# Abordajes en torno a los **derechos sexuales** y **derechos reproductivos**

EL ABORTO EN EL MARCO LEGAL ARGENTINO
Y LOS DERECHOS HUMANOS DE **NIÑAS, ADOLESCENTES** Y **PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

piaf
Programa de Investigación
y Abogacía Feminista

FUSA

UP
Universidad
de Palermo

# Abordajes en torno a los **derechos sexuales** y **derechos reproductivos**

EL ABORTO EN EL MARCO LEGAL ARGENTINO
Y LOS DERECHOS HUMANOS DE **NIÑAS**,
**ADOLESCENTES** Y **PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

# Índice


9

Capítulo I

**EL ABORTO NO PUNIBLE DESPUÉS DEL CASO F., A.L. DE LA CORTE SUPREMA**

Por Paola Bergallo

**I.** Descripción de los hechos y antecedentes del caso F., A.L. ..... 9

**II.** Argumentos esgrimidos por la CSJN en relación a la constitucionalidad y convencionalidad del artículo 86 del CPN. ..... 10

**III.** Justificaión del alcance del permiso de aborto por violación ..... 13

**IV.** Requisitos legales y estándares regulatorios establecidos por el máximo tribunal respecto del acceso a los abortos legales. ..... 14

**V.** Deberes profesionales y estatales para la provisión de los abortos legales y responsabilidades que pueden surgir ante fallas de acceso a los mismos. ..... 19

27

Capítulo II

**EL ABORTO NO PUNIBLE EN NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Por Sonia Ariza Navarrete

**I.** El paradiga jurídico para niños, niñas y adolescentes..... 27

**II.** Pautas de actuación para profesionales de la salud ..... 30

a. Obligación de atención sanitaria a adolescentes frente al aborto legal
b. Deber de información: Trasparencia activa de las/os profesionales de la salud.
c. Autonomia progresiva y representación.
d. Concentimiento infomado.
e. Conflictos con sus representantes.
f. Declaración jurada del caso de violencia sexual.
g. Privacidad y confidencialidad
h. Causal violencia sexual en adolescentes y menores de 14 años

**Anexo:** ..... 43

Normativa vigente en materia de niñas y adolescentes

Capítulo III

# EL DERECHO AL ABORTO LEGAL DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD

Por Felicitas Rossi y Sofía Minieri, actualizado por Sonia Ariza Navarrete

**I.** ¿Qué normas regulan el derecho de las mujeres con discapacidad al consentimiento informado en el derecho argentino? ..... 51

**II.** ¿Cuáles son los cambios introducidos en el nuevo Código Civil, ley 26.994 de 2014, en materia de discapacidad? ..... 58

**III.** ¿Qué normas regulan el derecho de las mujeres con discapacidad al consentimiento informado para la práctica del aborto no punible en el derecho argentino? ..... 60

**IV.** A la luz de la normativa vigente, las mujeres con discapacidad ¿Pueden consentir la práctica del aborto no punible? ..... 61

**V.** El derecho de las mujeres con discapacidad a contar con los apoyos necesarios que les permitan prestar su consentimiento informado para la práctica del aborto no punible ..... 62

1. ¿Cuál es la función de los apoyos?
2. ¿Qué forma pueden adoptar los apoyos?
3. ¿Sólo las mujeres con cierto tipo de discapacidad tienen derecho a contar con apoyos para tomar la decisión de realizarse un aborto no punible?
4. ¿Es obligatorio que una mujer con discapacidad cuente con ap para la práctica del aborto no punible?
5. ¿Cuál debe ser el principio rector de los sistemas de apoyo?
6. ¿Debe implementarse algún mecanismo para garantizar que los apoyos respeten la voluntad y las preferencias de la persona?
7. ¿Quién debe garantizar que los apoyos respeten la voluntad y las preferencias de la persona?

**VI.** El Estado Nacional, las Provincias y CABA ¿han adoptado disposiciones que garantizan el derecho de las mujeres con discapacidad al consentimiento informado para la práctica del aborto no punible? ..... 66

# El aborto no punible después del **caso F., A.L.** de la corte suprema

> PAOLA BERGALLO*

(*) Profesora e investigadora de la Universidad de Palermo. Abogada de la Universidad de Buenos Aires y doctora de la Universidad de Standford. La autora agradece la colaboración de Sonia Ariza Navarrete en la realización de este documento. Participación en la elaboración y revisión del material de la Lic. María Alicia Gutierrez y Lic. Victoria Pedrido de FUSA AC

# Introducción

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

La legislación argentina regula el aborto mediante un modelo de penalización con "indicaciones" que establecen los casos en los que el aborto es legal.

El artículo 86 del Código Penal de la Nación (en adelante, el "CPN") describe las indicaciones o casos de aborto legal en los siguientes términos:

**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.

## ARTÍCULO **86 DEL CPN**

Fue incorporado al CPN en 1921 con la redacción que mantiene hasta hoy.[1] Sin embargo, durante la mayor parte del Siglo XX y hasta hace muy poco, esta norma fue desconocida y no se tradujo en la disponibilidad de los abortos legales, llamados también aborto no punibles, en los distintos ámbitos del sistema de salud. El retorno a la democracia en 1983 tampoco cambió mucho las cosas. A partir de la reforma constitucional de 1994 al desconocimiento y la falta de aplicación de la norma se le sumaron interpretaciones que alegaban su inconstitucionalidad. Entonces, mientras para algunos, fueran actores del sistema de salud o mujeres que se encontraban en las situaciones previstas en el artículo 86 del CPN, se trataba simplemente de una regulación desconocida e inaplicable, para otros, en cambio, el artículo 86 del CPN había devenido inconstitucional e incompatible con los compromisos de protección de la vida en gestación asumidos en los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución en 1994[2] Ante este trasfondo de desconocimiento o incertidumbre sobre el significado de la regulación del aborto legal y de las obstrucciones para su aplicación, en marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió una sentencia clave conocida como el caso F., A.L. Desde entonces, comprender la regulación del aborto en nuestro país exige completar la lectura del artículo 86 del CPN con un conocimiento acabado del pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación. Con el propósito de contribuir a facilitar el conocimiento del fallo, las siguientes páginas presentan una síntesis de los principales argumentos y estándares definidos por nuestro máximo tribunal.



**1.** El texto fue modificado temporalmente durante gobiernos de facto, entre 1968-1973 y 1976-1984. Estas modificaciones pretendieron clarificar la redacción del texto del tipo penal del art. 86 sin modificar el régimen de causales o los permisos establecidos desde 1921. Sin embargo, fueron dejadas sin efecto por las leyes ómnibus, de 1973 y 1984, que anularon todas las leyes emitidas durante las dictaduras.

**2.** Como el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), entre otras.

# I. Los hechos del **caso F., A.L.**

El caso F., A.L. comenzó en diciembre de 2009 en la provincia de Chubut, cuando una joven de 16 años que había sido violada por la pareja de su madre, y cursaba un embarazo de 9 semanas, acudió a los servicios de salud, acompañada por esta, para solicitar un aborto legal. Ante la incertidumbre sobre la procedencia de la solicitud, el servicio de salud consideró que la realización del aborto debía ser autorizada judicialmente. La justicia penal, que ya había recibido la denuncia de la violación, se declaró incompetente para autorizar la interrupción del embarazo y la petición fue enviada a la justicia de familia. Las y los magistrados que consideraron el caso en primera y segunda instancia del fuero de familia denegaron la autorización para realizar el aborto. El pedido fue finalmente concedido por el Tribunal Superior de la Provincia de Chubut en marzo de 2010, cuando la joven ya cursaba 19 semanas de embarazo. En su sentencia del 8 de marzo de 2010, el Tribunal chubutense finalmente autorizó la realización del aborto demandado por la joven, quien accedió a la práctica un par de días después.

Sin embargo, el caso no concluyó allí. La decisión del superior tribunal provincial fue apelada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el Asesor Gene-

ral Subrogante de Chubut, quien solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 86 del CPN argumentando que la protección del derecho a la vida en la Constitución y los tratados de derechos humanos que la integran impedía el reconocimiento de causales de no punibilidad para el aborto. Si bien al momento de la apelación el aborto ya se había realizado, el Defensor consideró que la Corte debía expedirse para que su posición fuera conocida y seguida en casos futuros.

Dos años más tarde, la Corte Suprema emitió su fallo en el caso F., A.L. justificando el abordaje del expediente por su "importancia institucional" y la presencia continua de casos similares. Asimismo, la Corte resolvió tomar el caso con "la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro."

La sentencia en el caso F., A.L. emplea un lenguaje simple en una estructura de fácil comprensión para cualquier persona que quiera entender las bases constitucionales y convencionales del derecho al aborto legal en el país y los deberes que genera la regulación vigente para garantizar el acceso al mismo. A su vez, a nivel provincial, esta sentencia debe leerse hoy junto a la regulación local, hasta el momento se han dictado normas específicas en 17 jurisdicciones del país.

Estas que contienen protocolos de actuación para la provisión de los abortos legales en cada provincia.[3] Los protocolos o guías de actuación sanitaria y otras normas complementarias deben conocerse en profundidad para la provisión de los abortos legales, según lo considerado por la Corte Suprema en F., A.L. Las próximas secciones presentan de forma breve los principales argumentos y estándares desarrollados en el fallo.

# II. El **Artículo 86 del CPN** es constitucional y convencional



En virtud de las dudas de ciertos actores sociales sobre la constitucionalidad de artículo 86 CP, en las primeras páginas de la decisión, la Corte Suprema en F., A.L. se avoca a la tarea de analizar la constitucionalidad y convencionalidad[4]

**3.** Ver. Informe de cimplimiento del a sentencia F.,A.Lde la Corte Suprema de Justicia de ADCdisponible en http://www.adc.org.ar/nuevo-informe-de-la-adc-sobre-el-cumplimiento-de-la-sentencia-dela-corte-suprema-sobre-aborto-no-punible/
Recientemente, el Minisrerio de Salud de la Nación, en junio de 2015, publicó el Protocolo para la Anteción Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo. Este protocolo es la actualización hecha en 2015 de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Aborto No Punibles, elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación en 2007 y actualizada pr primera vez en 2010, como una referencia de actuación en casos de ANP aborda tanto los aspectos técnicos como legales. Se puede consultar en la página web oficial del Ministerio de Salud:
http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690cnt-Protocolo%20ILE%20Web.pdf [consultada por última vez el 30/07/15)

**4.** La convencionalidad de las normas es el ajuste de sus disposiciones a las reglas y principios contenidos en los tratados, convenciones y declaraciones de derechos humanos que han sido incorporados a la ConstituciónNacional. Su revisión es una de las obligaciones de la CSJN en tanto garante máxima de la aplicación y respeto de la Constitución Nacional y los compromisos internacionales del Estado.

de la norma del CPN. En esa tarea, la Corte concluye de forma contundente que ninguna cláusula de la Constitución o los tratados de derechos humanos suscriptos por el país impone la penalización absoluta del aborto, por lo cual, la norma que define los supuestos de aborto no punible es constitucional y convencional. Asimismo, el tribunal se encarga de aclarar que la norma vigente es el resultado del proceso legislativo, reafirmando así el carácter democrático de la norma impugnada.

Quienes estimaban que el artículo 86 del CPN era inconstitucional se basaban en

**a.** el texto del artículo 75 inciso 23 de la Constitución;

**b.** el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que exige la protección de la vida, en general, desde el momento de la concepción;

**c.** los artículos 3 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; (d) el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y

**d.** los artículos 1 y 6 de la Convención de Derechos del Niño y las supuestas "reservas" formuladas por la Argentina al suscribirlos.

En su decisión en el caso F., A.L. la Corte consideró cada una de estas normas para concluir que las mismas no implicaban la inconstitucionalidad o la incompatibilidad con las convenciones de derechos humanos (con base en el llamado "control de convencionalidad") del artículo 86 del CPN ni exigen una penalización absoluta del aborto. Por el contrario, las normas constitucionales y convencionales citadas más arriba sustentan, según el tribunal, la ponderación de derechos e intereses que resulta en la norma que establece los casos en que el aborto en legal en el país.

**Ni la Constitución ni los tratados de derechos humanos imponen un mandato de penalización absoluta del aborto.**

Para comenzar, el tribunal desestimó la interpretación del artículo 75 inciso 23 de la Constitución según la cual éste imponía la exigencia de restringir los casos de aborto no punible o prohibirlos de forma absoluta. La Corte aclaró que la norma del artículo 75 inciso 23 demanda el dictado de un marco normativo específico de seguridad social para la protección del niño, desde el embarazo. Sin embargo, no establece una exigencia punitiva, por lo que nada puede derivarse de esa norma para resolver la cuestión del aborto no punible (Considerando 9).

A continuación, el máximo tribunal consideró las citas del derecho internacional de los derechos humanos empleadas por el asesor tutelar[5] para justificar fuertes restricciones sobre el aborto. En relación a la protección de la vida en gestación, la Corte comenzó aclarando la lectura que debe hacerse del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos[6] que contiene la expresión en general calificando el mandato de protección de la vida desde la concepción. Sobre esta norma, el tribunal entendió que la referencia al deber de proteger *en general* la vida desde la concepción indica la posibilidad de los Estados de establecer excepciones a la protección de la vida entre las que pueden incluirse los casos de no punibilidad del aborto. Así lo había aclarado ya

**5.** La asesoría tutelar es un órgano del poder judicial, tanto a nivel federal como local cuya competencia se circunscribe al control de legalidad de los procedimientos judiciales, la promoción del acceso a la justicia, y el respeto, la protección, la promoción y la satisfacción de los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes y personas con discapacidad psicosocial.

**6.** El texto del artículo 4.1. lee: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" (destacado fuera del texto original).

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1983 en el caso "BabyBoy v. Estados Unidos"[7] al ser consultada sobre el alcance del artículo 4.1. de la Convención. Y así también volvió a aclararlo la Corte Americana de Derechos Humanos luego del caso F., A.L. en noviembre de 2012 en el caso "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica", en el cual concluyó:

> "La protección del derecho a la vida no tiene un carácter absoluto e irrestricto está sujeto a excepciones y a condiciones. La jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos [...] nunca ha afirmado que el no nacido sea acreedor de una protección absoluta, irrestricta e incondicional a partir del momento de la concepción o implantación"[...] La frase "en general" [del artículo 4.1] supone tener las excepciones suficientes para que no se dejen desprotegidos otros derechos[...] debe existir una interpretación respecto del derecho a la vida que permita y no restrinja de manera absoluta la salvaguarda de los derechos convencionales." (Considerandos 164 y 165)

Comité de los Derechos del Niño, órgano que monitorea el cumplimiento de obligaciones de la Convención (CDN, 2010ab) se ha exhortado a los Estados a reformar sus normas legales para permitir el aborto por violación.

Para concluir, la Corte también aclaró que nuestro país no formuló una *reserva* sino una *declaración interpretativa* sobre las normas de los artículos 1 y 6 de la Convención en relación a la definición del niño. Las declaraciones interpretativas no modifican el contenido incorporado en el tratado o convención , ni imponen una interpretación condicionada para el país que las realiza. Según lo explica la Corte, las "reservas" tienen un efecto distinto, ya que son un mecanismo jurídico por medio del cual se hace una aceptación parcial de una convención o tratado, eximiendo al Estado de la aplicación de un artículo o disposición en particular. La Argentina únicamente emitió una reserva respecto del artículo 21 de la misma convención, que se refiere a la adopción internacional. Por tanto es claro que si se aplicaron las dos figuras en un mismo tratado el Estado no estaba ajeno a las consecuencias de cada una y decidió no formular una reserva frente al artículo 1.



**7.** Es el primer caso sobre aborto que llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este caso un representante de "babyboy"(bebito), un feto que fue abortado dentro de los términos de la ley estadounidense, se presentó ante la Comisión alegando la violación de los derechos humanos del no nacido, debido a que las normas locales (estado de Massachusetts)permiten la terminación de embarazos en las primeras 12 semanas. La Comisión encuentra que las normas de permisión del aborto no violan ninguna de las disposiciones del la Convención o los tratados de derechos humanos regionales. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución No. 23/81, Caso 2141, Estados Unidos De América, 6 de Marzo de 1981.

# III. Toda mujer **víctima de violación** tiene derecho a un aborto

Una vez establecida la constitucionalidad y convencionalidad de la regulación que establece los casos de aborto legal, la Corte consideró el alcance que debe darse a la causal de aborto por violencia sexual prevista en el artículo 86, inciso 2 del CPN, también a la luz de la Constitución y los tratados de derechos humanos que la integran. Al respecto, el tribunal concluyó enfáticamente que toda víctima de violencia sexual tiene un derecho al aborto no punible. La norma que permite el aborto por violación es el resultado de una decisión legislativa sustentada en el artículo 19 de la Constitución que consagra la protección de la autonomía y el artículo 16 que reconoce la igualdad ante la ley. Estas protecciones se complementan además con las previsiones de diversos tratados de derechos humanos suscriptos por nuestro país.[8]

Según la Corte, la distinción entre las mujeres víctimas de violencia sexual con y sin discapacidad psicosocial, resulta a todas luces irrazonable y discriminatoria, ya que solo puede asentarse sobre criterios eugenésicos inaceptables para el marco constitucional de protección de derechos humanos. Pero además, el principio de dignidad reconocido en diversas normas convencionales consagra a las personas como fines en sí mismas prohibiendo su instrumentalización. Por lo tanto, exigir a una víctima de violación llevar a término un embarazo forzado sería imponer una exigencia desproporcionada y supererogatoria, contrariando principios morales y jurídicos que impiden demandarles a las personas sacrificios de gran envergadura para el beneficio de un tercero y de la sociedad en general.

