

Dictamen de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogado del Córdoba.

Córdoba, 31 de Julio de 2018. Los Dres. Viviana Graciela Perracini, DNI n° 14.754.372, MP 1-26831, Leonardo Jorge Perea, MP 1-34003, Micaela Giampaolletti, MP 1-38633, María Noel Vecchio, MP 1-39181 y quienes suscriben en nuestro carácter de integrantes de la Sala de Derecho a la Salud del Colegio de Abogados de Córdoba, nos dirigimos a Ud. a fin de hacerle conocer nuestra opinión respecto del Proyecto de interrupción voluntaria del embarazo. Anticipamos que la Dra. Ana Nemer, miembro de la sala, realiza voto en disidencia, que se adjunta a fojas y por cuerda separada.

A su vez el Dr. Leonardo Perea suscribe íntegramente el espíritu de la norma y del presente dictamen, considerando debe reformarse el proyecto presentado a fin de una correcta integración con el marco Sanitario vigente. Es por ello que realizará observaciones particulares incluidas en el presente dictamen.

Para contextualizar el análisis debemos decir que el Proyecto de Ley, establece la derogación de los Arts. 85 inc. 2, 86 y 88 del Código Penal como así también el reconocimiento al ejercicio del derecho humano a la salud de toda mujer a decidir voluntariamente la interrupción de su embarazo y la cobertura de dicha prestación por parte de los diferentes agentes de Salud.

SITUACION ACTUAL

1- SITUACIÓN DEL ABORTO EN LA ARGENTINA

De acuerdo a lo informado por el Ministerio de Salud de la Nación se considera que en la Argentina se realizan entre 370 y 522 mil interrupciones de embarazos por año (Mario y Pantelides, 2009). Sin embargo, estas cifras son estimativas ya que, por tratarse de una práctica clandestina, no se dispone de datos precisos. La única información disponible al respecto es el número de hospitalizaciones producidas en los establecimientos públicos por complicaciones relacionadas con abortos. No obstante, este dato no distingue entre abortos espontáneos y provocados, por lo que representa solo una fracción de los que ocurren anualmente. Esta cuestión no resulta desconocida

para el derecho Sanitario puesto que el reconocimiento al acceso de prestaciones de salud siempre fue realizado rodeado de insuficiencia de estadísticas.

Asimismo, cabe señalar que dichas estadísticas provienen de hospitales públicos nacionales desconociendo las estadísticas del sector privado nacional y provincial.

2- MARCO JURÍDICO VIGENTE DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

En su fallo “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en su carácter de último interprete de todo el sistema normativo del país, estableció que quien se encuentre en las condiciones descritas en el art. 86 inc. 2 del Código Penal “[...] no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible” (CSJN, 2012: considerando 21). En dicho fallo el tribunal supremo del país exhorto a las autoridades pertinentes a desarrollar los protocolos pertinentes para acceder a la interrupción legal del embarazo en los casos descriptos por el art. 86 del código penal argentino.

De esta forma, en la Argentina toda mujer, niña, adolescente y, en general, toda persona con capacidad de gestar tiene derecho a solicitar una interrupción legal del embarazo que cursa según los mismos estándares de calidad que el resto de los servicios de salud, cuando:

- el embarazo representa un peligro para la vida de la mujer y este peligro no pueda ser evitado por otros medios;
- el embarazo representa un peligro para la salud de la mujer y este peligro no pueda ser evitado por otros medios;
- el embarazo proviene de una violación;
- el embarazo proviene de una violación sobre una mujer con discapacidad intelectual o mental.

El ejercicio de la opción a la interrupción del embarazo en dichas circunstancias se encuadra en los derechos a la autonomía personal, la privacidad, la salud, la vida, la educación y la información; asimismo, a los principios de no discriminación e igualdad.

Sin embargo, el Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” (abril, 2015) no se encuentra vigente en la totalidad del territorio argentino, provocando diferencias de acceso a las prestaciones de salud, dentro del territorio argentino e inclusive dentro de cada provincia.

Excepción a lo mencionado precedentemente se da en el caso de Rosario el protocolo sigue la definición de la OMS (*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*). La cita procede del *Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948)* para la aplicación de protocolos y guías. El 80% de las mujeres se acercan a los centros de salud de su barrio, en el centro de salud son recibidas por un equipo interdisciplinario. Amparando las situaciones sociales, la mujer puede plantear una causal y evitar ponerla en riesgo su salud, por abortos clandestinos.

