



Dossier doctrinario



Autores de Chubut

Dra. Mariana Ripa

Compilado por Lic. Silvina Pazos y T.S.B. Melina Arana
Una producción de la Dirección de Bibliotecas
Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne todos los trabajos doctrinarios realizados a la fecha por la Dra. Mariana Ripa.

Dirección de Bibliotecas
Superior Tribunal de Justicia del Chubut

© **Dirección de Bibliotecas** – Superior Tribunal de Justicia del Chubut
Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut
bibliotw@juschubut.gov.ar
Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs

Tabla de contenido

Sobre la autora	7
Semblanza con enfoque de género de un pronunciamiento de la Corte mexicana. Achicando brechas entre derechos y efectivización	11
Las razones detrás de las razones de la penalización del aborto	26
La participación ciudadana, mediante institutos de democracia semidirecta en la Provincia del Chubut	46
Cuando el aseguramiento del fin tuitivo se torna ilusorio.....	74
La permeabilidad de la justicia ante la perspectiva de género.	96
Aborto No Punible. Breve panorama en la Provincia del Chubut. Una deuda comienza a saldarse.....	115
Declaración de voluntad anticipada. Algunas consideraciones	131

Sobre la autora



MARIANA GABRIELA RIPA

Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Posgrado en Derecho Procesal Civil y Comercial. FUNDESI, Colegio Público de Abogados de Puerto Madryn, Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNPSJB.

Diplomatura en Instituciones Profundizadas del Derecho Individual del Trabajo, dirigida por el Dr. Julio Armando Grisolia.

Cursando actualmente Diplomado en Género y Justicia PRI-GEPP.

Desempeño laboral y profesional

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 94 (meritoria) (CABA).

Servicio Jurídico Gratuito de la Universidad de Buenos Aires (CABA).

2000-2003 Ejercicio de la profesión en CABA y Esquel (Chubut).

2002 Integró la nómina del Colegio Público de Abogados del Noroeste del Chubut.

2003-2004 Secretaria Habilitada. Honorable Legislatura de la Provincia del Chubut.

2004-2005 Ministra de Gobierno, Trabajo y Justicia de la Provincia del Chubut.

2006 Vicepresidenta de la Asociación Patagónica de Derecho Administrativo. Integró la nómina del Colegio Público de Abogados CABA. Fundadora de la Organización No Gubernamental “Ñuque Cuyen - Madre Luna”.

2005-2007 Asesora General de Gobierno. Ministerio de Coordinación de Gabinete.

2007-2011 Diputada Provincial, Legislatura del Chubut.

2010 Integró la nómina de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

2012 Coordinadora de Proyectos sobre violencia, educación y derechos humanos en la Fundación Ñuque Cuyen. Integrante de la Alianza de Abogad@s por los Derechos Humanos de las Mujeres.

2013 Consultora externa del Fondo de Acción Urgente de América Latina (organización feminista que apoya asociaciones de mujeres y activistas por los Derechos Humanos).

2013-2015 Asesora Legal del Municipio de Dolavon. Asesora Legislativa de Bloque. Honorable Legislatura. Asesora del Programa sobre Comunidades Indígenas.

2011-2018 Ejercicio de la profesión liberal en Derecho Administrativo, Civil, Comercial, Familia y Laboral.

2018 a la actualidad, Directora de la Oficina de la Mujer y Violencia de Genero del Superior Tribunal de Justicia.

Ejercicio de la docencia universitaria

2003 Docente de la Carrera de Nivel Terciario para Asistentes Infanto-Juveniles. Cátedra “Legislación”. Instituto Superior N° 809. Esquel.

2003 Docente del Curso de Capacitación “La Responsabilidad del Docente y los Derechos del Niño en la Escuela”. Instituto Superior N° 809. Esquel, Chubut.

2013-2014 Docente de la cátedra “Derecho Civil IV” de la UNPSJB, Sede Trelew, Facultad de Ciencias Jurídicas.

2020 Docente del Diplomado en Políticas Públicas. Fundación Konrad Adenauer (KAS) de Argentina, coordinado por la Extensión Universitaria de la UNPSJB, Sede Trelew, Facultad de Ciencias Jurídicas.

Expositora y disertante en jornadas, congresos, conferencias, cátedras y capacitaciones provinciales, nacionales e internacionales.

Obras publicadas

Ripa, Mariana. *Humanas con Derecho : Derechos humanos y violencia de género en la Provincia del Chubut*. Ed. Dunken, noviembre 2011.

Semblanza con enfoque de género de un pronunciamiento de la Corte mexicana. Achicando brechas entre derechos y efectivización

por Mariana Ripa

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: RDF 2019-VI, 17/12/2019, 248.

Cita Online: AR/DOC/3357/2019

[Consultado el: 16/06/2020]

Sumario

I. Breves palabras de inicio.— II. Reseña del caso.— III. La relevancia de la capacitación en género como elemento necesario para alcanzar el estándar de acceso a justicia.— IV. El valor de los pronunciamientos de los máximos tribunales en materia de género a efectos de reducir la brecha de efectivización de derechos de las mujeres.— V. Breves palabras de cierre.

I. Breves palabras de inicio

El objeto de la presente colaboración es efectuar un análisis de lo resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en fecha 18 de abril de 2018, desde un enfoque de género [\(1\)](#).

Adelanto que el pronunciamiento del Máximo Tribunal, en su fundamentación como en su parte resolutive, incorpora la perspectiva de género, determinando con precisión la obligación de funcionarias y funcionarios del Estado, con relación a garantizar el derecho a la salud

de mujeres y agregaría, de personas gestantes, en cuanto al acceso de la práctica de interrupción de una gestación habilitada legalmente, y reconoce la calidad de víctima a la mujer cuyos derechos se vulneraron, habilitando la reparación integral.

Al iniciar esta tarea, haré una breve reseña del caso, a fin de contextualizar los hechos, señalando aquellos de mayor relevancia según la óptica desde la que se analiza y luego avanzaré respecto de dos dimensiones que, a mi criterio, requieren especial atención desde la perspectiva de género. Una primera dimensión vinculada a la relevancia de la capacitación en género como elemento necesario para alcanzar el estándar de acceso a justicia y la otra respecto del valor de los pronunciamientos de los máximos tribunales en materia de género a efectos de reducir la brecha de efectivización de derechos de las mujeres.

II. Reseña del caso

En el caso, la amparista debió recurrir ante la justicia luego de haber peticionado por escrito la interrupción de la gestación, producto de una violación sexual (denunciado en sede penal, tal y como indica la ley del Estado de Oaxaca), sin que, transcurridos doce días desde la petición, lograra efectivizar la práctica a la cual tenía derecho a acceder.

Si bien dos días después de recibir la petición la Secretaría de Salud del Estado de Oaxaca autorizó formalmente la realización de la práctica, notificando a las autoridades del hospital que debía brindar la "atención médica oportuna", lo cierto es que, cuando la amparista se presenta en la institución, le informan que el personal del hospital estaba de paro y que solo se atendían "urgencias" y que su caso no revestía esa calidad.

Ante la situación relatada, se insta la acción de amparo, con la pretensión de que se ordene la realización de la práctica abortiva y se declare su calidad de víctima por la violación de derechos humanos

por parte de las autoridades, en razón de haber dado a su persona un tratamiento que constituyó tratos crueles e inhumanos, los que se equiparan a tortura, y, por tanto, la hacen acreedora de una reparación integral.

El reclamo se dirigió a responsabilizar al gobernador del Estado de Oaxaca y a la Secretaría de Salud por una deficiente conducción de la política pública en materia de salud, en razón de no asegurar la prestación de servicios médicos de emergencia aun en la hipótesis de huelga de trabajadores de la Secretaría de Salud, y a la directora del hospital por actos crueles e inhumanos, equiparables a tortura, a los que fuera sometida por la negación del servicio de salud relacionado con la interrupción de la gestación.

La jueza que entendió en la demanda, en primer término, no hizo lugar a la medida cautelar solicitada, en tanto, si bien el acto reclamado se relacionaba con un hecho de tortura, no evaluó "peligro en la privación de la vida o alguno proscrito por el precepto 22 constitucional", luego la concedió con "el único efecto de que se proporcione la atención médica que requiera con relación a su estado de salud". Una vez admitida la demanda, la quejosa presentó una ampliación de esta, alegando nuevos hechos —con base en un informe de la Secretaría de Salud— y planteó la inconstitucionalidad de artículos.

La magistrada intimó a la reclamante a ratificar la firma, lo que ocurrió luego de casi un mes y medio de haber instado la acción y aproximadamente tres meses de haber requerido la interrupción de la gestación. En dicha diligencia, la amparista informa que se había realizado la práctica de interrupción del embarazo en otra institución, con el apoyo de una organización de mujeres.

En consecuencia, de la información suministrada en cuanto a que la interrupción del embarazo se había producido, la jueza emite la sentencia en la cual no hace lugar a la demanda, entre otros elementos, evalúa que la ampliación de esta fue extemporánea y que se tornó abstracta la cuestión, por tanto, procede a sobreseer a los demandados.

Ante este pronunciamiento, la amparista impugna ante el Tribunal Colegiado, que resuelve dar intervención a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien se aboca al tratamiento, entendiendo que debe resolver sobre la existencia de violaciones a los derechos humanos. Procede a levantar el sobreseimiento dispuesto respecto de las autoridades públicas y, luego de analizar el caso, tuvo por acreditados los graves actos violatorios de los derechos humanos contra la quejosa, en razón de que la institución sanitaria estatal tuvo conocimiento de que la solicitud de interrupción de la gestación era producto de una violación sexual y por lo tanto debía atenderse como una emergencia, independientemente de la huelga en el hospital, ya que las instituciones públicas de salud tienen la obligación de garantizar el servicio ante las emergencias. Sin embargo, no dio por acreditado el incumplimiento en la implementación de políticas públicas a cargo del gobernador y de la Secretaría de Salud, ponderando que en situaciones de normalidad los casos de abortos producto de violaciones eran atendidos por el sistema de salud.

El Máximo Tribunal hace exclusivamente responsables por la violación a los derechos humanos de la mujer en razón de la negativa a realizar un aborto a las autoridades del hospital, reconociendo la calidad de víctima directa de la reclamante, habilitándola a ingresar al sistema previsto por la Ley General de Víctimas, a efectos de obtener la reparación integral, oportuna, plena, diferenciada, transformadora e integral, por la violación a sus derechos humanos, ordenando conceder las medidas de rehabilitación, compensación, satisfacción y de no repetición (2).

Profundizando en que la reparación debe darse a la luz de lograr la mayor satisfacción bajo el "... principio de enfoque diferencial y especializado, es decir, que se reconozca la existencia, en el caso concreto, de una mayor situación de vulnerabilidad en razón de género", puntualizando en que se debe poner énfasis en acciones que eviten situaciones como las expuestas en el presente caso, sosteniendo que "las autoridades de todo nivel e índole, deben atender de manera eficaz, inmediata y sin objeciones, las solicitudes de interrupción del embar-

zo derivadas de una violación sexual, privilegiando los derechos de toda mujer que ha sido víctima de actos crueles e inhumanos como lo es una violación sexual...".

III. La relevancia de la capacitación en género como elemento necesario para alcanzar el estándar de acceso a justicia

De los datos que pueden obtenerse del pronunciamiento bajo análisis puede extraerse que el tratamiento dado efectuado por la jueza que intervino en primer término carece de enfoque de género, lo que la lleva a fijar incorrectamente la litis. Así, la magistrada, al no considerar el impacto que el retardo (téngase presente que transcurrieron desde la petición de la práctica en el sistema de salud aproximadamente tres meses) en la efectivización de la práctica abortiva implicaba para la mujer, con relación a su vida, salud, dignidad etc., sumó un eslabón más a la cadena de revictimizaciones institucionales a la que fue expuesta la amparista, inclusive se desprende de la lectura del fallo una serie de exigencias formales adicionales que podrían entenderse como atentatorias de los derechos de la peticionante, si bien ello fue subsanado por la sentencia de última instancia.

Los derechos de las mujeres se ven afectados cuando, en contra de su decisión, se les impone de modo externo la carga de proseguir con una gestación bajo su exclusivo riesgo y costo, lo cual enfrenta a las mujeres a situaciones propias de la gestación en contra de sus voluntades. Esto se agrava cuando en los sistemas de causales, como la del Estado de Oaxaca, la víctima de abuso sexual cuenta con el derecho a la interrupción del embarazo y es el mismo Estado el que obstruye, retardando el acceso a sus derechos.

Así, en el fallo comentado se evidencia que la magistrada admitió el amparo, pero no la medida cautelar (realización del aborto), aun cuando la jueza reconoció que el acto reclamado se relacionaba con un hecho de tortura (violación sexual), según refiere, por no observar peligro en la privación de la vida o tormento.

La magistrada, al resolver el caso, evidencia la ausencia de perspectiva de género. Pudiera obedecer este accionar a la falta de capacitación y sensibilización en materia de género —si bien resulta responsabilidad de quienes detentan cargos públicos contar con elementos necesarios a fin de dar efectivo cumplimiento a su tarea—, debe también decirse que actualmente no son muchas las casas de altos estudios que incorporan la perspectiva de género en su currícula, más allá de encontrarse vigente profusa normativa internacional, nacional y estadual, a lo que deben adicionarse las recomendaciones de órganos de seguimiento de los instrumentos internacionales o jurisprudencia de la Corte Interamericana. Según mi experiencia, esta estructura sobre la que se asienta el derecho de género internacional es desconocida e ignorada por gran parte de quienes operan con el derecho. A la luz de lo mencionado, y hasta tanto no se efectivicen estrategias serias de capacitación y sensibilización en género, es dable que aparezca como una duda razonable, si se adolece de conocimiento o, simplemente, en las intervenciones judiciales se prioriza un sistema de creencias personales con base en estereotipos por sobre el sistema normativo vigente cuando de derechos de mujeres se trata. Esta duda podrá despejarse con la medición del impacto de las capacitaciones en la materia.

La magistrada, según sentencia el Alto Tribunal, al fijar incorrectamente la litis, aplicó indebidamente a legislación. Como se expresara más arriba, una de las razones podría vincularse a la falta de capacitación en materia de género de quienes dicen el derecho, lo que impediría poder dimensionar y registrar el impacto diferenciado que el acceso a la salud tiene para las mujeres, el derecho a la salud como un derecho humano, la implicancia en el peligro de la salud o vida en el retardo o negativa a acceder a la práctica del aborto, la vinculación entre género y derechos humanos, los estereotipos que inciden en el accionar de quienes en el Estado deciden sobre temas que se vinculan a las mujeres, ya sea en los servicios de salud o justicia, etc., y las obligaciones que pesan sobre quienes forman parte del Estado y, en consecuencia, fija el deber de responder por dichos incumplimientos.

No resulta ocioso reiterar que el Estado debe agotar todas las instancias a fin de proporcionar capacitación en materia de género a quienes lo integran y, ante actos u omisiones que resulten contrarios al sistema de derechos humanos con perspectiva de género, se efectivicen los procesos de responsabilidad respecto de quienes desde cualquiera de los poderes del Estado no cumplan con los estándares aplicables en la materia (3).

La Corte Interamericana ha dicho en un caso que ha marcado profundamente al Estado de México en materia de género, y del que el Máximo Tribunal ha tomado nota a la luz de su sentencia, que "La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer" (4), relacionado a que los "... estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. Esto tiene consecuencias de gran alcance... por ejemplo el mantenimiento de una cultura de impunidad ante la vulneración de derechos de las mujeres" (5). Así: "Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres... Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos..." (6). La capacitación en género interpela a quienes la reciben, entre otros tópicos, respecto de la visibilización de estereotipos y su vinculación con la violencia.

La temática en torno a la cual giró el fallo, derechos de la mujer, el acceso al aborto, la responsabilidad por la obstrucción o retardo y los estereotipos que en torno a esta se ciernen, confrontan a quienes intervienen en él desde los distintos ámbitos del Estado con uno de los más naturalizados sistemas de dominación instalado en nuestras sociedades, el patriarcado, de acuerdo con el cual el rol de la mujer ha estado ligado esencialmente a la reproducción. Es en este sentido que el derecho al aborto es resistido más allá de las permisiones jurídico-normativas actuales, ya que dentro del sistema patriarcal se le asigna a la mujer principalmente un rol reproductivo con un valor superior a

cualquier otro, incluso a ella misma en su calidad de persona titular de derechos inalienables, y es en este contexto que considero que deben comprenderse las distintas intervenciones en el caso.

El Comité CEDAW recomienda que los Estados partes que "a) Tomen medidas, incluidas las de concienciación y fomento de la capacidad de todos los agentes de los sistemas de justicia y de los estudiantes de derecho, para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia" (7).

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (8): "... destaca la necesidad de reformar la cultura judicial de una manera sostenible como una precondition para que las mujeres puedan obtener un acceso de iure y de facto a la justicia. Para ello, la Comisión enfatiza la importancia de fortalecer y promover la creación de programas de capacitación para funcionario/as públicos, judiciales...". La capacitación y sensibilización se constituyen en herramientas teóricas y prácticas necesarias, al tiempo de dar respuestas, oportunas, pertinentes y, sobre todo, justas para las mujeres.

La sentencia de la Corte mexicana se erige en una acción concreta contra la impunidad a la violencia contra la mujer, por lo tanto, el pronunciamiento marca un camino de acción en torno a los derechos de las mujeres; el Alto Tribunal, con su sentencia, contrarrestó la ineficacia de las autoridades sanitarias y el incorrecto razonamiento judicial, lo cual resulta gravitante si tenemos presente que "La falta de respuesta institucional ante las denuncias de las mujeres es una forma de violencia" (9).

Una mención especial considero que se merecen las organizaciones de mujeres al momento de instar, acompañar o sostener acciones para la exigibilidad judicial de los derechos de las mujeres sin descuidar la efectivización de los derechos. Desde mi punto de vista, resultan un puntal relevante en los avances en materia de género, tal y como parece haber ocurrido en el caso comentado, en tanto de la lec-

tura del fallo surge que la mujer accedió a la interrupción del embarazo acompañada de una organización de mujeres que la auxilió en tiempo oportuno. En similar sentido, el Comité CEDAW sostuvo que "... reconoce que... las organizaciones no gubernamentales de mujeres han... contribuido al reconocimiento de la violencia por razón de género contra la mujer como una violación de los derechos humanos y a la aprobación de leyes y políticas para abordarla" (10).

IV. El valor de los pronunciamientos de los máximos tribunales en materia de género a efectos de reducir la brecha de efectivización de derechos de las mujeres

Algunos procesos judiciales han sido vehículos estratégicos para generar cambios judiciales y sociales en materia de género, resultando de gran utilidad, inclusive, para abrir instancias de diálogo en la sociedad que hubieran resultado impensados. Por tanto, sentencias como la comentada no solo resultan relevantes en el caso particular, sino que son de gran importancia como capital simbólico.

La Corte mexicana, en su pronunciamiento, no desarrolla argumentación medular en torno a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, se corre de la discusión de la interpretación de la regulación de los derechos en juego, el caso parte de la legalidad de la interrupción del embarazo producto de un abuso sexual como una práctica a cargo del Estado, profundizando en que debe efectuarse en tiempo oportuno, y en ese sentido ingresa en la instancia de determinar lineamientos a fin de garantizar su cumplimiento.

Existe consenso respecto a considerar que "Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como... la denegación o la postergación del aborto sin riesgo..., son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante" (11).

Por lo antedicho, resulta especialmente valioso que la Suprema Corte mexicana haya atribuido responsabilidad a las autoridades sani-

tarias en razón de no haber prestado eficiente y oportunamente el servicio de salud a la requirente, generándole a la amparista un daño adicional, vulnerando sus derechos y revictimizándola, considerando dicho accionar como ejercicio de violencia.

Esa atribución de responsabilidad por incumplimiento a las autoridades sanitarias contribuye con la lucha contra la impunidad y genera confianza en el sistema de justicia, al revertir el pronunciamiento de la anterior instancia. Lo contrario pudiera haberse interpretado como una habilitación —no expresa— a cometer actos de violencia contra las mujeres, entre los más habituales pueden mencionarse obstrucciones, dilaciones, ineficiencias u omisiones.

La sentencia marca el camino a seguir a efectos de garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres con relación a los obstáculos con los que, de hecho, se enfrentan las mujeres cuando intentan ejercer sus derechos y ante el incumplimiento asigna responsabilidades, lo que de algún modo proporciona derechos.

Cobra relevancia la sentencia de la Corte a la luz de lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostuvo: "... la impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, se favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia" [\(12\)](#).

Es importante señalar que desde estas páginas en modo alguno se propone la previa intervención judicial en materia de acceso al aborto, en tanto, al ser una problemática de salud pública, debiera ser resuelta en ese ámbito; no obstante, cuando no se garantiza ese derecho, resulta gravitante que, una vez ingresado al sistema judicial el reclamo, este sea resuelto desde la perspectiva de género, no solo para garantizar el acceso a la práctica en el caso concreto, sino para generar certezas, delineando pautas concretas para las condiciones de acceso, en general.

La Corte puso en foco los deberes institucionales del Estado con relación a las políticas y su implementación de acceso a la práctica de interrupción de la gestación, aun en el restringido sistema legislado por indicaciones o causales, apelando a marcar con claridad el tratamiento de los requerimientos de prácticas, determinándolos como casos urgentes y atribuyendo responsabilidad por la falta de provisión del servicio.

Desde distintas Cortes de los países latinoamericanos se han emitiendo pronunciamientos en la materia de derecho al aborto desde distintas ópticas y abordando diversa casuística, que van delimitando un panorama que permite dar mayores certezas para las mujeres, las autoridades sanitarias y judiciales, así como la posibilidad de generar espacios de diálogo en torno al tema, resaltando que "... el desarrollo de este proceso de visibilización hacia la garantía en el encuadre constitucional del aborto que ha ido tornándose más sensible a la necesidad de construir ciertas certezas frente a la ley, enfrentar barreras de acceso y garantizar servicios de aborto legal" (13).

En torno a los fallos de altas Cortes, oportuno es referir que el pronunciamiento producido en nuestro país, el denominado fallo "F. A. L." (14), ha representado un enorme paso en la materia, que de algún modo abrió una rendija por la cual comenzaron a colarse las distintas demandas y necesidades de discusión, tanto de ampliación de reconocimiento, garantía y efectivización, de derechos de mujeres y personas gestantes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en un pormenorizado análisis de las normas constitucionales y convencionales en juego, abordando la sentencia aspectos medulares en la temática, marcando lineamientos respecto de la constitucionalidad del sistema de causales, la improcedencia del requisito de autorización judicial, ni de denuncia penal previa, para acceder a la práctica de interrupción de la gestación. Además, la Corte exhortó a regular y garantizar el acceso a la práctica de abortos no punibles.

Ahora bien, en cuanto al aporte efectuado por la Corte mexicana en disminuir la brecha entre los derechos y su efectivización, puede

señalarse que en la sentencia queda claro que los casos de abortos no punibles deben ser tratados como una "urgencia". En este sentido: "La dinámica entre derecho, sistemas de ideas y valores, y comportamientos individuales y grupales es estrecha en grado sumo... el derecho... tiene la fuerza de la autoridad. Por sobre distintas voces, la legal tiene autoridad de lo preestablecido y fija los límites del deber ser" (15). El derecho tiene una voz que resuena con mayor peso en determinados ámbitos, y de allí el valor que atribuyo a la sentencia, cuando nombra a este tipo de práctica como una urgencia, pone en valor el derecho de la mujer en un sentido amplio.

Este es uno de los puntos centrales que podemos extraer de la sentencia. En casos como el analizado, existe una obligación de que la atención se proporcione de manera eficiente y e inmediata, con el fin de no permitir que las consecuencias dañosas se sigan desplegando en el tiempo. Esta obligación a cargo del Estado excede la atención médica y su seguimiento y cesa, como sostiene la Corte, con la "materialización de tal interrupción legal del embarazo"; en tal sentido, podría interpretarse que la Suprema Corte categorizó esta obligación como de resultados y no solo de medios. Profundiza el análisis en la normativa vigente, señaló que las autoridades de salud no pueden implementar mecanismos ni políticas internas que impidan la materialización de los derechos de las mujeres, confiriéndole carácter prioritario y tratamiento como un caso urgente e inmediato y, ante impedimentos de diversa índole que pudieran presentarse, están obligadas a asegurar la atención en otras instituciones sanitarias, siendo responsables de la efectivización de la práctica médica.