Anticipando la preocupación ante la posibilidad de los supuestos "casos fabricados", la Corte también concluyó que ese riesgo "que a estas alturas sólo aparece como hipotético", de existir, podría dar lugar a un ilícito penal (considerando 28). Es decir, que las/os profesionales de la salud, no están habilitados para investigar sobre la veracidad de las afirmaciones de la mujer sobre la violencia de la cual fue víctima. En esos casos hipotéticos, es el poder judicial el encargado de juzgar a esas mujeres, suponiendo que llegaran a existir.

Ello debido a que es preferible que esa mujer que llegara a mentir pueda obtener un aborto seguro en el sistema de salud y la justicia se encargue luego de sancio-

**8.** En el Considerando 15, la Corte cita las siguientes normas del derecho internacional: Artículo 2 de la eclaración Americana de los Derechos del Hombre; Artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículos 2.1. y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Artículos 1.1. y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y otros tratados como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (especialmente, artículos 2, 3, 5 a 16); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 4.f y 6.a.).

narla, a revictimizar sistemáticamente a todas las mujeres que sí fueron víctimas de violencia sexual, habilitando a las/os profesionales de la salud a investigar sobre la veracidad de sus afirmaciones.

Para el máximo tribunal, además, la interpretación correcta del inciso 2 del artículo 86 debe seguir las reglas generales de interpretación jurídica que "exigen atenerse al sentido comúnmente utilizado para entender las palabras, sin extender o restringir su significado; interpretar siempre de manera amplia las disposiciones que conceden derechos y de manera restrictiva aquellas que los limitan o restringen; dar sentido a las palabras de manera que la interpretación resultante esté en concordancia con el resto del ordenamiento jurídico." Por tanto, cualquiera que excluya a algún tipo de mujeres del derecho al aborto legal resulta irrazonable e inconstitucional: "debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2 del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima."

# IV. **Criterios y estándares legales** para la provisión de los abortos previstos en el Art. 86 del CPN



Tras formular las aclaraciones consideradas en los acápites anteriores, el voto mayoritario del caso F., A.L. desarrolló una serie de criterios y estándares de actuación para asegurar el derecho de las mujeres a obtener la interrupción del embarazo en caso de violación. Cabe aclarar aquí que, si bien las circunstancias fácticas del caso F., A.L. se limitaron a la situación de violencia sexual, varios de estos estándares son aplicables a los otros casos de aborto no punible previstos en el artículo 86, inciso 1 en relación al peligro para la vida y el peligro para la salud de la mujer embarazada.

A continuación, se presenta primero una breve descripción de la caracterización efectuada por la Corte sobre el trasfondo de incumplimientos y restricciones que limita el acceso a los abortos del artículo 86 del CPN, según lo experimentó la joven del caso F., A.L. Luego, se distinguen dos tipos de pautas desarrolladas por el tribunal para la realización de los abortos legales: las primeras son criterios específicos que obligan directamente a profesionales de la salud y del derecho, y las segundas consisten en una serie de exhortaciones a cumplir con los deberes institucionales para garantizar la oferta y

el acceso a servicios médicos de aborto legal desde los distintos niveles de la organización estatal y el sistema de salud.

## 1. SOBRE EL CONTEXTO DE **BARRERAS Y PRÁCTICAS** *CONTRA LEGEM*

En su pronunciamiento en F., A.L. la Corte caracterizó la negación de la realización de los abortos legales y la imposición de procesos burocráticos dilatorios (por ejemplo, denuncia policial o judicial, solicitud de autorización judicial, etc.) que terminan generando una "prohibición implícita" como situaciones que dan lugar a una práctica ***contra legem***, es decir, una práctica ilegal. El tribunal hizo además varias referencias al trasfondo de falta de aplicación de la norma del artículo 86 del CPN, el cual, según la sentencia, justifica la decisión de la Corte de pronunciarse sobre diversas cuestiones de implementación.

Por un lado, la Corte consideró necesario recordar tanto a los profesionales de la salud como a los distintos operadores de los poderes judiciales nacionales y provinciales, que el artículo 19 de la Constitución establece el principio de reserva, de acuerdo al cual, "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe." Es decir, que no puede limitarse el acceso a los abortos que no están prohibidos en el derecho nacional. El tribunal consideró además que imperaba en la cuestión "un importante grado de desinformación" y que, por tanto, era necesario esclarecer la "confusión reinante" respecto de requisitos exigidos por el sistema de salud, como la autorización judicial, que ninguna norma requería. Al mismo tiempo, la Corte estimó que la práctica ilegal de falta de realización de los abortos legales era "fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de lo poderes judiciales" exigiendo requisitos no previstos en la normativa.

Las prácticas irregulares generadas por la imposición de estos requerimientos no contemplados en las normas y su potencial para frustrar el derecho a acceder a los abortos autorizados, puede ser interpretada, según los jueces, como un acto de violencia institucional en los términos de la Ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales. En estos casos, el tribunal consideró que estaba en juego no sólo la responsabilidad del Estado Argentino frente a los sistemas internacionales de derechos humanos del país sino las responsabilidades individuales (penales, administrativas, civiles) y de otra índole, consecuencia de las barreras de acceso a los servicios de salud.

# 2. PAUTAS DIRECTAS PARA QUE LOS PROFESIONALES REALICEN LOS ABORTOS LEGALES

Para despejar las incertidumbres y erradicar las irregularidades identificadas en casos como el que enfrentó la adolescente violada en F., A.L., la Corte dio las siguientes pautas sobre los deberes de actuación frente a la solicitud de un aborto legal:

## I.

**No corresponde pedir autorización judicial para realizar un aborto**. Como lo habían hecho diversos magistrados antes que la Corte, el tribunal volvió a insistir en la improcedencia de que las/ os profesionales de la salud soliciten autorización judicial para realizar los abortos previstos en el artículo 86 del CPN. Al respecto, los jueces consideraron que "lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico."(Considerando 22). Para el tribunal, la judicialización de la autorización de un aborto no punible además de ser "innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja" puede generar riesgos para la solicitante (Considerando 19).Además, exigir la autorización judicial "significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial, cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido." (Considerando 22)

## II.

**Sólo un profesional de la salud debe intervenir, sin solicitar consultas o dictámenes a terceros.** Según los magistrados de la Corte, el respeto del artículo 19 de la Constitución implica que "el aborto no punible es aquel practicado por 'un médico con el consentimiento de la mujer encinta' (artículo 86 del CPN) circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar." (Considerando 24). Así, el tribunal ha dejado claro que la exigencia de más de un profesional puede convertirse en una barrera, lo cual implica que los protocolos que imponen este requisito vulneran el estándar previsto por la Corte.

La intervención del profesional de la salud, además, no debe implicar la solicitud de consultas o dictámenes a terceros ya que éstos "conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto contra legemdel aborto autorizado por el legislador penal." (Considerando 24)

## III.

**No corresponde pedir denuncia ni prueba o determinación judicial de la violación.** Sólo se puede reclamar declaración jurada de la violación. La Corte consideró que la ausencia de requerimientos específicos para acceder al aborto permitido por violación, sólo exige que la víctima o su representante "manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal." (Considerando 27)

Anticipando la preocupación ante la posibilidad de los supuestos "casos fabricados", la Corte también concluyó que ese riesgo "que a estas alturas sólo aparece como hipotético", de existir, podría dar lugar a un ilícito penal (Considerando 28). Es decir, que sólo la investigación luego de realizarse el aborto podría proceder ante la potencial duda frente a la veracidad de los dichos de la víctima de violación.

## IV.

**Los abortos deben realizarse de forma rápida, accesible y segura.** La Corte consideró que los abortos legales deben realizarse de forma rápida, accesible y segura. La rapidez implica tener en cuenta que cualquier demora puede "epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada."(Considerando 25).La accesibilidad y la demanda de seguridad en la práctica exigen la remoción de los "obstáculos médico-burocráticos o judiciales" y las barreras administrativas o fácticas que puedan generar riesgos para acceder a la prestación, dilaciones o su frustración. Por otra parte, la exigencia de seguridad también implica la utilización de los mecanismos científicamente avalados para la Interrupción del embarazo. En este sentido la Organización Mundial de la Salud emite guías de actuación que incorporan los avances científicos más recientes para la práctica de abortos seguros a las que puede recurrirse para interpretar el mandato de seguridad.[9]

## V.

**Quienes ejerzan la objeción de conciencia no pueden imponer derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente.** La objeción debe haberse manifestado en forma oportuna. La Corte reconoció el derecho del personal sanitario a ejercer la objeción de conciencia pero aclaró que ese ejercicio no debería traducirse en "derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio" (Considerando 29) La Corte se refirió además al deber de los profesionales que sean objetores de conciencia de revelar la objeción de forma oportuna es decir, al momento de la incorporación a un establecimiento de salud o al momento de implementación de protocolos sobre aborto no punible.



**9.** World Health Organization. (2012). Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda Edición, Montevideo, Uruguay.

# 3. EXHORTACIONES Y DEBERES INSTITUCIONALES PARA GARANTIZAR LA ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE ABORTO LEGAL

Además de las aclaraciones más específicas respecto de los deberes que recaen directamente sobre profesionales de la salud, el caso F., A.L. contiene una serie de exhortaciones y aclaraciones sobre los deberes institucionales que tienen las distintas dependencias del Estado para garantizar el acceso a los abortos autorizados por la legislación. Estos deberes recaen sobre los responsables de la gestión y rectoría del sistema de salud pero también sobre las instituciones de la administración de justicia, ambas identificadas por la Corte como responsables de obstrucciones y vallados en el acceso a los abortos legales. Los deberes considerados por el tribunal en este plano incluyen:

## I.

**El Estado debe poner a disposición las condiciones médicas e higiénicas para la realización de los abortos legales.** Esta es una obligación que la Corte interpreta que emerge del deber de garante de la administración de la salud pública que tienen el Estado argentino (Considerando 25).

## II.

**Las autoridades nacionales y provinciales deben implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios sobre aborto legal.** El objetivo de esta exhortación a regular los servicios de aborto permitido es, entre otros, la remoción de las barreras administrativas y fácticas al acceso a los servicios de salud en la materia. Además, la Corte dio algunas especificaciones sobre los contenidos de estas normas:

**a.** deben contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad
**b.** evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención o disminuyan la seguridad de la práctica,
**c.** eliminar requisitos que no estén médicamente indicados,
**d.** articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia del aborto solicitado. (Considerando 29)

## III.

**Debe crearse un sistema para permitir el ejercicio de la objeción de conciencia.** Consiente de que se ha apelado a objeción de conciencia para obstruir el acceso al aborto legal, el tribunal se refirió específicamente a los deberes institucionales de disponer de un “sistema adecuado que permita al personal sanitario ejercer” su objeción de conciencia sin generar derivaciones o demoras a la mujer que requiere el aborto. Ese sistema, responsabilidad de directores del sistema de salud y unidades de atención, debe demandar que la objeción sea “manifestada”, es decir, debe prever un mecanismo para que los profesionales revelen su carácter de objetores de forma

oportuna. Asimismo, "toda institución que atienda" situaciones de aborto no punible debe contar con "recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos de las víctimas" de violencia sexual. (Considerando 29)

## IV.

Deber de implementar campañas de información. La Corte consideró indispensable que "los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación." (Considerando 31) También hizo énfasis en la necesidad de "capacitar a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual briden a las víctimas orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado" en el caso. (Considerando 31)

# V. La obstrucción del aborto legal genera **responsabilidades profesionales e internacionales**

A través del fallo F., A.L. la Corte hizo referencia a distintos tipos de responsabilidades emergentes del reconocimiento del derecho al aborto en el artículo 86 del CPN.

## LA RESPONSABILIDAD **PROFESIONAL**

Un primer tipo de responsabilidad considerada por la Corte es la que recae en los profesionales de la salud. Estos profesionales tienen por un lado el deber de realizar los abortos permitidos por el legislador y, por otro, el deber de no obstruir el acceso a tales permisos. Sobre el deber de realizar los abortos permitidos, el tribunal "se v(io) en la necesidad de advertir (...) a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada" en el artículo 86 del CPN. (Considerando 22)

De otro lado, el tribunal también consideró el deber de no obstruir los abortos legales y la responsabilidad emergente de su incumplimiento. Sobre este punto, la Corte advirtió que las prácticas de obstrucción y dilación o la generación de barreras de acceso a los servicios de salud daría lugar al deber de "responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar." (Considerando 24)

Sin embargo, el tribunal no se enfocó sólo en las responsabilidades de los profesionales de la salud y en su decisión también hizo referencia varias veces los obstáculos interpuestos por operadores de los poderes judiciales del país y sus deberes de no intervenir en contra de lo previsto por las normas aplicables (Considerandos 19, 20, y 23). Para la Corte la denegación del acceso a los abortos legales implica que "se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales." (Considerando 19)

## LA RESPONSABILIDAD **INTERNACIONAL**

En el fallo F., A.L. el máximo tribunal hizo varias referencias al compromiso de la responsabilidad internacional del Estado. Para comenzar, fundamentó su decisión de abrir su instancia haciendo referencia al riesgo de que no hacerlo podría comprometer la responsabilidad del Estado argentino "frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del21/06/2010, respectivamente)." (Considerando 6) La Corte también fundamentó su decisión de involucrarse en cuestiones de aplicación del artículo 86 del CPN no solo para esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos legales sino también para "evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional." (Considerando 18)

# El **caso profamilia**: la corte reacciona frente a las obstrucciones impuestas por operadores jurídicos y una organización civil

El 17 de septiembre de 2013, la CSJN volvió a pronunciarse ante las obstrucciones generadas en un caso de ANP solicitado en octubre de 2012 por una víctima de violación en el Hospital Ramos Mejía de la Ciudad de Buenos Aires. En este caso, la asociación civil Profamilia, acompañada por "un abogado del niño", requirió una medida judicial para impedir la realización del aborto. La jueza Myriam Rustán de Estrada, concedió la medida cautelar que suspendía la práctica del ANP. Esta medida cautelar fue emitida sin fundamento alguno.

Ante esta situación, el 11 de octubre de 2012, la Corte anuló la decisión de la jueza y ordenó garantizar la práctica de manera inmediata. Casi un año más tarde, el 17 de septiembre de 2013, el supremo tribunal emitió su sentencia final en la causa Profamilia. En esa oportunidad, el tribunal confirmó la obligación de todos los niveles del Estado de garantizar el acceso a los abortos no punibles y ordenó la investigación de los involucrados en la obstrucción del acceso a un aborto legal. Explicitó la necesidad de pronunciarse aun cuando el procedimiento ya se había llevado a cabo debido a la presencia de obstrucciones que podían "deformar las actuaciones judiciales" para "tomar medidas necesarias para desmantelar toda posible consecuencia que pretenda derivarse de esas actuaciones judiciales deformadas". Esas medidas incluían el mandato de (a) investigar judicialmente la conducta de la organización peticionaria, (b) revisar el comportamiento del letrado independiente que actuaba como apoderado de "la persona por nacer," y (c) dar intervención al Consejo de la Magistratura para investigar el desempeño de la jueza Rustán de Estrada.

# REFERENCIAS

Bergallo, P., & González Vélez, A. (2012). Interrrupción Legal del Embarazo por causal violación: enfoques de salud y jurídico. Bogotá: La Mesa por la vida y la salud de las mujeres (Colombia).

Comité de los Derechos del Niño (2003). La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4.

Comité de los Derechos del Niño (2010a). Observaciones Finales para la Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010

Comité de los Derechos del Niño (2010b). Observaciones Finales para la Argentina, CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010

Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). CRC/C/GC/15.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Relatoría especial para la libertad de expresión.

CSJN. (2012). F.,A.L s/ medida autosatisfactiva. Fallo del 13/03/2012. Argentina.

Dirección de Estadísticas Vitales. DEIS. (2012). Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico 2010. Argentinq: Ministerio de Salud de la Nación.

Dirección de Estadísticas Vitales. DEIS. (2013). Estadísticas Vitales: información básica año 2012. Argentina: Ministerio de Salud de la Nación.

González Vélez, A. (2008). Causal salud: interrupción legal del emnarazo ética y derechos humanos. Bogotá: La Mesa por la vida y la salud de las mujeres y Alianza Nacional por el derecho a Decidir .

Herrera, M. (2009). “Sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”. Justicia y Derechos del Niño(11).