Una ordenanza aprobada por el Concejo Deliberante de Rosario instauró la Interrupción Legal del Embarazo (ILE) en junio de 2007. La ciudad se colocó en aquel momento a la vanguardia del tema, que había comenzado a debatirse con organizaciones de mujeres en 2004. La normativa tomaba artículos de la Constitución, del Código Penal, leyes internacionales para *“prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”* y el trabajo elaborado por las *“Mujeres Autoconvocadas”* de la ciudad. La práctica tuvo un nuevo hito en la ciudad en 2012, cuando comenzó a entregarse en forma gratuita, en efectores y hospitales públicos, el misoprostol, una medicación que permite realizar abortos ambulatorios.

La normativa colaboró para que en los últimos seis años se redujera a cero la tasa de mortalidad por abortos en los centros de salud públicos. En el año se practican entre 500 y 580 ILE. No hay registros de efectores privados. En abril de 2012 Santa Fe adhirió a la guía propuesta por Nación, lo que permite que en todos los hospitales

existan profesionales a disposición para la práctica de abortos no punibles. (...) *Cuando hay afectación de la salud psíquica, social o biológica hay una cuestión de salud que se altera. Esto trasciende a la ciudad. Lo garantiza la Organización Mundial de la Salud (OMS). Sabemos que las formas de enfermar y morir tienen condicionamientos sociales subjetivos y biológicos. Esta interpretación se da en ese marco*", explicó a Clarín Leonardo Caruana, secretario de Salud de Rosario. (Fuente: <http://www.partidosocialista.org.ar/rosario-y-su-metodo-para-garantizar-la-interrupcion-del-embarazo-en-la-salud-publica/>)

Este marco general del derecho a la interrupción del embarazo fue aclarado en la sentencia de la CSJN. En ella se definió que en las circunstancias arriba enumeradas **es siempre el Estado**, como garante de la administración de la salud de la población argentina, el que tiene la obligación *"de poner a disposición de quien solicite la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama"* (CSJN, 2012: considerando 25).

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY.

Dentro de un estudio de la filosofía general y teorías referidas al Derecho y los valores, el prestigioso Dr. Goldschmidt ha construido una compleja teoría que pretende dar cuenta del fenómeno jurídico, cuya construcción intelectual denomina Mundo Jurídico.

Dentro de este análisis sostiene la comprensión trialista partiendo de los repartos de potencia e impotencia y al orden de los repartos (**dimensión sociológica**), denotando su captación lógica y neutral en una norma (**dimensión normológica**) y, contrastarla con la valoración de ambos desde el punto de vista de la justicia, valor superior dentro del plexo axiológico y al que debe tender todo orden jurídico (**dimensión dikelógica**).

Para el análisis de la norma del PROYECTO DE LEY que está siendo tratado en El Senado, luego de su media sanción en la Cámara de Diputados: INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, utilizaremos la teoría trialista del derecho para comprender, en definitiva, si desde el Punto de vista Constitucional y Convencional, y en especial consideración del derecho jurídico-sanitario, en aplicación de la teoría trialista, se designa la postura de la sala sobre este proyecto de ley.

1- Aspecto Nomológico

Para comenzar nuestro análisis, revisaremos nuestra Carta Magna, que en su **artículo 31** nos indica: *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella.... (...)*

En relación a esto nuestra máxima doctrina el Dr. Germán Bidart Campos, advierte: *“No debe olvidarse, por otro lado, que el derecho internacional contiene como principio básico el de su primacía sobre el derecho interno, al que dio expresión en el **art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados**. Si –monistas como somos en cuanto a admitir la unidad de ambos ordenamientos jurídicos (interno o internacional) y la incorporación del derecho internacional al derecho interno sin necesidad de que este último absorba al primero a través de una fuente interna– damos por cierto que es mucho mejor compatibilizar armónicamente a la Constitución con el derecho internacional que enfrentarlos o separarlos con asincronía o con oposición, nada podemos propiciar mejor que un sistema de derechos humanos con doble fuente: la del derecho interno, y la del derecho internacional de los derechos humanos”.*

Se invoca el artículo 75, inciso 23 de la CN, sancionado en la reforma constitucional de 1994, en cuanto ordena al Congreso dictar un régimen de seguridad social para la *"protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza"*.

Aquí, conforme se puede ver en documentos relacionados con el debate ocurrido en la convención, el mandato constitucional es claro: el objetivo está orientado a las medidas de protección social del embarazo y de los niños y niñas. Es decir, se cumple con la Constitución en tanto y en cuanto se instrumentan acciones positivas de cuidado como la asignación universal por hijo o la asignación por embarazo.

En el mismo sentido lo expreso la Corte Suprema de Justicia en el caso F.A.L que dice: *“Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedo plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto...”*. Creemos que es importante la interpretación integral de las normas, que incluyan su aspecto histórico, la finalidad del legislador, etc y no solo lo que su letra contiene.