Con relación a la pertinencia y causa de atribuir responsabilidades a las autoridades sanitarias, la Corte informa que la violación grave de derecho no deriva de la huelga, sino que con claridad refiere a la negación de realizar la práctica de aborto, por no considerarla un caso urgente; puntualiza en la no convalidación de una prestación del servicio tardío de la autoridad médica, ya que sostiene que resulta extemporánea y consecuencia del inicio de la acción judicial, no obstante, la violación a los derechos humanos de la menor ya se había producido.

Finalmente, al reconocer la calidad de víctima directa de la reclamante y, en consecuencia, habilitarla a obtener una reparación integral, oportuna, plena, diferenciada transformadora e integral, por la violación a sus derechos humanos, marca claramente una mirada de género en el análisis integral del caso, disponiendo una atención especial en cuanto a la vulnerabilidad en razón del género, lo cual tiene una enorme relevancia.

V. Breves palabras de cierre

El Estado debe dar garantías para que las mujeres accedan en contextos de igualdad y seguridad a la práctica de interrupción del embarazo y para ello debe crear las condiciones adecuadas para que ocurra, eliminando o disminuyendo la brecha entre el derecho y su efectivización, especialmente cuando de salud sexual y reproductiva se trata. El pronunciamiento analizado cumple con estos estándares, combinando el remedio judicial individual, confiriendo la calidad de víctima y el derecho a la reparación integral de la peticionante y contribuyendo a modificar las conductas generales, con lineamientos que garanticen efectivamente la provisión y el acceso a servicios de aborto legal.

En modo alguno este comentario implica afirmar que con un precedente de esta naturaleza las mujeres habrán derribado las barreras para acceder a la práctica de salud de interrupción de la gestación, aun en el sistema de causales, pero sin dudas contribuye a despejar dudas y generar certezas, iluminando prácticas tendientes a frustrar derechos, responsabilizando a las autoridades públicas que no cumplen con sus obligaciones, de este modo contribuye a achicar la brecha entre los derechos de las mujeres y su ejercicio.

Este tipo de pronunciamientos tienden a empoderar a las mujeres y las organizaciones y resultan insumos de gran utilidad para quienes integran el Estado, como para la sociedad en su conjunto, pudiendo ser utilizados en litigios individuales o estratégicos o volcarse en leyes o reglamentos. Entonces: "... a la hora de reivindicar los derechos de

las mujeres y de asegurar su autonomía y su calidad de ciudadanas plenas, es preciso suponer que al valor simbólico y legitimador de las leyes le sigue su cumplimiento real y efectivo" (16). Tomando como punto de partida el fallo en análisis, agregaría que, de no ocurrir ese cumplimiento "real y efectivo", las mujeres podrán, con confianza, acceder al sistema de justicia en búsqueda de una reparación integral en su carácter de víctimas de derechos humanos, allí radica el valor del precedente judicial.

Bibliografía

(1) Amparo en revisión 1170/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

(2) Según expresa la sentencia: "La reparación integral del daño implica: Restitución: se busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos; Rehabilitación: se busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos humanos; Compensación: se otorga a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Esta se concederá por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos; Satisfacción: se busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas. Medidas de no repetición: se busca que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir". (Amparo en revisión 1170/17, Suprema Corte de México, p. 27).

(3) Resulta oportuno compartir la experiencia impulsada por el Poder Judicial de la provincia de Chubut, que mediante acuerdo plenario 4710/2019 y res. 36 y 14/2019, de la Defensa y la Procuración, las tres agencias del Poder Judicial han implementado de modo simultáneo el "Programa permanente de capacitación obligatoria para todas las personas que integran el Poder Judicial en la temática género y violencia contra las mujeres (POG)", siguiendo los lineamientos de la Ley

Micaela y fijando como primera etapa el dictado del taller en "Perspectiva de Género", que fuera cedido por la OM de la Corte Suprema a la provincia. Se puede consultar al respecto en: www.juschubut.gov.ar/images/OM/2019/POG/Estado_de_avance_POG_21_de_agosto_2019.pdf.

(4) Corte IDH, Caso "González y otras ('Campo Algodonero') c. México", sentencia del 16/11/2009, Serie C-205, párr. 401.

(5) Recomendación gral 33, CEDAW, sobre Acceso a la Justicia.

(6) Recomendación gral 33, CEDAW, sobre Acceso a la Justicia.

(7) Recomendación gral 33, CEDAW, sobre Acceso a la Justicia.

(8) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe de Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas", del 2007.

(9) "Atlas de las luchas de las mujeres - 90 años CIM", p. 79, www.oas.org/es/cim/docs/Atlas90-Digital-ES.pdf.

(10) Recomendación gral 35, CEDAW, sobre la Violencia por Razón de Género contra la Mujer.

(11) Recomendación gral 35, CEDAW, sobre la Violencia por razón de Género contra la Mujer.

(12) Corte IDH, Caso "González y otras ('Campo Algodonero') c. México", sentencia del 16/11/2009, Serie C-205, párr. 400.

(13) RAMÓN MICHEL, Agustina - BERGALLO, Paola, "La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas Cortes de América Latina", La reproducción en cuestión: investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto, Ed. EUDEBA, Buenos Aires, 2018, p. 532. En: www.juschubut.gov.ar/images/biblioteca/La_reproduccion_en_cuestion.pdf.

(14) CS, 12/03/2012, "F. A. L. s/ medida autosatisfactiva".

(15) HARARI, Sofía - PASTORINO, Gabriela L., "Acerca del género y el derecho", en BIRGIN, Haydée (comp.), El derecho en el género y el género en el derecho, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000, 1ª ed., p. 125.

(16) FEMENÍAS, María L., "Derechos humanos y género: tramas violentas. Aspectos del discurso jurídico", Ed. Prohistoria, Rosario, 2014, 1ª ed., p. 67.

Las razones detrás de las razones de la penalización del aborto

por Mariana Ripa

Disponible en: <https://bit.ly/3dtiz9s>

Publicado en: La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto”. Buenos Aires: Eudeba, 2018. Pag. 287-298.

[Consultado el: 16/06/2020]

1. Introducción.

Tomo como punto de partida el acuerdo básico y necesario que implica la defensa de la vida humana; no obstante, planteo que en muchas oportunidades, las discusiones que se dan en torno al aborto exceden la defensa del valor vida y apuntan al sostenimiento del poder del patriarcado sobre las mujeres.

En este trabajo intento señalar algunas cuestiones jurídicas e indagar sobre lo que percibo como las verdaderas razones, en su mayoría encubiertas, para sostener la penalización, bajo el dogmático fundamento del derecho a la vida del nonato.

En esta oportunidad no discurriré sobre el comienzo de la vida, hecho sobre el que no existe opinión científica unánime y que no contribuye –ni modifica– el análisis de las razones detrás de las razones de la prohibición de la interrupción temprana de la gestación. Entiendo que la protección de la vida en general no implica contradicción alguna con un criterio favorable respecto del aborto voluntario. En este punto, debo mencionar que lo que se conoce como la postura “provida” interpreta el sistema jurídico y los derechos de un modo estrecho y diferencial, soslayando en todos los supuestos los derechos y garantías de las mujeres, mostrando un absoluto desprecio por ellas.

Especialmente, me interesa abordar el derecho y principio rector de “la libertad” sobre el que se estructura el sistema de derechos humanos, específicamente a la autonomía y dignidad. Este conjunto de derechos resultan violados reiteradamente cuando su titular es una mujer. Vale decir que la situación señalada ha sido aceptada socialmente con naturalidad.

De modo que, quienes rechazan el debate de la legalización del aborto, basándose en el axioma del derecho a la vida, tienen una percepción discutible acerca del derecho argentino y carecen de la necesaria perspectiva de género como herramienta de análisis. Por esta razón, propongo, utilizando la categoría de género, vislumbrar un catálogo de variables, que sin dudas deben ser tenidas en cuenta al abordar el tema del aborto. Así podremos notar cómo el sexo se transforma en un obstáculo para el ejercicio de derechos básicos, sumado a la situación socioeconómica y cultural de quien intenta ejercerlos, que se agrava con aquellos prejuicios que subyacen en los discursos dominantes sobre la mujer.

Por lo expuesto es que resulta necesario dar el debate respecto de la legalización del aborto, si aspiramos a constituirnos en una sociedad que verdaderamente respete, proteja y efectivice los derechos humanos del conjunto.

2. La vinculación entre derechos humanos y el derecho al aborto.

A partir del reconocimiento de los derechos de las mujeres como parte integrante del sistema de derechos humanos, puede plantearse que la permisión legal de la interrupción de la gestación se torna una medida protectora que garantiza los derechos a la vida y a la salud de las mujeres, en un primer análisis, pero esencialmente se vincula a los derechos a la libertad, a la autonomía y dignidad. Estos derechos les son reconocidos a todos los seres humanos, en el marco de tratados y convenciones internacionales que integran nuestro bloque de consti-

tucionalidad. En tal sentido, la protección de los derechos antes mencionados resulta conminatoria para el Estado argentino.

Si bien en los tratados de derechos humanos no encontraremos referencia al tema del aborto en forma textual, lo cierto es que a partir de una interpretación ajustada a los principios orientadores y fundantes de dichos instrumentos, podremos encontrar la fuente de donde abreviar para afirmar que el acceso al aborto es un derecho para las mujeres. Los derechos mencionados en el presente trabajo surgen del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. También han sido de gran valor las recomendaciones u observaciones de los comités, como autoridades de interpretación de dichos instrumentos.

Por lo tanto, resultará útil vincular las características típicas de los derechos humanos en general que son compartidas por los derechos de las mujeres, en referencia a la penalización de la interrupción del embarazo.

Todos los seres humanos, por el sólo hecho de haber nacido, gozan de los mismos derechos –“universalidad de los derechos humanos”–; no obstante se presentan algunas necesidades específicas en razón de las especiales características de la mujer, que la posicionan como destinatarias de una protección distintiva, respecto de los derechos sexuales y reproductivos, en tanto es la mujer la única que podría ver vulnerados algunos sus derechos, a título de ejemplo, por un embarazo no deseado.

En este sentido, y a pesar de su universalidad, los derechos humanos han surgido bajo una mirada masculina-dominante; así, hace relativamente poco tiempo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos comenzó a referirse específicamente a los derechos huma-

nos de las mujeres en particular. Esto se debe atribuir a los movimientos de mujeres que han reclamado por la inclusión de los intereses y necesidades del género, a fin de interpretar y dar dimensión efectiva a los derechos incluidos en los instrumentos internacionales.

A título de ejemplo, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, al presentar su informe ante la Asamblea general, dedica un capítulo a examinar la protección de las mujeres contra la tortura, y en ese contexto ha referido que “El Comité contra la Tortura también ha señalado que las mujeres también son particularmente vulnerables cuando se adoptan decisiones en materia de reproducción y manifestando inquietud por los ordenamientos jurídicos internos que restringen rigurosamente el acceso al aborto voluntario en los casos de violación” (Naciones Unidas, 2008).

La CorteIDH ha sostenido que los Estados Partes tienen la obligación de “respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal” (Tojo, 2010: 37).

Respecto del tema abordado, la libertad de la mujer –que se reconoce en la autonomía para adoptar decisiones sobre el curso que llevará su vida– se relaciona con el derecho a continuar o interrumpir la gestación; es decir, con la posibilidad efectiva de llevar a la práctica su decisión.

En otros términos, la imposición estatal respecto de la prosecución de un embarazo se revela como una violación a la libertad y la autonomía de la mujer lo cual constituye un castigo físico y psicológico, contrario al derecho internacional y nacional, y es una afrenta a la dignidad humana de la que sólo es víctima la mujer, en tanto es la única que tiene la capacidad gestante. En el marco del Comité de Derechos Humanos se ha señalado que “las conductas que con mayor frecuencia son reconocidas como tratos crueles, inhumanos y degra-

dantes, y en consecuencia como violatorios del derecho a la dignidad, son aquellas que fuerzan a las mujeres a adoptar comportamientos en su vida reproductiva contra su voluntad, como el embarazo forzado, la negativa a proveer servicios de aborto terapéutico, la terminación forzada del embarazo y, particularmente, la continuación forzada del mismo” (gonzález Velez, 2008: 111).

De la “indivisibilidad de los derechos humanos” como principio rector del sistema se desprende que no pueden garantizarse unos derechos a costa de otros. Por ello, no es válido el argumento que la mujer debe sacrificar su vida, su salud o su dignidad llevando adelante una gestación no deseada en pos de defender la vida del feto.

Los derechos de las mujeres se ven afectados cuando, en contra de su decisión, se les impone de modo externo la carga de proseguir con una gestación bajo su exclusivo riesgo y costo, lo cual enfrenta a las mujeres a situaciones propias de la gestación en contra de sus voluntades.

Se infringe también la característica de “intransferibilidad de los derechos humanos”, desde el momento en que se le exige a la mujer renunciar a algunos de sus derechos fundamentales en favor del nonato, cuando esto surge como una imposición externa, y se transforma, entonces, en un acto de violencia.

Los derechos humanos son también “interdependientes”, y ello es fundamental en relación con el aborto como derecho de las mujeres, ya que implica que para acceder a un estándar de vida digno, se requiere del máximo goce de los derechos y cuando se viola un derecho humano, se resiente el conjunto.

En esta línea de razonamiento, si los derechos humanos conforman un sistema de derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes, entonces deben adoptarse –como principios de interpretación y resguardo en materia de violencia de género– la igualdad, la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad de la persona. Por

ello considero que la imposición de llevar a término una gestación, en resguardo del nonato, restringe el derecho de la mujer a acceder a ese estándar de vida digna.

Se ha sostenido que:

Más allá de las normas vinculantes y de los avances en la arena internacional y nacional, abordar la violencia contra las mujeres como un problema de derechos humanos nos remite a recuperar ciertos principios básicos, relacionados con los ideales de libertad e igualdad entre los seres humanos. En cierto sentido, dichos principios representan el espíritu originario de los derechos humanos y, por ende, estipulan criterios que guían su operacionalización, aun cuando su formulación no se encuentre plasmada como tal en el articulado de los tratados internacionales de derechos positivos (Faur, 2008: 31).

En el marco de los argumentos esgrimidos, en cuanto a lo que implica para la mujer la imposición de una gestación, aparece como irrazonable sostener la penalización del aborto, por resultar contraria a una interpretación armónica y respetuosa de los derechos humanos en el ámbito nacional. Los diferentes derechos mencionados que se encuentran en conflicto cuentan con distintos grados de protección jurídica. En este sentido, se ha manifestado que:

La legislación puede establecer distintos niveles de protección de la vida intrauterina. La protección de ese valor aumenta a medida que la vida en gestación evoluciona [...]. Los criterios para fijar ese momento son disputados, pero en cualquier caso, la protección de la vida intrauterina a partir de ese momento nunca podría garantizarse mediante el reconocimiento de un derecho absoluto o constante que evite su ponderación frente a los derechos de las mujeres también en juego (Bergallo, 2012: 292).

En este punto, resulta sustancial señalar que la protección y los intereses relacionados al embrión se incrementan a medida que avanza la gestación, cuya garantía llega a su punto máximo al tiempo de na-

cimiento con vida. En la misma proporción, pero de modo inverso, el grado de libertad y de autonomía de la mujer va disminuyendo a medida que la gestación avanza.

Resulta imprescindible entonces incluir en el análisis los arts. 16 y 19 de nuestra Carta Magna, ya que dichos artículos consagran los principios de igualdad, libertad, reserva, dignidad y autonomía. Estos principios y derechos deben ser justipreciados en consonancia con los instrumentos internacionales y, con base en estos parámetros, es que considero que la decisión de interrumpir o proseguir con una gestación debe originarse en la decisión de conciencia de la mujer, en consonancia con su libertad, autonomía y dignidad.

Con gran agudeza se ha señalado que “la punición del aborto es el único caso en que se penaliza la omisión no ya de un simple acto [...] sino de una opción de vida: la que consiste en no querer convertirse en madre [...] la penalización del aborto sustrae a la mujer la autonomía sobre su propio cuerpo, y con ella su misma identidad de persona, reduciéndola a cosa o instrumento de procreación sometida a fines que no son suyos” (Ferrajoli, 2002: 8-9).

3. Las razones detrás de las razones de la penalización del aborto.

Más allá de los argumentos jurídicos expuestos, existen cuestiones de mayor peso que las jurídicas para quienes sostienen la penalización del aborto, y las que denomino como “las razones detrás de las razones”.

Resulta sencillo percibir las repercusiones que irradia la adopción de determinadas decisiones estatales, pero cuando estas se vinculan con los derechos humanos de las mujeres, se debe avanzar sin hesitaciones en el cumplimiento de las obligaciones a las que se ha comprometido el Estado, que debe revisar, en su caso, la normativa interna, y modificarla, de ser necesario, para garantizar la adecuada protección de los derechos de las mujeres.

A modo de contextualizar desde dónde interrogo y la razón de algunas de las respuestas esbozadas, es que preciso que “el género es una manera primaria de significar relaciones de poder” (Pujal, 2007: 66), y es también una categoría de análisis de las relaciones sociales.

Las relaciones de poder tal y como se han construido en nuestras sociedades forman una de las principales causas de desigualdad entre mujeres y hombres, y ello impacta directamente en el ejercicio de los derechos. Si bien estas relaciones de poder tienen incidencia en la totalidad de derechos de la mujer, se agudizan cuando se trata de los derechos sexuales y reproductivos. Estas definiciones resultan de relevancia para dar la discusión sobre las razones para la legalización del aborto, ya que las reflexiones que de allí surjan deben efectuarse desde una perspectiva de género. Esto contribuirá a comprender cómo la continuación forzada de un embarazo afecta y/o profundiza las condiciones de vida de una mujer e incide en el conjunto de sus derechos.

En los supuestos en que se fuerza a una mujer a proseguir con la gestación, se la somete a tratos crueles e inhumanos o degradantes, se la obliga a modificar su plan de vida. Se quiebra el centro de sus intereses, se le causa sufrimiento moral y físico, se la transforma en instrumento de procreación. Por ello, cuando hablamos de dignidad, estamos hablando también del aborto voluntario, así “el respeto debido a la dignidad humana obliga a tener en cuenta la voluntad de quienes no se ven capaces de seguirse aceptando a sí mismos bajo determinadas condiciones” (Camps, 2009: 152). Al tratarse la maternidad de una “condición” con suficiente peso como para hacer variar el curso de la vida de una persona para siempre, sostengo que en todos los casos debe ser una opción para la mujer y nunca una imposición.

Conjeturo que desde aquellos sectores en los que se sostiene con mayor virulencia la prohibición del aborto se construye una oposición rígida a la legalización, bajo pretextos que como único objetivo apuntan a mantener inmaculados aquellos postulados y normas arraigadas

en una sociedad que deshumaniza a las mujeres, más que el interés declamado, que es el de preservar el valor vida. Cuando desde distintos espacios se abre el debate y nos interrogamos en relación con el aborto, comienzan a agitarse fantasmas, mitos y prejuicios en cuanto al lugar ancestral de las mujeres en el statu quo de la sociedad patriarcal, sostenido en concepciones socioculturales del rol reproductivo atribuido a las mujeres. Exactamente en este punto es cuando surge en el imaginario social el temor al ejercicio del derecho a la libertad y la amenaza de las mujeres decidiendo sobre sus vidas y más específicamente sobre sus cuerpos, lo cual ha sido vedado desde tiempos lejanos.

De modo que el cuerpo de las mujeres ha sido un territorio sobre el cual se ha ejercido y se ejerce el dominio masculino; así, en las guerras: “los cuerpos de las mujeres son transformados en trofeos de estas cruzadas, colonizados no sólo con el propósito mismo del abuso y la violación, sino y primordialmente para demostrar, dónde descansa el dominio” (Iglesias del Río, 2011: 200). Uno de los modos de manifestar la vulnerabilidad de las mujeres se da en la falta de autonomía para adoptar decisiones elementales, que a la vez, es una forma de discriminar a la mujer, al ubicarla en un lugar de subordinación; todo lo cual afecta a la vez su libertad.

Es necesario relacionar el derecho al aborto con la autonomía física, que puede definirse como: “la capacidad de las mujeres de vivir una vida libre de violencia y de decidir sobre su salud y sexualidad. El derecho a voz y voto de las mujeres sobre su cuerpo, su vida y los recursos que necesitan son condiciones necesarias para la redistribución de responsabilidades en el ámbito privado y la ampliación de oportunidades en la esfera pública” (Chiarotti, 2010: 12).

A fin de internalizar la importancia que reviste para las mujeres el derecho al aborto debe vincularse con la dignidad humana, la que “puede definirse como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y no cabe duda que la salud es un valor imprescindible para el desarrollo hu-

mano, con una vinculación íntima con el derecho a la vida” (liberatori, 2011: 40).

Es importante mencionar que: “Al decir que la condición humana tiene dignidad, que la persona es autónoma y libre para decidir que hacer con su vida, y que las personas, debido a esa capacidad fundamental, merecen respeto, no estamos describiendo lo que ocurre, sino lo que debería ocurrir” (Camps, 2009: 149).

Estas definiciones resultan apropiadas para describir cómo, desde determinados sectores, se flexibilizan los estándares de exigencia y garantía, cuando se vinculan a los derechos de las mujeres y especialmente al cuerpo de ellas, que por otra parte, es lo que las torna vulnerables, en cuanto a la capacidad reproductiva y su vinculación con la penalización del aborto.

En función de lo hasta aquí expuesto estimo que las normas que penalizan la práctica del aborto deben ser abrogadas, por resultar violatorias a los derechos humanos de las mujeres, además de ineficaces. La penalización no ha logrado proteger el bien jurídico que declama resguardar y coloca en situación de vulnerabilidad a las mujeres que desean interrumpir la gestación.

La imposición de una gestación o de su prosecución es, sin dudas, un acto de violencia contra la mujer y ofende a la dignidad humana, la despersonaliza, la sitúa en el lugar de objeto, silenciándola.

Durante siglos, las mujeres fueron consideradas incapaces jurídicamente. Si bien esa incapacidad jurídica fue superada a través de la legislación, aún permanecen resabios en lo social que obstaculizan el ejercicio de los derechos de las mujeres.

Resulta gravitante resaltar el lugar de la mujer como sujeto de derecho, opuesto al paradigma de objeto portador. Un sujeto con capacidad de definir si desea interrumpir la gestación o avanzar en ella y hacerse responsable por cualquiera de las opciones adoptadas. Debe

tomarse en cuenta lo profundo del impacto que en la vida de la mujer importa decidir llevar adelante un embarazo; esto se multiplica y agrava exponencialmente cuando se transforma en una imposición estatal mediante la penalización del aborto. Este accionar estatal deja de lado las circunstancias específicas por las que atraviesa esa mujer en ese momento, y puede obedecer a innumerables razones de salud física (una mujer diabética que no desea poner en peligro su salud), psíquica (depresión e intentos de suicidio que no le permitirán desempeñar una maternidad saludable), social (más hijos e imposibilidad de alimentación o educación o una oportunidad de desarrollo profesional y laboral única). Cuestiones o circunstancias como las señaladas son evaluadas habitualmente ante un embarazo no buscado; a partir de este punto, algunas mujeres deciden hacer prevalecer su maternidad y aunque el embarazo no haya sido buscado, se transforma en una opción aceptable. Pero igual respeto merecen aquellas para las cuales resultan de mayor peso los efectos en su salud física, psíquica o social, y que optan por la interrupción de la gestación. En este punto me interpeleo sobre la legitimidad democrática del poder estatal aplicado a la prohibición del aborto; y la respuesta a la que arribo es la misma: ante un conflicto de tal envergadura, este debe definirse mediante la decisión de conciencia de la mujer, y no por una imposición externa.

Una norma es efectiva cuando la sociedad la hace propia y se identifica con ella; y claramente, en el caso de la punición del aborto, ello no ocurre.