INDEC . (2012). Censo Nacional 2010. Argentina.

INDEC. (2014). Presació resultados Encuesta Nacional sobre Salud Sexual y Reproductiva 2013: ENSSyR 2013 . Argentina.

Ministerio Público Tutelar. (2011). Documentos de Trabajo Nº 06. LAS DECISIONES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL. Buenos Aires, Argentina.

Organización Mundial de la Salud. (1986). La salud de los jóvenes: un desafío para la sociedad. Informe del grupo de estudio de la OMS aceca de los venes y las salud de todos para el año 2000. Ginebra, Suiza: OMS.

Organización Mundial de la Salud. (2012). Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud (2ª edición ed.). Gibebra, Suiza.

UNICEF. (2011). La adolescencia una epoca de oportunidades. New York, EEUU.

UNICEF. (2013). Situación del embarazo adolescente en Argentina, en el día mundial de la población. Argentina.

# El **aborto no punible** en niñas y adolescentes

> SONIA ARIZA NAVARRETE*

(*) Sonia Ariza Navarrete es Profesora e investigadora de la Universidad de Palermo.
La autora agradece la colaboración de Romina Faerman y Cecilia Hopp en la revisión de este documento.
Participación en la elaboración y revisión del material de la Lic. María Alicia Gutierrez y Lic. Victoria Pedrido de FUSA AC.

# **EL ABORTO LEGAL** EN LA ARGENTNA

En la Argentina el aborto se regula mediante un modelo conocido como de "permisos" o "indicaciones". En este modelo la regla general es la penalización del aborto con una serie de causales por las cuales las mujeres, adolescentes y niñas tienen derecho a practicarse abortos legales.

Estos permisos se encuentran contemplados, desde 1921, en el artículo 86 del código penal (en adelante, CP), en los siguientes términos:

## ARTÍCULO **86 DEL CPN**

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.

**Es decir, en el derecho argentino vigente, se reconocen tres causales de aborto legal:**

## I.

Peligro para la vida (artículo 86, inciso 1): se presenta en casos en los cuales la continuación del embarazo pone en riesgo la vida de la mujer, niña o adolescente.

## II.

Peligro para la salud (artículo 86, inciso 1): se trata de una situación que aumenta la posibilidad de que ocurra un daño o disminución en la salud de la mujer, niña o adolescente, entendida como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades." La consecuencia estimada no tiene que tener una entidad determinada, ya que el CP no establece la gravedad del daño posible. Es por ello que los equipos de salud tienen el deber de proporcionarles toda la información relacionada con su condición médica y apoyarlas para que tomen una decisión informada sobre la continuación o no del embarazo. Siempre es la mujer, niña o adolescente la única que puede determinar el riesgo que está dispuesta a soportar durante la gestación.

## III.

Violencia sexual (artículo 86, inciso 2): esta causal permite a todas aquellas mujeres, adolescentes y niñas que sobreviven a la violencia sexual, y como consecuencia quedan embarazadas, solicitar un aborto no punible (en adelante, ANP o aborto legal).

# PRESENTACIÓN: **ABORTO LEGAL EN NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Los permisos contemplados en el código penal para el aborto, incluyen a las niñas y adolescentes, otorgándoles una protección reforzada. Por un lado, las normas contienen consideraciones particulares para esta población, por ejemplo, presunciones irrefutables que garantizan la legalidad de todos los abortos de las niñas hasta los 13 años. Por otro lado, las normas de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes obligan a dar un trato prioritario en el acceso y la atención sanitaria a esta población.

La interpretación de las causales contenidas en el artículo 86 CP muestra que los embarazos no deseados de las niñas y adolescentes, caen dentro de la categoría de aborto legal.

De acuerdo con el inciso 2 del artículo 86, que consagra la causal violencia sexual, todo embarazo de niñas menores de 13 años se encuadra jurídicamente como un caso de aborto legal, debido a la definición del artículo 119 del CP1 de la violación para el derecho penal. Es decir, aunque en el caso concreto, el embarazo no se origine en un episodio de violencia sexual, sino del ejercicio de la sexualidad de la adolescente, de acuerdo con lo establecido en el CP, si la niña o adolescente así lo solicita se tratará de un caso de ANP y por tanto corresponderá la interrupción legal del embarazo.

Por otro lado, la mayoría de los embarazos durante la adolescencia pueden ser encuadrados en la causal salud (inciso 1 del artículo 86 CP). La salud, tanto en la legislación como en la práctica médica en la Argentina, se entiende de forma integral, es decir que comprende los aspectos físicos, psíquicos y sociales (OMS, 1948). En este sentido, vale recordar que, en base a la evidencia reciente, en los casos en que las niñas o adolescentes solicitan un ANP, alguno/s de los aspectos mencionados corre/n peligro. En primer lugar, los riesgos físicos para las adolescentes menores de 15 años embarazadas son mayores a los de las mujeres adultas, ello se refleja en las tasas de morbimortalidad materna en esa franja etaria (Pantélides, Fernández, & Marconi, 2014). En segundo lugar, varios estudios han demostrado los riesgos para la salud mental que se derivan de un embarazo no deseado y de la afectación del proyecto de vida de todas las niñas y adolescentes que son madres forzadamente(Loaiza & Liang, 2013). De la misma forma, se ha probado la relación directa de la maternidad en la adolescencia con la afectación de los aspectos sociales de la salud, especialmente los relacionadas con la educación, la pobreza y el acceso al empleo (OMS, 2014).

Artículo 119 CP. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

A pesar de que el derecho de niñas y adolescentes a acceder al aborto legal se encuentra claramente contemplado en las normas, el acceso a los servicios de ANP ha sido históricamente muy limitado ya que se presentan múltiples barreras a su ejercicio en todas las provincias (Ramón Michel, 2013). Ante tal situación y la reiteración de casos similares a lo largo de todo el país, en 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) se expidió aclarando los estándares constitucionales de protección del derecho al aborto legal en la Argentina. Así, la CSJN se pronunció a través del fallo F., A.L. (CSJN, 2012), en el caso una adolescente víctima de una violación en la provincia de Chubut, tuvo que solicitar autorización judicial para acceder a un aborto legal, debido a que en los servicios públicos de salud locales no conocían el marco legal de protección de este derecho. En su decisión la CSJN enfatizó que[10]:

**I.**

**No corresponde pedir autorización judicial para realizar un aborto.**

**II.**

**Sólo un profesional de la salud debe intervenir, no se requiere solicitar consultas o dictámenes a terceros.**

**III.**

**No corresponde pedir denuncia ni prueba o determinación judicial de la violación, sólo se puede requerir declaración jurada de la violación.**

**IV.**

**Los abortos deben realizarse de forma rápida, accesible y segura.**

**V.**

**Quienes ejerzan objeción de conciencia no pueden imponer derivaciones o demoras que comprometan la atención.**

No obstante el pronunciamiento de la CSJN, se siguen presentando casos de falta de acceso a los abortos legales de niñas y adolescentes. Es por ello que se requiere precisar los estándares de atención específicos para garantizar el acceso a los ANP de niñas y adolescentes. Con ese propósito, las siguientes páginas presentan una breve descripción de las normas que rigen la provisión de ANP a niñas y adolescentes. Para ello, esta hoja informativa se organiza en dos partes: la primera sección presenta brevemente los criterios centrales del paradigma vigente de atención de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos a la salud; la segunda sección se enfoca en las pautas para la atención profesional de los ANP requeridos por niñas y adolescentes.



**10.** Para mayor información sobre los requisitos y estándares de acceso a los aborto legales ver página 5 “Aborto no punible después del caso F,.A.L de la Corte Suprema Argentina”.

# I.
# Un **nuevo paradigma** en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes

La reforma constitucional de 1994 trajo aparejada la adopción de un nuevo paradigma para interpretar y aplicar el derecho: **el paradigma de los derechos humanos**. La incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos a la Constitución Nacional, impuso la obligación de tomar este marco como estándar mínimo de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas.

En relación con la infancia y la adolescencia, la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN), ratificada en 1990 (Ley 3.849), significó el paso de un **modelo tutelar**, en que las personas menores de 18 años eran invisibilizadas y su voluntad sustituida por la de una persona adulta, a un modelo de **respeto** y **garantía de derechos**, conocido también como "modelo de protección integral de derechos", que reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, y por tanto ordena su participación (que significa inclusión efectiva y centralidad en la toma de decisiones) dentro de las estructuras y procedimientos concernientes a sus asuntos, así como en las cuestiones de interés público.

## PRINCIPIOS RECTORES DE LA **CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

La CDN contempla pautas claras de respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a través de principios rectores, obligatorios en toda actuación en los casos que se encuentren involucrados. Estos principios son:

## I.

**Interés superior del niño (artículo 3 CDN).** Se define como un principio garantista aplicado a la toma de decisiones, la resolución de conflictos y la interpretación de los tratados internacionales y normas locales. Con base en este principio, todos los asuntos que conciernan a los menores de edad deben ser resueltos de forma que se garantice la satisfacción integral de sus derechos en interacción con los demás principios (Cisnero, 1999).

## II.

**Autonomía progresiva (artículo 5 CDN).** Supone que la capacidad de las personas se consolida de acuerdo con "la evolución de sus facultades", es decir con el desarrollo de su propia capacidad de discernimiento (habilidad para comprender información necesaria para tomar decisiones y determinarse de acuerdo con esa información), también llamada **competencia**. Ello cambia la posición que las personas adultas deben mantener frente a niñas, niños y adolescentes, ya que son responsables por su orientación y dirección para ayudarles a que puedan alcanzar progresivamente su completa autonomía. Se pasa entonces de la "patria potestad" a la "responsabilidad parental", que supone un ejercicio de las labores de crianza y acompañamiento, fundadas en la idea de evolución o consolidación progresiva de las facultades de las personas (Ministerio Público Tutelar, 2011).

## III.

**Participación sin mediaciones (artículo12 CDN).** Es un principio o estándar que implica que sin importar la edad de niñas, niños o adolescentes, se debe asegurar que puedan asistir, ser informados, comprender (de acuerdo con su desarrollo madurativo) y tomar una posición sobre sus asuntos, y que esas opiniones, posiciones y decisiones sean tomadas en cuenta como eje central para determinar todas los aspectos de su vida. (Giorgi, 2010) Se concreta en derechos tales como el derecho a ser escuchadas y a ser el centro de las decisiones sobre los asuntos que les conciernen, el derecho a recibir información completa, clara y actualizada. Es por ello que la edad no puede ser un criterio unívoco para determinar la habilidad de una persona para comprender su situación y expresar sus opiniones y deseos, por el contrario, serán su comportamiento y desarrollo individual los marcadores de la necesidad de acompañamiento. En la atención de la salud, por ejemplo, se debe tener en cuenta "la actitud activa del interesado [NNyA], o sea, a la exteriorización o manifestación de voluntad por parte del niño, niña o adolescente a través de ciertos comportamientos relativos al cuidado de su propio cuerpo como ser peticionar información sobre su derecho a la salud sexual o reproductiva, la provisión de un anticonceptivo o someterse a un testeo de HIV sida. Todos ellos hacen presumir, según la ley, madurez y discernimiento y, por lo tanto, quedar habilitado para ejercer en forma personal los derechos sexuales y reproductivos" (Herrera, 2009).

## IV.

**No discriminación (artículo 2CDN).** Impide que las niñas, niños y adolescentes reciban un trato o protección diferenciada que afecte la extensión o el ejercicio integral de sus derechos. Implica una doble acción del Estado: tomar las medidas necesarias para prohibir cualquier forma de discriminación y corregir las situaciones de desigualdad mediante acciones positivas.

El comité encargado de monitorear el cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, como autoridad de interpretación de los derechos de niñas y adolescentes, en sus observaciones generales Nº 4 (CDN, 2003) sobre "Salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño", y N° 15 (CDN, 2013) sobre "el derecho del niño al disfrute del más alto nivel de salud posible", ha dejado claro que los estados tienen la obligación de prestarles todos los servicios sanitarios legales en igualdad de condiciones con las personas adultas. En las observaciones se establecen para ello estándares de acceso a los servicios sanitarios, para garantizar el respeto del "interés superior del niño." Estos estándares incluyen:

- **El derecho a ser escuchados y participar en las decisiones relacionadas con su salud.**

- **El derecho a recibir información completa, clara y actualizada sobre su condición de salud y las alternativas terapéuticas, así como todo material que tenga por finalidad promover la mejoría de su salud.** Dentro de este último se incluye toda la información relacionada con los servicios de salud sexual y reproductiva, como anticoncepción y aborto legal.

- **La participación de los progenitores en las decisiones de salud como mecanismo para garantizar la efectividad de la atención y no para sustituir la voluntad o el consentimiento de las niñas, niños y adolescentes.** Para ello, de aplicación a progenitores y cualquier personas que ejerza un rol de cuidado, estableció el deber de acompañamiento, orientación y de reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como titulares activos de su derecho a la salud.

- **Reconocimiento del consentimiento sexual.** Se debe entender que NNyA tienen el derecho al placer y a la exploración de su sexualidad, de acuerdo con su autonomía progresiva.

- **La posibilidad de tratamiento médico sin intervención de los progenitores, con referencia a la autonomía progresiva y la capacidad de discernimiento propia de cada sujeto en el contexto en el que se desarrolla.** Para ello, exhorta a la adopción de límites mínimos de edad flexibles y contextuales para que se puedan adecuar al "interés superior del niño". Esto implica, por ejemplo, que se tomen los límites de edad contenidos en las normas jurídicas como indicativos del momento a partir del cual se presume que existe competencia suficiente para tomar decisiones, pero que estos puedan ser modificados de acuerdo a las características y condiciones de cada caso concreto. De igual forma que, como lo hace el código civil vigente, se tomen principios contingentes para la determinación de las capacidad de ejercicio, como la autonomía progresiva, para permitir la actuación sin representación de las niñas, niños y adolescentes.

- **Respeto de la confidencialidad e intimidad de la consulta y la información relacionada con la salud de adolescentes.** Incluso establece la obligación de asesorar y dar tratamiento sin la presencia o autorización de sus progenitores, cuando su evolución madurativa individual lo permita. La información sobre su salud está sujeta a los mismos requisitos que se aplican en el caso de la confidencialidad de los adultos.

- **Deber de garantía de la seguridad y accesibilidad de todas las prácticas sanitarias para adolescentes, sin acompañamiento obligatorio de un adulto/a.** Se incluyen las prácticas relacionadas con la salud sexual y reproductiva como: consejería e información sobre sexualidad y reproducción, anticoncepción, aborto legal, atención y seguimiento del embarazo, el parto y el puerperio.

Desde el 2005, en el nivel nacional se desarrolló más ampliamente este marco de protección de los derechos humanos específico, a través de la Ley 26.061 de

"Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes" que receptó y preciso los alcances de los principios, derechos y obligaciones contenidos en la CDN. La nueva legislación reafirmó que niñas, niños y adolescentes, tienen los mismos derechos que todas las personas y que su ejercicio no puede verse limitado por su edad. La norma vigente, considera discriminatorio el establecimiento de limitaciones en el ejercicio de derechos por el mero hecho de no cumplir la edad legal para ser considerados adultos/as.

En este sentido, en su artículo 14, la Ley 26.061 establece el derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes reafirmando la obligación de:

"[T]oda institución de salud deberá atender prioritariamente a niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico, tratamiento oportuno y recuperación de la salud."
(Artículo 14, Ley 26.061)

"El derecho a la atención integral, incluye los servicios para prevenir, proteger y recuperar la salud sexual y reproductiva."
(Artículo Decreto 415/06)

# II. **Pautas** de actuación para **profesionales** de la salud

Según los estándares y las normativas vigentes mencionadas, a continuación se presenta un listado de las principales pautas de actuación de profesionales y equipos de atención de niñas y adolescentes en casos de ANP. Se presentarán **(a)** pautas generales sobre la obligación de atención de niñas y adolescentes en casos de solicitud de ANP, **(b)** estándares de aplicación del deber trasparencia activa de las/os profesionales de salud, referido a la entrega de información en

la consulta de adolescentes y niñas, **(c)** reglas sobre la aplicación del principio de autonomía progresiva en la atención de niñas y adolescentes, profundizando los aspectos relacionados con (b.i) el consentimiento informado, (b.ii) la resolución de conflictos y (b.iii) la declaración jurada en los casos de violencia sexual. A continuación, se abordarán los aspectos relacionados con **(d)** la privacidad de la consulta y la confidencialidad de la información de la consulta. Finalmente, se presentarán las pautas legales para la atención de algunos aspectos de los casos de violencia sexual en las niñas o adolescentes menores de 13 años.

## A. OBLIGACIÓN DE ATENCIÓN SANITARIA A ADOLESCENTES FRENTE AL ABORTO LEGAL

El aborto, como cualquier otra prestación sanitaria legal, debe ser garantizado por el Estado, su provisión debe ser realizada en las mejores condiciones de calidad, accesibilidad, aceptabilidad y seguridad disponibles, es además un deber del personal sanitario.