Siguiendo con el análisis constitucional nos encontramos con el **artículo 75 inc. 22** incorporada por la reforma de 1994, donde se agregaron a nuestros jurídicos tratados de derechos humanos, específicamente tres que se vinculan con este proyecto:

a) **Convención sobre los derechos del niño** (Ley 23849 año 1990)

b) **Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer** (Ley 23179 - año 1985),

c) así como también la **Convención Interamericana de Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica** (firmado el 22/11/1969 ley 23054 año 1984).

-Nuestro país también ratifico la **convención de Viena de derecho de los tratados a través de la ley 19.865 el (03/10/1972)**.

En concreto y en un todo conteste con la reciente exposición en las audiencias del senado dado por la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci el *“proyecto de ley no viola el bloque de constitucionalidad, bloque que no está constituido sobre el único pilar de la protección de la vida desde la concepción”*.

También dicha disertante recordó que en el año 2014 el Congreso de la Nación, **promulgo la Ley 27.005 que aprueba a su 3er protocolo facultativo adicional de la Convención e incorpora la figura del comité de los derechos del niño, reconociendo la facultad de este para intervenir en una serie de denuncias, reconociendo fuerza interpretativa de la convención.**

Manifestando expresamente la ex jueza *“pues bien este comité, como ya se ha dicho acá, por parte de muchos expositores nos ha recomendado una vez más -la última vez este año, en junio- que debemos asegurar el acceso a los servicios del aborto seguro y atención posparto para niñas adolescentes. ¿Como sostener entonces, que el derecho del feto es absoluto? Si el órgano encargado de la interpretación y aplicación de la convención prioriza a la adolescente*

embarazada, persona esta, que sí, tengo frente a mis ojos y que, indudablemente está protegida por la convención”.

El objetivo de la convención es lograr que los estados signatarios brinden a los niños un determinado nivel de protección, en concordancia con esta afirmación esta lo mencionado en el párrafo anterior sobre la recomendación del comité de los derechos del niño. Dijo Brenda Austin (diputada nacional por la provincia de Córdoba):

“se invoca la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece, en el artículo 4.1, la protección del derecho a la vida "en general, a partir del momento de la concepción". Mucho se discutió sobre el alcance de esta norma y su aprobación fue posible por la inclusión de las palabras "en general", ya que implicaba admitir la existencia de excepciones a la regla general, y eso permitía la inclusión de países que ya tenían legalizado el aborto. Cualquier duda quedó zanjada con la interpretación que hicieron tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Baby Boy" como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Artavia Murillo", al decir que la protección del derecho a la vida era gradual e incremental según el desarrollo, y que no había un derecho absoluto que fuera capaz de imponerse frente a los derechos fundamentales de otra persona, en este caso, los de las mujeres”.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada mediante Ley 23.179 sancionada con fecha 8/05/1985), cuyo órgano interpretativo es el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Recomendación General Numero 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación **general numero 19**, indico que: *“Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”.*

En similar sentido lo hizo **el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que instó a los Estados firmantes del pacto:** *“Liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva”.*

Finalmente, en julio de 2016, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) recomendó a Argentina "descriminalizar el aborto" a propósito del caso Belén.

Reiteramos, dentro del análisis de este ámbito normativo los colegas signatarios entendemos que es viable el ejercicio del derecho humano a la salud de mujer y que tiene a decidir libremente la interrupción de un embarazo dentro de las 14 semanas del periodo gestacional como reza el artículo 1 del proyecto que cuenta con media sanción.

Respecto de nuestro ordenamiento interno, el **artículo 19 del código civil y comercial** expresa: *La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*

En los Fundamentos del Código Civil y Comercial se expresó que la definición de este artículo es a los fines civiles, no teniendo relación con las cuestiones penales, así mismo el único derecho que se le asigna al feto en este cuerpo normativo es el hereditario con la condición de nacer con vida.

Así el **artículo 21** reza: *Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida, Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió.*

Hacemos presente que de los 11 tratados ninguno trata de los derechos del feto, dado que no es un sujeto de derecho internacional.

No hay derecho absoluto, ningún derecho puede gozar de esta característica, siempre se van a presentar conflictos de derechos, debiendo elegirse una solución basado en el **principio de progresividad y ponderación** que equilibre las pretensiones de los involucrados.

Este principio de ponderación no resulta extraño al derecho a la Salud, dado que cotidianamente nos encontramos con situaciones donde existen conflictos de derechos.