Intuyo que la ilegalidad del aborto puede provocar un efecto tranquilizador en la conciencia social, imponiendo un plan de vida para la mujer, pero desentendiéndose de las consecuencias para ella —durante el embarazo y su vida futura— y también del producto de la gestación —en el caso de su nacimiento con vida— de la persona y de la calidad de vida que tendrá en el futuro esa niña/niño no deseado. El conjunto de reflexiones esbozado en el presente trabajo confronta a uno de los mayores y más naturalizados sistemas de dominación que ha tenido el mundo, el patriarcado, de acuerdo con el cual el rol de la mujer ha estado ligado esencialmente a la reproducción. Es en este sentido que el

derecho al aborto es resistido más allá de las permisiones jurídico-normativas actuales, ya que dentro del sistema patriarcal se le asigna a la mujer determinado rol reproductivo con un valor superior a cualquier otro, incluso a ella misma en su calidad de persona titular de derechos inalienables, y es en este contexto que deben comprenderse las reacciones de algunos sectores por mantener el statu quo. Considero interesante repasar la idea de maternidad ya que: “la maternidad tal como la trata la sociedad y la religión, deshumaniza a las mujeres, mientras el aborto las humaniza. Un embarazo visto como si fuese natural sin tener en cuenta el pensamiento, la emoción y las relaciones con esa capacidad biológica reproductiva que tienen las mujeres. Estar a favor de la elección aún cuando un embarazo se anuncia tiene que ver con el aborto y también con la maternidad” (Alanis, sin fecha).

4. Experiencia en la provincia de Chubut

Si bien la experiencia desarrollada en la provincia del Chubut se refiere al aborto no punible, considero que a efectos de escudriñar las cuestiones de género que atraviesan la temática, resumirla acá resultará de utilidad. Así al tiempo que se debatía la ley XV N° 14, cuyo objeto es garantizar el acceso oportuno y en condiciones de igualdad a la interrupción de la gestación en los casos de aborto no punibles, en las discusiones surgían distintas presunciones y temores, basados en prejuicios en relación con las situaciones que se presentarían con la implementación de la ley y la tan temida “libertad de las mujeres” en cuanto al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

La idea de dominación patriarcal se encuentra prendida en amplios sectores de nuestra sociedad, así que al avanzar en el ejercicio de los derechos de las mujeres, implica necesariamente romper con esa lógica, según la cual se sanciona a las mujeres cuando no cumplen con las expectativas de su identidad de género, puntualmente en el rol de reproductivo que se les asignó ancestralmente.

Merece la pena señalar que en las comisiones legislativas se debía la implementación de un derecho que las mujeres poseen desde el

año 1921, que es el caso del aborto no punible, reconocido en el Código Penal (art. 86) y que aún hoy, inconcebiblemente, se discute en otros Estados provinciales, aún con la Sentencia de la Corte Suprema de justicia de la Nación en el caso FAI (CSJN, 2012), lo cual claramente se contrapone con un Estado de Derecho.

La temática del aborto está severamente atravesada por la mirada patriarcal y en tal sentido sucede que en el debate acerca del aborto, la controversia remite a un cuestionamiento radical del modo en que es pensado el orden social y el poder, dado que pone en escena la problemática de la discusión moral (y religiosa) y su deslizamiento hacia lo jurídico, interpela al orden patriarcal, remite a la inequidad de género, desnuda las problemáticas de la salud reproductiva, reformula la dimensión de lo público y lo privado, explicita la escisión placer/ reproducción, pone entre paréntesis el modelo de familia hegemónico, redefine la libertad de las mujeres para decidir sobre su destino y, sobre todo, revierte la lógica de una sexualidad normativa y natural (Minyersky, 2009: 47).

Entre los derechos que debían ser garantizados se encontraba el ejercicio de la autonomía; así, cuando comenzaron las discusiones en los espacios legislativos, se expresaron dudas respecto de las hipótesis que podían presentarse, tales como si la mujer tomaba la decisión de realizarse la práctica y luego se arrepentía, y para ello se sugería tomar todos los recaudos a los fines de resguardarla. Más allá de esa postura de pseudocuidado, lo que se transparentaba era la visión que de las mujeres se asumía; es decir, de personas que no cuentan con la capacidad de adoptar decisiones por sí mismas y para su beneficio. Ahora bien, cuando se planteaba la situación inversa –proseguir con la gestación aunque esta no haya sido buscada, o en los casos en que genere perjuicios físicos, psicológicos, o en que la gestación haya sido forzada–, se evaluaba como algo posible y natural que la mujer adopte la decisión de proseguir con el embarazo, ello basado en los estereotipos que consideran a las mujeres como incapaces de tomar decisiones autónomas por fuera de su rol reproductivo.

La evidencia disponible muestra cómo, desde distintos sectores, y especialmente desde los de salud y justicia, se intenta incidir en las decisiones adoptadas autónomamente por la mujer, cuando esta está relacionada con el acceso al aborto.

A modo de contrarrestar lo que la realidad ofrecía respecto del ejercicio de los derechos de las mujeres, finalmente y luego de mucho intercambio, en la ley provincial se incorporaron dos artículos que tienen como objetivo central que se respete la autonomía de la mujer. Concretamente, el art. 10 dispone que “la decisión de la mujer, en referencia a la práctica o no del aborto no punible, no debe ser sometida a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas, por parte de los profesionales de la salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad”. Esto se refuerza con el art. 11: “la consulta del profesional con el esposo, conviviente, padre, madre o cualquier otra persona, aún cuando se pretenda ofrecer mejor atención, constituye un incumplimiento al deber de confidencialidad, con excepción de los casos en los que la mujer lo solicite o consienta explícitamente”.

Las discusiones más virulentas en el ámbito legislativo se dieron en torno a la posibilidad de activar el mecanismo del aborto no punible con una declaración jurada de la mujer, en la cual manifestara que ese embarazo era producto de una violación. Es interesante recordar que, en el imaginario de quienes participaban de los debates, se presentaban interminables filas de mujeres intentando acceder a la práctica mediante falsas declaraciones juradas alegando abusos sexuales u otros ardidés; que al tiempo de sanción de la ley provincial la CSjN aún no se había expedido en este punto, y que el fallo del STj de la provincia que no hacía mención a la declaración jurada (Supremo Tribunal de justicia de la Provincia de Chubut, 2010).

En contraposición con el derecho a la dignidad debida a todo ser humano, acuciaba en las distintas argumentaciones el mito de la mujer mentirosa y fabuladora, que falsearía la declaración para acceder a una práctica hoy ilegal. Aparecía como una paradoja que desde el Es-

tado se otorgue plena validez a la declaración de bienes o de ganancias, por un lado y que por otro se intente negar ese beneficio a la mujer cuando asevera que es una víctima.

Un punto interesante a este debate lo aportó el hecho de que aquellas mujeres que habían sido detenidas en la última dictadura militar relataron distintos tipos de torturas y vejaciones sufridas en cautiverio, omitiendo las violaciones sexuales —en muchos casos, sistemáticas— de las que habían sido víctimas. Recién luego de 25 años, comenzaron a escucharse testimonios al respecto. Estos datos contribuyeron a mostrar lo que implica ser víctima de una violación sexual para una mujer y lo que implica banalizar el tema sosteniendo con absoluta liviandad, que las mujeres mentirían respecto de estas situaciones para acceder a una práctica de aborto no punible. Tales afirmaciones eran un insulto a la dignidad que le es debida a todo ser humano.

Lo anterior demuestra que cuando se trata de una mujer y sus derechos, la regla se invierte y se le presentan obstáculos a los efectos de probar la veracidad de sus dichos, porque se parte de la base de la culpabilidad, del descrédito y de la ausencia de respeto.

Se apelaba a argumentos inconsistentes, que en definitiva permitían vislumbrar que se tomaba a la mujer como algo que portaba un valor superior a ella misma, a sus deseos, a sus planes de vida, a su salud; en síntesis, se soslayaba el concepto de persona en sí misma para transformarla en un objeto que se utiliza para fines superiores a ella misma. En la ley quedó plasmado el art. 5, en tanto que la declaración jurada se instituye como el instrumento para habilitar la práctica del aborto no punible en los casos de violación previsto en el art. 86 inc. 2 del Código Penal, el que debe articularse con el art. 8 de la ley local, que dispone que “la interrupción de un embarazo en los casos de aborto no punible, no requiere de autorización judicial, ni de ningún otro requisito más que los expresados en la presente norma, siendo, la imposición de exigencias adicionales, considerada como atentatoria de

los derechos de la mujer y la exposición a incrementar el riesgo para su salud”.

Advierto que la libertad como derecho fundamental sobre el que se ha estructurado el sistema de los derechos humanos no ha sido un bien jurídico debidamente protegido por los agentes estatales cuando se refiere a las mujeres. El Estado y parte de sus funcionarios han actuado respecto de las mujeres desde un lugar de guardianes de los roles de género establecidos, como atentos vigilantes, reconociendo derechos a las mujeres siempre que estos no trastocuen el orden patriarcal establecido.

Pude experimentar, en los debates mencionados, las razones detrás de las razones, que persiguen, consciente o inconscientemente, quienes bregan por sostener la ilegalidad del aborto en nuestro país.

Esto no era expresado, identificado o racionalizado como violencia de género o discriminación por quienes se manifestaban en esos términos. luego, cuando lograban introducirse en el esquema de derechos humanos, repensar y analizar desde un espacio de igualdad, libertad y justicia la temática del aborto, entonces algunas de esas posiciones cedían en sus argumentos y lograban percibir a la mujer como un sujeto de derechos por fuera de la visión de subordinación y de posesión patriarcal. Es decir, traspasar los estereotipos arraigados socialmente, para avanzar en lo que hace a garantizar los derechos y libertades básicas. Se debieron derribar distintos mitos, entre ellos los que exponen que hay un tipo de mujer que decide abortar y no que se está en presencia de un ser humano que tiene una existencia autónoma y que decide qué opciones vitales adoptar, especialmente aquellas referidas a la maternidad.

No resultó sencillo el camino recorrido en la provincia del Chubut, en cuanto al ejercicio de los derechos humanos desde una perspectiva de género. Lo logrado obedeció al enorme compromiso de los tres poderes del Estado, las organizaciones de mujeres, los medios de

comunicación, y centralmente fue posible mediante el dialogo, el respeto y la empatía.

Lo cierto es que en el transcurso de dos años desde la vigencia de la ley XV N° 14, no hubo ningún remolino de mujeres demandando el servicio de aborto no punible, sino aquellas que de todos modos lo hubieran realizado en la clandestinidad, arriesgando su salud y su vida, aún siendo estas prácticas legales. Si se observan las estadísticas de aquellos países que han legalizado el aborto, surge que la cantidad de procedimientos no ha aumentado y sí se han reducido las muertes por estas prácticas.

Desde la vigencia de la ley a la actualidad se realizaron más de treinta intervenciones a cargo de la salud pública provincial, con internación, no obstante la cifra asciende exponencialmente en relación con las intervenciones que se realizaron en forma ambulatoria. la mayoría de ellas, niñas y adolescentes, de bajos recursos económicos y escaso bagaje cultural, descubriendo la discriminación, la violencia y la injusticia de las que son víctimas las mujeres en general y este sector más vulnerable en particular.

5. Las políticas públicas, las cuentas pendientes y el rol del Estado.

Las políticas públicas expresan una visión del mundo, y en ese contexto aspiro que las mujeres formen parte de ellas.

Una de las políticas públicas que ha concitado mayores adhesiones en nuestro país ha sido la desarrollada en el campo de los derechos humanos desde el advenimiento de la democracia; no obstante, desde mi óptica, su implementación aún se encuentra inconclusa; en tanto ha quedado al margen de toda discusión un tema central que tiene como sujetos potenciales de derecho a la mitad de la población argentina, es decir, a las mujeres. Ha sido magro el avance al tiempo de efectivizar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos

de las mujeres en cuanto a la salud sexual y reproductiva, derechos estos vinculados directamente a la libertad, dignidad y autonomía.

Trabajar desde el Estado en la legalización del aborto sin dudas coadyuvaría a integrar a las mujeres a la política de derechos humanos incluyendo, visibilizando e incorporando a las ciudadanas argentinas plenamente en el sistema de derechos humanos.

6. Conclusión.

Los argumentos desarrollados en el presente artículo pretenden facilitar un espacio de reflexión desde el cual impulsar la coexistencia en la diversidad y el respeto a los derechos humanos de las mujeres, vinculados íntimamente con el derecho al aborto legal.

Sobre la base de principios éticos, morales y jurídicos sostengo que trabajar en la despenalización del aborto se torna en una causa humanitaria y de la democracia.

En ocasiones se nos presenta una dicotomía irreal e inválida, a partir de las posturas mal denominadas como proaborto o provida, ya que una corriente se ubica en el camino de respeto a los derechos humanos, en este caso, de las mujeres, en cuanto a priorizar su libertad, dignidad, salud, y autonomía –como decisión que se encuentra en el ámbito de su plan de vida, su conciencia, valores–; en tanto la otra propicia la imposición de la maternidad a como dé lugar, aún a costa de la vida y los derechos de la mujer.

En ocasiones resulta difícil dejar de seguir al rebaño (cada vez más pequeño, pero no por ello menos poderoso). Abandonar el calor de la comodidad y la seguridad, para expresarse honesta intelectual y moralmente, ubicándose en un lugar más controvertido, álgido, que cuenta con los matices propios de la naturaleza humana. Intenté, en el presente trabajo, increpar y develar los distintos argumentos violato-

rios de los derechos humanos de las mujeres, mediante el sostenimiento de la penalización del aborto.

Considero que legislar respecto del aborto voluntario, además de ser la opción que armoniza con los instrumentos de derechos humanos que forman parte de nuestro ordenamiento interno y con nuestra Carta Magna, en ningún caso representará una obligación para ninguna mujer, sino que garantiza los derechos humanos del conjunto.

Bibliografía

Alanis, Marta: “El dilema ético y religioso en relación al aborto corresponde a la conciencia de cada mujer” en el sitio web de Católicas por el Derecho a Decidir.

Bergallo, Paola: “El acceso al aborto por la causal violación: pautas para la interpretación...”, en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría general de la Nación, 2012.

Camps, Victoria: “la dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, en María Casado (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, Barcelona, UNESCO, Civitas, 2009.

Chiarotti, Susana: *Derechos Humanos de las mujeres. Recursos y mecanismos de reclamo y monitoreo*, Rosario, Instituto de género, Derecho y Desarrollo-Insgenar, 2010.

Faur, Eleonor: “Violencia contra las mujeres. Principios de derechos humanos para la implementación de políticas públicas en Argentina”, en Presidencia de la Nación (ed.), *Mujer contra la violencia, por los derechos humanos*, Buenos Aires, UNFPA, 2008.

Ferrajoli, Luigi: “la cuestión del embrión entre derecho y moral”, traducción Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, N° 44, 2002, pp. 3-12.

González Vélez, Ana Cristina (coord.): *Interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*, Causal Salud, 2008.

Iglesias del Río, Mirta: “Violencia e inequidad-transversalizantes transculturales”, en Mariana Ripa (ed.), *Humanas con Derecho*, Buenos Aires, Dunken, 2011.

Liberatori, Helena: “las Marisas, o cómo los jueces impactan en la vida de las personas”, en *El Reporte Judicial*, Año 6, N° 24, septiembre de 2011.

Minyersky, Nelly: “Aborto no punible. Análisis del art. 86 del Código Penal”, en *Acceso universal a la salud sexual y reproductiva. Un desafío para las políticas públicas*, Córdoba, Católicas por el Derecho a Decidir, 2009.

Pujal I llombart, Margot: *El feminismo*, UoC, Barcelona, 2007.

Tojo, Liliana (comp.): *Sumarios de jurisprudencia. Violencia de género*, Buenos Aires, CEJIL, 2010.

Jurisprudencia

CSJN, “F., A.I. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 xLVI, 2012.

Supremo Tribunal de justicia de la Provincia de Chubut, Expte. N° 21912-F-2010, Sentencia registrada bajo el N° 01/S.R.E/2010, 2010.

La participación ciudadana, mediante institutos de democracia semidirecta en la Provincia del Chubut

por Mariana Ripa

Publicado en: Bastons, Jorge (dir.). *Derecho Municipal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016. 3 tomos.

Texto provisto por la autora.

Sumario

I- Introducción. II- Institutos de Democracia semidirecta. Breve referencia normativa internacional, nacional y provincial. III- Distintos mecanismos de participación ciudadana receptados en la Constitución de Chubut y su reglamentación. IV- Reseña de las Cartas Orgánicas de la Provincia del Chubut. Institutos de Democracia semidirecta, Puerto Madryn, Comodoro, Trelew y Rawson. V- Ejercicio de participación ciudadana en la Provincia del Chubut. Algunos ejemplos de Democracia semidirecta. a)-El Plebiscito de 1902. b)-La Consulta Popular del año 1991 en Comodoro Rivadavia. c)-La Consulta Popular por el Emprendimiento Minero Cordón Esquel -2003. VI- Colofón.

I- Introducción.

En el presente trabajo se propone desarrollar un camino que nos permita visualizar, la incorporación normativa de los institutos de democracia semidirecta, en la Constitución de la Provincia del Chubut, leyes provinciales y en las Cartas Orgánicas de los Municipios, así también como el modo en que estos mecanismos se han puesto en marcha ante distintos temas de importancia para las comunidades.

Para comenzar, debe señalarse que, partimos de un concepto amplio de democracia, excediendo el concepto formal, que se asienta en una participación ciudadana limitada al sufragio para elegir a sus representantes. A nuestro entender, este concepto resulta un tanto estrecho a los efectos de construir una democracia plena y es por ello que propiciamos una democracia con una activa participación de la comunidad en los asuntos de relevancia, los que en modo alguno pueden quedar exclusivamente reservados a los gobernantes de turno.

En torno a estas cuestiones se ha dicho que “... *la participación popular y la socialización del poder es el reaseguro del trasvasamiento de una democracia formal a una democracia plena de participación, que tendrá que definirse como, un sistema de organización social, con protagonismo popular, para el desarrollo integral y la socialización humanista del poder*”.¹

Los senderos que pueden conducirnos en el tránsito de una democracia formal a una con mayor participación ciudadana, sin dudas, son los diversos institutos de democracia semidirecta, cuya implementación representa una forma de socializar el poder, de compartirlo, de abrir espacios, de generar discusiones y de adoptar decisiones con el mayor consenso posible.

No debe dejar de observarse que las modificaciones en el estatus quo producen resistencias, sobre todo, en aquellos que detentaban el exclusivo ejercicio del poder, es decir los funcionarios públicos, que en el ejercicio de sus funciones, rara vez, sus decisiones eran contrariadas por sus electores, en el marco de una democracia formal.

En la provincia del Chubut, estas situaciones de participación ciudadana, mediante la utilización de los institutos estudiados, produjeron alteraciones de ese ejercicio, casi excluyente del poder de decisión de los gobernantes, generando consecuencias concretas y a ellas se hará referencia.

¹Aramouni, Alberto. Derecho Municipal. Ed. Némesis SRL, Bs.As. 2000 p. 319

Puede aseverarse, que en la experiencia provincial, se logró quebrar, al menos en los casos a los que se hará referencia, con el concepto de “democracia delegativa”, desarrollado por el Dr. Soto Barrientos, citando a O'Donnell cuando expone “... *que no se puede hablar, en el caso de los sistemas institucionales latinoamericanos, de una democracia representativa, sino de una “democracia delegativa”, caracterizada por una ciudadanía incapaz de ejercer el control de las acciones de sus representantes...*”²

II- Institutos de Democracia semidirecta. Breve referencia normativa internacional, nacional y provincial.

Resultará de utilidad realizar una breve referencia de las fuentes normativas de los institutos de democracia semidirecta y el reconocimiento de la participación ciudadana, como un derecho fundamental. Este derecho encuentra su reflejo normativo en distintos instrumentos internacionales y, a modo enunciativo, podemos señalar la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en el artículo 21 inc.1 reconoce que “*Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos*”. En el artículo 25 inc. a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se le asigna a todos los ciudadanos sin distinciones ni restricciones, el derecho y la oportunidad a “... *Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos...*”. Finalmente en cuanto a derechos políticos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 23.1°, reza que “*Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos...*”³

Si bien el Estado Argentino ha adoptado la democracia representativa como forma de gobierno, la Constitución Nacional, receptó de forma armónica la participación ciudadana mediante institutos de de-

²Soto Barrientos, Francisco, El referéndum en Latinoamérica: un análisis desde el derecho comparado. p. 319. Boletín mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, N° 136, enero-abril de 2013.pp.317-346. www.juridicas.unam.mx

³El subrayado nos pertenece.

mocracia semidirecta, en orden a determinados asuntos que revistan un interés sustantivo para la comunidad.

La Carta Magna, en el artículo 39, reconoce la iniciativa legislativa con un sistema restrictivo, en tanto *“Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados...”*. No obstante, la misma norma veda las materias respecto a las cuales se faculta la presentación de proyectos de ley, excluyendo la reforma constitucional, los tratados internacionales, tributos, presupuesto y lo atinente a materia penal, dictándose la Ley 24.747 ⁴que reglamenta su ejercicio.

El artículo 40, inciso primero, faculta al Congreso de la Nación, a someter a consulta popular un proyecto de ley, que si obtiene el voto afirmativo se convierte en ley. En tanto en el inciso segundo del mismo artículo, se dispone que: *“El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio”*.

Del texto del artículo surge nítidamente que el resultado de dicha consulta popular no será obligatorio, lo que ocurre es que, conociendo las autoridades públicas de modo directo, cuál es la opinión de sus representados en el asunto en cuestión, resultará de una gran complejidad hacer uso de las facultades discrecionales, para accionar en forma opuesta a la decisión popular, porque el resultado de la consulta legitimará o deslegitimará la decisión que se adopte, en base al consenso social logrado.

Coincidimos con lo expresado por distintos autores, en cuanto a que *“La incorporación de esas alternativas que propone la democracia semidirecta ha ampliado-por lo menos en las normas formales de mayor rango en la República- los horizontes de la participación popular en la toma de decisión política.”*⁵, asimismo se ha dicho que *“... se ha incorporado a la Constitución un derecho de*

⁴<http://infoleg.mecon.gov.ar/>

⁵Gelli, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada: 4° edición ampliada y actualizada. 4° ed. Bs.As.: La Ley, 2008. p.561.

iniciativa que viene a ensanchar la base de ejercicio de la soberanía popular, a partir de la introducción de este importante instrumento de la democracia participativa. Las constituciones provinciales reformadas desde 1983 a la fecha han venido recogiendo este nuevo derecho, con escasa práctica aun, pero de indudable fuerza en materia de representatividad popular.”⁶

Debe decirse que, para el caso que el ciudadano disponga de los mecanismos de democracia semidirecta, no implica en modo alguno, que haga uso de los mismos. De hecho a nivel nacional, el único ejemplo disponible, fue la consulta popular instada por el “Canal de Beagle”, inclusive anterior a la reforma constitucional.

Ahora bien, la Constitución de la Provincia del Chubut, adopta en su artículo 1º la forma de gobierno representativa, siguiendo la línea de razonamiento antes expresada, la incorporación de mecanismos de democracia semidirecta, vienen a completar la forma de gobierno representativo, consolidando un sistema democrático de participación real. Esto se expresa en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, cuando se hace mención a la Soberanía del pueblo: *“El pueblo es el sujeto y el titular de la soberanía como único vehículo del poder y de la autoridad, pero solamente delibera y gobierna por medio de sus legítimos representantes, sin perjuicio de los mecanismos de democracia semidirecta previstos en esta Constitución”*. En el mismo sentido el artículo 41, hace referencia a los derechos políticos y la participación de los ciudadanos en cuanto señala que *“... tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente en los casos previstos o por medio de sus representantes libremente elegidos”*.

Los instrumentos internacionales citados, la Constitución Nacional y la Provincial, conforman una triada, mediante la cuál se legitima y habilita el ejercicio de la democracia semidirecta como modo de participación ciudadana.

⁶ Dalla Via, Alberto Ricardo. “A diez años de la reforma constitucional”. Publicado en: La Ley 10/08/2005, 10/08/2005, 1 - La Ley 2005-D, 1367.

III- Distintos mecanismos de participación ciudadana receptados en la Constitución del Chubut y su reglamentación.

Entre los diversos modos de participación ciudadana que pueden ejercerse, la Constitución provincial regula en el Título IV, “De la participación ciudadana”, Sección II, los siguientes mecanismos de democracia semidirecta: consulta popular, iniciativa popular y revocatoria de mandatos.

a- Consulta Popular vinculante y no vinculante:

En el artículo 262 de la Constitución de la Provincia, se establece el mecanismo de consulta popular, facultando a la Honorable Legislatura de la Provincia a “... someter a consulta popular proyectos de ley. La ley de convocatoria no puede ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Provincia, lo convierte en ley y su promulgación es automática”.