Las/os profesionales de la salud se encuentran obligados a brindar atención sanitaria, incluyendo la salud sexual y reproductiva, a todas las personas sin discriminación (Ley 25.673 artículos 3 y 4). Este deber implica que no es posible negar la atención a las personas por razón de su edad. Por el contrario, la garantía de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes demanda brindar atención prioritaria a esta población (CDN artículo 2 y Ley 26.061 artículo 14).

Como lo indica la observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño:

ARTÍCULO **24**

"El artículo 24, párrafo 1, impone a los Estados partes el firme deber de actuar para velar por que todos los niños dispongan de servicios sanitarios y otros servicios pertinentes accesibles... Deberán determinarse y eliminarse los obstáculos al acceso del niño a los servicios sanitarios, incluidos obstáculos financieros, institucionales y culturales" (CDN, 2013)

La salud sexual y reproductiva, representa una de las preocupaciones centrales de la atención en salud de las mujeres, y especialmente de las adolescentes, por la alarmante proporción muertes maternas de adolescentes[11], así como la feminización de las infecciones de transmisión sexual y la maternidad adolescente.[12]

Dentro de los servicios de salud reproductiva se incluye el ANP y por tanto la interrupción legal del embarazo debe ser realizada, siempre que el caso sea uno de los contemplados en el artículo 86 del CP. Las adolescentes deben recibir atención prioritaria como lo ordenan la Constitución Nacional, las demás normas nacionales, locales (Ver cuadro 1), y como lo ha

**11.** La mortalidad materna es la primera causa de muerte de adolescentes entre 15 y 19 años de edad en los países en desarrollo como la Argentina. El mayor riesgo de mortalidad materna corresponde a las adolescentes de menos de 15 años. Ver. OMS. Nota descriptiva N°348, Mayo de 2014.

**12.** Ver observaciones y recomendaciones de los comités de seguimiento de la implementación de los tratados de DDHH referidas en el anexo 1.

reconocido la CSJN (fallo F.,A.L)[13] y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2011 (Dictamen, caso LRM):

**La falta de provisión de abortos legales a las niñas y adolescentes que los soliciten constituye una violación grave a los DDHH y acarrea responsabilidad administrativa, civil y penal a quien obstruya el acceso a este derecho.**

Por ello, la CSJN reconoció que "descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos [adolescente víctima de violación], la insistencia en conductas como la señalada [solicitud de requisitos no contemplados en la norma penal] no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, **debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar**. (Considerando 24, fallo F,.A.L). En otras palabras, dejó aclarado que las sanciones por incumplimiento de deberes profesionales y por delitos como incumplimiento de deberes de funcionario público, violación del secreto profesional se derivan de la falta de provisión de abortos legales, y no por su realización.

## B. DEBER DE INFORMACIÓN: TRANSPARENCIA ACTIVA DE LAS/OS PROFESIONALES DE LA SALUD

El deber de atención de la/os profesionales de la salud, no se limita a la resolución de las consultas presentadas por sus pacientes, sino que incluye la evaluación lo más completa posible del estado de salud y de las alternativas terapéuticas disponibles. Para así entregar toda la información disponible de manera clara, completa, actualizada y precisa a sus pacientes. Este deber, que se conoce como "deber de transparencia activa" (CIDH, 2009), es además un principio rector del comportamiento ético y legal de ciertas profesiones como la medicina o la abogacía, que requieren que se entregue de forma oficiosa toda la información técnica, científica y legal disponible que pueda ser aplicable.

En el caso de niñas o adolescentes embarazadas, cualquiera que sea el motivo de su consulta el/la profesional de la salud debe, en todos los casos, informar acerca del derecho al aborto legal y, junto con la niña o adolescente determinar si por las características del caso, se trata de un ANP. Es decir, si existe un riesgo para su salud, en lo biológico, psicológico y/o en lo social, o si su embarazo proviene de situaciones de violencia sexual. Para ello es clave la **escucha activa**, que es una forma de interacción con las adolescentes que le permite al/a profesional "leer" a través de las gestos, silencios, palabras, etc. signos que puedan indicar que se trata de un caso de ANP.

La entrega de toda la información relacionada con su estado de salud y las alternativas terapéuticas disponibles es indispensable para la participación de la niña o adolescente en la toma de decisiones y así garantizar el cumplimiento del "interés superior del niño" en materia sanitaria. Como lo explicó el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N°4 (CDN, 2003):



**13.** "Este Tribunal [la Corte Suprema de Justicia de la Nación] se ve en la necesidad de advertir a los profesionales de la salud la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida [artículo 86 CP]... (F.,A.L s/Medida autosatisfactiva, 13/03/12, CSJN)

Los Estados Partes deben proporcionar a las/los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva. (CDN, 2003)

## C. **AUTONOMÍA** PROGRESIVA Y REPRESENTACIÓN

El abordaje de casos de ANP de niñas y adolescentes presenta el desafío de cómo acompañar la toma de decisiones. Para ello se suele apelar erróneamente a los conceptos de "capacidad", "incapacidad" o "discapacidad" para definir la forma en que debe ser brindada la atención, el alcance de sus derechos y las excepciones que son permitidas. Hoy sabemos que la atención sanitaria NO debe guiarse por conceptos del derecho civil (como capacidad/ incapacidad) ya que se trata del ejercicio de derechos humanos básicos, que se rigen por los criterios contenidos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de DDHH: **interés superior del niño, autonomía progresiva, participación sin mediaciones y no discriminación.**

No puede dejarse de lado que la atención sanitaria de niñas y adolescentes debe realizarse en igualdad de condiciones con toda la población. Sus derechos tienen el mismo alcance y extensión que los de las mujeres adultas. Sin embargo, por su especial condición de maduración y desarrollo, la forma en la que estos deben ser garantizados tiene que ser diferente. Para ello los/as profesionales de la salud deben tener en cuenta la evolución individual de su capacidad para discernir con el fin de ajustar su actuación para que realmente puedan tener un rol central en la toma de decisiones, con o sin asistencia. Es decir, el/la profesional deberá tomar en cuenta las habilidades que la niña o adolescente que solicita un ANP ha desarrollado para comprender la información sobre su situación (ya sea el riesgo para su salud bio-psico-social o la violencia sexual que ha sufrido), las alternativas para la terminación del embarazo, etc. y tomar decisiones basadas en dicho entendimiento. Esta obligación es especialmente exigente en el caso de las niñas y adolescentes menores de 13 años[14].

La Ley 25.673 de salud sexual y procreación responsable (y su reglamentación Decreto 1.282/2003), como el Protocolo

**14.** El código civil (Ley 26.994/2014) en su artículo 25 establece que para la legislación civil se considerarán adolescentes las personas entre 13 y 18 años. Esta categoría, adolescencia, indica un período en el que se presume que la capacidad jurídica de las personas ha alcanzado un grado de maduración que les permite llevar adelante un número importante de actos jurídicos. Si bien, como se ha reiterado en este documento, no se trata de un limite perentorio para el ejercicio de derechos, es una muestra del reconocimiento de la progresividad de la autonomía de las personas. Además, vale recordar que no se relaciona con el ejercicio de los derechos personalisimos, que pueden/deben ser ejercidos por todas las personas sin mediación.

para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo del Ministerio de Salud de la Nación[15], establecen que antes de los 14 años, se debe "propender" por el acompañamiento de las niños, niños y adolescentes en los servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo al ANP. Estas normas deben ser interpretadas de acuerdo con el principio de autonomía progresiva que implica interpretar en las normas que contienen edades como referentes para el ejercicio de derechos, que estas son indicativas y por tanto a partir de estas se pueden presumir habilidades necesarias para actuar sin acompañamiento. Sin embargo, estas deben ser flexibles, por lo que antes de esa edad el acompañamiento o la asistencia será requerida en la mediada en que esa niña o adolescente lo requiera. A partir de los 14 años, las adolescentes pueden tomar de manera completamente autónoma las decisiones en materia de sexualidad y reproducción.

No obstante, se insta a los equipos de atención a que ofrezcan la posibilidad de que se encuentren acompañadas durante la atención por sus progenitores o personas adultas de confianza. Este acompañamiento no es obligatorio sino que busca incluir a la red de apoyo, como herramienta de gran importancia, para la atención de la salud en todos los casos.

Ahora bien, el código civil, Ley 26.994 de 2014, incorpora también el principio de autonomía progresiva para el abordaje de los aspectos relacionadas con NNyA. Establece, por ejemplo, que a partir de los 13 años comienza la adolescencia (artículo 25), y reconoce la posibilidad a las y los adolescentes desde ese momento, de tomar decisiones de forma autónoma sobre su cuerpo (artículo 26) (cuando estas no comprometan su salud, como se verá en el siguiente acápite c.i). Aparentemente, tenemos dos ordenes diferentes: una para los servicios de salud sexual y reproductiva, brindar atención sin acompañamiento desde los 14 años y una para los demás servicios de salud, desde los 13 años. En primer lugar es necesario reiterar que no se trata de una contradicción: en primer lugar, porque la interpretación sistemática de las normas jurídicas, nos obliga a aplicar el sentido que garantice una mayor amplitud al reconocimiento de derechos, y el principio del Interés Superior del Niño, obliga a elegir la interpretación que les permita ejercer mayormente sus derechos; en segundo lugar, porque los limites por edad, tal y como lo ha dicho el Comité de Derechos del Niño, no pueden constituir limites infranqueables para el acceso al derecho a la salud (CDN, 2003). Por ello debemos tomar como indicativas las edades contenidas en las normas sobre niñez y adolescencia, más que como límites para el ejercicio de los derechos de forma autónoma.

No todas las niñas y adolescentes son iguales, algunas a edades muy tempranas 12 o 13 años tienen responsabilidades familiares importantes, como cuidar de hermanos/as menores o realizar labores domésticas. Es muy importante que las/os profesionales puedan tener una entrevista con la adolescente que les permita constatar su grado de discernimiento y así poder determinar el tipo de orientación y acompañamiento que necesitará durante su atención. La regla general para determinar la necesidad de representación es la autonomía progresiva. Sin embargo, normas locales pueden tener algunas reglas indicativas sobre edad, que deben ser aplicadas solo cuando no contraríen el principio constitucional general mencionado. En la Ciudad autónoma de Buenos Aires, todas las personas, incluso las menores de 13 años, que requieran un servicio de salud están en



**15.** Este protocolo es la actualización hecha en 2015 de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Aborto No Punibles, elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación en 2007 y actualizada por primera vez en 2010, como una referencia de actuación en casos de ANP aborda tanto los aspectos técnicos como legales. Se puede consultar en la página web oficial del Ministerio de Salud: http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690cnt-Protocolo%20ILE%20Web.pdf [consultada por última vez el 30/07/15)

condiciones para formar su propio juicio y por tanto pueden consentir autónomamente prácticas sanitarias, tal y como lo establece el decreto 2316/03:

## ARTÍCULO 4.3

"Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamientos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos)

Tal y como se ha venido afirmando, la determinación de la necesidad de representación de las niñas y adolescentes debe darse con base únicamente en su capacidad de discernimiento o competencia y no en límites etarios impuestos de forma general.

Es importante reiterar que el derecho a ser escuchadas y participar de las decisiones es un derecho indelegable, por ello se requiere la intervención prioritaria de la niña o adolescente, de cualquier edad, su/s representante solo acudirán como garantes del respeto de sus derechos en la atención sanitaria. La participación incluye en todos los casos que las opiniones de niñas, niños y adolescentes, sean tenidas en cuenta como centro de las decisiones que les conciernen.

Asimismo, se debe tener en cuenta que los casos de ANP se vinculan con el ejercicio de derechos humanos y por tanto es necesario privilegiar la atención y acompañamiento de la decisión de las mujeres ya sean adultas, adolescentes o niñas. Así como indicó en 2013 el Comité de los Derechos del Niño en su observación general N° 15:

"los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de su padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redunda en el interés superior del niño." Reconociendo especialmente la necesidad de habilitar la atención sin acompañamiento en relación con la salud sexual y reproductiva resaltando al acceso al aborto seguro, la anticoncepción, la prueba y tratamiento del VIH, entre otros." (CDN, 2013)

Es necesario que se tenga presente que los ANP de adolescentes y niñas pueden involucrar en muchos casos situaciones de violencia sexual, por lo que es recomendable activar, con el consentimiento de la niña o adolescente, los servicios locales de protección de derechos para que se desarrolle una estrategia interinstitucional de intervención, **sin que esto dilate o retrase de ninguna forma la realización del ANP requerido**[16].

**16.** En el mismo sentido se expresó CSJN en el considerando 29 del fallo F.,A.L de 2012.

# **D.** CONSENTIMIENTO INFORMADO

Para la realización de un ANP, como cualquier práctica sanitaria, se debe contar con el consentimiento informado de la mujer que lo solicita. La Ley de derechos del paciente (26.529) y de forma más general en el artículo 59 del código civil (Ley 26.994 de 2014)[17] regulan este proceso. Comprende la recepción de información sobre su situación y las alternativas posibles, toma de decisiones respecto de prácticas sanitarias y la expresión de la voluntad al/a profesional de la salud tratante. Todas las normas prohíben expresamente la realización de cualquier procedimiento, tratamiento o exámenes sin el consentimiento informado, personal, previo y expreso.

En el caso de las niñas o adolescentes a partir de los 13 años, se siguen las mismas reglas que para las mujeres adultas sin ninguna distinción. En estos casos el/a profesional debe asegurarse de entregar la información de manera clara, completa y actualizada, de forma que la adolescente o niña pueda comprender completamente su estado, el diagnóstico y las consecuencias de cada una de las alternativas terapéuticas ofrecidas, incluyendo el ANP. Para ello deberá, por ejemplo, ajustar el lenguaje, flexibilizar los tiempos de atención y hacer preguntas de chequeo de la comprensión de la información.

En el caso de las niñas o adolescentes menores de 13 años, la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico nacional impone la obligación a las/os profesionales de actuar conforme a la capacidad de discernimiento de la niña o adolescente que solicita el ANP[18]. Se debe propender al acompañamiento de una persona de su confianza que asista su consentimiento. El rol del/a representante será, como se ha dicho, apoyar a la niña o adolescente para tomar una decisión sobre la conveniencia y el deseo de solicitar un ANP. Una vez tomada la decisión se procederá de manera conjunta a la firma del consentimiento informado, tanto por la niña o adolescente como por quien la acompañe y será adjuntada a la historia clínica.

En el caso en que la niña o adolescente no cuente con un representante que pueda acompañarla o hubiera un conflicto de intereses (ej. caso de violencia sexual perpetrada por un familiar), se puede solicitar su designación en las defensorías locales o en los servicios locales de "protección de derechos de niñas, niños y adolescentes".[19] De igual forma, se podrá dar aviso, con el consentimiento de

**17.** Artículo 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:
**a.** su estado de salud; **b.** el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; **c.** los beneficios esperados del procedimiento; **d.** los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; **e.** la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; **f.** las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre; **g.** en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; **h.** el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.
Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.
Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario..."

**18.** Si bien, algunas regulaciones procedimentales sobre ANP indican los 14 años como edad para acceder a la práctica sin necesidad de representantes, tomamos como referencia los 13 años por dos razones. En primer lugar, porque como hemos insisitido, las edades que indican las normas son referencias que deben ser contrastadas con las características y condiciones del caso concreto, y no pueden ser aplicadas arbitrariamente. En segundo lugar, porque consideramos que esa edad cuenta con mejores referencias normativas: es la edad apartir de la cual el ordenamiento penal reconoce el consentimiento sexual y es la edad en la que inicia la adolescenia de acuedo con el codigo civil vigente.

**19.** Para ello es necesario acudir a las autoridades locales que se pueden consultar en Mapa de Localización de Centros de Atención de todo el país disponible en la página Web del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación:
http://www.desarrollosocial.gob.ar/mapa.aspx?tipo=cfn o se puede consultar con la línea a la línea 0800-222-3444 del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable para solicitar información y apoyo en caso de duda.

la niña o adolescente, a los servicios de "protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia"[20].

La imposición de límites de edad arbitrarios en la legislación o el requerimiento de trámites adicionales que retrasen el tratamiento o atención de la salud sexual y reproductiva es injustificado y puede llevar a la vulneración de los DDHH de las niñas, niños y adolescentes. Tal como lo ha indicado la Organización Mundial de la Salud (OMS) en Aborto Sin Riesgos: Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud (OMS, 2012)

## E. CONFLICTOS CON SUS REPRESENTANTES

**Las adolescentes mayores de 13 años pueden solicitar un ANP sin necesidad de acompañamiento de un/a representante.** En el caso en que asistan a la consulta acompañadas, en todos los casos será su decisión la única que debe ser tenida en cuenta para la atención.