“Los derechos pueden entrar en conflicto y el sistema jurídico debe resolver esos conflictos. Si se hace de la regla de la protección de la vida desde la concepción un principio absoluto, que no debe compatibilizar con ningún otro derecho, entonces, se convierte en un dogma. El sistema jurídico no se construye con dogmas sino con principios que imponen poner todos los derechos fundamentales en equilibrio, generando restricciones a cada uno de ellos. Por lo tanto, no hay ninguna contradicción entre aceptar la interrupción del embarazo y tener entre

uno de los pilares no exclusivos ni absolutos, la protección de la vida desde la concepción” (Aida kemelmajer de Carlucci)

Gil Lavedra ha dicho, y coincidimos con su opinión: “...no es cierto que haya una protección absoluta en el caso de la vida, no la hay incluso en el derecho positivo vigente en Argentina, y por el otro lado porque es una ficción, el embrión no es un chico. Incluso, el derecho positivo argentino regula esto de diferente manera. Hoy en día, si el embrión fuera un chico, desaparecería el aborto y sería un homicidio y si uno ve el Código Penal vigente dice en el capítulo del homicidio “el que matare a otro”, en cambio respecto del aborto dice “el que causare un aborto”. La pena del homicidio es superior, de 8 a 25 años, contra de 1 a 4 años respecto a la del aborto. Las lesiones tampoco son punibles. La tentativa de la mujer tampoco es punible, con lo cual no se trata de la misma manera al embrión, al feto, que a la persona ya nacida. Si se pretendiera que hay un derecho absoluto a la vida de parte del embrión, como se dice para quienes están en contra de la despenalización, entonces se debería eliminar el aborto y que sea todo homicidio...”.

Cabe señalar que la opinión de Gil Lavedra marca las consecuencias de sostener el derecho absoluto del embrión para tratamiento médico como Fertilización Asistida, sustitución de vientre, el Diagnóstico genético preimplantacional, etc.

No permitiendo tener la opción de interrumpir un embarazo no deseado y forzando la gestación se violan derechos fundamentales de la mujer consagrados por todos los instrumentos descriptos supra como, por ejemplo, **la autonomía (posibilidad de poder planear su vida sin interferencias), la dignidad, salud e integridad física y psíquica, el acceso a los servicios de salud, y no permite ejercer sus derechos sobre su propio cuerpo** (ej. Judith Thomson - dilema del violinista-). En el caso F.A.L la corte ha dicho: “Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención americana sobre Derechos Humanos; Artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente...”

El principio de Progresividad no resulta ajeno **al Derecho a la Salud**, constituyendo un pilar en el estudio de esta rama del Derecho en áreas como consentimiento informado y muerte digna. Este principio nos ayuda a equilibrar la balanza en los casos en que dos o más derechos están en pugna, buscando restringir

ambos en la medida necesaria para asegurar el ejercicio de sus derechos a todos los involucrados. Junto con el principio de razonabilidad

Sentada nuestro fundamento al interpretar que la interrupción voluntaria del embarazo **resulta de salud pública** necesario analizar dos cuestiones. La **primera la positividad de objeción de conciencia Institucional** y si la presente prestación debe ser considerada de salud pública.

Toda/o profesional de la salud **tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia** con respecto a la práctica del aborto no punible, **siempre y cuando no se traduzca en la dilación, retardo o impedimento para el acceso a esta práctica médica** (CSJN, 2012). Sin embargo, la objeción de conciencia **es siempre individual y no institucional**.

De acuerdo a esto, todos los efectores de salud en los que se practiquen técnicas de interrupción de embarazo deberán garantizar su realización en los casos con derecho a acceder a ella. Asimismo, deberán contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a las personas en relación a esta práctica. En caso de que un profesional de la salud desee ejercer su derecho a la objeción de conciencia, deberá notificar su voluntad por escrito a las autoridades del establecimiento de salud en el que se desempeñe; es decir que solo podrá ejercerlo cuando se haya declarado y notificado previamente a las autoridades pertinentes. Los profesionales objetores, aunque hayan notificado previamente su voluntad, están obligados a cumplir con el deber de informar a la mujer sobre su derecho a acceder a una ILE si constatan alguna de las causales que lo justifican.

En ese caso que el profesional debe remitirla inmediatamente a un profesional no objetor para que continúe la atención. De no existir alguien encuadrado en esa categoría, debe realizar la interrupción; es decir que no puede invocar su objeción para eludir el deber de participar de dicho procedimiento.

Asimismo, abrir la posibilidad de objeción de conciencia institucional afecta en forma directa el sistema de salud argentino, violando el principio de igualdad garantizado por la normativa Sanitaria vigente.

En síntesis, la objeción de conciencia es solo posible en caso de profesionales médicos o personas de existencia física siendo inviable en caso de instituciones por carecer de "conciencia".

