-07.html>