En el caso de las niñas o adolescentes que requieren asistencia para la toma de decisiones (de acuerdo a su autonomía progresiva) y exista desacuerdo con sus representantes, debe primar el "interés superior del niño", entendido desde el enfoque que establece la CDN. Es decir, en consonancia con la protección integral de sus derechos a través de la garantía de su participación sin mediaciones, respeto de su autonomía progresiva. Los profesionales de la salud deben actuar en consonancia con la capacidad de discernimiento de la niña o adolescentes para favorecer el ejercicio de su autonomía y facilitar la toma de una decisión informada de manera conjunta, de ser posible mediante la superación de la contradicción con sus representantes. Por ejemplo, por medio de una reunión en la que participen tanto la niña o adolescente, su representante y un/a profesional de la salud que escuche las razones de cada parte y facilite la conformación de un acuerdo. De esta forma se garantizará que pueda contar en el proceso del ANP con la asistencia que requiera para favorecer la atención y recuperación.

De no ser posible el acuerdo o en caso de negativa injustificada de quienes la asistan en el proceso de toma de decisiones respecto de un ANP, se debe proceder de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 del Código Civil (Ley 26.994), que indica que **"el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico."** Es decir, que la decisión en el caso debe centrarse en la opinión y participación de la niña o adolescente, tomando la opinión médica como elemento para la determinación del interés superior del niño, que será aquella alternativa que mejor garantice el ejercicio y respeto de sus derechos. El proceso de conformación del acuerdo se debe llevar adelante en sede del sistema de salud y no se requiere judi-



**20.** Para ello es necesario acudir a las autoridades locales que se pueden consultar en Mapa de Localización de Centros de Atención de todo el país disponible en la página Web del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación: http://www.desarrollosocial.gob.ar/mapa.aspx?tipo=cfn o se puede consultar con la línea a la línea 0800-222-3444 del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable para solicitar información y apoyo en caso de duda.

cializar el conflicto. Deben realizarse todos los esfuerzos para que este proceso sea lo más rápido posible.

En estos caso se puede comunicar, con el consentimiento de la niña o adolescente, a las autoridades locales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes para que tomen conocimiento del caso y acompañen la toma de decisión en el mejor interés de la niña o adolescente. En este caso las autoridades designadas acompañaran el proceso, favoreciendo la participación directa de la niña o adolescente para construir la decisión de manera conjunta.

## F. **DECLARACIÓN JURADA** EN CASO DE VIOLENCIA SEXUAL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 del CP, en el caso de ANP derivados de la causal violencia sexual, no se puede solicitar la presentación de denuncia policial o judicial del hecho como requisito para la práctica (considerando 27, fallo F.,A.L), en consecuencia, la declaración jurada de la mujer basta para habilitar la causal de ANP.

La declaración jurada es un documento simple que no tiene formalidades (no se requiere un formulario especial[21]) en el que la mujer gestante adulta, adolecente o niña, afirma que el embarazo que cursa es producto de una violación y por ese motivo desea interrumpirlo. No se requiere dar explicaciones adicionales o profundizar en el relato, a menos que la mujer lo desee.

Algunas provincias han desarrollado modelos para este documento que resultan útiles para facilitar el proceso.

Sin embargo, es importante recordar que su ausencia no puede retrasar la práctica ya que la declaración jurada se puede completar en cualquier formato e incluso manuscrita en una hoja en blanco.

La declaración jurada se anexa a la historia clínica y resulta prueba suficiente de la existencia de la causal violencia sexual para el ANP. Por lo tanto, elimina cualquier posibilidad de responsabilidad del/a profesional de la salud por la veracidad de tales afirmaciones, como lo explica la CSNJ:

"Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de "casos fabricados", considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud". (Considerando 28, F.,A.L)

Es decir, la Corte reconoce que existe la posibilidad de que una mujer mienta y acuda a los servicios a solicitar un ANP sin haber sido víctima de violación, sin embargo, entiende que es preferible que esta mujer acceda al aborto a imponer exigencias que revictimicen y vulneren los derechos de las mujeres que sí fueron víctimas de violencia sexual. Sin olvidar que las mujeres que mientan con posterioridad a la práctica podrían ser sancionadas penalmente por ese hecho.

La solicitud de cualquier otro documen-



**21.** Aunque no se requiere ningún formato, existen modelos de declaración jurada disponibles en la página web del Ministerio de Salud de la Nación. URL: http://www.msal.gov.ar/saludsexual/aborto_no_punible.php
De la misma forma, se puede ver el modelo anexo en el manual práctico de acceso al aborto no punible del Programa de Investigación y Abogacía Feminista de la Universidad de Palermo.

to o prueba de la ocurrencia de la violación resulta ilegal y puede acarrear sanciones, como lo ha aclarado la CSJN.

En el caso de adolescentes, a partir de los 13 años, se sigue la regla general, de acuerdo con la cual su sola firma basta para dar curso a la incorporación de la declaración jurada a la historia clínica y proceder a la práctica del ANP. En el caso de niñas o adolescentes menores de 13 años, asegurando su participación y el cumplimiento de todos sus derechos, se requiere el acompañamiento de una persona adulta para la firma de la declaración jurada sobre el origen del embarazo de la misma forma en que se indicó para el consentimiento informado.

## **G.** PRIVACIDAD Y CONFIDENCIALIDAD

Tanto la ley de protección de los derechos de los pacientes (artículo 2.c de la Ley 26.529) como la Convención de los Derecho del Niño, establecen el derecho a la privacidad en la consulta, que implica la posibilidad de tener una relación sin intervención de terceros en la consulta. La niña o adolescente a cualquier edad puede acudir sin acompañamiento a la consulta médica y recibir toda la información solicitada, así como toda aquella disponible sobre su condición de salud, las prácticas de prevención y protección de su salud, incluida la salud sexual y reproductiva. En el caso de detectarse un embarazo en la consulta de una adolescente se le debe entregar toda la información relacionada con su diagnóstico médico, así como la información sobre el marco legal del ANP, sin necesidad de exigir acompañamiento alguno. En el caso de las adolescentes o niñas menores de 13 años que acudan solas a la consulta, también deben recibir la información sobre el ANP y deberán ser asesoradas para que se convoque para el acompañamiento a una persona de confianza.

La información que se vierta en dicha consulta está protegida por el deber de confidencialidad (artículo 16 de la CDN) y de secreto profesional médico (Ley 26.529 artículo 2.d). Como lo indica la Observación general N°4 del Comité de los Derechos del Niño:

Los trabajadores de la salud tienen obligación de asegurar la confidencialidad de la información médica relativa a las adolescentes, teniendo en cuenta principios básicos de la Convención. Esa información sólo puede divulgarse con consentimiento del adolescente o sujeta a los mismos requisitos que se aplican en el caso de la confidencialidad de los adultos. Los adolescentes a quienes se considere suficientemente maduros para recibir asesoramiento fuera de la presencia de los progenitores o de otras personas, tienen derecho a la intimidad y pueden solicitar servicios confidenciales, e incluso tratamiento confidencial...

El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva (CDN, 2003)

# **H.** CAUSAL VIOLENCIA SEXUAL EN ADOLESCENTES O NIÑAS **MENORES DE 14 AÑOS**

El delito de abuso sexual es un delito dependiente de "instancia privada" (artículo 72, CP) lo que significa que es la víctima quien debe solicitar a las autoridades judiciales la investigación y sanción de los responsables.

Toda denuncia realizada por terceras personas requiere la ratificación o confirmación por parte de la mujer para que la investigación judicial avance. Es por ello que una denuncia realizada por una tercera persona, sea un familiar o un profesional de la salud, no va a surtir ningún efecto si la mujer víctima del delito no está en condiciones de participar como lo requieren las normas procesales para el avance de la denuncia. Esto puede suceder por múltiples razones, y especialmente en los casos en los que las mujeres son víctimas de violencia sexual en ámbitos familiares o por parte de conocidos, y requieren apoyo para poder enfrentar su situación. De la misma forma, las adolescentes y niñas necesitan una red especial de apoyo para poder sostener la denuncia y más allá de ello el proceso penal del que tendrán que hacer parte y aportar las pruebas necesarias.

La violación es un delito que afecta especialmente la vida privada de las víctimas; históricamente, ha supuesto discriminación y estigmatización a las mujeres que han sufrido este crimen. Es por ello que el Estado ha entendido que la iniciación de una investigación sin su consentimiento puede agravar los daños ocasionados por el delito.

En el caso de que la víctima del delito sea una persona menor de 13 años, el consentimiento para la relación sexual no es tenido en cuenta, ya que el derecho penal presume iure et de iure (es decir, sin que pueda ser admitida prueba en contrario) que hasta ese momento el consentimiento para las relaciones sexuales no es válido y por tanto toda relación sexual con una persona menor de 13 años es delito.

Ahora bien, sabemos que las adolescentes más jóvenes en ocasiones empiezan su actividad sexual con parejas de su misma edad antes de los 13 años, y por falta de educación sexual, acceso a información completa, clara y actualizada sobre sexualidad y reproducción no saben cómo cuidarse para evitar embarazos no deseados e infecciones de transmisión sexual. Los embarazos antes de los 13 años de edad siempre pueden ser encuadrados como casos de ANP por encontrarse descriptos en las causales habilitadas en el artículo 86 CP. Se considera que representan un riesgo para la salud física, psíquica y social de la niña o adolescente que solicita un ANP.
Asimismo, para el derecho penal son siempre producto de violación por lo que están contemplados también en el inciso 2 del artículo 86.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 177 del código de procedimiento penal (Ley 23.984)[22], los/ as profesionales de la salud están exceptuados del deber de denunciar los hechos delictivos que lleguen a su conocimiento en ejercicio de su profesión, como prerrogativa derivada de su deber de guardar el "secreto profesional". Ahora bien, es deber del profesional de la salud entregar toda la información a la niña, adolescente y su red de asistencia, sobre la posibilidad de denunciar y comunicar a las autoridades competentes localmente para dicho fin,



**22.** Artículo 177. - Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: **1°)** Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. **2°)** Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional. (Negrilla fuera del texto original)

con el objetivo de facilitarle la iniciación de una investigación penal por el delito del que fue víctima.

Tanto las normas penales, las de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes[23] como las de protección de las mujeres víctimas de violencia[24], establecen la posibilidad, con el consentimiento de la mujer, de comunicar a las autoridades de restitución y garantía de derechos, o de defensa de los intereses de niñas, niños y adolescentes, que típicamente dependen del Ministerio de Desarrollo Social, la ocurrencia de una situación de abuso, con el objetivo de activar una red interinstitucional de apoyo, que pueda acompañar a la niña/adolescente en su proceso como víctima del delito y fortalecerla para que decida con la contención adecuada, sobre la iniciación de un proceso penal para sancionar al perpetrador del delito.

Esto por cuanto el delito de abuso sexual es uno de los considerados de instancia privada (artículo 72 CP) lo que implica que para que las autoridades judiciales puedan iniciar una investigación penal, se requiere que la víctima denuncie el hecho o ratifique la denuncia realizada por un tercero. En el caso de las adolescentes menores de 13 años sus representantes deberán acompañar la denuncia o la ratificación de la denuncia.[25]Salvo en los casos en los que sus representantes se opongan a la voluntad de la niña/adolescente de denunciar o sean ellos los autores del delito de abuso sexual.

Es importante entender que los deberes profesionales de equipo de salud se relacionan con la atención y contención de la adolescente víctima de violencia que solicita un ANP. Por ello deben darle curso de manera rápida, segura y aceptable a la práctica del ANP para evitar que las secuelas que le dejó el delito se agraven.

Además deben entregarle toda la información sobre la posibilidad de iniciar un proceso penal y recibir apoyo de distintas instituciones del Estado para superar y restituir los derechos que han sido vulnerados. Por ello, si bien en el caso de las adolescentes menores de 13 años es posible levantar el secreto profesional y realizar la denuncia del hecho, resulta mucho más efectivo para el restablecimiento de los derechos vulnerados e incluso para permitir la adecuada investigación penal del delito, que las de-

**23.** Ley 26.061 Artículo 9 — DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.
Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.
La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

**24.** Ley 26.485 Artículo18. — Denuncia. Las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.
Artículo 24. — Personas que pueden efectuar la denuncia. Las denuncias podrán ser efectuadas: **a)** Por la mujer que se considere afectada o su representante legal sin restricción alguna; **b)** La niña o la adolescente directamente o través de sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; **c)** Cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad, o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla; **d)** En los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia. Cuando la misma fuere efectuada por un tercero, se citará a la mujer para que la ratifique o rectifique en VEINTICUATRO (24) horas. La autoridad judicial competente tomará los recaudos necesarios para evitar que la causa tome estado público. **e)** La denuncia penal será obligatoria para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito.

**25.** Código Penal Artículo 72.- Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: **1º)** Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. **2º)** Lesiones leves, sean dolosas o culposas.Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. **3º)** Impedimento de contacto de los hijos menores con sus progenitores no convivientes.
En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga progenitores, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

nuncias las realice la propia adolecente o niña acompañada por su red de apoyo familiar, comunitaria o institucional (autoridades de protección de derecho de niñas, niños y adolescentes). Se debe tener en cuenta que en el proceso penal el testimonio de la víctima de violación resulta central para determinar la responsabilidad del autor de delito. En este sentido, si bien se cuenta con un protocolo de actuación judicial para estos casos, que busca evitar la revictimización de las mujeres, especialmente las más jóvenes, su aplicación es todavía precaria.

Los casos de violencia sexual, de pareja e incesto, requieren un análisis delicado para poder evaluar el contexto en el que vive la mujer, niña o adolescente que ha sido víctima de estos delitos. Se debe determinar cuales son las posibilidades reales de sostener una denuncia y de que esta genere efectos colaterales. Se sabe que en muchos de los casos en los que se denuncia violencia contra las mujeres, las denuncias no son ratificadas, ya sea porque las mujeres no tienen una red de apoyo que las acompañe durante el proceso y las contenga de la revictimización, que en la gran mayoría de los casos sufren por las autoridades judiciales y policiales, o ya sea porque no tienen una red institucional de ayuda que les brinde soluciones para poder separarse del entorno en el que conviven con el autor del delito, y por tanto pueden quedar expuestas al agresor que tras la denuncia puede recrudecer la violencia en su contra, incluso cuando la presentación policial o judicial la realizara un tercero.



Por ello, resulta central que las autoridades de protección de derechos o la red familiar de la adolecente/ niña puedan acompañarla en este proceso para evitar generar perjuicios en su salud mental y social, así como la vulneración adicional de derechos. Si una niña o adolescente no quiere denunciar el hecho de violencia sexual, se debe respetar el momento por el que atraviesa, brindarle la atención sanitaria, incluyendo el aborto legal, y ofrecerle la comunicación con autoridades de restitución de derechos y de protección de mujeres víctimas de violencia para que la acompañen y fortalezcan para que pueda decidir si quiere o no realizar la denuncia de manera informada y con la contención adecuada.