El mismo artículo en el tercer párrafo introduce la consulta popular no vinculante, facultando a que el “... Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, dentro de sus respectivas competencias, pueden convocar a consulta popular no vinculante, en cuyo caso el voto no es obligatorio...”.

El artículo 262 de la norma fundamental, ha sido reglamentado por la Ley XII N° 67, que en su artículo 2°, expresa que la consulta popular puede ser vinculante o no, en cuanto a la primera opción se refiere a la materia legislativa tal y como lo marca la Constitución, en tanto que la opción no vinculante “... importa recabar la opinión del cuerpo electoral acerca de materias de competencia de los poderes Legislativo o Ejecutivo. El resultado de esta consulta no obliga al Poder que la promovió...”

Dicha norma aborda en detalle la consulta popular no vinculante. En su artículo 10 detalla que “... puede estar referida a cualquiera de las materias de competencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo...”, la forma de convocarla y que la emisión del sufragio no será obligatoria.

⁷Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut. Tomo III, p.140. Disponible en <http://www.legischubut2.gov.ar/digesto/lxl/XII-6.html>

b- Iniciativa Popular:

El artículo 263 de la Constitución Chubutense, consagra la *iniciativa popular* en materia legislativa en cabeza de “... *todo grupo de ciudadanos de la Provincia en un porcentaje no inferior al tres por ciento del padrón electoral*”, el que deberá ser considerado por la Cámara de Diputados en un plazo de seis meses desde su presentación. Este procedimiento se encuentra reglamentado por la Ley XII-nº 5, mediante la cual se excluye expresamente del objeto de dicha iniciativa a la “... *reforma constitucional, tributos en general, presupuesto y materia contravencional y procesal penal*.”⁸.

La Constitución de la Provincia del Chubut, hace mención, en el artículo 136, a la iniciativa que poseen los ciudadanos en materia legislativa, mediante la llamada iniciativa popular.

c- Revocatoria de Mandato:

Finalmente, la Carta Magna Provincial establece el mecanismo de revocatoria de mandatos, en el artículo 264, disponiendo que para remover a un funcionario electivo, antes de la finalización del mandato, se requerirá un porcentaje mínimo del 20% del total del padrón electoral y la revocatoria operará cuando la mayoría de los votos válidos emitidos así lo determinen.

Los institutos de democracia semidirecta de modo general, se encuentran reglamentados por la Ley V- N° 115, que en su artículo 1º, establece las formalidades a las que deberá ajustarse el proceso de recolección de firmas “... *destinado a peticionar, proponer, reclamar, o ejercer en forma colectiva algún derecho de los previstos dentro de la Constitución Provincial bajo la modalidad de democracia semidirecta...*”⁹.

⁸ Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut. Tomo III, p. 139. Disponible en <http://www.legischubut2.gov.ar>

⁹ Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut. Tomo II, p.606. Disponible en <http://www.legischubut2.gov.ar/digesto/1x1/V-115.html>

Sobre los mecanismos de democracia semirrecta, la Ley XVI n° 46¹⁰, que se refiere a las Corporaciones Municipales, estipula en el Capítulo XII, “De los Derechos de Iniciativa. Referéndum y Revocatoria”, de los artículos 139 a 154, el derecho de los electores por presentación individual o conjunta, a ejercer el mecanismo de iniciativa ante el Concejo Deliberante.

Asimismo, dispone que podrá apelarse al referéndum popular, en aquellos casos en que el Departamento Ejecutivo o Legislativo Municipal tengan interés en requerir un pronunciamiento sobre determinada cuestión y cuando se trate de otorgar concesiones de servicios públicos por más de 10 años.

Con relación al derecho de revocatoria, expone que podrá ser impulsada a iniciativa de un número no menor al 25 % del electorado, con el objeto de remover a los funcionarios electivos, la que debe ser fundada en las causales que el mismo cuerpo enuncia tales como: “mala conducta manifiesta”; “malversación de caudales municipales”; “incumplimiento de obligaciones y deberes”; “incapacidad física o intelectual sobreviviente”¹¹ y en los casos previstos en el artículo 244 de la Constitución Provincial que se refiere a las incompatibilidades que surgen de detentar el cargo de jefe del departamento ejecutivo municipal.

Como un punto distintivo, señalamos que la norma desarrolla el modo en que deberá constituirse una fianza por parte de quienes propician el proceso de revocatoria. Así, manda que al tiempo de presentar la solicitud de revocatoria, deberán ofrecer una fianza, la que podrá consistir en dinero o en la constitución de garantía personal con los bienes libres de gravámenes de quienes instan el proceso. El monto es fijado por Ordenanza y el propósito de requerir la fianza se relaciona con la necesidad de responder por los gastos que origine el proceso

¹⁰Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut. Tomo III, p.444. Disponible en <http://www.legischubut2.gov.ar>

¹¹Art. 144 Ley XVI n° 46. Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut. Tomo III, p.462.

eleccionario para el caso que fuera adverso el resultado a quienes propician la revocatoria.

Para que opere la destitución, del comicio de revocatoria deberá participar el 51 % del padrón y contar con el voto favorable de la mayoría absoluta.

La norma fundamental provincial, mediante los artículos 262, 263 y 264, generó las herramientas democráticas para la construcción de puentes, mediante los cuales los ciudadanos pueden acceder a mecanismos de participación reales, sobre decisiones trascendentes para ellos y sus comunidades. Estas formas de ejercicio democrático se refuerzan con la legislación provincial, que ha sido abordada en el presente trabajo y luego serán profundizadas con las Cartas Orgánicas municipales.

Utilizamos la palabra “refuerzan” el ejercicio democrático, aseverando que la relación entre la forma de gobierno representativa y la participación democrática mediante mecanismo de representación semidirecta, no resultan excluyentes, “... *Por el contrario, entre la democracia directa y la representativa existe un continuum de formas intermedias, perfectamente conciliables e integrables (Bobbio, 1985: 51) que permiten avanzar de una democracia "gobernada" -poco democrática- a una democracia "gobernante" -en la que se realiza más auténticamente la voluntad popular- (Burdeau, 1960: 48)*”¹²

IV- Reseña de las Cartas Orgánicas de la Provincia del Chubut. Institutos de Democracia semidirecta.

Puede observarse que los municipios de Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia, Trelew y Rawson, son los únicos que en la Provincia cuentan con Carta Orgánica y todos han receptado los institutos de democracia semidirecta. Por ello se propone hacer una revisión de sus

¹²Cenicacelaya, María de las Nieves, “Dos siglos de vida independiente en el Cono Sur ¿de la democracia representativa a la democracia participativa?”. Publicado en UNLP 2009-2010, 01/11/2010, 244.

textos, a fin de observar de qué modo fueron regulados dichos institutos.

Con la incorporación de los mecanismos de democracia semidirecta, se ha buscado incrementar la participación popular en aquellas decisiones de importancia sustancial para la comunidad, acompañando los avances democráticos en el marco internacional, nacional y provincial. Lo cierto es que estas incorporaciones normativas, conviven con una visión más tradicional del ejercicio de la democracia formal. Por ello las experiencias de participación ciudadana no han sido numerosas, sino más bien escasas, independientemente de su recepción normativa.

a- Carta Orgánica del Municipio de Puerto Madryn (artículos 227 a 244)¹³:

Revocatoria de mandato, (artículo 227 C.O.PM.). El electorado tiene derecho a requerir con el 20% de los inscriptos en el padrón electoral de la ciudad, la revocación del mandato. No será admisible en relación a funcionarios que no hubieren cumplido un año de mandato, ni para aquellos a los que le faltasen 6 meses para concluir en su cargo. El Tribunal Electoral Municipal es quien tiene a cargo la convocatoria a referéndum, en el plazo de 90 días de presentada la petición. La participación es obligatoria y su efecto es vinculante si supera el 50% el voto afirmativo por la revocatoria.

Iniciativa Popular (artículo 228 C.O.PM.) Los electores de la ciudad, que superen el 3% del padrón, pueden ejercer el derecho de iniciativa, proponiendo al Concejo Deliberante la creación, modificación o derogación de cualquier Ordenanza, exceptuando aquellas vinculadas a las materias presupuestaria y tributaria.

¹³Aprobada por Resolución N° 35/95 de la Honorable Legislatura, produciéndose una modificación en el año 2009 que en razón del artículo 231 de la Constitución de la Provincia, no requiere nueva aprobación legislativa, publicada en el Boletín Oficial N° 460 y 461 los días 24 y 30 de septiembre de 2010.

Referéndum (artículo 234 C.O.P.M.). Lo define como el acto mediante el cual se somete a consideración del electorado a través del sufragio, la ratificación o desaprobación de lo votado o aprobado sus representantes. El referéndum puede convocarse en relación a Ordenanzas u otras decisiones políticas, con excepción de aquellas vinculadas a las materias presupuestaria y tributaria. Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 235 incisos 2 y 3, dispone de modo taxativo, el deber de someter a referéndum popular, “la contratación de empréstitos cuyos servicios sean superiores al quince por ciento (15%) de los recursos ordinarios afectables anualmente” y “el otorgamiento de concesiones de servicios públicos por un plazo superior a los diez (10) años”. La votación no es obligatoria y la definición está a cargo del voto de más de la mitad de los integrantes del Concejo Deliberante. Para que la consulta sea válida, debe emitir su voto el 45% del padrón electoral.

Consulta popular (artículo 243 C.O.P.M.). Por medio de esta herramienta se faculta a someter a consideración del voto popular, temas de trascendencia. Este proceso puede ser impulsado por el Intendente o por el Concejo Deliberante, con la aprobación de los 2/3 de la totalidad de sus integrantes. El pronunciamiento del electorado no tiene carácter vinculante y el voto no es obligatorio.

*b- Carta Orgánica del Municipio de Comodoro Rivadavia (artículos 142 a 146)*¹⁴

Consulta popular (artículo 142 C.O. CR.). La convocatoria puede realizarse desde el Concejo Deliberante o desde el Poder Ejecutivo. La consulta podrá ser vinculante o no, en este último caso el voto no será obligatorio y no podrá versar sobre la reforma de la Carta Orgánica.

¹⁴ Aprobada por Resolución N° 60/89 de la Honorable Legislatura, produciéndose una modificación en el año 1999, que en razón del artículo 231 de la Constitución de la Provincia, no requiere nueva aprobación legislativa, publicada el 16 de agosto de 1999 en Bol. Nro: 7.

Disponible en

http://www.comodoro.gov.ar/digesto/digesto_Menu/NORMATIVA/VARIOS/CARTA_ORGANICA

Iniciativa popular (artículo 143 C.O.CR). Los electores que cuenten con al menos el 3% del padrón, tienen el derecho a presentar proyectos de ordenanza. Se veda la posibilidad que la iniciativa trate sobre la reforma de la Carta Orgánica, la celebración de convenios y acuerdos intermunicipales e interjurisdiccionales, la creación y organización de Secretarías del Poder Ejecutivo, presupuesto, tributos, contravenciones, régimen electoral y de los partidos políticos y todo asunto que implique un gasto, siempre que no se prevean los recursos para su atención.

Referéndum popular facultativo (artículo 144 C.O.CR.). El Concejo Deliberante puede someter a Referéndum un proyecto de ordenanza, a su vez el Intendente podrá impulsar el Referéndum, en relación a un proyecto de ordenanza que el Concejo Deliberante haya rechazado en dos oportunidades.

Referéndum popular obligatorio (artículo 145 C.O.CR.). Aquí la Carta Orgánica ordena que se sometan a referéndum las ordenanzas que dispongan desmembramiento o ampliación del territorio municipal o su fusión con otros municipios; temas vinculados a los recursos económicos financieros y la autarquía (artículo 48 C.O. CR); destitución del Intendente; los proyectos de ordenanza por iniciativa popular que cuenten con al menos el 20% del electorado, las enmiendas de esta Carta Orgánica; a los efectos de contraer empréstitos que superen el 40% de los recursos ordinarios afectados, para otorgar concesiones de obras y servicios públicos por un plazo superior a 10 años.

Revocatoria de mandatos (artículo 146 C.O.CR). Puede ser promovida por el 10% del electorado y sobre autoridades electivas que se hayan desempeñado en el cargo al menos un año y siempre que no falten menos de 9 meses para concluir el mismo. No será posible reintentar la revocatoria contra el mismo funcionario si no transcurrió un año desde la última. El voto no será obligatorio.

*c- Carta Orgánica del Municipio de Trelew (artículos 120 a 141)*¹⁵

Revocatoria de mandatos (artículo 120 C.O. TW.). Es definida también como destitución popular de funcionarios electos, para lo cual se requiere alcanzar el 25% del padrón y el sufragio no será obligatorio.

Iniciativa popular (artículo 129 C.O.TW.). Se la regula como el derecho individual o colectivo del electorado, para proponer proyectos al Concejo Deliberante, siempre que se logre alcanzar el 4% del padrón. Se excluyen materias impositivas y presupuestarias.

Referéndum facultativo (artículo 135 C.O.TW.). Es conceptualizado como el acto mediante el cual se somete al voto popular, para la ratificación o desaprobación del electorado, las ordenanzas o decisiones políticas, adoptadas por los representantes, en razón de su especial trascendencia. El voto no será obligatorio y excluye de ser sometidas a referéndum las Ordenanzas de materia impositiva y presupuestaria.

Referéndum obligatorio (artículo 139 C.O.TW.). Se estipula que deberá ponerse en funcionamiento este mecanismo de modo previo a contraer empréstitos superiores a la cuarta parte de los recursos municipales ordinarios (artículo 94.3 C.O.TW.) y para efectuar concesiones de Servicios Públicos por un término superior a 10 años.

Plebiscito (artículo 141 C.O.TW.). El procedimiento se realiza a propuesta del Intendente con la aprobación de la mayoría absoluta del Concejo Deliberante y se regula como el acto de consulta por medio del cual los electores municipales emiten su opinión no vinculante en una cuestión concreta.

¹⁵Aprobada por Resolución N° 60/90 de la Honorable Legislatura, produciéndose una modificación en el año 2002, que en razón del artículo 231 de la Constitución de la Provincia, no requiere nueva aprobación legislativa.

Disponible en: <http://www.trelew.gov.ar/files/CartaOrganicaTrelew.pdf>

d- Carta Orgánica del Municipio de Rawson (artículos 185 a 189)¹⁶

La Carta Orgánica del Municipio de Rawson, reglamenta los institutos de democracia semidirecta bajo el título “Ejercicio de derechos populares” y como nota distintiva disponen que en los casos de referéndum y revocatoria de mandato, el voto del electorado será obligatorio.

Consulta Popular (artículo 186 C.O.RW.). Los departamentos ejecutivo y legislativo pueden someterá consulta popular todo asunto de interés general del Municipio. La consulta podrá ser convocada con carácter vinculante y el voto será obligatorio o no vinculante en cuyo caso el voto no será obligatorio. Se veda la reforma de la Carta Orgánica como materia sobre la que pueda versar la consulta.

Iniciativa Popular (artículo 187 C.O.RW.). Este instituto podrá ser ejercido por los electores que reúnan un porcentaje no inferior al 3% del padrón y deseen presentar proyectos ante el Concejo Deliberante.

Revocatoria Popular (artículo 188 C.O.RW.). Puede ser promovida por un porcentaje de electores no menor al 20% y será utilizado para destituir de su cargo a aquellos funcionarios electivos.

Referéndum (artículo 189 C.O.RW.). Se dispone que deberán ser sometidos a referéndum los casos establecidos en la presente Carta Orgánica, sin que éstos sean especificados en el artículo. Al solo efecto de citar algunos ejemplos, puede mencionarse lo dispuesto en el artículo 7 de la Carta Orgánica, que refiere a las modificaciones en cuanto a competencias y límites del municipio y el artículo 178 en cuanto ordena que las concesiones de servicios y de obras públicas, que cuyos plazos de concesión o sus renovaciones, superen los 10 años, deben someterse al mismo procedimiento.

¹⁶Aprobada por Resolución N° 192/05 de la Honorable Legislatura. Disponible en <http://www.chubut.gov.ar/boletin/pdf/Anexo%20-%20Bol-9862.pdf>

Como puede observarse en las cuatro Cartas Orgánicas se regulan los mismos mecanismos de democracia semidirecta, manteniendo similar estructura, en cuanto a quienes se encuentran legitimados a iniciar el proceso, de que modo, la obligatoriedad de su utilización para determinados supuestos y las materias excluidas, entre otras.

Luego de haber ofrecido una perspectiva desde lo normativo, se propone compartir de qué modo se ha reflejado, en la realidad de la provincia, la participación ciudadana, mediante los mecanismos de democracia semidirecta.

V- Ejercicio de participación ciudadana en la Provincia del Chubut. Algunos ejemplos de Democracia semidirecta.

De similar modo a lo ocurrido en la nación, los casos en que se han utilizado los mecanismos de democracia semidirectos en la provincia, no abundan.

Sin perjuicio de lo antedicho, han acontecido hechos frente a los cuales las comunidades han intentado impulsar estos mecanismos de participación y en algunas escasas oportunidades se ha logrado efectivizarlos, tal y como ocurrió con el Plebiscito de 1902, con la Consulta Popular efectuada en la Ciudad de Comodoro Rivadavia en el año 1991 y con la Consulta Popular de Esquel en el año 2003.

Aseveramos que en los casos en que las comunidades lograron organizarse para expresar su voluntad sobre algún asunto de relevancia, los representantes, sin excepción, atendieron al resultado de esos procesos y fue en ese punto, donde se produjo la contribución o complemento a la democracia participativa, al que se hiciera mención.

V- a) El Plebiscito de 1902.

Cuando escribimos sobre el ejercicio de la democracia semidirecta, nos vemos tentados de buscar antecedentes en las experiencias de los griegos de Atenas o en el funcionamiento del Cabildo, no obstan-

te, en esta oportunidad se hará referencia a una rica experiencia local de participación ciudadana. El llamado “Plebiscito de la Escuela 18, de la Colonia 16 de Octubre”, hoy Trevelin, Chubut, resulta ser un claro ejemplo de lo mencionado.

En el año 1897, se suscitó un diferendo limítrofe entre Argentina y Chile, en relación al modo en que debían establecerse los límites entre ambos países. Encontrándose la demarcación definitiva sometida al arbitraje británico, la Corona designa en el año 1902, una Comisión de Límites a cargo de Sir Thomas Holdich, cuya tarea era la de mediar en el conflicto limítrofe. Asimismo, como perito por la Argentina fue designado Francisco P. Moreno.

La Comisión viajó al Valle 16 de Octubre y mantuvo reuniones con los vecinos, para luego de inspeccionar el terreno, adoptar una conclusión para ser remitida a la Corona Británica. Antes de eso se organizó una reunión con los habitantes de la zona en la Escuela n° 18, a fin de escuchar su opinión en el tema.

En este punto debe señalarse que “en el conflicto no sólo estaban en juego las cincuenta leguas que conformaban el fértil valle 16 de Octubre: El territorio afectado por la disputa limítrofe, con una superficie de mas de 94 mil kilómetros cuadrados, comprendía el Paso de San Francisco, en la Puna de Atacama, la cuenca superior del lago Lácar en Neuquén, los valles y montañas situados desde el Paso Pérez Rosales, situado en la base norte del cerro Tronador, hasta el lago San Martín en la provincia de Santa Cruz”¹⁷

El día 30 de abril de 1902, se realizó una reunión en la Escuela n° 18 del valle 16 de Octubre, a la que asistieron los integrantes de la Comisión y los colonos, a quienes se les pregunto bajo que bandera querían vivir, chilena o argentina, votando en forma unánime por ser ciudadanos argentinos. Ese día y gracias a la activa participación de la comunidad el país ganó alrededor de 360.000 hectáreas.

¹⁷Fiori, Jorge y De Vera, Gustavo. 1902, el protagonismo de los colonos galeses en la frontera argentino-chilena. Editado por la Dirección Municipal de Cultura de la Municipalidad de Trevelin. Chubut. 2002, p. 17

Nótese la importancia histórica de este relato, no solo para la Provincia del Chubut, sino para la Nación Argentina, la que se vincula con la activa participación de los colonos argentinos y galeses en la defensa de la soberanía Nacional.

Consideramos que es necesario poner en valor nuestra historia, entendiendo que lo que hemos logrado, en gran medida, se lo debemos a quienes incidieron en la vida pública en tiempos pasados, comprometidos y participando.

A partir del año 2002, en la Provincia del Chubut, se declaró día no laborable el 30 de abril, “... *en homenaje a la decisión histórica de la Población que un mismo día pero del año 1902, se autoconvocó en la Escuela N° 18 de Río Corintos, decidiendo con su voto a favor, nuestros legítimos derechos de Soberanía sobre la pertenencia de tierras cordilleranas, dado que se enmarcaban en la fijación de los límites entre dos nacientes estados, Argentina y Chile, la “demarcación desde el Lago Lácar y la sección desde el Nabuel Huapi hasta la Colonia 16 de Octubre”*¹⁸ .

V-b) La Consulta Popular del año 1991 en Comodoro Rivadavia.

El día 8 de septiembre de 1991, en la ciudad de Comodoro Rivadavia, se dirimió mediante el mecanismo de consulta popular, con respecto a la posibilidad de aceptar o rechazar la municipalización de la zona norte de la ciudad, o mantener un único municipio.

La pretensión fue impulsada por los vecinos de la zona norte, que luego de demoras y de lograr cumplir con las formalidades propias de la Carta Orgánica y la Constitución Provincial, expusieron a votación su propuesta.

La utilización de mecanismos de democracia semidirecta se vincula de modo más estrecho al momento histórico por el que transita

¹⁸ Ley I N° 85, artículo 1° inc. c. Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut. Tomo I, p. 374. Disponible en <http://www.legischubut2.gov.ar/digesto/lx/IX-85.html>

una comunidad en un tiempo determinado, que a las normas que regulan el instituto, que tiene claramente un fin instrumental, para que una comunidad determinada exprese su voluntad.

Por ello, es importante hacer una breve referencia del tiempo y lugar en el que se produce la Consulta del año 1991, y para ello debe decirse que a partir del descubrimiento del petróleo el 13 de diciembre de 1907, a 3 kilómetros del Cerro Chenque, comenzaron a formarse los asentamientos o campamentos petroleros, luego mutando en barrios que iban creciendo y ubicándose hacia el norte, alejándose progresivamente del centro de la Ciudad de Comodoro Rivadavia.

Estas distancias de 3, 9 ó 27 kms del centro de la ciudad, era percibida por los ciudadanos que habitaban esas zonas, como el reflejo de la desatención de las autoridades municipales a sus más básicas necesidades. Estas cuestiones fueron el fundamento para impulsar la consulta popular referida.

Así en ese acto de ejercicio de la democracia semidirecta “... se ponía en juego la posibilidad de diseñar un nuevo futuro para los asentamientos poblacionales que históricamente habían surgido de la mano del establecimiento de campamentos y barrios petroleros por parte de la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) y de otras compañías petroleras de capital privado.”¹⁹

El resultado obtenido fue contundente, el 70 % de los votantes²⁰ manifestó su deseo sobre la NO modificación de la situación, es decir mantener una única Municipalidad, dando por finalizado así la Consulta.

¹⁹Cabral Marques, Daniel. Magister en Historia, Docente-Investigador de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la UNPSJB y del Departamento de Ciencias Sociales en la UNPA-UACO, Miembro integrante del GEHISO Pa.Ce.Al. “Hacia una relectura de las identidades y las configuraciones sociales en la historia petrolera de la ciudad de Comodoro Rivadavia y de la Cuenca del Golfo San Jorge”.

Disponible en <http://sociohistoricos.files.wordpress.com/2011/11/ponencia-cabral-marques.pdf>

²⁰Información aportada por el Dr. José Karamarko, Convencional Constituyente de la Carta Orgánica de Comodoro Rivadavia en su reforma del año 1999, ex Concejal de Comodoro Rivadavia y Diputado de la Provincia del Chubut.

V- c) La Consulta Popular por el Emprendimiento Minero Cordón Esquel -2003

Se tratara de sintetizar un proceso extenso y complejo que se dio en la ciudad de Esquel, admitiendo que, sin dudas se dejará fuera del mismo, importantes aspectos, debido a que incursionar en ellos implicaría exceder la extensión y objetivos del presente trabajo.

El hecho que dio origen a la consulta popular en la localidad fue el intento de desarrollar un proyecto minero en el cordón Esquel de la Provincia del Chubut, lo que provocó una movilización masiva de los vecinos que se manifestaban en contra de dicha iniciativa.