En segundo lugar, corresponde recordar que podemos definir a la salud pública *el conjunto de acciones institucionales que garantizan el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad, a una población concreta (a los ciudadanos)*. Es decir, **la importancia de la salud pública radica en que permite garantizar el derecho de la población a tener un acceso equitativo y efectivo a la salud**. La OMS define los determinantes sociales de la salud como las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluido el sistema de salud. Estas circunstancias son el resultado de la distribución del dinero y los recursos que dependen de las políticas adoptadas. **Es común escuchar que las enfermedades se convierten en "problemas de salud pública"**. Esto ocurre cuando se eleva considerablemente el nivel de prevalencia de un padecimiento, lo que es especialmente visible a través de estudios epidemiológicos.

El aborto está reconocido y despenalizado desde 1921, cuando se determinó que en ciertas circunstancias no se perseguiría la acción penal contra la mujer que solicite su práctica, y su constitucionalidad no fue discutida entonces ni hasta la actualidad, es más mediante el caso Fal, la Corte Suprema de la Nación, interprete máximo de nuestra constitución, ha dicho que no hay inconvenientes constitucionales para la recepción del aborto no punible (para más información fallo completo en el siguiente link:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=135171&cache=1533135060660>).

En síntesis, desde el campo jurídico se debe discutir no desde cuándo comienza la vida (cuestión que ni las ciencias médicas se ponen de acuerdo) sino desde cuándo, hasta cuándo y con qué intensidad se protegerá jurídicamente el bien jurídico "vida". No creemos que debería tener la misma protección jurídica un blastocito que la persona ya nacida. Debería haber una graduación en la intensidad de la protección que se brinda, al punto tal que es el mismo Código Penal el que hace esta diferencia: el homicidio tiene una pena de 8 a 25 años de prisión mientras que el aborto tiene una

pena de 1 a 4 años de prisión cuando se actúa con el consentimiento de la mujer y de 3 a 10 años de prisión cuando se carece de tal consentimiento”.

2- Aspecto Sociológico

“La dimensión sociológica presentada por Goldschmidt se refiere en general a adjudicaciones de potencia e impotencia, consistentes en lo que favorece o perjudica al ser. Vale sobre todo referirla más específicamente a la vida humana.” (<http://centrodefilosofia.org.ar/investigacionydocencia52.htm> 132 Investigación y Docencia - Las razones del trialismo Dr. Ciuro Caldani<http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD526.pdf>).

Comenzaremos haciendo una comparación del desenvolvimiento del plexo de DDHH enunciados en la primer parte de este dictamen aspectos nomológicos Es decir el estudio de cómo se aplican esa norma que se pretende Ley en el marco de las sociedades de este milenio.

El derecho ha avanzado enormemente en el último tiempo en cuestiones de Derechos Humanos, y es que dentro del tema que nos concierne el movimiento de mujeres ha sido crucial en términos de ampliación de aquellos; el contexto mundial es favorable considerando el listado de países del hemisferio norte donde **el aborto goza de legalidad:**

Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, España, Eslovenia, Estonia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Italia, Latvia, Letonia, Lituania, Macedonia, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, República de Macedonia, República de Azerbaiyán, Rumanía, Rusia, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania.

En la mayoría de ellos y cada uno con sus particularidades la interrupción del embarazo puede ser, **en general, hasta la semana 12**, a excepción de Holanda que es **hasta la semana 24**; quedando todavía tres países en los que abortar es ilegal independientemente de las circunstancias, como: Andorra, Malta y Ciudad del Vaticano, no pudiendo hacerlo bajo ningún concepto.

Por otro lado en **Asia el aborto es legal en casi todas sus regiones, pudiendo realizar la interrupción del embarazo sin condiciones** en Bahrain, Camboya, Corea

del Norte, China; y hasta el tercer mes en la mayoría de los demás países, Azerbayán iraní, Bahrain, Bangladesh, Camboya, Corea del Norte, China, Georgia, Kazajistán, Kirguistán, Mongolia, Nepal, Singapur (hasta el segundo trimestre), Tajikistán, Turkmenistán, Uzbekistán y Vietnam.

En el continente africano solo se puede interrumpir el embarazo con condiciones en: Guinea Bissau, Mozambique, Sudáfrica y Togo.

En Oceanía el aborto es legal, en Australia dependiendo de la región de la isla y de la situación del embarazo, es sin condiciones cuando se protege la vida de la madre; y con condiciones por motivos de salud física o mental, si es víctima de violación, o en caso de malformaciones en el feto e incluso cuando factores socio-económicos de la misma le dificultarían criar al hijo.

En términos regionales y refiriéndonos específicamente a **América del Norte** el aborto es una práctica legal en Canadá y Estados Unidos, donde se permite generalmente hasta en un **máximo de 3 meses**.

Por otro lado en la mayor parte de **América Latina es ilegal, a excepción de Cuba, las dos Guayanas, Puerto Rico y Uruguay**.