# Anexo

## NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE NIÑAS Y ADOLESCENTES

● Normas constitucionales ● Normas nacionales

| NORMA | TEMA | CONTENIDO RELEVANTE PARA ADOLESCENTES |
|---|---|---|
| Constitución Nacional (CN) | Marco normativo dinámico de los DDHH (artículo 75 inc.22) | Otorga rango constitucional a todas las normas internacionales de DDHH que ratifique la Argentina. Se dice que es dinámico porque se debe entender que incorpora los pronunciamientos oficiales de los órganos de monitores y cumplimiento de dichos instrumentos: observaciones generales, recomendaciones, dictámenes y resoluciones. |
| Convención de los Derechos del Niño | Estándares de protección de los derechos humanos de Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) | Consagra la obligación de garantizar el más amplio nivel de salud integral para esta población (artículo24) respetando su calidad de sujetos de derechos. Así como a proveerles sistemas integrales de prevención, atención y erradicación contra toda forma de violencia, incluyendo especialmente la violencia sexual (arts. 19 , 34 y 39). Para ello impone las obligaciones de actuación en del interés superior del niño (artículo3) que debe integrar el respeto de su autonomía progresiva -evolución de su capacidad para discernir-(artículo5), el derecho a ser escuchadas/os y participar en todas las cuestiones que les competen (artículo12). El Estado se compromete en espacial a evitar cualquier trato cruel o inhumano hacia las niñas, niños y adolescentes (artículo37) |
| Recomendaciones a la Argentina del Comité de los Derechos del Niño, 2010. CRC/C/ARG/CO/3-4a. | Directrices para el cumplimiento de los DDHH de acuerdo con el diagnóstico realizado en la Argentina | El comité recomendó a la Argentina que: "(A)dopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto legal, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas" |
| Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW siglas en inglés) | Estándares internacionales de protección de los DDHH de las mujeres. | Consagra la obligación de garantizar el acceso a la atención médica de las mujeres sin discriminación alguna, especialmente en relación con la salud sexual y reproductiva. De igual forma reconoce el derecho de las mujeres a "derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" |
| Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Argentina. 2010 CEDAW/C/ARG/CO/6 | Directrices para el cumplimiento de los DDHH de acuerdo con el diagnóstico realizado en la Argentina | El Comité "expresa su preocupación por la elevada tasa de embarazos entre las adolescentes y la elevada tasa de mortalidad materna, que en una tercera parte tiene como causa el aborto ilegal" por ello "insta al Estado parte a que asegure el acceso de las mujeres y las adolescentes a los servicios de salud, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva...Estado parte debe asegurarse de que la "Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles", se aplique en todo el país de manera uniforme de modo que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para interrumpir el embarazo" |

# NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE NIÑAS Y ADOLESCENTES (continuación)

| NORMA | TEMA | CONTENIDO RELEVANTE PARA ADOLESCENTES |
|---|---|---|
| Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales | Estándares internacionales de protección de los DDHH conocidos como económicos, sociales y culturales. | En su artículo8 establece: "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición." En su artículo 12 establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, este derecho se relaciona directamente con el consagrado en el artículo15, a Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. |
| Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Argentina. 2011 E/C.12/ARG/CO/3 | Directrices para el cumplimiento de los DDHH de acuerdo con el diagnóstico realizado en la Argentina. | El Comité insta al Estado parte a velar por que la Ley sobre la salud sexual y reproductiva se aplique en todas las provincias y por que se garantice a todas las personas, especialmente a los adolescentes... También recomienda al Estado parte que adopte las medidas necesarias para garantizar el acceso al aborto legal, a fin de reducir el número de muertes maternas evitables, y que garantice el acceso a instalaciones, suministros y servicios de salud para reducir los riesgos previos y posteriores al aborto. |
| Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. | Compromiso de los Estados en la erradicación de conductas que inflijan sufrimiento a las personas. | De acuerdo con este compromiso los estados deben tomar todas las medidas necesarias (administrativas, disciplinarias, penales, civiles, etc.) para erradicar estas conductas ya sea desplegadas por funcionarios públicos o privados dentro del territorio nacional. |
| Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. 2013. A/HRC/22/53 | El informe pone de manifiesto algunas prácticas abusivas en la atención de la salud y subraya de qué forma incumplen la prohibición de la tortura y los malos tratos. | Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han empezado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género.Ejemplos de esas violaciones son la denegación del acceso a servicios autorizados de salud34 como el aborto y la atención posaborto. El informe recordó que "En la decisión histórica de K.L. c. el Perú, el Comité de Derechos Humanos consideró la denegación del aborto terapéutico una violación del derecho de la persona a no ser víctima de malos tratos. |
| Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre DDHH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) | Establece las obligaciones de protección de los Derechos Económicos , Sociales y cultuales de los países americanos. | En su artículo 10 establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, extendiendo los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado. Y en su artículo 15 se compromete a adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral. |
| Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) | Compromiso de los Estados Americanos en la erradicación de la violencia contra las mujeres. Tiene como eje rector la erradicación de la discriminación contra las mujeres. | Establece la obligación de los Estados de tomar todas las medidas necesarias para la erradicación de los distintos tipos de violencia que se ejercen en contra de las mujeres. Entre ellos se destaca la violencia sexual, la violencia doméstica y la violencia en los ámbitos privados. De la misma forma dispone que las medidas adoptadas por los estados no pueden discriminar a las mujeres por su edad o de su situación económica desfavorable. Por el contrario deben asegurar la inclusión y atención de las niñas y jóvenes así como de las mujeres de bajos recursos de manera prioritaria. |

# NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE NIÑAS Y ADOLESCENTES (continuación)

| NORMA | TEMA | CONTENIDO RELEVANTE PARA ADOLESCENTES |
|---|---|---|
| Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de DDHH. 2011. OEA/ Ser.L/V/II.Doc. 61 | Informe identifica y analiza los estándares internacionales y regionales desde un punto de vista de DDHH, sobre el acceso a la información en materia reproductiva. | El derecho al acceso a la información es especialmente relevante en el ámbito de la salud y específicamente en el área de la sexualidad y la reproducción ya que contribuye a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y fundamentadas respecto de aspectos íntimos de su personalidad. Es deber de los Estados de brindar a las adolescentes el acceso a información sobre el daño que puede causar los embarazos precoces, así como sobre los servicios que puedan garantizar su salud sexual y reproductiva.<br>El ejercicio del derecho a la salud depende de una atención respetuosa a los jóvenes tomando en cuenta la confidencialidad y la vida privada, y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.<br>Los Estados deben asegurarse de que los y las adolescentes están en condiciones de recibir información, entre otras cosas acerca de la planificación familiar y los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz y la prevención de infecciones venéreas, como el VIH/SIDA, y servicios adecuados para la salud sexual y reproductiva, incluyendo el aborto legal. |
| Comité de los Derechos de Niño. Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).2013. CRC/C/ GC/15 | La presente observación general aborda la salud infantil desde la óptica de los derechos del niño. Favoreciendo su desarrollo en un contexto de bienestar físico, emocional y social al máximo de sus posibilidades. | El comité recuerda que el derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes debe entenderse con la misma extensión y condiciones que el de las personas adultas. Para ello recuerda los deberes de no discriminación por razón de la edad, indivisibilidad e interdependencia de los DDHH, interés superior del niño como criterio guía de la actuación sanitaria, derecho a ser escuchada/o y al respeto de la autonomía progresiva para el ejercicio sin mediaciones de los DDHH.<br>Recuerda que la inclusión de servicios accesibles y sin necesidad de acompañamiento para adolescentes es una medida adecuada para garantizar la protección de la salud, espacialmente en relación con la protección contra ITS, anticoncepción y aborto seguro (pár. 31) |
| Ley 25.673 | Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable | En su artículo 3 establece que el programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna. Reconociendo en el artículo4 que en la aplicación de esta norma debe primar el interés superior del niño, niña y adolescente. |
| Decreto 1282/03 | Reglamenta la ley 25.673 | Establece que los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considéreselo al mismo beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades. Debe propiciarse un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de CATORCE (14) años.<br>Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad. A partir de los 14 años las/os adolescentes podrán recibir sin acompañamiento de adultos anticonceptivos hormonales.<br>Se reconoce además el derecho intransferible y personalísimo a la disposición del propio, que en materia sanitaria implica el derecho a consentir de manera personal todo procedimiento o intervención sobre el mismo. Si perjuicio de que su ejercicio se apoyará en las obligaciones de dirección y orientación de progenitores y profesionales de la salud de acuerdo con las capacidades progresivas en el caso de niñas, niños y adolescentes. |

# NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE NIÑAS Y ADOLESCENTES (continuación)

| NORMA | TEMA | CONTENIDO RELEVANTE PARA ADOLESCENTES |
|---|---|---|
| Ley 26.061 | Protección integral de los derechos de NNyA. | En su artículo 14 consagra la obligación de atención prioritaria de la salud de NNyA, en igualdad de oportunidades. Es decir, la edad no puede ser un motivo para discriminar en el acceso a la atención sanitaria, incluido el ANP. |
| Decreto 415 | Reglamentario de la ley 26.061 | En su artículo 14 establece que el derecho a la atención integral de la salud del adolescente incluye el abordaje de su salud sexual y reproductiva previsto en la Ley Nº 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. |
| Ley 26.529 | Derechos del paciente en su relación con profesionales e instituciones de la salud | Establece (artículo2.a) que las/os pacientes, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser asistidos por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna. De la misma forma establece que todas las personas incluyendo las niñas, niños y adolescentes (artículo2.e) tienen derecho a ejercer su autonomía respecto de las decisiones médicas. Para su ejercicio deben contar con la dirección y guía de sus progenitores o responsables y el equipo de salud en los términos de la ley 26.061 |
| Ley 26.485 | Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales | En su articulo 3 dispone que el Estado debe garantizar todos los derechos con un corte transversal entre la protección de los derechos de las mujeres contra la violencia (Convención de Belén do Pará) y los derechos de las niñas y adolescentes (Ley 26.061 y CDN). En ese sentido recuerda que el derecho a la protección de las mujeres en contra de las violencias sexual, institucional y obstétrica, implica que se garantice, especialmente a las adolescentes, el acceso a todas las prestaciones de Salud sexual y reproductiva y de protección en virtud de su calidad de víctimas de violencia, en los casos que corresponda, de manera prioritaria y privilegiando la atención rápida, segura y eficaz. |

# REFERENCIAS

Bartlett, L., Berg, C., Shulman, H., Zane, S., Green, C., Whitehead, S., y otros. (2004). Risk factors for legal induced abortion-related mortality in the United States. Obstetrics and Gynecology (103), 729–737.

Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano "Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". San José de Costa Rica.

Comisión de los Derechos del Niño - CDN (2013). Sobre el Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo24). CRC/C/GC/15.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH (2009). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Relatoría especial para la libertad de expresión.

Comité de Derechos del Niño -CDN (2003). La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4.

Comité de Derechos del Niño -CDN (2003). Salud y Desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño". U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 .

Comité de Derechos del Niño –CDN (2013). Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). CRC/C/GC/15.

Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN (2012). F.,A.L s/ medida autosatisfactiva. Fallo del 13/03/2012. Argentina.

Dirección de Estadísticas Vitales -DEIS. (2012). Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico 2010. Argentina: Ministerio de Salud de la Nación.

Dirección de Estadísticas Vitales -DEIS. (2013). Estadísticas Vitales: información básica año 2012. Argentina: Ministerio de Salud de la Nación.

Fondo para la Infancia de las Naciones Unidas - UNICEF (2011). La adolescencia una época de oportunidades. New York, EEUU.

Fondo para la Infancia de las Naciones Unidas - UNICEF (2013). Situación del embarazo adolescente en Argentina, en el día mundial de la población. Argentina.

Giorgi, A. (2010). La participación de niñas, niños y adolescentes en las Américas. A 20 años de la Convención de los Derechos del Niño. Uruguay: Instituto Latinoamericano del Niño, Niña y Adolescente, organismo especializado de la Organización de Estados Americanos.

Herrera, M. (2009). "Sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino". En UNICEF. Revista Justicia y Derechos del Niño, Nº11. Santiago de Chile.

Instituto Nacional de Estadística y Censo -INDEC (2012). Informe de Resultados Censo Nacional 2010. Argentina.

Instituto Nacional de Estadística y Censo -INDEC(2014). Presentación de resultados, Encuesta Nacional sobre Salud Sexual y Reproductiva 2013: ENSSyR 2013 . Argentina.

Leifsen, E. (2012). Los usos del principio "el interés superior de la niñez" en la administración y las políticas de la infancia ecuatoriana. Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales Universidad de Barcelona. Vol. XVI, No. 395.

Loaiza, E., y Liang, M. (2013). Adolescent pregnancy: a review of the evidence. UNFPA, New York.
OMS. (2014). Embarazo en la adolescencia. Nota descriptiva Nº 364 . Ginebra, Suiza.

Ministerio Público Tutelar. (2011). Documentos de Trabajo Nº 06. Las decisiones de los niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal. Buenos Aires, Argentina.

Organización mundial de la Salud -OMS. (2014). Nota descriptiva Nº388. Prevención del aborto peligroso. Ginebra, Suiza: OMS.

Organización Mundial de la Salud -OMS (2012). Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud (2ª edición ed.). Ginebra, Suiza.

Organización Mundial de la Salud -OMS (1986). La salud de los jóvenes: un desafío para la sociedad. Informe del grupo de estudio de la OMS acerca de los jóvenes y la salud de todos para el año 2000. Ginebra, Suiza: OMS.

Pantélides, E., Fernández, M., y Marconi, E. (2014). Maternidad temprana en la Argentina. Las madres menores de 15 años. Buenos Aires, Argentina: UNFPA, CENEP.

Ramón Michel, A. R. (2013). Barreras en el acceso a los abortos legales: una mirada a las regulaciones sanitarias que incluyen el uso del misoprostol. Buenos Aires, Argentina: CLACAI, FLASOG.

# El derecho al aborto legal de las **mujeres con discapacidad**

> FELICITAS ROSSI* Y SOFÍA MINIERI**

ACTUALIZADO POR SONIA ARIZA NAVARRETE***

(*) Abogada de la UBA, Diplomada en "Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica" por la Universidad de Chile.
(**) Abogada graduada de la Universidad Torcuato Di Tella, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2012)
(***) Profesora e investigadora de la Universidad de Palermo.

# Introducción

En las últimas décadas, en el ámbito internacional, se ha desarrollado una nueva mirada en relación a las personas con discapacidad. Esta mirada coloca en primer plano la necesidad de reconocer y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad y respeto de su dignidad y, en segundo plano, su diversidad funcional (la discapacidad), que requerirá, en determinadas situaciones, la implementación de medidas puntuales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante, "CDPCD") en el año 2006, determinó la consolidación de esta nueva mirada de la discapacidad, el "modelo social de la discapacidad" con un enfoque de derechos humanos. Este modelo entiende que las personas con discapacidad son sujetos de derechos, con igual dignidad y valor que las demás, y que es obligación del Estado reconocer que son titulares de todos los derechos, pero también, fundamentalmente, que son plenamente capaces de ejercerlos por sí mismas.

Así, la CDPCD consagra el derecho de las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica (con los apoyos que pudiesen requerir) en igualdad de condiciones que la demás personas, por ello el representante legal de una persona con discapacidad no puede sustituir la voluntad de esta última. Por el contrario, deben crearse las condiciones adecuadas para que las personas con discapacidad obren por sí mismas.

Nuestro país ratificó la CDPCD en el año 2008[26] y la incorporó a la Constitución Nacional en 2014, con la Ley 27.044. Por ello, todas las regulaciones vigentes deben ser interpretadas de acuerdo con los estándares internacionales en la materia, Es decir, las normas nacionales deben leerse y aplicarse a la luz de las disposiciones del derecho internacional, tal como son interpretadas por los organismos de derechos humanos encargados de controlar su cumplimiento por parte de los Estados. Si bien, hoy contamos con regulaciones como la Ley 26.657 de Salud Mental y el Código Civil, Ley 26.994, que incorporan, en gran medida, estos estándares, las normas especificas sobre aborto no punible, todavía no lo han hecho de forma satisfactoria. Un primer avance sobre este tema, aparece en el Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal de Embarazo (en adelante, ILE), del Ministerio de Salud publicado en 2015[27], que incorpora como marco de referencia para los casos de aborto no punible de mujeres con discapacidad, los estándares de la CDPC: presunción de la capacidad legal de las personas, prohibición de supresión de la voluntad de la persona que solicita una ILE y participación de una red de apoyos adecuados para que la persona pueda ejercer directamente su derecho a decidir, como se verá más adelante.

Esta hoja informativa ofrece una descripción de la normativa nacional e internacional en materia de derechos de las personas con discapacidad que determina que el



**26.** El 19 de mayo de 2008, el Poder Legislativo Nacional aprobó la Convención y su Protocolo Facultativo mediante Ley Nº 26.378. El 2 de septiembre de 2008 el Estado Argentino efectivizó la ratificación del tratado a través del depósito del instrumento respectivo ante la ONU.

**27.** Este protocolo de 2015 actualiza la Guía Técnica para la Atención Integral de los Aborto No Punibles, elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación en 2007 y actualizada por primera vez en 2010, como una referencia de actuación en casos de ANP aborda tanto los aspectos técnicos como legales. Se puede consultar en la página web oficial del Ministerio de Salud: http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690cnt-Protocolo%20ILE%20Web.pdf [consultada por última vez el 30/07/15)

consentimiento informado de una mujer con discapacidad intelectual o psico-social que ha manifestado su voluntad de interrumpir o continuar con su embarazo en los supuestos permitidos por la ley[28], debe presumirse válido. Asimismo, releva las opiniones de los organismos internacionales que se han expedido sobre el tema y algunos incipientes desarrollos en la materia a nivel nacional.

# I. ¿Qué normas regulan el **derecho de las mujeres con discapacidad al consentimiento informado** en el derecho argentino?

## Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Ley Nacional 26.378)

### CONSENTIMIENTO A TRATAMIENTOS MÉDICOS

La CDPCD reconoce el derecho de las personas con discapacidad a prestar su consentimiento libre e informado a tratamientos de salud, por sí mismas y sin interferencias de terceros, y detalla las obligaciones de los Estados a fin de garantizar este derecho.

Así, a la luz de lo dispuesto en el artículo 25 inciso d) de la CDPCD, los profesionales de la salud **deben prestar "a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado**". Por su parte, en con-

**28.** El artículo 86 del código penal incorpora, desde 1921, tres supuesto de no punibilidad para el aborto: el caso de peligro para la vida de la mujer, el caso de peligro para la salud de la mujer y el caso de embarazo porducto de violencia sexual. Para más información sobre el aborto legal en la Argentina ver las demás hojas de esta serie "El aborto no punible en la Argentina", Programa de Investigación y Abogacía Feminista de la Universidad de Palermo.

sonancia con el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su capacidad jurídica (cfr. artículo 12 de la CDPCD), "los Estados tienen la obligación de no permitir que otorguen el consentimiento en nombre de las personas con discapacidad sustitutos en la adopción de decisiones"[29], para lo cual **los profesionales de la salud deberán consultar "directamente con la persona con discapacidad"[30] al momento de obtener su consentimiento informado.**

En los casos en los que las personas con discapacidad cuentan con el apoyo de terceras personas para la toma de decisiones[31], los profesionales de la salud deben garantizar que éstas últimas no sustituyan la voluntad de las personas con discapacidad a la hora de aceptar o rechazar un tratamiento médico ni tengan una influencia indebida sobre ella.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (Comité DPCD) ha señalado que la imposición de tratamientos obligatorios por parte de profesionales de la salud lesiona, además, los derechos de las personas con discapacidad a la integridad personal (artículo 17 de la CDPD), a la protección contra la violencia, la explotación y el abuso (artículo 16 de la CDPD) y a la protección contra la tortura (artículo 15 de la CDPD). En este sentido, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha señalado que "los tratamientos médicos de carácter alterador e irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica o traten de corregir o aliviar una discapacidad, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente."[32]

En consonancia con estas consideraciones, en el caso R. M. J[33], la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó "un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar a los siguientes:

**a.** derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso,

**b.** derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional,

**c.** derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos,

**d.** derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima,

**e.** derecho a la continuidad del tratamiento,

**f.** derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos,



**29.** Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comentario General sobre el Artículo 12 de la Convención- Igual reconocimiento ante la Ley, 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1, parágrafo 37.