Sobre el proyecto, se evidenciaba en aquella época, cómo las autoridades públicas, en general, tenían una marcada inclinación hacia el avance del proyecto de explotación minera, mientras que en forma paralela, comenzaban a reunirse distintos vecinos de la comunidad, a fin de evaluar las consecuencias ambientales de la megaminería.

Paulatinamente, la comunidad dejó el tradicional rol de espectadora, en relación a los asuntos públicos y adopto una postura más activa, efervescente y alarmada, generando un verdadero movimiento social independiente de todo aparato político partidario, y transversal a todos ellos. Así, la comunidad de Esquel comenzó a dividirse en aquel sector que apoyaba al proyecto, denominado como “SI a la mina”, y el resto como el movimiento “NO a la mina”. Las posiciones esencialmente diferentes, se tornaron antagónicas y cada vez más distantes.

Una vez más el ámbito municipal se erigió como la caja de resonancia de las necesidades y demandas de la comunidad. De esa situación surgió que la comunidad de Esquel, aún sin contar con Carta Orgánica que regule la Consulta Popular, estaba habilitada por la Ley de Corporaciones Municipales para formalizar la participación ciudadana, mediante una Consulta Popular, poniendo en escena el concepto que reza que *“el Municipio se erige en PRIMERA ESCUELA DE*

CIVISMO en donde el ciudadano puede comenzar a realizar sus primeras incursiones en la vida de su comunidad local, manifestándose, expresando sus preocupaciones, sus esperanzas, sus temores, en definitiva comunicándose tanto con los otros vecinos, como con sus representantes en busca de satisfacer las necesidades comunes del todo social".²¹

En razón del cada vez más complejo clima social que se percibía, el día 5 de febrero del 2003, el Concejo Deliberante de la ciudad de Esquel, sanciona una Ordenanza²², en cuyo cuerpo reza que "... *Visto el emprendimiento minero próximo a realizarse dentro del Ejido municipal de Esquel... y... por tratarse de una cuestión de máxima importancia para la comunidad, resulta propicio conocer la opinión de la ciudadanía... Por ello el Honorable Concejo Deliberante de la ciudad... sanciona la presente ordenanza: Artículo 1º: AUTORIZACE al Departamento Ejecutivo Municipal a convocar a una CONSULTA POPULAR, a efectos de consultar al pueblo de Esquel, para que exprese su voluntad, por el SI o por el NO, sobre la concreción del Emprendimiento Minero Cordón Esquel*"

Nos tomamos la licencia de transcribir el texto de la ordenanza, porque consideramos que la misma habilitó normativamente, un proceso que se inscribe en la historia jurídica y política municipal, pero que a la vez, la excede largamente.

En la misma Ordenanza se fijaba la fecha en el que se llevaría adelante el acto eleccionario, disponiendo el día 23 de marzo del 2003.

La Ordenanza fundamenta las facultades para poner en marcha el proceso de democracia semidirecta, en lo dispuesto por la Ley XVI n° 46, que en su artículo 142, expresa: "... *Procederá el referéndum popular en todos los casos en los cuales el Ejecutivo Municipal o el Concejo Deliberante tengan interés en requerir un pronunciamiento sobre determinada cuestión*".²³

²¹Brugge, Juan F y Money, Alfredo. Derecho Municipal Argentino. Aspectos teóricos-prácticos. Ed. Mateo García. Córdoba. 1994. p.109

²² Ordenanza N° 03/03 del Concejo Deliberante de la ciudad de Esquel.

²³Es dable señalar que en la Ordenanza 03/03, se cita el artículo 137 de la Ley 3098 de Corporaciones Municipales, esta diferencia que puede observarse con la referencia que en el presente trabajo se hace respecto del artículo 142 de la Ley XVI N° 47, surge a partir de la vigencia

Se convocó a la población a emitir su voto de modo obligatorio, no obstante ninguna referencia se hizo en relación al resultado del proceso. A ciencia cierta no fue necesario, ya que ante el contundente resultado por el NO, las autoridades amoldaron su postura en relación al proyecto minero, aviniéndose a la voluntad de la mayoría de la población.

Podría haberse entendido que si bien nada se expresaba sobre la obligatoriedad del resultado, lo cierto es que en el estudio comparativo de los institutos de democracia semidirecta, se ha podido observar que en cada oportunidad en que se convoca con voto obligatorio al electorado, el resultado de esa convocatoria, también lo es para las autoridades.

Más allá de las facultades discrecionales con que cuentan los representantes, la voluntad del pueblo expresada, legítima. Cuando se ponen en marcha los mecanismos para que la comunidad participe activamente de una decisión trascendente en la vida de su localidad, se apela a un ejercicio más dinámico de la democracia, que de algún modo viene a completarse el aspecto formal para contribuir desde lo sustancial en la toma de decisiones. Por ello no podrá, al menos no sin consecuencias en el próximo turno electoral, relegarse el resultado de esa decisión legítimamente adoptada.²⁴

Volviendo a la consulta, la misma se realizó en la fecha fijada y “... *La elección se celebró en forma tranquila y sin inconvenientes... el resultado*

el día 3 de enero 2009 del Digesto Jurídico Provincial, mediante el cuál se produjo un ordenamiento de la legislación vigente, con la aprobación de textos ordenados y compatibilizados, identificando las leyes con números romanos y números arábigos.

²⁴Puede leerse en una interesante nota editorial del Diario La Nación, en referencia al proceso desarrollado en Esquel en la que se sostiene que: “*Evidentemente, la puesta en marcha de todo este nuevo sistema de derechos afecta muchos intereses y requiere de una profunda transformación de nuestros valores. Y precisa también un cambio de conducta en los gobernados y los gobernantes, que comparten ahora una democracia más dinámica, más participativa y compleja, pero necesariamente más transparente.*” Disponible en http://www.lanacion.com.ar/03/05/19/do_497210.asp

*final fue contundente: 11.065 votos a favor del “NO” (79,88 %), 2.567 a favor del “SI” (18,53%)”.*²⁵

El porcentaje del 81%, que puede observarse en distintas publicaciones que referencian el tema, se alcanza sin computarse los votos en blanco, ni los anulados, según dispone el Código Nacional Electoral.

Luego del fuerte impacto que tuvo el resultado del denominado plebiscito, las empresas mineras involucradas en el proyecto, procedieron a contratar a una consultora, a los efectos de comprender el resultado de la consulta popular en la ciudad de Esquel, que había tenido una rápida repercusión en la actividad minera, no solo en el resto de la provincia sino que en el país.

En atención al objeto de este trabajo, es que señalaremos uno de los puntos del informe de la consultora, que de algún modo podría explicar la participación de la comunidad en el tema y su vinculación a la crisis de representación. Así la consultora sostuvo en el punto 4) que: *“... El contexto político de la Argentina creó dificultades adicionales para el proyecto. Se identificó a la empresa como muy próxima a las autoridades políticas. Dada la desconfianza imperante en los representantes políticos, todo apoyo expresado por los políticos al proyecto en realidad ayudó a aumentar la desconfianza de algunos habitantes de Esquel”*²⁶

Consideramos que de las experiencias chubutenses, que han sido señaladas en el presente trabajo, la de la comunidad de Esquel fue la que mayor impacto e incidencia ha obtenido en las políticas públicas. Esta afirmación encuentra su base en la evaluación de las consecuencias legislativas, judiciales y ejecutivas, tanto municipales, provinciales y nacionales, que se han producido como consecuencia de la consulta

²⁵Gerosa Lewis, Ricardo Tomás. La protección jurídica del medio ambiente en la Provincia del Chubut. 1º Ed. Noviembre de 2003. Imprenta FB. Esquel-Chubut. p. 270.

²⁶ Gerosa Lewis, Ricardo Tomás. La protección jurídica del medio ambiente en la Provincia del Chubut. 1º Ed. Noviembre de 2003. Imprenta FB. Esquel-Chubut. p. 271.

popular. A continuación mencionaremos sintéticamente algunas de ellas.

a)- El Concejo Deliberante de Esquel, como ya fue apuntado, sancionó la Ordenanza 03/03 que habilitó a la Consulta Popular y de algún modo con esa actividad legiferante, se cristalizó el comienzo de un complejo proceso de participación democrática que llega hasta el presente.

Como un hecho indicativo de lo mencionado, señalamos que en el año 2013, en homenaje a los diez años de la Consulta Popular acaecida el 23 de marzo del 2003, el Concejo Deliberante sancionó la Ordenanza 17/13²⁷, en cuyo cuerpo se enuncian distintas Ordenanzas y Comunicaciones vinculadas a los hechos que dieron origen a la Consulta Popular. Sosteniendo que dicho proceso de participación ciudadana fue consecuencia de la movilización masiva de los vecinos, se relatan las distintas acciones desarrolladas en un lustro, en torno a la problemática y se reafirmó el valor histórico de la Consulta Popular del año 2003.

b)- A nivel provincial, la Honorable Legislatura sancionó la Ley XVII n° 68²⁸, que en sus cuatro artículos prohíbe la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto y con la utilización de cianuro en los procesos de producción minera en el ámbito de la provincia. La norma surge como resultado directo de la Consulta Popular del 23 de marzo del 2003, no sólo por la fecha de su sanción que ocurrió antes que transcurrieran 20 días de la Consulta, sino porque así fue expresado en el debate Parlamentario, sosteniendo que: *“Es clarísimo que el mensaje contundente de la ciudadanía de Esquel el pasado 23 de marzo, rechazando el emprendimiento minero del Cordón Esquel, constituye un ineludible dato de la realidad y un mensaje que debe ser aceptado, por un lado, por las autoridades y también por el resto de los habitantes de la Provincia.... Las propias dudas*

²⁷Ordenanza sancionada el 21 de marzo del 2013, cuyo texto completo se encuentra disponible en <http://hdesquel.gov.ar/>

²⁸Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut. Tomo III, p. 756. Disponible en <http://www.legischubut2.gov.ar>

del proyecto, las indefiniciones técnicas que el mismo traía y, fundamentalmente, lo que la comunidad considera como un impacto excesivo e inaceptable sobre las actividades genuinas que allí se desarrollan, dieron marco o fundamento a ese 83% de votos negativos hacia el emprendimiento”²⁹.

Luego de un extenso debate, en el cual se discutió acerca de los aspectos ambientales, económicos y sobre la importancia de la participación popular poniendo el énfasis en los mecanismos de democracia semidirecta utilizados para expresar la voluntad, se sostuvo que: “... *la provincia del Chubut tendría que dar como ejemplo a la Nación, para que realmente las cosas comiencen a correr por los carriles que las mismas Constituciones Nacional y Provincial han dado como herramientas de la voluntad del pueblo, que es expresarse en los hechos de trascendencia y que van a modificar una perspectiva de vida. Esto lo digo con total convencimiento de que la comunidad cordillerana se valió de este recurso y que bien ha sido adoptado por la legislación para expresar su voluntad. Dejemos también que los demás se expresen*”³⁰

c)- En cuanto al aspecto judicial, los hechos objeto de la Consulta Popular del año 2003 y su derivación directa, la sanción de la Ley XVII N° 68, llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que por medio de una sentencia se expidió en el fallo “*Villivar, Silvana N.c/Provincia del Chubut y otros*”, sentando jurisprudencia en relación al derecho ambiental y las facultades reglamentarias de las Provincias. En el recurso deducido por la Minera El Desquite S.A. en los autos referidos, la Corte sostuvo que, si bien correspondía a la Nación dictar aquellas normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, eran las Provincias las que debían complementarlas con su reglamentación local. Poniendo de manifiesto que mediante la normativa local se podían requerir mayores exigencias, requisitos o

²⁹ Fundamentos expresados por el Diputado Retuerto, Juan Ismael (MC) en el Proyecto de Ley 40/03 aprobado el día 9 de abril de 2003, como Ley N° 5001 renumerada como Ley XVII N° 68. Versión Taquigráfica disponible en la Sección Diario de Sesiones ([Sesión 890 08-04-03](#)) <http://www.legischubut2.gov.ar/>

³⁰ Fundamentos expresados por el Diputado De Bernadi, Eduardo (MC) en el Proyecto de Ley 40/03 aprobado el día 9 de abril de 2003, como Ley N° 5001 renumerada como Ley XVII N° 68. Versión Taquigráfica disponible en la Sección Diario de Sesiones ([Sesión 890 08-04-03](#)) <http://www.legischubut2.gov.ar/>

prohibiciones que las expuestas en la normativa nacional que contiene los presupuestos mínimos de protección ambiental.

Como ya se ha señalado, mediante la Ley XVII N° 68, en la Provincia del Chubut se prohibió el desarrollo de la actividad minera metalífera, en la modalidad a cielo abierto y con cianuro, tal y como lo habilita el Máximo Tribunal en su pronunciamiento.

Dicho de otro modo, *“La doctrina de este fallo de la Corte es aleccionador, enseña que: 1) La actividad minera está sujeta a normas legales nacionales contenidas en el Código de Minería y provinciales complementarias maximizadoras de protección ambiental; 2) Las normas de presupuestos mínimos, que concurren, Ley 25.675 General del Ambiente, con todos los principios de política ambiental, entre los que se destaca el principio precautorio, ley 25.612 de Residuos Industriales, entre otras, se aplican de manera uniforme, común, en todo el territorio de la Nación; Las provincias, cuando ejercen la facultad de dictar normas complementarias, pueden agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada; En el caso, y para la Provincia de Chubut, tiene plena aplicación la ley local, que prohíbe el desarrollo de procesos mineros en la modalidad a cielo abierto, y la utilización de cianuro”*³¹.

d)- El reflejo en el ámbito nacional de lo ocurrido el 23 de marzo 2003 en la ciudad de Esquel con respecto a la actividad minera, puede observarse en la forma en que se propagó esta experiencia de organización y participación popular, ya que se han sancionado *“... leyes de prohibición de la minería a cielo abierto en siete provincias: Chubut (2003), Río Negro (2005), Tucumán (2007), La Pampa (2007), Mendoza (2007), Córdoba (2008) y San Luis (2008)”*³². Como puede verse, este concatenado de sanciones legislativas, acaecen luego que en la Provincia del Chubut, se efectuó la Consulta Popular, produciendo un impacto directo en la actividad minera en el ámbito nacional.

³¹Cafferatta, Néstor. Publicado en La Ley 27/04/07,4- LL 2007-C-108.

³²CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales). Informe 2011. Giarracca, Norma, “El desarrollo basado en la extracción de recursos naturales”. 1° ed. Bs.As.: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 340

Resulta claro que fue en la Provincia del Chubut, el lugar donde se generó un punto de inflexión respecto a la megaminería en la Argentina, mediante reacciones y acciones, absolutamente legítimas, ya que cualquier decisión que los gobernantes adopten en punto a la temática, afectará de modo directo o indirecto la vida y el desarrollo de una comunidad y posiblemente de las generaciones venideras, con lo cual definiciones de tal magnitud no deberían quedar exclusivamente en manos de los gobernantes.

Debe señalarse en cuanto a los institutos de democracia semidirecta que “... *un adecuado empleo de estos mecanismos exige, como premisa lógica, la plena garantía de los derechos y libertades fundamentales, el pluralismo político, la ausencia de manipulación de la opinión pública y condiciones de equidad en el proceso electoral para todos...*”³³

A fin de ofrecer un panorama más extenso del proceso, deben señalarse algunas debilidades sobrevinientes, que es justo y honesto, mencionar. Una de ellas se refiere a algunos focos de intolerancia que se visualizan dentro del movimiento de autoconvocados por el “No a la Mina”, ante aquellas personas de la comunidad que sostienen alternativas de desarrollo diferentes a la que resultó mayoritaria el 23 de marzo de 2003, generándose respecto a estas personas o grupos, episodios violentos, con intentos de silenciar o anular la diversidad de pensamiento. Estas reacciones ponen una mácula en el histórico proceso del 2003, si bien se trata de focos reducidos dentro de un gran movimiento.

La otra debilidad se vincula con la ausencia de propuestas de desarrollo social y económico alternativo y sustentable de la zona, dejando abierta la posibilidad, ante una eventual y futura crisis económica y/o social, al avance de propuestas de desarrollo de la zona cordillerana, que no tengan como su principal objetivo el resguardo

³³Cenicacelaya, María de las Nieves, “Dos siglos de vida independiente en el Cono Sur ¿de la democracia representativa a la democracia participativa?”. Publicado en UNLP 2009-2010, 01/11/2010, 244.

del ambiente y la calidad de vida de la comunidad y las generaciones venideras.

En el texto de una Ordenanza Municipal puede leerse “... *es imprescindible reafirmar a Esquel como una Ciudad que intenta desarrollar un modelo de progreso propio y sustentable con acciones que tengan como fundamento la mejora de la calidad de vida de sus habitantes*”.³⁴ Así, el intento de desarrollar un modelo de progreso propio y sustentable, aparece como un propósito que aún no maduró para transformarse en una realidad.

VI- Consideraciones finales.

Como se sostuvo al inicio de este trabajo, la idea propuesta fue la de brindar a los lectores una referencia normativa sobre la incorporación de los institutos de democracia semidirecta y luego contrastarlos con la utilización de dichos mecanismos en los municipios de la Provincia del Chubut, entendiendo a estos como la organización básica del Estado.

De los conceptos desarrollados, puede extraerse que la participación ciudadana además de ser un derecho fundamental, contribuye al fortalecimiento de la democracia y complementa el sistema de gobierno representativo. El camino elegido por nuestra legislación ha sido la incorporación en sus textos, de los institutos de democracia semidirecta.

A partir de este trabajo se podrá constatar más similitudes que notas distintivas en cuanto a cómo se han incluido los mecanismos de participación de democracia semidirecta, tales como, consulta popular, iniciativa popular y revocatoria de mandatos, en las Constituciones Nacional y Provincial, como en las Cartas Orgánicas Municipales. En lo que no se observan diferencias, es en la escasa utilización de esos mecanismos de participación ciudadana.

³⁴ Ordenanza 05/04 del Concejo Deliberante de Esquel.

La efectivización del derecho a participar en los asuntos públicos no se ve garantizada con la recepción normativa de los institutos de democracia semidirecta en las constituciones o en las cartas orgánicas, sino que se requiere una modificación en la concepción del ejercicio de la función pública, sobre la cual se pueda generar una apertura real y efectiva en asuntos de trascendencia para la comunidad, así como desde la ciudadanía en cuanto a que ésta comience a participar activamente de la vida democrática, más allá del día en el que se debe sufragar.

En los casos expuestos, puede verificarse que cuando las comunidades hicieron uso de los mecanismos de democracia semidirecta, lograron modificar el modo en que se adoptaban las decisiones públicas.

La implementación de las formas de democracia semidirecta, contribuye a fijar límites a la discrecionalidad de los gobernantes.

Si bien para realizar un análisis en perspectiva se requiere de un tiempo prolongado, a fin de no precipitar una opinión en relación a la utilización del mecanismo de participación ciudadana, se sostiene que la comunidad de Esquel se puso en movimiento y fue generadora de cambios sociales, económicos y culturales que trascendieron el ámbito municipal. No obstante, se considera que esa participación debiera haber sido acompañada de una propuesta alternativa de desarrollo y consideramos que allí radica la debilidad del proceso comentado.

A modo de conclusión puede afirmarse que los mecanismos de democracia semidirecta, resultan una gran herramienta de fortalecimiento de la democracia, y su utilización es valiosa tanto para quienes gobiernan como para quienes son gobernados.

Quando el aseguramiento del fin tuitivo se torna ilusorio.

por Mariana Ripa

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLGran Cuyo2013 (septiembre), 833

Cita Online: AR/DOC/3243/2013

[Consultado el: 18/06/2020]

Sumario

I. Hechos.- II. Instancias judiciales. Algunos fundamentos que no pueden dejar de mencionarse.- III. Algunas consideraciones previas.- IV. Breve reseña de los derechos en juego y de la normativa aplicable.- V. Argumentos jurídicos.- VI. El contexto.- VII. Deficiencias esenciales en el proceso administrativo y consentimiento informado.- VIII. Límites o posibilidades reales en el ejercicio de la autonomía personal.- IX. Libertad y dignidad. Cuando de derechos sexuales y reproductivos se trata.- X. Maternidad como opción o como imposición a la discapacidad.- XI. El rol del Estado y posibles acciones positivas.- XII. Palabras de cierre.

I. Hechos

Los progenitores de una niña 15 años de edad, discapacitada, no declarada incapaz, solicitan autorización judicial a los efectos que se le realice la contracepción quirúrgica a su hija, M.

II. Instancias judiciales. Algunos fundamentos que no pueden dejar de mencionarse

La Jueza de grado autorizó la intervención fundado su decisorio en que si bien la niña no había sido declarada incapaz judicialmente, el hecho de que se trate de una persona con padecimientos mentales y menor de edad, tornaban aconsejable el control judicial.

Que estaba en juego el derecho a la integridad y que M., según la pericia realizada, no poseía la capacidad para comprender la medida solicitada por sus padres y que eran estos los que debían prestar el consentimiento informado.

También apoyo su decisión en los informes del sector de Salud que aconsejaban la realización de la práctica. Sumado a ello la historia vital de M. y las limitaciones para ejercer el rol materno sin apoyo psicológico. En base a lo expuesto la Jueza hace lugar al pedido de los padres de M.

La sentencia fue recurrida por la Asesora de Menores, con fundamento en los derechos de los niños y de las personas con discapacidad. Manifiesto que no se dio cumplimiento con los requisitos de la declaración de incapacidad, exigido por la ley de contracepción quirúrgica y que la regla general establecida por el Código Civil con la modificación de la Ley de Salud Mental, es la de la capacidad. Con fundamento en el respeto a la libertad y dignidad humana, no es posible declarar otras incapacidades que las establecidas por la ley y no pudiendo llegarse a ella por vía interpretativa.

Que M. está atravesando por la adolescencia y que su discapacidad es funcional, con lo cual su estado no es inmodificable y que posee capacidad para materner con limitaciones.

Entre los agravios que plantea la Asesora, desarrolla el que M. no haya sido informada por los profesionales de la salud de la posibilidad

de optar por otros medios anticonceptivos alternativos, y que se han hecho primar los intereses de sus padres.

Considera conculcado el derecho a la salud reproductiva de M., de conformidad a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que la información en relación al consentimiento informado debió haberse ofrecido de modo previo a la intervención judicial.

Que como tampoco se probó la urgencia en realizar la ligadura tubaria, ni el riesgo a la salud que futuros embarazos podrían representar para M. o al niño por nacer, solicita el rechazo de la demanda.

En el Tribunal de segunda instancia, el primer votante, Dr. Germán Ferrer, confirmó parcialmente el fallo de la instancia anterior, entre otros argumentos porque manifestó que sería un despropósito considerar que las personas con discapacidad tienen la misma capacidad de ejercer por sí la totalidad de sus los derechos y que de no asumir dicha realidad, en lugar de protegerlos se los dejará existencial, lejos de protegerlos, lo que se obtendrá será la desprotección de las personas con discapacidad. Refirió que debe resolverse lo que mejor garantice su derecho a una sexualidad satisfactoria y responsable, y a un estándar de vida saludable.

Las restantes integrantes de la Cámara conforman la mayoría, votando en disidencia con el criterio expuesto por el Dr. Ferrer, sosteniendo que debe denegarse la autorización solicitada. Los fundamentos son sólidos y profundizan los expresados por la Asesora de Menores. Así entre otros, las Dras. Carla Zanichelli y Estela Ines Politino, desarrollan el concepto de derecho a la procreación, a la sexualidad, vinculado al derecho a no concebir como producto de su ejercicio. Plantean la existencia de métodos anticonceptivos cuya implementación sólo requiere de compromiso y dedicación por parte de los adultos responsables y adecuada información y educación de los efectores públicos involucrados. Refieren que no ha sido acreditada la

imposibilidad de M. de ejercer el rol materno y que no se ha reportado que pudiera haber riesgos para la salud de M. en futuros embarazos.

Expresan la necesidad de ordenar una serie de medidas a fin de garantizar los derechos a la salud y a la educación sexual de M. y la obligación del Estado de acompañar a la menor en el desarrollo pleno de su salud sexual y reproductiva.

III. Algunas consideraciones previas

Acepté con gusto el desafío de realizar un comentario respecto de una sentencia, en la que se abordan situaciones complejas vinculadas a los derechos humanos de una adolescente con un grado de discapacidad.