El Salvador o Nicaragua son los únicos países de América Latina en los que no se permite abortar en ningún caso; y **en Argentina** (hasta ahora), **Chile y Brasil, únicamente se permite con causales**.

El panorama mundial nos muestra que la tendencia de *atender esta problemática a través de la legalidad es una tarea urgente*, cuestión que permite en definitiva poner el tema sobre la mesa y darle tratamiento con **políticas públicas integrales**, quitando como **primera medida la criminalización como parte del problema**.

En el caso puntual de Argentina la discusión confluye en si la mujer que se realiza un aborto debe ir presa o no, o si de hacerlo en la clandestinidad depende de su estatus económico y social.

Respecto a ello, el 15 de julio de 2015 el **Comité de expertos de Naciones Unidas** que examina la implementación por parte de los **Estados del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, recomendó a Argentina revisar la **legislación sobre el aborto**.

En sus conclusiones finales sobre el informe de nuestro país, el **Comité expresó preocupación por el caso de Belén, una joven tucumana de 27 años condenada a ocho años de prisión por homicidio agravado por una supuesta alegación de aborto ilegal**,

el caso data de 2014 y la joven aún se encontraba encarcelada al momento de recibir esta sugerencia por parte de los expertos.

El Comité recomendó a Argentina introducir excepciones adicionales a la prohibición del aborto, que incluyan los casos de embarazos por violación, sin importar la capacidad intelectual o psicológica de la mujer.

Víctor Manuel Rodríguez Rescia, miembro del Comité, aseveró: *que el caso impactó a los expertos, quienes han pedido su revisión y la liberación de la joven. “Una recomendación general y muy específica. Esto yo nunca lo había visto en el Comité y quiere decir que está dando un paso más allá y diciéndole al Estado que considere la posibilidad, a la luz del caso de Belén, de despenalizar el aborto”, (dijo).*

Los expertos mostraron inquietud por los índices de embarazos en adolescentes y de abortos clandestinos que han desembocado en mortalidad materna. *“Nuestra preocupación es que las mujeres tengan que ir o recurrir porque no tienen medios, a abortos clandestinos.*

La penalización obliga a la mujer embarazada que tiene dinero, a que vaya a otro país a abortar, y si no tiene dinero, a realizarse un aborto clandestino donde está en riesgo su vida.

La única opción que le queda es que si va a los servicios públicos terminará yendo a la cárcel. Esas son las tres alternativas. No es que el Comité sea liberal, no está opinando sobre abortar sin fundamento ni en términos de lo que implica desde el punto de vista religioso. No, lo que está diciendo el Comité es que la penalización del aborto pone en riesgo la integridad de las personas que no tienen ninguna alternativa”; apuntó, “Lo que estamos garantizando es la integridad de las mujeres”.

Señaló también que el *Estado debe asegurar que todas las mujeres y niñas puedan acceder a servicios de salud reproductiva en todas las regiones del país; y que las barreras legales, el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud y la falta de protocolos médicos, no las obligue a recurrir al aborto clandestino.*

Vale decir que, el Comité está compuesto de 18 expertos independientes que sirven en su capacidad personal y no representan a ningún Estado en particular.

Después de que la **Corte Suprema de Justicia** interpretara que la **violación es una causal de aborto no punible** y que para acceder a éste sólo es necesaria la declaración jurada de la mujer, en 2012, la Provincia de Córdoba–como varias otras provincias– **publicó una guía para la atención de estos casos**, pero en abril de ese mismo año, el protocolo quedó paralizado por decisión del juez en lo Civil y Comercial

de 30ª Nominación, Federico Ossola, tras una presentación de la Asociación Civil Portal de Belén, retrocediendo y manteniendo así el aborto clandestino más fuerte que nunca, quedando suspendido el protocolo provincial para la atención de abortos no punibles.