**30.** Ibídem

**31.**.Los apoyos pueden "adoptar distintas formas, dependiendo de cada caso, como terceras personas de confianza, redes de sostén, (...) intérpretes, asistentes personales, (...) defensores personales" (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2010: 17), entre muchas otras, y pueden estar abocados a "asistir a la [persona con discapacidad] a entender y apreciar la naturaleza de las decisiones a adoptar, brindarle información accesible, o interpretar y transmitir a terceros las señales e intenciones de la [persona con discapacidad] cuando sea necesario y así lo pretenda la [persona con discapacidad], o a expresar y comunicar su voluntad." (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2010: 17)

**32.** Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 28 de julio de 2008, A/63/175, parágrafo 47.

**33.** CSJN, "R. M. J.", Expte. C. 1195. XLII. 19 de febrero de 2008

**g.** derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste,

**h.** derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta la externación,

**i.** derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica,

**j.** derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible,

**k.** derecho a no ser discriminado por su condición."[34]

## CONSENTIMIENTO PARA LOS **ABORTOS NO PUNIBLES**

A la luz de lo dispuesto en el artículo 23 de la CDPCD, las mujeres con discapacidad tienen derecho a "decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y a que se les ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos".

En esta línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) en su Recomendación General Nº 19 sobre la violencia contra la mujer, señaló que los abortos forzados "influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos."[35]

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Comité DPCD, al analizar el cumplimiento por parte del Estado argentino del artículo 17 de la CDPCD, que consagra el derecho de las personas con discapacidad a la protección de la integridad personal, "[lamentó] que el representante legal de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de la mujer con discapacidad."[36]

En el mismo sentido, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha hecho hincapié en que "las leyes que autorizan tratamientos no consentidos carentes de finalidad terapéutica o que tienen por objeto corregir o mitigar una discapacidad—con inclusión de (...) los abortos, (...) — vulneran el derecho a la integridad física y mental y pueden constituir tortura y malos tratos"[37], a la luz del artículo 15 de la CDPCD. En términos más amplios, el Comité de Derechos Humanos ha enfatizado que el aborto forzado constituye una violación del artículo 7[38] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[39].

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, tal como afirmó el Alto Comisionado de



**34.** Ibídem, considerando 9.

**35.** Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General Nº 19 (11º período de sesiones, 1992) La violencia contra la mujer, parágrafo 22.

**36.** Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012), 19 de octubre de 2012, CRPD/C/ARG/CO/1, parágrafo 31.

**37.** Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 10 de agosto de 2009, A/64/272, parágrafo 73.

**38.** "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."

**39.** Ver Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), parágrafo 11.

las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, **los abortos practicados sin el consentimiento informado de las mujeres con discapacidad constituyen una forma de violencia sancionada por el derecho internacional de los derechos humanos.** Así:

> “[a] tenor de las normas internacionales de derechos humanos, los Estados tienen la obligación explícita de promulgar leyes que prohíban todos los actos de violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad, incluidos los actos a los cuales son más vulnerables, como (...) el aborto [forzado].[1]”

[1] Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad.
Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 30 de marzo de 2012, A/HRC/20/5, parágrafo 28.

## **LEY 26.529** DE DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD

La ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, modificada en 2012 por la ley 26.742, regula “el ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica”, incluido su derecho al consentimiento informado.

El inciso e) del artículo 2 de la ley reconoce que toda persona “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.” En el mismo sentido, el decreto 1089/2012 que reglamenta este artículo dispone que “[e]l paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona (...). En uno u otro caso, puede revocar y dejar sin efecto su manifestación de voluntad.”

El artículo 5 de la ley 26.529 define al consentimiento informado como “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso”, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

**“...**

**a.** Su estado de salud;

**b.** El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

**c.** Los beneficios esperados del procedimiento;

**d.** Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

**e.** La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

**f.** Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

**g.** El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

**h.** El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad opadecimiento.

**...”**[1]

[1] Por su parte, el Decreto 1089/2012 del Poder Ejecutivo nacional que reglamenta la ley define al consentimiento informado como el “proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad (...), a través de la cual luego de haberse considerado las circunstancias de autonomía, evaluada la competencia y comprensión de la información suministrada referida al plan de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico o investigación científica o paliativo, el paciente o los autorizados legalmente otorgan su consentimiento para

Al reglamentar este artículo, el decreto 1089/2012 establece dos supuestos de “consentimiento informado por representación” que lesionan el derecho de las personas con discapacidad al consentimiento informado en los términos de la CDPCD:

**1.** “cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo”

**2.** “en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar”.

En ambos supuestos, la decisión de aceptar o rechazar un determinado tratamiento o procedimiento médico es adoptada por una persona distinta del paciente. Así, según el artículo 6 de la ley,

> **“[e]n el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.**
>
> **Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.”**

El artículo 21 de la ley 24.193, sobre donación de órganos, establece el siguiente orden de prelación:

**"...**

**a.** El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida;

**b.** Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años;

**c.** Cualquiera de los padres;

**d.** Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años;

**e.** Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años;

**f.** Cualquiera de los abuelos;

**g.** Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;

**h.** Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;

**i.** El representante legal, tutor o curador

**..."**

Pese a que el decreto reglamentario 1089/2012 enfatiza que la persona que preste el consentimiento en representación del paciente debe promover su participación en la toma de decisiones "según su competencia y discernimiento", ambos supuestos de "consentimiento por representación" lesionan el derecho al consentimiento informado de las personas que han sido declaradas incapaces por "demencia"[40]. Asimismo, estas disposiciones pueden afectar el derecho al consentimiento informado de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual, en los que casos en los que, a criterio del médico tratante, no sean capaces de tomar decisiones o no estén en condiciones físicas o psíquicas de "hacerse cargo de su situación".



**40.** A la luz del artículo 141 del CC, "[s]e declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes." Los "dementes" declarados como tales en juicio tienen incapacidad absoluta, por lo que sólo pueden adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de un curador, el representante necesario que les da la ley (CC, arts. 54 inciso 3, 56 y 57). Esta representación comprende "todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados" en el Código Civil (CC, art. 62). Además, "los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación."(CC, art. 59)

# **LEY 26.657** SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD MENTAL

En el ámbito de la salud mental, el inciso j) del artículo 7 la ley 26.657 sobre el Derecho a la Protección de la Salud Mental reconoce a todo individuo con discapacidad psicosocial el derecho "a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, ***que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales***".

No obstante, a fin de respetar adecuadamente el derecho al consentimiento informado de los pacientes con discapacidad psicosocial, en estos casos los Estados tienen la obligación de asegurar que la información sea proporcionada en lenguaje sencillo (artículos 2, 9 y 21 de la CDPD) y disponer sistemas de apoyo para que el paciente pueda comprender la información que le proporcionan (artículo 12, párrafo 3 de la CDPD).

Por su parte, el inciso k) del artículo 7 la Ley 26.657 sobre el Derecho a la Protección de la Salud Mental consagra el derecho de los pacientes a "tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades". Al reglamentar este inciso del artículo 7, el decreto 603/2013 establece que "[t]odo paciente, con plena capacidad o, sus representantes legales, en su caso, podrán disponer directivas anticipadas sobre su salud mental, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos y decisiones relativas a su salud".

Sin embargo, tal como enfatizó el Comité DPCD, a la luz de lo dispuesto en los artículos 12 y 25 de la CDPD, los Estados "tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento." Asimismo, "los Estados tienen la obligación de no permitir que otorguen el consentimiento en nombre de las personas con discapacidad sustitutos en la adopción de decisiones. Todo el personal de la salud y la medicina debe garantizar una consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad."

Asimismo, el artículo 10 de la ley establece que "[p]or principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión." Al reglamentar este artículo, el decreto 603/2013 remite a "lo establecido por el Capítulo III de la Ley Nº 26.529 y su modificatoria, en consonancia con los principios internacionales" y agrega que "[s]i el consentimiento informado ha sido brindado utilizando medios y tecnologías especiales, deberá dejarse constancia fehaciente de ello en la historia clínica del paciente, aclarando cuáles han sido los utilizados para darse a entender."

# II. ¿Cuáles son los cambios introducidos en el **nuevo Código Civil**, Ley 26.994 de 2014, en materia de discapacidad?

Se incorpora el nuevo paradigma de derechos humanos que establece la CPCD. Por ello, la regla general, es la presunción de la capacidad de todas las personas (artículos 22 y 23), estableciendo que las limitaciones a la capacidad serán excepcionales. En lugar de usar la "incapacidad" como regla para determinados grupos, como las personas con discapacidad, se establece la obligación de desarrollar sistemas de apoyos para quellas personas que requieran asistencia. Estos sistemas complementan, no reemplazan, el ejercicio personal de los derechos, tal como lo establece el artículo 31 del código Civil:

## ARTÍCULO 31

**Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:**

**a. la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume**, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;

**b. las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional** y se imponen siempre en beneficio de la persona;

**c. la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario**, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

**d. la persona tiene derecho a recibir información** a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;

**e. la persona tiene derecho a participar** en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;

Por ello el proceso judicial no se dirige a "declarar" la incapacidad de una persona, sino a determinar cuál es la mejor estrategia para asistirla en el ejercicio de sus derechos a través de un sistema de apoyos:

ARTÍCULO 43

Sistema de apoyos. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En el mismo sentido, en el artículo 59 se encuentran las normas de consentimiento informado para procedimientos médicos e investigaciones y se establece la obligación de obtener el consentimiento directamente de toda persona sobre la que se realizará el procedimiento.

ARTÍCULO 59

(...) **Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite**. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente."

En consonancia con esta disposición, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, sostuvo que **"[solo] en una situación de emergencia que ponga en riesgo la vida de una persona y en la que no haya desacuerdo con respecto a la falta de capacidad jurídica podrá un profesional sanitario realizar un procedimiento para salvar la vida sin obtener el consentimiento informado"**[41]

**41.** Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013, A/HRC/22/53, parágrafo 66.

# III. ¿Qué normas regulan el derecho de las mujeres con discapacidad al consentimiento informado para la **práctica del aborto no punible** en el derecho argentino?

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal, "[e]l aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

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

2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el *consentimiento de su representante legal* deberá ser requerido para el aborto"[42].

El artículo 86 del Código Penal argentino, leído en forma aislada, lesiona los derechos de las mujeres con discapacidad al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás (artículo 12 de la CDPCD). Ello así porque la norma permite que la voluntad de las mujeres con discapacidad sea sustituida por la de su representante legal al momento de decidir si interrumpen o no su embarazo, en caso de que el embarazo sea producto de una violación o ponga en peligro la vida o la salud de la mujer; lo que infringe, además, el derecho de las mujeres con discapacidad a prestar su consentimiento informado (artículo 25 de la CDPCD).

Por otro lado, el Estado argentino infringe su obligación de "[adoptar] las medidas

**42.** Si bien sólo el inciso 2 del artículo 86 exige el consentimiento informado del representante legal para que puede practicarse un aborto no punible a una mujer con discapacidad, en los hechos este requisito también se aplica a los supuestos de aborto no punible contemplados en el inciso 1 de la misma norma.

pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica" (artículo 12 inciso 3 de la CDPCD), al no garantizar que las mujeres con discapacidad cuenten con los apoyos que puedan necesitar a fin de adoptar una decisión libre, informada y autónoma sobre si desean practicarse un aborto no punible.

Por ello, y hasta que esta legislación se adecue a los estándares internacionales en la materia, el artículo 86 inc. 2 del Código Penal, debe leerse en forma armónica con lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPCD que prohíbe la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad. Es por ello que el estándar aplicable para el consentimiento informado en aborto no punibles en personas con discapacidad, debe ser el contenido en el artículo 59 del código civil. Este , como se dijo, establece que en todos los casos debe tomarse el consentimiento de la persona, en este caso quién solicita el aborto no punible, con la asistencia necesaria de acuerdo con sus características y condiciones individuales.

# IV. A la luz de la normativa vigente, las mujeres con discapacidad **¿pueden consentir la práctica del aborto no punible?**

**a.** Por regla, el consentimiento informado de una mujer con discapacidad que manifiesta su voluntad de interrumpir su embarazo en los supuestos contemplados en el artículo 86 del Código Penal es siempre válido, siendo irrelevante el tipo de discapacidad que tenga la mujer y si ha sido declarada judicialmente incapaz.

**b.** En los casos en los que el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la mujer, la legislación penal vigente no impone ninguna restricción al derecho de las mujeres con discapacidad a consentir a la práctica.

**c.** En el caso de que el embarazo sea producto de una violación, el artículo 86 inciso 2 del Código Penal establece restricciones al derecho de las mujeres con discapacidad a consentir a la práctica, al determinar que "[en este caso], el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto". Este requisito de la ley penal debe ser interpretado en concordancia con las demás dispo-

siciones que han sido mencionadas: artículo 12.3 de la CDPD, y artículos 43 y 59 del Código Civil, que establecen la obligación de tomar las medidas necesarias para que sea la mujer con los "apoyos" que requiriese quien consienta el aborto y no debiera permitirse que el representante legal sustituya su voluntad.

# V. El derecho de las mujeres con discapacidad a contar con los **apoyos necesarios que les permitan prestar su consentimiento informado** para la práctica del aborto no punible



De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12.3 de la CDPD[43], los Estados deben adoptar "las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". De esta manera, "la CDPD reconoce que algunas [personas con discapacidad] pueden necesitar ayuda para ejercer su capacidad jurídica y para ello el Estado debe ofrecer apoyo a esas personas y establecer salvaguardias contra el potencial abuso de ese apoyo."[44] En virtud de esta obligación, las mujeres con discapacidad que así lo requieran deben poder tener acceso a los apoyos que necesiten al momento de prestar su consentimiento informado para la práctica del aborto no punible.

**43.** El art. 12.3, CDPD, establece: "Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

**44.** Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2010: 16

# **1.** ¿CUÁL ES LA FUNCIÓN DE LOS APOYOS?

A la luz de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 3, de la CDPCD, "[l]os Estados no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos." En otras palabras, los apoyos no reemplazan a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica; esto es, no adoptan decisiones en nombre de la persona sobre la base de su presunto "interés superior objetivo". Por el contrario, los apoyos contribuyen a que las personas con discapacidad que los soliciten puedan adoptar, por sí mismos, decisiones fundamentales que hacen al ejercicio de su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones que las demás personas.

Por lo tanto, tal como se ha señalado, "[e]l apoyo permite a las personas ejercer su derecho a tomar decisiones voluntarias, mediante el uso de las ayudas que requieran. Aún contando la PCD con un sistema de apoyo, las decisiones finalmente dependerán de su voluntad."[45] Así, los apoyos pueden estar abocados a:

> "[asistir a la [persona con discapacidad] a entender y apreciar la naturaleza de las decisiones a adoptar, brindarle información accesible, o interpretar y transmitir a terceros las señales e intenciones de la [persona con discapacidad] cuando sea necesario y así lo pretenda la [persona con discapacidad], o a expresar y comunicar su voluntad.[1]"
>
> [1] Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2010: 17

# **2.** ¿QUÉ FORMA PUEDEN ADOPTAR LOS APOYOS?

Los apoyos pueden "adoptar distintas formas, dependiendo de cada caso, como terceras personas de confianza, redes de sostén, (...) intérpretes, asistentes personales, (...) defensores personales"[46], entre muchas otras. La CDPCD "no especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades"[47] y de distinto alcance, al punto que pueden consistir "en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias"[48].

**45.** Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2010: 16

**46.** Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2010: 16

**47.** Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comentario General sobre el Artículo 12 de la Convención- Igual reconocimiento ante la Ley, 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1, parágrafo 15.

**48.** Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comentario General sobre el Artículo 12 de la Convención- Igual reconocimiento ante la Ley, 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1, parágrafo 15.

En el mismo sentido, se ha señalado que "los apoyos no pueden ser equiparados a un curador, un tribunal o un equipo técnico perteneciente a este último. En este orden de ideas, pueden cumplir dicha función los asistentes personales u otras personas con discapacidad), amigos o cualquier otra persona, con el requisito de que el sistema se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad"[49].