Es decir me encuentro frente a una sentencia que surge como la derivación razonada del derecho vigente, en base a las circunstancias obrantes en la causa, pero en lo profundo de mi ser, siento que estas reglas no alcanzan, para garantizar la libertad, dignidad, salud e igualdad de M., que descuento tuvieron como norte quienes intervinieron en este proceso.

¿Quién podría estar en desacuerdo con el núcleo de ideas y valores que se expresaron en la sentencia que nos ocupa?

Es claro y debe reconocerse como un gran avance la entrada en vigencia de la Convención de las Personas con Discapacidad y la superación de modelos del pasado mediante la adecuación de la normativa de nuestro derecho interno, para adentrarse en el modelo de derechos humanos, mediante el cual se otorga igual valor a las personas, más allá de sus capacidades.

Como se ha mencionado, el fallo comentado, se estructura en base a diversas normativas que protegen a las personas con discapacidad, pero "...lo importante no termina siendo la legislación sino su realidad fáctica" [\(1\)](#). Y es en base a esta afirmación que centraré, mi

posición respecto de la forma en que se entienden los derechos de las mujeres con discapacidad y su efectiva implementación.

En este sentido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en septiembre de 2012, luego de examinar los informes presentados por Argentina, entre sus observaciones asentó que "...le preocupa, en particular, la ausencia de una estrategia de trasversalización del enfoque de género y discapacidad..." (2).

En síntesis la situación bajo análisis me ha generado más interrogantes que certezas y es mi intención compartirlas a continuación.

IV. Breve reseña de los derechos en juego y de la normativa aplicable

Debe señalarse que todos los operadores jurídicos han fundado sus decisiones en los mismos derechos y normativa, aunque mediante interpretaciones disímiles, lo que ha llevado a resultados distintos. Se ha intentado proteger los derechos de M. a la integridad, salud, autonomía, igualdad, libertad y dignidad.

Basándose en la Ley 26.130 de contracepción quirúrgica, la Ley 26.529 derechos del paciente, la Ley 26.061 de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, la Ley 26.657 de salud mental, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención de los derechos del Niño.

V. Argumentos jurídicos

De modo previo, expreso que a mi entender el fundamento inescrutable a fin de revocar el fallo de primera instancia, por la cual se otorgaba la autorización para realizarle la práctica de contracepción quirúrgica a la adolescente con discapacidad, es sin dudas, la falta de la emisión del consentimiento informado de M. en la medida de su competencia. Por no ser éste sólo un requisito exigible jurídicamente, sino porque su ausencia torna cualquier actuación del Estado, en el

cuerpo de M., en una violación a sus derechos personalísimos y por tanto es reprochable.

De modo que, la gran ausente en esta situación, ha sido la información previa a la conformación del acto de consentimiento y en las siguientes instancias la implementación de los mecanismos de apoyo necesarios a los efectos que sea M. la que pueda otorgar su consentimiento ante una práctica de ésta naturaleza.

Dicho lo cual he de introducirme en la realización de algunos comentarios de los temas abordados.

VI. El contexto

Resulta central tomar magnitud de la situación de hecho en la que deberán efectivizarse los derechos enunciados en la sentencia. Aquí debe remitirse al contexto en el que se desarrolla la vida de M. que es de pobreza estructural y hacinamiento crítico. Su grupo familiar está compuesto por 15 hijos, con antecedentes de abuso sexual, si bien ella no presenta signos de haber sufrido abuso intrafamiliar. De la historia vital de M. se sabe que parió un hijo, que murió al nacer, por defectos congénitos. Luego de este hecho se habrían producido tres episodios de intentos de suicidios, por los que recibió medicación.

Actualmente tiene una hija recién nacida, y se ha observado un buen vínculo materno/filial entre ellas, no obstante, cuenta con muchas limitaciones para ejercer el rol materno, por ello recibe ayuda constante de un profesional de la psicología. Se desconoce quién sería el padre de la niña.

Un dato sensible, y que debe tenerse presente, es el escaso control de M. por su grupo familiar.

Los controles médicos ginecológicos y métodos anticonceptivos, no han tenido continuidad.

Si bien se cuenta con un certificado que consiga que M. presenta discapacidad mental, no ha sido declarada incapaz judicialmente.

Es importante señalar que M. no comprende el alcance de la medida y respecto de la medida peticionada por sus progenitores.

Con relación a terceros, M. no logra comprender acciones y comportamientos de terceros y exhibe una actitud ingenua y aniñada.

En este estado de cosas puede colegirse que el derecho a la igualdad y a su reformulación como "principio de diferencia, supone la necesidad de deberes positivos por parte del Estado para promover la autonomía de los menos autónomos y, también, el reconocimiento de necesidades básicas y capacidades...compatibles con la autonomía personal en la medida en que se identifican como estado de cosas que son prerequisites para la materialización de planes de vida libremente elegidos. Sólo es posible realizar la autonomía de ejercicio si previamente se han puesto las condiciones para la autonomía de formación. En palabras de Carlos S. Nino:...debemos igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, lo que implica satisfacer ciertas necesidades básicas" (3).

Es decir nos encontramos frente a un supuesto donde el Estado debe tallar para equilibrar con su accionar la balanza a favor de aquellos que cuentan con un menor grado de autonomía.

VII. Deficiencias esenciales en el proceso administrativo y consentimiento informado

Resaltar las falencias de las actuaciones de los efectores del sistema de salud, es esencial, en tanto las decisiones judiciales que se fueron adoptando posteriormente, debieron enderezar la actuación del Estado, hacía un camino que garantice los derechos humanos de M.

El punto gravitante en el fallo comentado ha sido la falta de información para que M. en el marco de sus posibilidades y/o sus pro-

genitores, puedan emitir su consentimiento informado en relación a la práctica solicitada.

Del voto de la Dra. Zanichelli, puede extraerse que "...no se ha probado con el grado necesario de certeza que estimo, la seriedad y trascendencia de la cuestión en análisis requiere, que la misma no pueda dar su consentimiento informado"

Argumentando que "...entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido..." afirma que "...toda persona que solicite dicho procedimiento quirúrgico deberá ser informada previamente..." en este sentido manifiesta que "...tampoco sus padres han sido informados correctamente acerca de las consecuencias de la misma". Concluye respecto del requisito del consentimiento informado que "...En el caso de este presupuesto previo e ineludible no ha sido cumplimentado ni respecto de M. ni de sus padres...".

Someramente debe mencionarse que el consentimiento informado se constituye por aquella declaración de voluntad suficiente efectuada por la paciente o por su representante legal, luego de recibir por parte del profesional interviniente la información clara, precisa y adecuada respecto de la práctica que se solicita y de sus posibles consecuencias.

Dicha información no fue proporcionada por los efectores de salud, a quienes debiera responsabilizarse por las consecuencias disvaliosas que con su accionar le irrogaran a una adolescente con discapacidad, ante la posibilidad de realización de una práctica esterilizante y a su grupo familiar.

Sabemos que, "no siempre las respuestas que las mujeres reciben por parte de los profesionales de un centro de salud o de un hospital se da en un enfoque de reconocimiento de sus decisiones" (4).

El tratamiento que se le confirió al caso en el sistema de salud, se encuentra muy alejado del modelo de salud mental, género y derechos humanos, que hubiera sido lo adecuado. Pensemos que ni siquiera se genero el espacio para informar la naturaleza de la práctica o sus alternativas, situando a M., como paciente, en el lugar de objeto y no de sujeto de derechos.

VIII. Límites o posibilidades reales en el ejercicio de la autonomía personal

Es claro que aún siendo M., menor de edad y con un grado de discapacidad, es titular de derechos, tales como integridad, salud, autonomía, igualdad, libertad y dignidad. No obstante deben emplearse los medios para que ella pueda ejercer dichos derechos, atendiendo a las circunstancias de madurez y grado de discapacidad.

En razón de lo expuesto se deben "...incrementar los esfuerzos dirigidos a una participación de los padres de tal manera que éstos puedan contribuir a la toma de decisiones autónomas de las hijas y al mismo tiempo, crear condiciones para un acompañamiento abierto a la vida sexual activa que permita mejores prácticas de protección entre las jóvenes..." (5).

En este punto es medular resaltar que de la información disponible, no surge de manera inequívoca, que es lo que M. desea realmente, y hasta donde llega su competencia. Señalan los integrantes del Tribunal que: "...la propia afectada... expresa que prefiere quedarse sola-sin pareja- y con un solo hijo" (voto Ferrer) por otra parte consta en la causa que "...telefónicamente la progenitora de M. le comunico... que si bien a ella le interesaría que le ligaran las trompa a su hija, hora M. no quiere, porque está tomando métodos anticonceptivos..."(voto Dra. Zanichelli), que la joven "...se encuentra en plena adolescencia y conforme a su madurez psíquica y física ha manifestado su interés contrario a la intervención quirúrgica..." (voto Dra. Politino).

Es muy gravedad que ni M., ni sus representantes hayan tenido la posibilidad de elaborar y emitir el consentimiento informado en el ámbito del Poder Ejecutivo, atribuible a las deficiencias de los efectores de salud, que no han contado un sistema de apoyo en la toma de decisiones.

Ahora bien, esa finalidad tampoco se ha alcanzado en los tribunales, en tanto no se ha podido desentrañar cual es el plan de vida de M. o hacía donde se dirigen sus inclinaciones. Debe señalarse que el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oído, es operativo y que se trata de un deber ineludible a cargo del Poder Judicial, que debe implementarlo en el marco de una escucha activa.

En este sentido en su voto la Dra. Politino, desarrolla escrupulosamente las implicancias de la técnica de ligadura de trompas de Falopio, sosteniendo que la práctica "...no obedece a un deseo o interés propio de M...que tiene derecho a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su madurez y desarrollo...", aborda el concepto de competencia y el de capacidad, propiciando el "...ejercicio de una autonomía progresiva y responsable en materia del cuidado del propio cuerpo...".

A estas alturas, nadie podría estar en contra de los avances doctrinarios y jurisprudenciales en relación a la capacidad progresiva o la competencia para decidir sobre derechos personalísimos, no obstante estos avances deben ser interpretados en su conjunto, ya que si no, lo que se obtendrá en algunos supuestos, será el desamparo de personas que integran colectivos vulnerables.

Queda claro que el único camino a fin de resolver la situación de M., en esta instancia, se encuentra en el ámbito de la legalidad y la justicia, pero ese camino debe transitarse, sin desentenderse de las consecuencias de la decisión adoptada.

El interés superior del niño como principio rector, ha sido citado en los distintos estamentos judiciales, utilizando el concepto para fun-

damentar una intervención que proteja y garantice los derechos e intereses de la adolescente discapacitada, tanto en el sentido de autorizar la práctica, como para no autorizarla, aún así, no estoy persuadida que se alcance dichos objetivos con la sentencia emitida.

IX. Libertad y dignidad. Cuando de derechos sexuales y reproductivos se trata

Cuando de derechos sexuales y reproductivos se trata, los conceptos como libertad, dignidad y autonomía, tienden a ser morigerados, especialmente frente a una mujer con discapacidad.

Por ello debo realizar una consideración puntual, ya que en general puede observarse la restricción respecto del ejercicio de la autonomía de la mujer, cuando su decisión se vincula al derecho a no reproducirse, no obstante esta regla tiende a invertirse cuando de adolescentes discapacitadas se trata.

De hecho en la jurisprudencia comentada, se expresa que el procedimiento quirúrgico de ligadura de trompas de Falopio se "...erige como una situación altamente discriminatoria, en perjuicio de los sectores más carenciados de nuestra población, los que frente a una situación de tamaña consecuencia como lo es una esterilización, no podrían en el futuro y frente a un eventual "arrepentimiento", revertir de ninguna forma la decisión adoptada por ellos o por otros en su representación" (Voto Dra. Estela Inés Politino).

Lo plasmado en la sentencia es absolutamente cierto y por ello celebro los recaudos adoptados por la Cámara en resguardo de los derechos de M., en tanto no puede estar ajeno a la evaluación de la situación, la circunstancia que se presenta cuando se trata de mujeres con un grado de discapacidad y que, cuando estas deben decidir respecto de sus derechos sexuales y reproductivos, suelen ser presionadas para adoptar decisiones relacionadas a coartar su posibilidad de ejercer los derechos, ya sea por sus padres o por los profesionales de la salud. Por ello, debe ahondarse en cuál es la opción más valorada

por la mujer con discapacidad, a fin de poder verificar si esta elección fue asumida libremente o como producto de los intereses, valores y experiencias de la familia o los agentes de distintas instituciones.

No obstante la protección ante el arrepentimiento se encuentra omnipresente, no solo con las mujeres con algún grado de discapacidad, sino con aquellas que en pleno uso de su capacidad, deciden someterse a una práctica de contracepción quirúrgica, que deben dar sobradas razones respecto de su decisión y que luego en la práctica se presentan un conjunto de obstáculos que las desalientan a solicitar el acceso a este tipo de servicios de salud.

Con habitualidad resuena la pregunta ¿y si después se arrepiente?

Lo que resulta curioso es que, cuando se presenta el caso de una elección distinta y, a modo de ejemplo, una niña lleva adelante una gestación, ello es aceptado por quienes se muestran en general protectorios con la mujer, comenzando con un proceso de enaltecimiento de una opción en detrimento de otras, reforzando los roles de género, vinculando a la mujer-niña con la maternidad, como algo siempre positivo y ya no se oye con tanta frecuencia la remanida pregunta de ¿si después se arrepiente?.

Recordemos que la decisión de tener un hijo, es tan o más irreversible, que la de someterse a una práctica como la de contracepción quirúrgica y en razón de ello creo oportuno señalar que en todos los casos debe respetarse el derecho a la libertad y autonomía de la mujer, lo cual implica aceptar la opción que tome respecto de su salud reproductiva y sus planes de vida.

X. Maternidad como opción o como imposición a la discapacidad

Tal vez pueda resultar fuerte el subtítulo elegido para encabezar este apartado, y descuento que no ha sido el norte que inspiró a los integrantes del Poder Judicial que intervinieron en el caso. Pese a ello no

puedo dejar de interrogarme, en cuanto a si realmente fue decisión de M. la maternidad y en tal caso de serlo en repetidas oportunidades.

Tampoco puedo dejar de mencionar que este aspecto se abordó magramente en los razonamientos del fallo, cuando este eje esta íntimamente vinculado con la situación en discusión.

El Dr. Ferrer en su voto sostuvo que "...el derecho a procrear no puede ser enunciado sólo en términos abstractos y dogmáticos pues, implica la posibilidad de elegir libre y conscientemente cuándo, cómo y con quien mantener relaciones sexuales y concebir un hijo....".

Hubiera sido útil poner en consideración, si M. comprendía las implicancias de mantener relaciones sexuales, si éstas eran consentidas. No pudiendo dejar de evaluar que cuando M. queda embarazada tenía 14 años. En ese orden de cosas, cabe preguntarse si fue abusada, ya que en los informes agregados al expediente, se hace referencia a que no padeció abuso sexual "intrafamiliar".

Cabe reiterar la pregunta, ¿la maternidad de M. fue planificada o al menos deseada? En este punto, "...sabemos que existen muchos embarazos tempranos resultados de distintas formas de ejercicio de la violencia masculina y que no siempre es una violencia explicita, sino que es más sutil, que incluye lo que podríamos llamar el sexo bajo coerción" (6).

El derecho a la salud reproductiva contiene el derecho a la información, prevención y planificación. En el caso, como se ha desarrollado en la argumentación judicial, ha fallado el aspecto de la información, y el de prevención, pero también ha estado ausente el de la planificación, entendido que "...Desde una óptica civil, laica y pluralista la procreación es un acto consciente y voluntario, en donde una persona o dos personas de manera conjunta deciden cambiar su vida para siempre y afrontar la maternidad /paternidad... Y un acto tan esencial a la conformación de una persona como sujeto no puede ni

debe, por imperativos formales u obstáculos materiales, ser decidido por el orden natural de las cosas..." (7).

Es decir puede afirmarse que también existe un derecho a no reproducirse, que de ningún modo puede serle negado a M. por ser discapacitada.

En necesario desarrollar sintéticamente las implicancias de maternar, que no sólo es la de brindar cuidados materiales, sino aquellos emocionales, para lo cual M. está siendo asistida por un profesional. Sopesando esta situación, ¿con cuántos niños y niñas más podrá M. cumplir ese rol de madre? ¿Por cuánto tiempo el Estado le proporcionara la asistencia profesional en dicho rol?

Se ha declarado que "...nuestras sociedades y Estados delegan a las "madres esta responsabilidad, pero no se responsabilizan por las condiciones que ellas requieren para hacer este trabajo por supuesto no se visualiza como tal (trabajo) sino como una "misión" maravillosa y personalísima que depende casi exclusivamente de ellas y de su "amor maternal" (8).

Con todo lo expuesto, aparece al menos como un concepto abstracto sostener, como lo han hecho la Asesora y las Camaristas, que no se ha reportado que la salud de M. pudiera correr riesgo en futuros embarazos.

Ello, es al menos prematuro, ya que la gestación y el consiguiente parto, entrañan riesgos en sí mismos, para la salud de la gestante, que son asumidos por la mujer, si efectivamente ésta fue su elección, cuestión que no ha quedado acreditada en autos.

Esta afirmación, la sitúo en un concepto amplio de salud que abarca las dimensiones del bienestar físico, mental y social de M., en conexidad con el reconocimiento al derecho de niñas, niños y adolescentes, al disfrute al más alto nivel posible de salud, concepto éste que

debe definirse en el caso concreto y de ninguna manera en base a estándares rígidos.

De la evidencia disponible puede extraerse que M. ha padecido distintos sufrimientos vinculados a sus embarazos, reiterados intentos de suicidios derivados ellos de la pérdida de un niño o de la situación de abandono ante la maternidad, etc.

Es decir, situaciones como las relatadas, sumadas a las angustias derivadas de la situación socio-económica, afectan y afectarán no sólo su integridad personal y salud, sino también su proyecto de vida.

Es imprescindible señalar la estrecha relación que se da entre la mayor cantidad de hijos que tenga una mujer y la disminución de sus expectativas en cuanto a la posibilidad de educación y de trabajo, ello debe vincularse a la obligación asumida por el Estado en cuanto a la adopción de medidas efectivas que faciliten el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad, en el marco de una plena inclusión y participación en la comunidad en la que viven.

En este orden de ideas se ha sostenido que "...en la mayoría de los casos, concebir un hijo para una adolescente en el contexto de necesidades básicas insatisfechas y donde no cuenta con sus padres u otro tipo de red social de contención no es el producto de una elección, sino el resultado del desconocimiento y de una situación sumergida o subordinada..." (9).

Profundizando en el caso concreto, debe adicionarse que "... la presencia enfermedad mental —incluido el retraso mental- hace a las mujeres más vulnerables...a más embarazos no deseados con los riesgos que esto implica..." (10).

Nos han enseñado y así lo he aprendido que los derechos humanos son interdependientes, así no podría, validamente, garantizarse unos en detrimento de otros.

Tal vez, en la intención de proteger, se están generando las condiciones para profundizar la situación de vulnerabilidad en la cual M. se encuentra, consolidando aquellos factores de vulnerabilidad, relacionados a la situación de salud, social y cultural que como mujer, adolescente y discapacitada de bajos recursos, a los que se enfrenta.

XI. El rol del Estado y posibles acciones positivas

En la sentencia no hay cuestiones controvertidas, en cuanto a lo jurídico, sino cual es la interpretación del sistema normativo y específicamente, si con el pronunciamiento de segunda instancia, se obtendrá el objetivo de propiciar que M. logre aprovechar sus potencialidades de conformidad con sus características, necesidades y deseos.

En función de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino, en tanto han suscripto instrumentos internacionales de derechos humanos y siendo el garante último de dichos derechos, debe adoptar un rol activo, asegurando las condiciones para el efectivo goce de los mismos en el marco de un Estado constitucional de derecho.

En principio, coincido con la decisión de la Cámara, en cuanto que "En lugar de la autorización peticiona,...corresponde ordenar una serie de medidas a fin de garantizar los derechos a la salud y a la educación sexual de M... Estas medidas no sólo competen a sus padres...sino también al Estado...". No obstante presumo que la decisión quedará inconclusa respecto del objetivo protectorio pretendido.

Ahora bien, en el más absoluto respeto a la independencia de poderes, considero que la Cámara al no generar un mecanismo de control de lo ordenado y de atribución de responsabilidad a los agentes estatales involucrados en el cumplimiento de la sentencia, propicia su incumplimiento y la vulnerabilidad de M., ya que en la situación por la que atraviesa, resulta improbable que recurra nuevamente a los estrados judiciales solicitando el cumplimiento de la sentencia.

A fin de superar la compleja situación advertida en el caso, creo conveniente poder abreviar de la experiencia colombiana en cuanto a los antecedentes de control o monitoreo de órdenes judiciales.

Concretamente respecto de las sentencias estructurales emitidas por la Corte Constitucional Colombiana, por caso la T- 025, vinculada a la violación masiva de los derechos humanos de una enorme cantidad de población colombiana, que salvando las distancias, en cuanto a metodología y temática, - derechos humanos, aplicación de las normas y efectividad de las sentencias-, bien merecen ser miradas con atención como un ejemplo posible de aplicación.

De la experiencia colombiana en la sentencia conocida como "desplazados" se ha dicho: "...En este país de tantas leyes, ha resultado muy interesante esa sentencia para que las leyes no se queden en letra muerta; para que a través de la providencia, los jueces le den impulso al contenido de la ley. Por otro lado, ha sido un mecanismo muy importante para mover el aparato gubernamental" (11).

Mediante la aplicación del mecanismo implementado por el Máximo Tribunal colombiano, en el cual se ordena, se identifica a los responsables y responsabilidades que a cada uno le corresponde, se ha logrado contrarrestar dos factores determinantes que en general dan sustento a los incumplimientos de lo dispuesto en las sentencias judiciales cuando es el propio Estado el obligado, que son la dispersión de la responsabilidad sobre el tema y la inactividad de las entidades estatales.

Sin pretender arrogarme un conocimiento del devenir de los acontecimientos que no poseo, intuyo que éstas dos situaciones podrían presentarse en el caso comentado, en tanto en la parte resolutoria del fallo se le impone a los progenitores de M. "...ejercer un adecuado control, llevándola periódicamente a los controles ginecológicos y velar por que reciba una adecuada educación sexual..." y la negativa a la práctica de ligadura de trompas de Falopio la fundamentan en base a la existencia de métodos anticonceptivos que su

"...implementación sólo requiere de compromiso y dedicación por parte de los adultos responsables y adecuada información y educación de los efectores públicos involucrados...". De la situación exhibida en la sentencia, resulta poco probable que los padres de M. puedan cumplir con la manda impuesta, encontrándose en una situación de pobreza estructural y hacinamiento crítico.

En cuanto a la orden que manda "...disponer que a través de los efectores públicos sanitarios que correspondan se arbitre las medidas necesarias a fin de que se efectúen en la joven los controles ginecológicos periódicos y se le suministre la debida información y orientación sobre sus derechos sexuales y reproductivos..." Considero que al no hacer pesar la obligación en alguna persona específica dicha responsabilidad se difumina. Siendo posible que se apele a la falta de capacidad institucional o de recursos, para eximirse de acompañar a M. y a su familia e incumplir la manda judicial.

Entiendo que a partir de un activismo judicial, que implique intervenciones comprometidas e innovadoras, se podrán garantizar los derechos en juego, de otro modo solo quedarán al arbitrio del azar.

Concuerdo con que "...sería equivocado pensar que la solución a la desigualdad extrema consiste sólo en mantener y promover los pesos y contrapesos, o que se puedan conseguir cambios positivos únicamente con fortalecer el sistema judicial..." (12). No obstante, considero que en la realización del ideal de igualdad y garantía de derechos, contar con funcionarios judiciales activos, comprometidos e innovadores, puede hacer una gran diferencia entre ser titular de derechos o ejercerlos efectivamente.

El fundamento para que la judicatura intervenga de modo activo encuentra su razón en "...garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos" (13).

Si bien el fallo está cargado de buenas intenciones, contiene el germen del efecto perverso, que implica no asegurar el fin tuitivo que se ha buscado con el pronunciamiento judicial, dejando, en los hechos, librada a su suerte a M., en su calidad de adolescente discapacitada y de bajos recursos.