Interesantes palabras se transcriben a continuación de la Dra. En filosofía Diana Maffia, *“lo que se decide no es si las mujeres deben abortar a no, si no en qué condiciones lo harán, las mujeres abortamos y la cifra es elocuente (...) y el que está ausente es el estado y sobre eso se debe legislar, el desencuentro entre el estado y las mujeres es lo que estamos subsanando (...) todos queremos que haya menos abortos, pero hay que buscar el mejor camino para eso, dado que la criminalización no ha resultado eficaz para bajar el número, pero si ha resultado eficaz para amenazar la vida la salud y la autonomía de todas. (...) Los derechos de toda persona respecto a su sexualidad pueden ser reproductivos o no reproductivos y el estado debe garantizar ambos planes de vida con políticas adecuadas, la capacidad de gestar no puede transformarse en una obligación, tenemos el derecho a una maternidad deseada y no a una maternidad forzada; un embarazo deseado coincide con la voluntad procreacional y el estado está obligado a garantizar el respeto a ese deseo, un embarazo forzado es cuando no hay voluntad procreacional y se evalúa entonces su continuidad y su interrupción debiendo la persona gestante ser quien tome la decisión y el estado también debe respaldarla (...) Recordemos que el código civil establece la prioridad de la voluntad procreacional sobre la maternidad y paternidad biológica pero las objeciones a la interrupción del embarazo pretenden que la mera condición de gestación obliguen a la maternidad, aunque sea involuntaria, aunque amenace con un daño, aunque expresamente sea contradictoria con la voluntad de la persona gestante y esto afecta la libertad y la dignidad, se nos obliga a una conducta heroica súper rogatoria y eso no es exigible moralmente, el punto es quién toma la decisión, esa es la cuestión política porque involucra relaciones de poder y porque forma parte de la construcción de ciudadanía; en este debate se decide si se reconoce el estatus moral de las mujeres para tomar decisiones autónomas sobre sus propias vidas o continuamos bajo tutela. La autonomía sobre el cuerpo gestante es un derecho inalienable, por ende la clandestinización, la criminalización y la muerte por abortos inseguros no deberían ser nunca más una política de estado, lo que se discute es si la mujer que aborta debe ir presa o no y si hacerlo de modo seguro o no debe depender de su estatus económico eso es lo que se discute, aborto legal seguro y gratuito; quienes estamos a favor de la IVE, no intentamos imponer decisiones a quienes están en contra del aborto, por el contrario quienes objetan la ley pretenden imponer sus preferencias morales e impedir que el resto de la sociedad pueda planificar su vida con otras convicciones éticas, la ética es racional, no es dogmática, el dogma es*

religioso y personal (...) Que la IVE no se legalice y se perpetúen los abortos clandestinos y riesgosos también es una acción política a través de la apropiación de los cuerpos gestantes como medios para fines que no son propios de su decisión autónoma; no considerar a las mujeres como un fin en sí mismas es un hecho inmoral que nos obliga a un sometimiento indigno de la condición humana. La legalización disminuye las muertes maternas y también disminuye el número de abortos, si se quieren salvar vidas debe aprobarse la ley de Interrupción Voluntaria del embarazo”.

3- Aspecto Dikelogico

La dimensión dikelógica de la teoría goldschmidtiana se refiere fuertemente al valor justicia. Cabe atender también a otros valores que deben ISSN 1514-2469 (<http://centrodefilosofia.org.ar/investigacionydocencia52.htm> Miguel Ángel Ciuro Caldani)

Dice el Dr. Ciuro Caldani *“Es relevante referirse a los valores que entran en juego en los casos y sus soluciones. (...)Es imprescindible contar con la integración de la justicia con otros valores, entre los que se destaca la utilidad, pero importa evitar que, como sucede a veces en la radicalización capitalista, la utilidad opuesta a los demás valores se arrogue espacios que asignamos a ellos o se invierta respecto de ellos.*

En este aspecto y en relación a los valores cada persona tiene, pueden resultar ideas opuestas, comprendiendo que sobre la base de creencias por ejemplo religiosas, - sería imposible no respetar esas creencias- que lleven a pensar lo que es justo y no es justo para plasmar la “Justicia como valor social”, piénsese en una persona que profese una religión como la católica, evangelista ¿quién tiene derecho a imponerle dentro de su creencia un valor en discordancia con su fe? Nadie, porque nuestra propia Constitución dice en el **Artículo 14.-** “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de profesar libremente su culto; (...)”.

En concreto, no dudamos en señalar que “la ley de aborto legal es constitucional”

4- Observaciones particulares

Acceso a la prestación Integral

Es nuestra consideración que al introducirse el reconocimiento de un derecho, resultaría conveniente garantizar el acceso a la prestación de salud.

Tiempo de gravidez

Se sugeriría definir el tiempo de estado de gravidez, similar a otros Estados. Atendiendo a la progresividad y ponderación de derechos entendiendo la existencia de un derecho.

El costo y la prestación debería ser una responsabilidad del Estado

Entendemos que esta es una **situación de interés primordial de salud pública**, por lo cual no las obras sociales de la seguridad social, ni las prepagas deberían **asumir el costo de la prestación**, ya que resulta obligación primigenia del Estado la SALUD PUBLICA FEDERAL, recordemos que Ley 22.373 , se crea el CONSEJO FEDERAL DE SALUD, el que está integrado por los funcionarios que ejerzan la autoridad de Salud Pública de más alto nivel en el orden nacional, en el cada provincia, en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Es opinión de esta sala con fundamento en: a) que se trata de una cuestión de salud pública, b) que son estas carteras estatales en los que los ciudadanos hemos confiado la gobernanza de la salud pública, estos son los que ejercen la rectoría en salud para formular, organizar y dirigir la política nacional de salud, con el fin de mejorar la eficacia, eficiencia y equidad del sistema de salud.