## 3. ¿SÓLO LAS MUJERES CON CIERTO TIPO DE DISCAPACIDAD TIENEN DERECHO A CONTAR CON APOYOS PARA TOMAR LA DECISIÓN DE REALIZARSE UN ABORTO NO PUNIBLE?

**No.** El apoyo para la adopción de decisiones vinculadas al aborto no punible debe estar a disposición de todas las mujeres con discapacidad. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el hecho de que una mujer posea un alto grado de discapacidad "no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones". En particular, el modo de comunicación que emplee una mujer con discapacidad no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o comprendida por muy pocas personas.

## 4. ¿ES OBLIGATORIO QUE UNA MUJER CON DISCAPACIDAD CUENTE CON APOYOS A FIN DE PRESTAR SU CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA PRÁCTICA DEL ABORTO NO PUNIBLE?

**No.** Las mujeres con discapacidad tienen "derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento."[50] Se debe recordar que la regla general es la capacidad de todas las personas, que además tienen el derecho a contar con la asistencia que requieran para el ejercicio de sus derechos y para tomar desiciones. En este sentido, las mujeres con discapacidad, en el caso de requerir un aborto no punible, pueden elegir el tipo de asistencia que necesiten para consentir informadamente la práctica: desde el acompañamiento de familiares, personas de confinza, personal del servicio de salud, intérpretes, etc. o no requerir ninguna asistencia. En ningún caso "se requerirá la acreditación de la declaración de insania, debidamente certificada o certificado que acredite que la mujer padece de discapacidad mental expedido por autoridad competente"[51] para que una mujer con discapacidad que así lo requiera pueda acceder a los apoyos que necesite para prestar su consentimiento informado.



**49.** Ibídem
**50.** Ibídem
**51.** Ibídem

## 5. ¿CUÁL DEBE SER EL PRINCIPIO RECTOR DE LOS SISTEMAS DE APOYO?

Tal como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "[t]odas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo."[52]

## 6. ¿DEBE IMPLEMENTARSE ALGÚN MECANISMO PARA GARANTIZAR QUE LOS APOYOS RESPETEN LA VOLUNTAD Y LAS PREFERENCIAS DE LA PERSONA?

**Sí.** El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha enfatizado que "[d]eben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona."[53]

**Las salvaguardias deben efectuarse sobre las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y no sobre las personas en sí mismas.** Asimismo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 12.4 de la CDPCD, las salvaguardias deben estar orientadas a:

1. Evitar se reemplace la voluntad de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial por la de una tercera persona (sea, en este caso, el/a curador/a designado/a o personal del servicio de salud).

2. Controlar la legalidad del procedimiento a través del cual se diagramó y ejecutó el sistema de apoyos, siempre en miras del objetivo mencionado en el punto anterior.

3. Vigilar que no existan conflictos de intereses que pudieran estar afectando a personas que ejerzan el rol de persona de apoyo y, por ende, incumpliendo el rol de asesoramiento y acompañamiento no-sustitutivo que le corresponde.

4. Ser llevadas a cabo por un órgano independiente e imparcial.

## 7. ¿QUIÉN DEBE GARANTIZAR QUE LOS APOYOS RESPETEN LA VOLUNTAD Y LAS PREFERENCIAS DE LA PERSONA?

Las revisiones deberían ser efectuadas por un órgano externo e independiente que debería limitarse a controlar que el sistema de apoyos respete la voluntad de la mujer.

**52.** Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comentario General sobre el Artículo 12 de la Convención- Igual reconocimiento ante la Ley, 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1, parágrafo 25

**53.** Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comentario General sobre el Artículo 12 de la Convención- Igual reconocimiento ante la Ley, 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1, parágrafo 25

Así, por ejemplo, las "revisiones periódicas" podrían circunscribirse a la comprobación de los supuestos mencionados en el apartado anterior, sin necesidad de realizarse un seguimiento específico a largo plazo por este motivo.

Por otra parte, el sistema de salvaguardias no deberá implicar la judicialización directa o indirecta del caso por más que los organismos encargados de hacer el control posean legitimación procesal.

# VI. El Estado Nacional, las provincias y CABA ¿han adoptado disposiciones que garantizan el derecho de las mujeres con discapacidad al consentimiento informado para la práctica del aborto no punible?



Según la información disponible a diciembre de 2014, 17 de las 25 jurisdicciones del país[54] (23 jurisdicciones provinciales, la Ciudad de Buenos Aires y la jurisdicción nacional) cuentan con protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles.

**54.** Chubut (Ley XV 14/2010), Santa Fe (Res. ministerial N° 612/2012), Tierra del Fuego (Res. ministerial N° 392/2012), Jujuy (Res. ministerial N° 8687/2012), Chaco (Ley 7064/2012), La Rioja (Res. ministerial Nº 1015/2012), Santa Cruz (Res. ministerial Nº 0540/2012), Misiones (Res. ministerial Nº 3378/2013), Neuquén (Res. ministerial N° 1380/2007), Provincia de Buenos Aires (Res. ministerial N° 304/2007), Salta (Decreto 1170/2012), Entre Ríos (Res. ministerial N° 974/2012), La Pampa (Decreto 279/2012), Córdoba (Res. ministerial N° 93/2012), Ciudad de Buenos Aires (Res. ministerial N° 1252/2012), Río Negro (Ley 4796/2012)

Los protocolos de 14 de las 17 jurisdicciones establecen que el representante legal de una mujer con discapacidad es quien deberá consentir la realización de la práctica. Las dos excepciones son los protocolos de la Provincia de Río Negro y la Provincia de Misiones. El protocolo aprobado por la legislatura de la Provincia de Río Negro (Ley 4796/2012[55]) establece que el consentimiento deberá ser brindado por la propia mujer con discapacidad, pero no contempla la provisión de sistemas de apoyo[56]. Asimismo, el protocolo de la Provincia de Misiones (Resolución Nº 3378) dispone que "[p]ara los casos de personas con restricción judicial de su capacidad para tomar decisiones vinculadas al cuidado de su propio cuerpo, se implementa un sistema adecuado de apoyos y salvaguardas, conforme lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley Nacional Nº 26.378), a fin de que la persona adopte una decisión autónoma." Esta regulación del consentimiento informado de las mujeres con discapacidad sería respetuosa de los derechos de las mujeres con discapacidad si la guía no estableciera que "[e]n caso de no ser posible [implementar un sistema adecuado de apoyos y salvaguardas], el consentimiento informado debe ser prestado por el representante legal, debiendo ser acreditado dicho carácter con la correspondiente documentación."

En la Ciudad de Buenos Aires, el 10 de septiembre de 2012, el Ministerio de Salud de la Ciudad aprobó el Procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punibles en los Hospitales del Subsector Público de Salud de la Ciudad (Resolución 1252/2012, Anexo 1). Entre otros aspectos inconstitucionales, esta regulación no reconoce la posibilidad de que una mujer con discapacidad pueda consentir la práctica del aborto no punible, e impone, además, otra barrera arbitraria como es el requisito de declaración de insania o la certificación de la discapacidad[57].

En noviembre de 2012, un conjunto de organizaciones de la sociedad civil presentaron una acción de amparo colectivo a fin de que se declarara, entre otras, la inconstitucionalidad de esta regulación. Y como medida cautelar que se suspenda su aplicación y se arbitren sistemas de apoyo y salvaguarda para que las mujeres con discapacidad puedan tomar una decisión autónoma.

Con fecha 27 de marzo de 2013, la jueza concedió la medida cautelar[58] y dispuso que no se requerirá la acreditación de la declaración de insania o certificado de discapacidad y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a que en el plazo de 10 días, arbitre un sistema de apoyo y salvaguarda que cumpla con las previsiones establecidas en la sentencia.

En su decisión, la jueza indicó que "los apoyos no pueden ser equiparados a un curador, un tribunal o un equipo técnico perteneciente a este último" y que dicha función puede ser cumplida por "asistentes personales o pares (otras personas con discapacidad), amigos o cualquier otra persona, con el requisito de que el sistema se sustente en la



**55.** Ley 4796 de Rio Negro, publicada en el Boletín Oficial Nº 5090 el 8 de noviembre de 2012.

**56.** Artículo 9 de la Ley 4796 de Rio Negro, publicada en el Boletín Oficial Nº 5090 el 8 de noviembre de 2012.

**57.** Se trata de los artículos 5, 11 y 13 del Capítulo I del Anexo de la Resolución 1252/2012: "Artículo 5.- En el caso de las personas menores de edad y las declaradas incapaces por sentencia judicial deberán ser oídas e informadas en el proceso de decisión haciéndoles saber las consecuencias de la práctica y las alternativas existentes. En este proceso también participarán las personas que por ley ejerzan su representación legal (...) Artículo 11: Para la atención de aborto no punible, contemplado en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal, en los que el embarazo sea producto de un atentado al pudor de una víctima con discapacidad mental, deberá constar: a) Consentimiento de el/los representantes legales, prestado ante el/los profesional/es médico/s que llevará/n a cabo la intervención; b) Declaración jurada de el/los representantes legales, conforme el modelo aprobado en el anexo; c) Declaración de insania, debidamente certificada o certificado que acredite que la mujer padece de discapacidad mental expedido por la autoridad competente. (...) Artículo 13: Cuando correspondiera que el representante legal de la mujer embarazada, manifieste el consentimiento, ya sea por tratarse de menores de edad o personas declaradas incapaces por sentencia judicial, estas deberán ser oídas e informadas en el proceso de decisión en el que también deberán participar las personas que por ley ejerzan su representación legal ..."

**58.** Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2, caso "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre amparo (ARTÍCULO 14 CCABA)", Expte. N° 46062, sentencia del 27 de marzo de 2013, disponible en http://goo.gl/9mQRnv

confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad". Asimismo, la jueza citó un informe del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) que, entre otras cosas, estableció que el sistema de apoyos y salvaguardias que regula el art. 12 de la CDPCD deberá:

**"...**

1. respetar la voluntad de las personas con discapacidad, mediante la utilización de mecanismos y apoyos necesarios para establecer una adecuada comunicación;

2. individualizar el sistema de protección, con consideración de las capacidades de los sujetos, con el objetivo de establecer y adecuar los mecanismos de apoyo, para el ejercicio de aquellos derechos en los que de forma exclusiva se requieran;

3. no sustituir en ningún caso, y por razón de discapacidad, la voluntad de la persona en el ejercicio de derechos personalísimos;

4. asegurar que los sistemas de apoyo coadyuven al efectivo ejercicio de todos los derechos, y no sólo los de carácter patrimonial;

5. gozar de las garantías y salvaguardas para evitar el conflicto de intereses y la vulneración de los derechos del individuo; por ésta razón, las medidas adoptadas deberán ser proporcionales y estar sometidas a revisiones periódicas

**..."**

Mucho tiempo después de vencido el plazo ordenado (10 días) y en supuesto cumplimiento de la medida cautelar, en noviembre de 2013, el Ministerio de Salud de la Ciudad dictó la Resolución 2013-1860-MSGC mediante la cual crea un "Equipo Interdisciplinario de Apoyo" para pacientes con discapacidad que soliciten prácticas de aborto no punible (artículo 1), el cual estará conformado por un Lic. en Trabajo Social y un Lic. en Psicología designados por el Director del hospital (artículo 2). De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la resolución, el equipo "respetará la voluntad de las personas con discapacidad, mediante la utilización de mecanismos y apoyos necesarios para establecer una adecuada comunicación. Tendrá en consideración el diferente grado de capacidades y comprensión de los sujetos, con el objetivo de establecer y adecuar los mecanismos de apoyo. En ningún caso sustituirá la voluntad de la persona en el ejercicio de sus derechos". Sin embargo, en violación del derecho de las mujeres con discapacidad al consentimiento informado, el artículo 4 de la resolución establece que "en virtud de lo previsto en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal, la conformidad del representante legal si lo hubiere, resulta ineludible a efectos de que la práctica abortiva se ejecute."

La parte actora cuestionó esta resolución ministerial y solicitó su modificación a fin de que se establezca que el sistema de apoyos es un derecho de la mujer y no una obligación que pueda imponerse contra su voluntad sino con su acuerdo. Asimismo, solicitó que dicho sistema esté integrado por personas con las cuales la mujer tenga una relación de confianza previa. En el caso de no existir personas de confianza, la autoridad sanitaria debería designar, también con acuerdo de la mujer, a una persona idónea para prestar el apoyo requerido.

Haciendo lugar a lo requerido, con fecha 11 de junio de 2014, el magistrado ordenó al Gobierno de la Ciudad modificar la Resolución 2013-1860-MSGC de forma que establezca expresamente que: "(i) el sistema de apoyos es un derecho de la mujer, que debe respetar su voluntad y no puede –bajo ningún supuesto- forzarla o sustituirla; (ii) la función de apoyo tiene por finalidad asistir a la mujer con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, respetando de modo irrestricto su voluntad y preferencias; (iii) la función puede ser desempeñada por familiares, amigos, asistentes personales o cualquier otra persona de confianza de la mu-

jer discapacitada; (iv) para el caso de no existir personas de confianza, la autoridad administrativa deberá designar persona idónea para prestar el apoyo requerido, designación que deberá tener siempre en cuenta la opinión de la mujer con discapacidad" .Con fecha 5 de julio de 2013, se dictó sentencia sobre la cuestión de fondo. En cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la Resolución 1252/2012, el juez sostuvo, entre otras cosas, que la restricción al consentimiento de mujeres con discapacidad se contrapone a la normativa vigente en la materia (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad , Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley nacional de Salud Mental Nº 26.657, y art. 42 de Constitución de Ciudad de Buenos Aires), que protege la capacidad de las mujeres a adoptar decisiones respecto de su salud dentro de sus posibilidades.

Al fundar esta decisión, el juez sostuvo:

> "La normativa vigente es clara en cuanto a la capacidad de las mujeres con algún tipo de discapacidad mental para adoptar decisiones relativas a su salud, dentro de sus posibilidades. Lo contrario implica restringir de manera arbitraria, y sin tener en cuenta el grado de afectación o padecimiento mental padecido, un derecho fundamental de la mujer, cual es el de adoptar decisiones que conciernen a su propia vida y a su salud e integridad física y mental.
>
> "En definitiva, las normas legales y supralegales antes referidas, establecen la obligación de los órganos estaduales de respetar la voluntad de la mujer discapacitada con relación a temas que afecten sus propios intereses y derechos, y, en todo caso, de acompañar esa decisión brindándole los mecanismos de apoyo que le permitan ejercer ese derecho en condiciones acordes con sus propias capacidades. (...)
>
> "En definitiva, la resolución cuya constitucionalidad ha sido cuestionada violenta las normas internacionales y nacionales referidas, así como también la Constitución y disposiciones locales, al imponer una limitación absoluta a la voluntad las mujeres con discapacidad, en lugar de tener en cuenta la capacidad."

En consecuencia, corresponde declarar su inconstitucionalidad, haciendo lugar al planteo de los accionantes."

Tanto el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires como el Ministerio Público Fiscal apelaron la sentencia, recursos que se encuentran en estudio ante la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

En el ámbito nacional, como se mencionó, el Ministerio de Salud de la Nación, publicó en 2015 su Protocolo para la Atención Integral de Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo (Ver nota 2), en el cual, entre otras cosas, se ajustó a los mandatos constitucionales para la protección de derechos de las personas con discapacidad. El protocolo establece que:

**"En las situaciones en las que la mujer con derecho a acceder a una ILE (ya sea por peligro para la salud, la vida o por violación) tenga discapacidad psicosocial o mental, es fundamental que el equipo de salud la acompañe durante todo el proceso de atención fortaleciendo su autonomía."**

Es por ello que los servicios de salud, no pueden actuar sin tener en cuenta o su-

primiendo la voluntad de las mujeres con discapacidad, por el contrario, deben proporcionarles herramientas que aseguren su participación en todo momento del proceso para un ANP. El protocolo se preocupa especialmente, por indicar algunas obligaciones del servicio en los casos en que una mujer con discapacidad solicite un ANP:

- Permitir y no imponer la asistencia y acompañamiento de una red de apoyo, para que la mujer pueda participar (inclusión efectiva y centralidad en la toma de decisiones) en el proceso para un ANP. Esta red puede estar integrada por una o más personas de confianza designadas por la mujer y en caso de no contar con nadie en el servicio se le deberá ofrecer el apoyo necesario.

- Recibir información sobre su estado, el derecho al aborto no punible . Para ello se debe usar un idioma, lenguaje y medios accesibles para las mujeres, de acuerdo con sus características particulares: tipo de discapacidad, nivel de educación, etc.

- Presunción de capacidad general, es por ello que los servicios no pueden exigir la acreditación de la discapacidad intelectual o psicosocial. Todas las mujeres que no tiene declaración de discapacidad, que acudan al servicio sin acompañamiento y está en condiciones de dar su consentimiento pueden hacerlo autónomamente. Ello no obsta para que el servicio le ofrezca la posibilidad de convocar una red de apoyo para asistirla, sin que esto pueda retrasar la práctica.

FUSA