Así "La columna central en las decisiones de nuestro Máximo Tribunal consiste en la afirmación de que la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada constituyen una política pública... La consideración primordial de ese interés viene tanto a orientar como a condicionar las decisiones jurisdiccionales, particularmente en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, cuyo interés debe ser custodiado con acciones positivas, de las que ninguno de los poderes del Estado esta exento. A partir de ahí entonces se deberá examinar de qué modo en la faz práctica se concreta ese mejor interés en el conflicto particular." [\(14\)](#)

XII. Palabras de cierre

Ha resultado dificultosa la tarea encomendada, ya que los y las operadoras judiciales han elaborado una decisión razonada y ajustada al derecho interno e internacional, en todo lo referido adolescentes, discapacidad y derechos humanos.

El punto es, si con la sentencia se lograra el objetivo de garantía y protección que buscaron quienes la emitieron. Es decir si el fallo, además de ser correcto, tendrá efectos favorables sobre la justiciable.

Solo el tiempo dirá como impactó la sentencia en la vida de M. y si el derecho se aplicó en cuanto a la forma o logro plasmarse en la sustancia.

Entiendo que se ha procurado proteger a la adolescente discapacitada del modo más efectivo, ante la posibilidad de una mayor vulneración a la que ya cuenta, no estoy segura de si ello se logrará.

Tengo más preguntas que certezas y me aventuré a compartirlas aquí.

Cuento con la seguridad que es transversalizando la perspectiva de género que podrá contribuirse con la garantía y efectivización de los derechos de las mujeres con discapacidad.

De ninguna manera propicio la limitación de los derechos a la libertad reproductiva de ninguna mujer, y menos de aquellas mujeres de bajos recursos o con discapacidad, sino que he buscado las razones y principios, que nos hacen interrogarnos si es la maternidad, en el caso, una opción o si justamente por todas las circunstancias fácticas relatadas, no implica una imposición a quien ha quedado desprotegida por una interpretación rebosante de fundamentos jurídicos, pero desprovista de aquellos elementos fácticos que desequilibran desfavorablemente la balanza de la desigualdad en contra de M.

Si tuviera que realizar alguna observación a la actividad jurisdiccional, ésta se vincularía a la carencia de una prescripción más detallada, que pudiera efectivamente proteger y garantizar los derechos de M., proporcionándole eficacia a lo manifestado en la sentencia.

Si las ordenes dispuestas por la Alzada, no se cumplieran o lo hicieran deficientemente, entonces será solo M., la que cargara con su discapacidad, su condición de mujer pobre y los hijos no planificados que su biología le permita concebir, eso sí, todo enmarcado en la interpretación de normativa protectoria, que no logro saltar el muro del Tribunal y hacerse carne en la ciudadana... como dije al comienzo, solo preguntas, aún sin respuestas.

Bibliografía

(1) TORRES COSTA, María Eugenia y FABREGA RUIZ, Crístóbal, "Breve comentario de la aplicación...", p. 279. Revista interdisciplinaria, Derecho de Familia. Abril 2013. 2013- II.

(2) Revista de Derecho de Familia y de las Personas. p. 202. Año V. N° 4. Mayo de 2013. LA LEY

(3) VÁZQUEZ, Rodolfo, "Autonomía personal y pensamiento liberal". Coord. Casado, María. Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. p. 200.

(4) CHEJTER, Silvia, "Violencia de Género y Reproducción. Violencia Institucional: el sector salud." Seminario de Acceso a la justicia reproductiva Della Siega, Viviana. Coompiladora. (Católicas por el Derecho a Decidir e Instituto de Género y Desarrollo) Argentina. Rosario 2008. p. 33.

(5) GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina- Coord. Gral. Causal Salud. Interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos. 1° ed. Agosto de 2008. Disponible www.andar.org.mx. p. 75; nota 104.

(6) CHEJTER, Silvia, "Violencia de Género y Reproducción. Violencia Institucional: el sector salud." Seminario de Acceso a la justicia reproductiva Della Siega, Viviana. Coompiladora. (Católicas por el Derecho a Decidir e Instituto de Género y Desarrollo) Argentina. Rosario 2008. p. 38.

(7) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, "Derecho constitucional de familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 593.

(8) ZURUTUZA, Cristina. "Aborto no punible, discapacidad y derechos humanos: cuestiones relativas a la subjetividad en el caso L.M.R." L.M.R. c. el Estado Argentino. Acceso a la justicia en un caso de aborto legal. Diciembre de 2011. p. 32.

(9) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "Derecho constitucional de familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 604.

(10) GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina- Coord. Gral. Causal Salud. Interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos. 1° ed. Agosto de 2008. Disponible www.andar.org.mx p.137.

(11) RODRÍGUEZ GARAVITO César y DIANA RODRÍGUEZ, Franco. "Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia". Bogotá.

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Dejusticia. 2010. p. 132.

(12) GUTIERREZ SANIN, Francisco "Desigualdad extrema: una preocupación política..." Justicia Distributiva en sociedades en transición. Bergsmo, Rodríguez Garavito, Kalmanovitz y Saffon. Tor-kel Opsahl Academia EPublisher. Oslo. 2012. p. 263.

(13) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada": 4º edición ampliada y actualizada- Buenos Aires. LA LEY, 2008. T. II. p. 235.

(14) CORDONE ROSELLO, María A. "Algunas pautas para tener en cuenta en la concesión de medidas cautelares en casos que involucran menores y discapacidad". Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 2012-II. AbeledoPerrot. Abril 2012. p. 6.

La permeabilidad de la justicia ante la perspectiva de género.

por Mariana Ripa

Publicado en: Revista Derecho de Familia. Abeledo-Perrot (Abril 2012). p. 190.

Artículo provisto por la autora.

Sumario

I- Introducción. II- Una mirada constitucional con perspectiva de género. III- A la luz de Constituciones, Tratados y Convenciones. IV- Clave para equilibrar la balanza de la justicia: la perspectiva de género. V- Algunas consideraciones jurídicas con respecto a la asistencia alimentaria entre cónyuges. VI- Plataforma fáctica. VII- Algunas reflexiones finales.

I- Introducción.

La cuestión suscitada en las sentencias que sirven como base para el presente análisis y posterior reflexión, surge a partir del planteo de un ex cónyuge, que se encontraba obligado mediante convenio homologado judicialmente a otorgar asistencia alimentaria en el marco de un proceso de divorcio por causal objetiva y cuya cláusula resolutoria, según el presentante, había acaecido mediante la obtención, por parte de la alimentada, de un beneficio de la seguridad social.

II- Una mirada constitucional con perspectiva de género.

Nos hemos propuesto conectar la temática de alimentos entre ex cónyuges, analizaremos a partir de la jurisprudencia señalada, con la perspectiva de género. Para ello, debemos preguntarnos en primer término ¿Qué implica tener una mirada de género? Es la posibilidad de justipreciar en situaciones concretas -que aparecen como naturalizadas y neutrales - cuando en realidad no lo son, la afectación de derechos constitucionales, evaluando de modo transversal a todas las materias, las desigualdades que se producen por razón del género.³⁵ Incorporar este nivel de análisis al razonamiento jurídico, se traduce en la aplicación de la perspectiva de género con respeto a los derechos humanos de la mujer.

Es decir, intentaremos correr el velo para alumbrar el catálogo de variables que deberían ser tenidas en cuenta al tiempo de decidir.

No ha sido el propósito de este trabajo el impugnar la calidad técnica de los magistrados o el proceso de construcción de la sentencia o su fundamentación, sino señalar cómo la carencia de una visión de género tiene incidencia directa en el resultado de la sentencia y la tutela efectiva de los derechos de las mujeres.

III- A la luz de Constituciones, Tratados y Convenciones.

Es nuestro interés señalar, sucintamente, algunas de las bases sobre las cuales construiremos nuestro razonamiento, referido a la necesidad de incorporar la perspectiva de género a fin de cumplir con las obligaciones que el Estado Argentino ha asumido. Vemos que un tratamiento de igualdad a secas, es decir, desde una abstracción, se tradu-

35 Al ratificar la Convención de la CEDAW, la Argentina asume una "... obligación de doble vía es garantía no sólo de derechos, pero también de su realización. Garantiza que las mujeres tengan los medios y recursos para poder acceder a la igualdad, es decir, garantiza tanto la igualdad de jure como la igualdad de facto e insiste que esta igualdad requiere y es resultado de las intervenciones del Estado". Todo ello en resguardo de la mujer como perteneciente a un grupo vulnerable. Facio Montejo, Alda. *CEDAW en 10 minutos. Convención para la Eliminación de Todas las Formas De Discriminación contra la Mujer*. Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), parte de la ONU MUJERES, para Brasil y Cono Sur-Argentina. Bs. As. octubre de 2010.p.23.

ce en una discriminación y no aparece como razonable a la luz de la Constitución Nacional, en su conjunto, especialmente, en su artículo 75 incs. 22 y 23.

La Constitución de la Provincia del Chubut en su artículo 22, contiene una clave de reconocimiento constitucional, tamiz por el cual deben pasar las decisiones judiciales. Así la Carta Magna dispone que: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina. Es responsable el funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos u omita tomar las medidas y recaudos tendientes a su preservación. La obediencia a órdenes superiores no excusa esta responsabilidad.”*³⁶

En este punto, el Dr. Bidart Campos nos ilustra con respecto a la base de los derechos del hombre y de la mujer, con relación al valor justicia y al desarrollo del ser humano. Así, *“cuando Werner Goldschmidt enseña que el principio primario del valor justicia consiste en facilitar el desarrollo de la personalidad humana, está sentando la base estimativa y explicativa de los derechos del hombre.”*³⁷

Interesa poner en el centro del análisis el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, vinculados a la protección efectiva del derecho a la vida, salud y dignidad de las personas. Encuentran éstos sustento en el Estado de Derecho y es en ese marco que quienes tienen a su cargo el fundamental deber de impartir justicia, están constreñidos a adoptar sus decisiones en el irrestricto respeto a la Constitución Nacional y Provincial, abrevando en el derecho y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos.

En este sentido, el Dr. Gil Domínguez sostuvo que *“...la Corte Suprema de Justicia no sólo refuerza la normatividad de la interdicción de la dis-*

36 (cita digesto)

37 Bidart Campos, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*. 1º reimpresión. Ed. Astrea. Bs. As. 2006. p.5

*criminación, sino también, la existencia de un nuevo orden simbólico que posibilita la construcción de una subjetividad ante la Ley a partir del resguardo de ciertas particularidades que originarias o adquiridas permiten a las personas ser ellas mismas ante los otros y ante la Ley (justamente lo que persigue la discriminación es implantar en la subjetividad del apartado "una conciencia" de aceptación del padecimiento que sufre como una consecuencia natural de su ser o de su elección) y evita la soledad o vacío existencial (individual o grupal) de la persona transformada en tabú que ante la discriminación encuentra el acompañamiento de la Ley."*³⁸

Un derecho constitucional humanista debe atender a las diferencias y a las subjetividades a fin de garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 24 de febrero de 2009, adhirió a las "Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad". Consideramos que éstas son una valiosa y útil herramienta para incorporar la perspectiva de género en los decisorios locales.

En la exposición de motivos del documento aprobado por la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana se expone que: *"El sistema judicial se debe configurar... como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad... Así conceptualiza en la regla 3° a las personas en situación de vulnerabilidad: "... aquellas personas que, por razón de... género, estado físico o mental, o por las circunstancias sociales, económicas,... o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico."* Y en las reglas 15 y 17, sostiene que la pobreza y el género, constituyen causas de exclusión y discriminación que se agravan si son concurrentes.³⁹

38 Gil Domínguez, Andrés. "Estado constitucional de derecho, principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación y garantías eficaces". *La Ley*, 14/12/2011, 9.

39

http://defensoria.iusbaires.gov.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1162:acordada-5-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion&catid=210:documentacion-de-interes-para-la-defensa-&Itemid=296

En el camino antes señalado se creó en el ámbito de la CSJN la Oficina de la Mujer, desde la que se ha sostenido que: “... a pesar del reconocimiento legal de los derechos de las mujeres, todavía se observan decisiones judiciales que parecieran no advertir la existencia de los estereotipos arraigados de comportamientos y las prácticas basadas en conceptos de inferioridad o subordinación de la mujer, y por lo tanto replican en su contenido la discriminación...” afirmando que “...a la Justicia le compete impulsar estas modificaciones...en consonancia con los paradigmas internacionales ya modificados, para aplicarlos a las relaciones entre los justiciables...”⁴⁰

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contar la Mujer, instó al Estado Argentino “... a que vele por que la judicatura, incluidos jueces, abogados, fiscales y defensores públicos, conozcan los derechos de la mujer y las obligaciones del Estado parte con arreglo a la Convención, y alienta a este a que imparta capacitación sobre cuestiones de género a todos los miembros del sistema de justicia...”⁴¹

IV- Clave para equilibrar la balanza de la justicia: la perspectiva de género.

Si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos rige desde hace décadas, no hace mucho tiempo que ha comenzado a referirse a los derechos humanos de las mujeres. Mencionamos esto a los efectos de señalar que las dificultades en la aplicación efectiva de lo que se ha dado en llamar “derecho de género” excede el ámbito local. Así se afirma que “*El principio –derecho de igualdad y no discriminación es el eje articulador del análisis de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres... en el ámbito de la jurisprudencia su uso es aún escaso. Este es uno de los principales vacíos y desafíos de la jurisprudencia relativa a los derechos humanos de las mujeres, pues la falta de análisis transversal de la igualdad al contenido de los*

40 http://www.csjn.gov.ar/om/trab_unidades/u_capac_genero.html

41 Chiarotti, Susana. Responsable del Programa de Monitoreo-CLADEM. *Jurisprudencia sobre derechos humanos de las mujeres. Argentina. Comités Monitores de Derechos Humanos de Naciones Unidas-Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Editorial Línea andina SAC. Lima, Perú, marzo 2011. Observaciones finales sobre el sexto informe presentado por el Estado adoptadas el 13 de julio de 2010. p.31

derechos reconocidos en la DADH y la CADH ha limitado un desarrollo más amplio del contenido de éstos. ⁴²

Si logramos agudizar el grado de percepción con respecto a las causas de discriminación, como lo son el género y la pobreza, con arreglo a la sana crítica y el derecho vigente, habremos avanzado un paso en relación al cumplimiento de las obligaciones que ha suscripto el Estado argentino.

En definitiva: *“La Administración de Justicia, como parte de la función del Estado, es un servicio público que tiene a su cargo la solución jurídica de los conflictos de la población, debiendo responder ante ella de manera eficiente y adecuada. Por lo cual, el conocimiento de las desigualdades que se producen, se convierte en un factor determinante para resolver de manera equitativa dichos conflictos. Tales situaciones desventajadas parten de innumerables acciones que producen un efecto diferenciado a las mujeres en una sociedad estratificada de manera desigual bajo un modelo patriarcal”.* ⁴³

Es decir, en algún punto se busca que - mediante la perspectiva de género- el juzgador pueda observar en el marco contextual, la situación puntual que se pone a su consideración, evaluando justamente estos entramados de distribución de poder desigual entre hombres y mujeres y en el caso concreto de darse estas circunstancias, equiparar mediante su decisión, la situación de vulnerabilidad a la que una de las partes se encuentra sometida, aplicando la normativa vigente.

De extraordinaria claridad resultan aquí las palabras de las Dras. Birgin y Kohen cuando afirman que: *“Si bien varios de los obstáculos para el acceso a la justicia son comunes a todos los justiciables, independientemente de su origen social, es indudable que esos obstáculos resultan más difíciles de superar para los grupos más pobres y, en particular, para las mujeres por su condición de subordinación. La justicia parte de un concepto abstracto de igualdad que no da*

⁴² Ramirez Huaroto, Beatriz y Llaja Villena, Jeannette. *Los lentes de género en la justicia internacional. Tendencias de la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionada a los Derechos de las Mujeres*. Cladem. Lima, Perú. Julio de 2011. p. 267.

⁴³ **Sagasta, María Eugenia.** “Aporte a la perspectiva de género por parte de las asociaciones profesionales en el ámbito judicial”. *Sup. Act.* 07/04/2009, 1

cuenta cabal del contexto social, histórico, cultural, económico, de género, etc. a las dificultades económicas que afectan tanto a varones como mujeres, se suman obstáculos relacionados con la cultura jurídica de tradición masculina que no reconoce las especificidades de las condiciones de vida de las mujeres..."⁴⁴

V- Algunas consideraciones con respecto a la asistencia alimentaria entre cónyuges.

En principio, debemos resaltar que no es unánime la doctrina ni la jurisprudencia en cuanto al régimen a aplicar en un caso como el que comentamos, y es allí donde radica la importancia de mirar la especial situación a resolver, encontrando una salida flexible ajustada a derecho, pero bajo la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales.

Así, nos encontramos ante dos tesis o corrientes doctrinarias, una que sostiene que el origen de la obligación tiene carácter legal y otra que afirma que se trata de obligaciones convencionales. Ambas cuentan con prestigiosos seguidores doctrinarios.

La primera corriente encuentra contención legal en el artículo 209 CCiv., como un imperativo asistencial, sosteniendo que aun luego del divorcio vincular existe un deber alimentario entre cónyuges, basado en la solidaridad, sin importar si existió o no atribución de culpas.

Uno de los fundamentos que sostiene dicha teoría se expresa en: *"... la presencia de una solidaridad divorcial o solidaridad cuasi familiar como ratio essendi que torna exigible legalmente dicha prestación. Reafirmandose que si bien los divorciados técnicamente no son familiares entre sí sino extraños, esto no significa que estén equiparados a cualquier persona ajena, sino que los divorciados,*

⁴⁴ Birgin, Haydé y Kohen, Beatriz. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas.* "Justicia y Género, una experiencia en la ciudad de Buenos Aires." Biblos. Buenos Aires, 2006. p. 233

*entre ellos, son unos "extraños muy especiales" que han roto sus vínculos jurídicos, aunque no los deberes morales reconocidos por el orden jurídico".*⁴⁵

La segunda orientación doctrinaria sostiene que con el divorcio concluyen los efectos del matrimonio por lo cual, cualquier acuerdo que se realice seguiría los principios aplicables a las relaciones patrimoniales y contractuales.

Resulta gravitante en esta corriente de pensamiento, la autonomía de la voluntad, según el artículo 1198 CCiv., y en tal sentido debe desarrollarse cuál ha sido la voluntad de las partes al momento de acordar.

VI- Plataforma fáctica.

Luego de repasar las corrientes doctrinarias referiremos al caso en análisis. Si bien la información con la que contamos es escasa, ya que se mencionan situaciones en las sentencias que luego no se desarrollan, trataremos de transmitir los hechos de mayor relevancia para sostener nuestro análisis.

La apoderada del Sr. C.R., el alimentante, se presentó ante el Juzgado de Familia de primera instancia, de la Circunscripción Judicial de Esquel de la Provincia de Chubut, peticionando que se disponga el cese de la asistencia alimentaria a la que se obligara mediante acuerdo suscripto dos años antes, por razón de haber acaecido la condición resolutoria, que consistía en que la alimentada accediera al beneficio de la seguridad social.

Corrido el traslado al apoderado de la Sra. B.A. y a su curador, ambos se opusieron a la pretensión del alimentante, sostuvieron que la pensión obtenida tenía carácter graciable y que era muy inferior al beneficio previsional ordinario. Resaltando que respecto de la Sra. BA recaía una inhabilitación, y en razón de lo expuesto con base a los ar-

⁴⁵ Berbere Delgado, Jorge Carlos, Haissiner, Liliana. "Límite y extensión del derecho alimentario entre cónyuges divorciados por causal objetiva". *DFyP*. 2009 (octubre), 8.

tículos 207 y 209 del CCiv., solicitó el sostenimiento de la asistencia alimentaria.

La Jueza de primera instancia, enrolada en la teoría que sostiene que la asistencia alimentaria entre ex cónyuges es de origen legal, resolvió sobre la base de los principios del derecho, especialmente al de solidaridad, abrevando en los artículos 207, 208 y 209 del Código Civil, no hacer lugar al cese de la asistencia alimentaria. Agregó que la pensión graciable a la que accedió BA, se otorga a las personas que se encuentran en un estado de necesidad comprobado y que se trataría de un subsidio graciable y no de un beneficio de seguridad social.

Se agravió el alimentante y recurrió ante la Cámara de Apelaciones de dicha circunscripción, la que revocó el fallo de primera instancia, siguiendo la teoría convencional, centralmente sosteniendo que mediante un acuerdo entre partes que había sido homologado, se convino que la asistencia alimentaria cesaría al obtener la alimentante el beneficio de una pensión, lo cual a criterio de dicho tribunal se habría cumplido, por lo tanto, se dispuso el cese de la asistencia alimentaria.

Consideramos que en el caso bajo análisis y para comenzar a delinear nuestra posición, la autonomía de la voluntad y la igualdad resultan los nudos gordianos a evaluar, entendiendo que ubicar a los ex cónyuges en un grado de paridad, es desconocer o abstraerse de las particularidades del caso concreto, ya que una de las “contratantes” cuenta, al menos, con tres características de vulnerabilidad, como lo son la de ser mujer, pobre y con un grado de discapacidad.

Cabe preguntarse en este punto, si BA hubiera aceptado suscribir el divorcio por presentación conjunta sin atribución de culpas, si efectivamente hubiera previsto que en el lapso de dos años se quedaría sin vivienda, sin ingresos y sin trabajo.

Afirmar, como lo hizo la Cámara que la situación que BA hubiera sido declarada inhábil y que no cuente con trabajo, no resulta motivo

suficiente para modificar lo convenido, otorgando un carácter sacramental a “lo convenido”, incide directamente en el prisma por el cual se analizan las cuestiones llevadas a su conocimiento. No huelga señalar, en este punto, que en nuestro sistema no existen derechos absolutos, claramente ésta no es la excepción.

Se ha sostenido que la seguridad jurídica en ningún punto significaría la inamovilidad de un criterio jurisprudencial, especialmente (como en el caso concreto) cuando el derecho vigente resulta permeable a una solución distinta, y a nuestro criterio, más cercana al principio de equidad.

Encontramos una posible explicación a la decisión emanada de la segunda instancia en que, *“en general el derecho fue diseñado e implementado atendiendo a las necesidades masculinas por ello, tanto las normas, las instituciones y las prácticas jurídicas tienden a invisibilizar las experiencias y las necesidades jurídicas específicas de las mujeres. Estas circunstancias hacen que el sistema de administración de justicia y sus operadores judiciales, no siempre estén preparados para atender adecuadamente las demandas femeninas...”*⁴⁶

Es útil en este punto a fin de no caer en el reduccionismo que en muchos casos se propugna desde sectores que militan por el status quo, señalar que tanto la perspectiva de género (herramienta) como el feminismo (construcción doctrinaria) tienen como objetivo central la lucha por la libertad e igualdad real de derechos y oportunidades -no solo declamativa- entre mujeres y hombres, para lograr así el desarrollo de la sociedad en su conjunto. Bajo ningún punto esto debe ser interpretado como sinónimo de oposición a lo masculino sino como el respeto más absoluto a los derechos y garantías de todo ser humano, independientemente del sexo biológico con el cual se haya nacido.

Con relación a la materia sobre la que discurrimos y señalando estas particulares situaciones que exceden a la de terceros contratantes y que bien podría asimilarse a la cuestión a las prestaciones compensatorias: *“Decía Carbonnier, ideólogo de la institución en Francia, que “una parte*

⁴⁶ Asensio, Raquel (et.al.). *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*. Defensoría General de la Nación, Bs. As. 2010. p.9.

*considerable de los dolores del divorcio son los del postdivorcio. Se piensa, especialmente, en la pensión alimentaria, mediocre, mal pagada, generadora de conflictos que renacen sin tregua. La pensión alimentaria después del divorcio es una miseria jurídica que pesa duramente sobre las mujeres divorciadas.”*⁴⁷

Es importante señalar que nuestra legislación no recepta regulación específica en la materia de prestaciones compensatorias, que sin dudas resultaría de utilidad, sin perjuicio de ello han de sopesarse las consecuencias para una y otra parte que integran el proceso, que son muy distintas y que la pretensión de la alimentante no resulta excesiva ni en montos ni en tiempo de extensión, como tampoco coloca en una situación de vulnerabilidad al alimentante. Circunstancias estas que sin dudas debieron ser evaluadas en el caso.