En situaciones como la de la Ley N° 23.849: Convención sobre los Derechos del Niño, Sancionada: Setiembre 27 de 1990, ARTICULO 5° – RESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL. *Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.*

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés

superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica: (...)

4.- *Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garanticen;*

5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales.

Concretamente debe ser el estado a través de sus Hospitales, Nacionales, Provinciales y Municipales, quienes deben asumir el costo de la atención.

Es decir, no solo deben asumir el costo, sino garantizar absoluta prioridad el ejercicio de los derechos, “asignando y garantizando la intangibilidad de los recursos” para la prestación que se crea por la presente Ley en caso de ser aprobada, que esperamos así sea.

5- Algunas observaciones realizadas por el Dr. Leonardo Perea al Proyecto de Ley con media sanción.

Como fuera mencionado precedentemente el presente proyecto debe ser integrado con distintas leyes como la ley 25.673 y 26130 a fin de acceder gratuitamente en hospitales y centros de salud, obras sociales y prepagas a un método anticonceptivo de los incluidos en el Plan Médico Obligatorio: preservativos, pastillas, inyectables, DIU, anticoncepción de emergencia y anticoncepción quirúrgica (ligadura tubaria y vasectomía) como así también a la

educación e información garantizada en el Programa de Derechos Sexuales y reproductivos.

A su vez, recalca que cuestiones jurídicas sobre el inicio de la vida y la protección del embrión ya fueron resueltas en reiterada normativa y jurisprudencia vigente recalcando que los derechos deben ser analizados en forma integral y dinámica y no en forma individual o rígida. Asimismo, recalca que los tratados internacionales constituyen instrumentos vivos y dinámicos.

Esto a fin de comprender que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos son parte de un marco normativo integral, donde la interrupción voluntaria del embarazo constituye la última opción de un programa de salud preventivo.

Sin perjuicio de ello, el Dr. Perea recalca la existencia de una gran fragmentación del sistema sanitario argentino, el cual se encuentra segmentado jurídica, geográfica y socialmente. Esta fragmentación nunca debe vulnerar o crear barreras a la garantía de un derecho ni al acceso a prestaciones de salud violando la autonomía de las personas. Solo a modo de ejemplo señala que distintas jurisdicciones no han adherido a distintas leyes que garantizan el acceso a prestaciones de salud, ni a programas de salud reproductiva y aborto legal.

En consecuencia señala que es obligación del Derecho en general y del Derecho a la salud a brindar soluciones brindando herramientas para garantizar el acceso a prestaciones de salud es por eso que considera que la interrupción voluntaria del embarazo

resulta una prestación médica extrema que debe garantizar el estado a fin de proteger la salud de la mujer.

Finalmente señala que la ponderación de derechos en conflicto, nunca resulta una tarea sencilla. Debido a ello, el Derecho a la Salud se suma a esta corriente personalista basada en el respeto de la autonomía, el dinamismo de conceptos y la integralidad del derecho por lo que fueron sancionadas leyes como fertilización asistida, Programas de Salud reproductiva, aborto legal, consentimiento informado, ligadura de trompas, etc. Todas ellas basadas en los principios rectores de autonomía, derecho a la vida y salud.

En concreto

Esta sala se expide a pedido del HCD, del siguiente Modo: Auguramos que el Senado de la Nación tenga la madurez jurídica, la entereza social para aprobar una ley que las mujeres habitantes de este país venimos reclamando como un derecho, lo hacemos en el convencimiento de la legalidad de la norma, y con la esperanza puesta en los derechos de nuestras hijas, nietas y generaciones venideras.

Destaco ya a título personal como directora de la sala la inmensa fortuna que abogados varones nos hayan acompañado, así como los tiempos han cambiado la relación médico -paciente de un vínculo paternalista a un vínculo donde el paciente tiene derechos, y debe ser respetado en la información, en las decisiones respecto de

su cuerpo, los jóvenes varones de nuestra sala nos han acompañado y apoyado, respetando las decisiones sobre el propio cuerpo de la mujer.

Terminamos, parafraseando al Sr. Convencional Constituyente Dr. Héctor Tizón, quién nos recordaría en el año 1994: **“Una Constitución no es una ficción jurídica ni un catálogo de buenas intenciones sino un ejercicio de imaginación a la vez rico y prudente, el ejercicio de entrever una nación que nos cobije a todos, una herencia y una promesa a la vez, la suma cultural de un pueblo, algo que contiene la historia, las esperanzas y el porvenir”**.

Señores, Senadores están invitados a construir la historia.