Se extrae de los fundamentos de la resolución que las partes han convivido escaso tiempo y de ello coligen los camaristas, que no corresponde la aplicación de la figura del artículo 209 CCiv., que podrían dar base a la solidaridad cuasifamiliar.

Lo expuesto nos lleva a preguntarnos si no existía la solidaridad cuasifamiliar, ¿cuál habría sido la causa que motivó a CR a obligarse a dar la asistencia alimentaria a su ex cónyuge? La respuesta podríamos encontrarla en las palabras del Dr Mazzinghi, en tanto ha sostenido que “... *el sentido de la mayor parte de los convenios de alimentos: son firmados por personas obligadas a tal prestación...*”⁴⁸, y éste claramente ha sido el caso.

Por ello afirmamos, que se trata de una obligación de carácter legal, sin perjuicio de mencionar que existe una diferencia entre el medio utilizado para expresar lo pactado - el convenio- y los derechos que efectivamente lo integran -el contenido-.

47 Fanzolato, Eduardo Ignacio. *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Alimentos* 2001-1. Editorial Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. p. 20

48 Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Tratado de Derecho de Familia*. 4º Ed. Actualizada. Buenos Aires. La Ley, 2006. V.3.Cap.221. Efectos de la separación personal y del divorcio vincular. p.249.

Por lo tanto, si bien el divorcio atenúa esa solidaridad familiar que existía entre los cónyuges, no podría admitirse que ésta se extingue, al extremo de tolerar que por la interpretación de una cláusula convenida, se apañe la indiferencia de un cónyuge, ante la situación de vulnerabilidad del otro.

Podríamos razonar entonces, que si el alimentante se encontraba obligado a atender las necesidades alimentarias de la cónyuge, en el marco del artículo 209 CCiv., más allá de lo que se conviniera en función del artículo 236 del mismo plexo normativo, la interpretación restrictiva que la Cámara realizó en virtud de lo que las parte tuvieron en miras al momento de acordar, permitió al alimentante burlar el sistema de derechos y garantías sostenido en nuestro ordenamiento jurídico.

Reconoce la instancia revisora que la relación alimentaria familiar es materia de orden público. No obstante sostienen los Camaristas que no pueden extenderse analógicamente tales prerrogativas a los alimentos convencionales, sino que éstos se encuadran en el art.1197 CCiv. y la autonomía de la voluntad en las relaciones de naturaleza patrimonial.

Cabe, en el caso concreto, interrogarse con respecto a si no se habría dado un aprovechamiento del contratante más fuerte sobre la más débil, repitiendo el esquema de poder asimétrico que se manifiesta en la relación por los datos extraídos de la sentencia.

Disentimos respetuosamente con la Cámara en cuanto al origen de la obligación alimentaria y, especialmente, a la aplicación de dicha teoría al caso concreto, sumando a lo ante dicho y como un elemento más, que nos inclina a adoptar la postura con respecto al mantenimiento de la asistencia alimentaria, la ubicación del instituto que regula el artículo 209 en el código de fondo, que nos induce a considerar a la fuente de la obligación alimentaria entre cónyuges como legal.

En el contexto referido debemos sopesar el artículo 1° de la Convención de la CEDAW en cuanto define a la discriminación contra la mujer mediante un concepto: “... *que apunta como toda la Convención, a la igualdad real, destaca el vínculo directo con el goce de los derechos humanos... Uno de los indicadores más impactantes en este ámbito es el que muestra la falta de autonomía económica de las mujeres... Esta falta de autonomía económica se suma al menor acceso al poder y a la toma de decisiones en todos los niveles (CEPAL, 2007a y 2007b). La falta de ingresos hace más vulnerables a las mujeres ante rupturas conyugales...y las expone a la violencia aun en caso de vivir en hogares no pobres.*”⁴⁹

Es decir, la duda con respecto a qué corriente doctrinaria aplicar al caso de marras, se desvanece cuando, evaluando los extremos, comprendemos que sólo es factible el ejercicio de la autonomía de la voluntad cuando efectivamente se está en condiciones reales de ejercerla y en este sentido señalaremos algunos datos a tener en cuenta a fin de representarnos un panorama, evaluándolos como indicios en cuanto a la decisión de cesar la asistencia alimentaria.

Las partes contrajeron matrimonio en el año 1983, no surge de los antecedentes cuánto tiempo convivieron. En el año 2006 se inició el expediente de declaración de incapacidad, luego se realiza la presentación conjunta sin atribución de culpas, de conformidad al artículo 214 inc. 2 CCiv.. En dicho marco se acordó el día 5 de mayo de 2009, la asistencia y el 13 de mayo del mismo año, se obtuvo la sentencia de divorcio. Surge de la sentencia que el alimentante habita el inmueble que fuera sede del hogar y que cuenta con un empleo en relación de dependencia. En tanto, la alimentada no tiene trabajo y tres meses después de la homologación del acuerdo de alimentos, recayó sobre ella la sentencia de inhabilitando en los términos 152 bis CCiv. inc 2°. BA habita en una vivienda tutelada.

En el contexto señalado es que dos años después del acuerdo, el alimentante, apelando a la interpretación de un término inserto en el

49 Montaña, Sonia. “Violencia, discriminación y desigualdad”. Faillace, Magdalena. Coordinadora. *Mujer contra la violencia, por los derechos humanos*. Bs.As. UNFPA. 2008. p.14

convenio (pensión/asistencia social/beneficio de la seguridad social), y sin que se hubieran modificado esencialmente las circunstancias que dieron origen a su obligación, se presentó ante los tribunales a fin de liberarse lisa y llanamente de la situación y de la obligación.

Como elementos relevantes para conformarnos al estado de situación de la alimentada mujer y pobre, señalamos en relación a la atribución del hogar conyugal y al hecho de que la misma habita en una vivienda tutelada, que: “... *La vivienda tiene singular importancia en la vida del hombre y en su desarrollo como persona, en tanto encuentra amparo a su integridad física. En el orden jurídico, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad y, en el plano moral, es el centro de la esfera de su intimidad.*”⁵⁰

Sumando a lo ante dicho, resulta importante evaluar como operan las fechas y los datos ya señalados, es decir, se podría alegar la buena fe del alimentante, requerida para intimar el cumplimiento contractual, es decir el cese, cuando el proceso de inhabilitación se inició en el año 2006, luego en el mes de mayo del 2009 se homologó el acuerdo de alimentos y, en septiembre del mismo año, se inhabilitó a la alimentada. ¿Cuál fue el grado de autonomía y libertad con el que contaba BA al tiempo de aceptar las cláusulas de dicho convenio? Comprendiendo que la persona inhabilitada forma parte de un grupo vulnerable a punto tal que para su resguardo, sufrió una disminución en sus capacidades lo cual afecta su libertad y autonomía incidiendo en el conjunto de su personalidad.

Creemos que tratándose de la cuestión alimentaria, - entiéndase que consiste en lo mínimo para la subsistencia-, se deben extremar las precauciones, arbitrando las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales, en el caso, de la cónyuge mujer. En punto a lo referido recordamos conceptos básicos de los derechos humanos aplicables a la materia, como lo son la universalidad, la interdependencia y la no regresividad.

⁵⁰ Gil Domínguez, Andrés; Fáma, María Victoria; Herrera, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*. Ediar, 2006. Bs. As. p.988.Tomo II.

Es decir, y siguiendo las palabras del Dr. Bedrossian, con referencia a la posibilidad que prevé el artículo 236 CCiv, con relación a la posibilidad que en el marco del divorcio por presentación conjunta, se establezca un régimen de alimentos que “... *la ley no viene a crear un derecho nuevo. El mismo ya existe aunque acotado por la vigencia del art. 209 Cciv, que exige para su procedencia, acreditar la necesidad y, a su vez la imposibilidad para generar recursos suficientes que cubran las carencias básicas de quien los solicita.*”⁵¹ En similar sentido, los Dres. Famá y Fortuna, afirman que “... *resulta decisivo advertir que la convención no crea un derecho nuevo, ya que el deber de asistencia material se mantiene tras la sentencia de separación o divorcio, pues de otro modo no tendría razón de ser el art. 209...*”⁵² Por ello aparece como razonable que los alimentos convenidos deben reconocer su límite ante las circunstancias previstas en el artículo 209 CCiv.

Nada indica que la asistencia deba subsistir por siempre o, tal como menciona la alzada, que obligue al demandado divorciado a asistir a su cónyuge de por vida, sino, sólo hasta que efectivamente se modifiquen las circunstancias que garanticen los derechos básicos de subsistencia de la alimentante, lo cual podría ocurrir por caso, en el otorgamiento de un beneficio previsional ordinario o la inserción de BA en el mercado laboral. Claramente dos años es un plazo escueto a fin de que acontezca cualquiera de las opciones y, de hecho, eso no ha ocurrido.

En el caso examinado, se cumplen los requisitos que habilitan jurídicamente la aplicación del artículo 209 CCiv., en tanto la Sra. BA, no cuenta con un patrimonio, ni empleo que le permitan satisfacer sus necesidades básicas, a ello se le agrega la inhabilitación.

Los sentenciantes parecen desentenderse del resultado final de su decisión, lo cual es cuestionable en punto al carácter de persona vulnerable que reviste BA, y el deber que imponen las normas interna-

51 Bedrossian, Gabriel. “Alimentos acordados entre cónyuges. Disímiles respuesta ante nuestra regulación actual”. 30/09/2010. *MJ-DOC-4895-AR* | *MJD4895*

52 Famá, María Victoria-Fortuna, Sebastián I. “Actualidad en Derecho de Familia” 3/2011. *SJA*. 10/08/2001.

cionales aplicables al caso por caso la Convención sobre Discriminación de las Personas con Discapacidad, otra herramienta normativa operativa en nuestro sistema normativo a los fines de la tutela de los derechos.

A nuestro entender, teniendo en miras una hermenéutica constitucional, siempre es preferible optar por proseguir con la asistencia alimentaria, aun corriendo con algún riesgo adicional, antes que dejar sin lo mínimo para la subsistencia de una persona.

La sentencia que se comenta, bajo el paraguas de la voluntad de las partes y la seguridad jurídica, arriba a una resolución aparentemente aséptica, ignorando en su contenido las características de los contratantes, el origen del acuerdo y fundamentalmente la afectación de derechos constitucionales de igual o mayor resguardo que el de la propiedad o la seguridad jurídica, como lo son el de la salud, la dignidad y la vivienda.

La invisibilización de las especiales características de la alimentación como parte de colectivos vulnerables, mujer, pobre y con sus capacidades reducidas por la inhabilitación, resultan indicios suficientes para apuntar la ausencia de una perspectiva de género, al menos en la sentencia analizada, en los juzgadores.

Así vemos que: *“El derecho a igual protección de la ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana exige que la legislación nacional acuerde las protecciones sin discriminación. Las diferencias de tratamiento en circunstancias por lo demás similares, no necesariamente son discriminatorias... En realidad, podría ser necesaria para hacer justicia o proteger a personas que requieren la aplicación de medidas especiales. Una distinción basada en criterios razonables y objetivos, persigue un propósito legítimo y emplee medios proporcionales al fin que se busca.”*⁵³

53 Tojo, Liliana. Compiladora. *Sumarios de Jurisprudencia / Violencia de Género*. Center for Justice and Interntational Law- CEJIL, 2010.p.97,98

Con lo sostenido hasta aquí, nos parece lógico concluir que la postura adoptada por la Jueza de primera instancia, es una decisión ajustada a derecho e imbuida de una visión constitucional respetuosa de los derechos del género, logrando dar protección a los derechos de una persona que forma parte de grupos vulnerables.

La reflexión del Dr. Siderio, es interesante en cuanto sostiene que: *“Debemos ser claros, la desigualdad social de la que es víctima la mujer no es producida sólo por las normas legales, como la que analizamos, pero la ley por lo menos debería abstenerse de agravar su situación.”*⁵⁴

Es prudente extender esta petición a la interpretación que, de las normas, hagan los operadores del sistema judicial, exigiendo se abstengan con sus interpretaciones de agravar la situación de desigualdad en las que se encuentran las mujeres.

A nuestro criterio una interpretación rígida del caso, aún siguiendo la orientación doctrinaria que sostiene la base contractual de los alimentos entre ex cónyuges, apareja consecuencias disvaliosas en tanto el cese de la asistencia alimentaria, analizado exclusivamente desde el aspecto de las relaciones contractuales, dejaría sin cobertura a las necesidades básicas a la alimentante. Especialmente cuando en el caso bajo análisis no se trata de un aumento o disminución de cuota, sino de un supuesto de mayor trascendencia, que es el cese de la asistencia. Se vislumbra de los datos de la sentencia, que no estamos frente a la situación de mantener un determinado nivel de vida o una compensación, sino de recibir lo mínimo para la subsistencia, es decir, que si se hiciera cesar la asistencia alimentaria, se producirían consecuencias de gravedad.

Reconocemos en el tribunal la función natural de apreciar las probanzas que fueran producidas durante el proceso, cuestión que excede el presente comentario por la limitación de conocimiento de datos del expediente. Sin perjuicio de ello coincidimos con la valoración

⁵⁴ Siderio, Alejandro Javier. “Género, tenencia y régimen de visitas.” *DJ* 2000-2, 1075.

de los hechos dada por la jueza de primera instancia, en tanto entendemos que aún sin mencionarlo, ha incorporado en su nivel de análisis la perspectiva de género, teniendo en miras a una de las partes en el proceso como integrante de un grupo vulnerable y con su decisión ha arribado a una solución más justa para el caso concreto y apegada al sistema de derechos sustentada por la Carta Magna, Tratados y Convenciones.

VII- Algunas reflexiones finales.

Fue así pero pudo ser diferente.

De modo alguno afirmaremos que la resolución emanada de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Esquel Provincia del Chubut, es incorrecta desde un punto de vista formal, sino que la misma se inserta en la lógica jurídica tradicional, excluyendo de su análisis, variables que a nuestro entender resultan fundamentales. Es decir, dicha decisión carece de una perspectiva de género la que encuentra su fundamento en el derecho constitucional y convencional.

Resultan de utilidad las palabras de las Dras. Kemelmajer y Herrera, en cuanto sostienen que: *“la práctica judicial demuestra qué difícil es salir de ciertos “modelos” o intervenciones estándares... La modificación de esta situación no provendrá de ninguna “fuerza divina” derivada de cambios en el lenguaje...no es políticamente correcto referirse a riesgo, hay que decir vulnerabilidad... Tampoco vendrá de nuevas leyes ni reglamentos. Hay que reconocer que tantas ansias de transformaciones no se han plasmado de manera sincera ni en la práctica social, ni en la judicial, ni en la administración”*.⁵⁵

La “no mirada” es una forma de discriminación, situar a la mujer en igualdad de condiciones con el hombre, tal como lo ha evaluado la Cámara asimilando a los ex cónyuges como terceros contratantes, implica una forma de desprotección para la justiciable, que forma parte,

⁵⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa. “Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción”. *Sup. Const. La Ley*. 2011 (noviembre), 09/11/2011, 20 - LA LEY2011-F.

como hemos referido, de un colectivo que debe ser especialmente tutelado.

La ausencia de la perspectiva de género como categoría de análisis en el caso concreto, implica la ausencia de la garantía de igualdad en la administración de justicia.

Por ello resulta de trascendental relevancia establecer parámetros de reconocimiento de situaciones de vulnerabilidad, uno de ellos es el de incorporar la perspectiva de género como categoría de análisis judicial, que resguarde de modo adecuado a quienes se encuentren incluidos en dichos grupos desfavorecidos.

De esta manera obtendremos como consecuencia la protección efectiva de los derechos en el marco del sistema de justicia, equilibrando de algún modo la balanza de la justicia, porque sabemos que el derecho al acceso a la justicia, no es solo el acceso a los estrados judiciales, sino el goce efectivo de los derechos humanos básicos o su restablecimiento, cuando estos han sido conculcados.

A fin de concluir nos vienen a la mente y al corazón las palabras del maestro Ferrajoli en cuanto sostiene que el fin del derecho: “... *Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte...*”.⁵⁶

Enseñar la mirada para ver con perspectiva de género, permitirá salir de fórmulas rígidas, que implican ignorar algunas situaciones excepcionales o no tanto, con miras al cumplimiento de intereses superiores que informan no solo la tarea de los magistrados sino del poder judicial, en tanto la aplicación literal de la norma puede dar como resultado justamente lo contrario.

56 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 2009. p. 335

Aborto No Punible. Breve panorama en la Provincia del Chubut. Una deuda comienza a saldarse

por Mariana Ripa

Publicado en: El Reporte N° 22 (diciembre 2010), p. 28
[Consultado el: 22/06/2020]

Hace mas de noventa años que nuestra legislación prevé supuestos de despenalización del aborto, lo cual es desconocido por la mayor parte de la población.

El aborto es legal cuando se practica en el marco del Artículo 86 del Código Penal, esto es, en aquellos supuestos en que esté en peligro la salud o vida de la mujer o cuando la gestación sea producto de una violación.

En muchos rincones de nuestro país, las mujeres que desean acceder a dicha práctica, se encuentran con una gran cantidad de obstáculos, aún cuando esta es legal.

Esto comenzó a modificarse en la Provincia del Chubut, en tanto los tres poderes del Estado y la comunidad han trabajado mancomunadamente, a fin de transformar la realidad y derribar las barreras de accesibilidad a la práctica del aborto, cuando ella esté permitida.

Al iniciar estas palabras no podemos dejar de mencionar que el tema puede causar aprehensión en algunos de los lectores, no obstan-

te intentaremos explicar la importancia de garantizar el aborto como un Derecho Humano -como mínimo- en aquellos casos en que sea legal, y cómo Argentina tiene una deuda con las mujeres, que ha comenzado a saldarse en la Provincia del Chubut.

Asimismo desarrollaremos las razones por las que consideramos que el aborto es un problema de salud pública.

Nos referiremos sucintamente, y sin posibilidad alguna de agotarlo en estas palabras, al marco constitucional y a algunas de las recomendaciones internacionales, en cuanto a la falta de cumplimiento de la normativa en la materia.

Un apartado especial requiere la sentencia del Superior Tribunal de Justicia provincial, que se ha expedido analizando el sistema normativo en su conjunto, adoptando un criterio de interpretación amplio.

Relataremos el proceso democrático y participativo que se ha desarrollado en la Provincia, en torno a un tema complejo que contiene distintas aristas, resaltando el acompañamiento de la totalidad de los bloques parlamentarios, lo cual muestra que se ha avanzado hacia una madurez política y una gran responsabilidad institucional y social.

Finalmente haremos un recorrido por los puntos de mayor relevancia de la Ley XV N° 14.

Aquí resultan esclarecedoras las reflexiones del Dr. Gíl Domínguez en cuanto marca y con absoluto asidero que *“...se ha dicho y con razón, que el carácter delictivo del aborto propicia la clandestinidad, dando lugar a un verdadero “mercado negro” en el que el precio de la intervención resulta exagerado. El aborto oculto, se traduce así, en la destrucción de la vida de las mujeres pobres, pues no se trata de optar por un “sí o no” al aborto. Lamentablemente estas mujeres, con incriminación o sin ella, abortan, como lo reflejan las estadísticas de distintos países. La realidad sociológica de prácticas abortivas, consentidas, nos*

*muestra que la opción es entre la vida y la muerte de ellas. Mantener vigentes las normas punitivas significa optar por la muerte, y esta opción es condenable.”*⁵⁷

En Chubut una deuda comienza a saldarse

Es oportuno referir que desde 1921 el Estado Argentino tiene una gran deuda con las mujeres, que ha sido no garantizar el acceso al aborto cuando este es legal. Es decir, los supuestos que contempla el Artículo 86 del C.P., que es la Ley de fondo dictada por el Congreso Nacional y que dispone las excepciones en las cuales el aborto no es delito.

Con la sanción de la Ley XV N° 14, en la Provincia se ha garantizando el acceso oportuno y en condiciones de igualdad, a cargo de los establecimientos de salud pública, a la practica del aborto no punible.

Resulta importante resaltar la hipocresía que con frecuencia es abordado el tema del aborto, -en general y en particular- aquel que nuestra legislación ha legalizado. Así como también las inequidades que se producen, ya que su represión no ha logrado evitarlo sino, transformarlo en un procedimiento de riesgo para la salud y vida de las mujeres de menores recursos, generando una doble situación de discriminación. Esto se plantea en primer término entre hombres y mujeres, ya que las que deben enfrentar la situación son estas últimas y dentro del propio género, incide la capacidad económica y cultural para el acceso a una práctica segura. De allí la relevancia de implementar un procedimiento en el que se han involucrado todos los poderes del Estado, tendiente a garantizar las mismas oportunidades a todas las mujeres de nuestra Provincia.

En nuestra provincia el Estado de Derecho es una realidad, donde se respeta a los ciudadanos sin discriminar en razón del género al que pertenecen.

⁵⁷ Gíl Domínguez, Andrés, Derecho Constitucional de Familia. Tomo II. Ediar, Buenos Aires 2006., pág.1019 y 1020.

El aborto un tema principalmente de salud pública

Entendemos que una de las claves para abordar el tema que desarrollamos, es internalizar la siguiente afirmación: *“El aborto es un problema de salud pública, y tanto la ética como el derecho deben ocuparse de proponer pautas de conducta asumibles por la mayoría de los ciudadanos y respetuosas con las minorías, teniendo siempre como marco de referencia y principio indeclinable el respeto a los Derechos Humanos.”*⁵⁸

En suma, el aborto es un problema principalmente de salud pública y en este contexto resulta fundamental valorar en su justa dimensión la implementación de un procedimiento de las características del sancionado en la Provincia. Con él, se están derribando las barreras de acceso, al menos en ésta provincia, con las cuales se encuentran las mujeres cuando acuden al servicio de salud pública.

El resultado es la prevención ya que debemos resaltar que en casi la totalidad de los supuestos, en los que el resultado es la muerte de la mujer, ésta pudo haberse evitado ya que el aborto en sí mismo no es un procedimiento riesgoso si se realiza en condiciones de seguridad médica.

La razón de por que el aborto es principalmente un tema de salud y no del derecho penal, la devela el maestro Ferrajoli, cuando se realiza la siguiente pregunta: *“¿la penalización de los abortos, considerados inmorales, más allá de los enormes sufrimientos que ocasiona a millones de mujeres, sirve de manera efectiva para evitarlos?... la respuesta...es con seguridad negativa...”*⁵⁹

Cerca del 30 por ciento de las muertes vinculadas a la reproducción se relacionan con esta práctica, en general porque se producen de modo clandestino e inseguro.

⁵⁸ Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona. Signo Impressió Gràfica, S.A.Barcelona. 2008. P.19.

⁵⁹ Ferrajoli, Luigi. La cuestión del embrión entre derecho y moral. Traducción de Perfecto A. Ibáñez. P.7.

Sencillamente, se pueden evitar muertes. Resulta difícil relatar algunas situaciones, por ser intrínsecamente dolorosas e inmensamente injustas.

Marco normativo y algunas recomendaciones de Organismos Internacionales

Por lo limitado del espacio y la enormidad del tema, referiré al marco normativo de modo sucinto, al solo efecto de enunciar el contexto legal general, así como la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de las obligaciones que le son propias.

Nuestra Carta Magna ha sido reformada en el año 1994, incorporándose en el artículo 75 inc. 22, a nuestro derecho, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Así mismo resultan gravitantes, en el análisis de la temática, los artículos 16 y 19 del mismo plexo normativo, que consagran el principio de igualdad, de reserva y de autonomía.

Por su parte, la Constitución de la Provincia, en su articulado (arts. 6 a 9), consagra el derecho a la libertad, igualdad, el principio de no discriminación, asegura la libertad de pensamiento y de conciencia y el principio de reserva. En el artículo 18 inc. 2, garantiza la protección de la salud. Respecto de la política de salud, en el artículo 72, asegura el derecho al mantenimiento, protección y mejoramiento de la salud, en el mismo camino; garantiza el acceso al ejercicio efectivo del derecho a la salud, y sostiene que debe asegurarse la accesibilidad, universalidad, equidad de las prestaciones de salud, priorizando acciones destinadas a sectores considerados en situación de riesgo.

Como un aporte sustancial, viene a sumarse la sanción de la Ley XV, N° 14, fijando el procedimiento de atención de abortos no punibles.

En el concierto de las normas citadas, el Estado Argentino ha tenido recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de la Orga-

nización de las Naciones Unidas, respecto a que debe desarrollar acciones en las que se den cumplimiento a los Tratados Internacionales, en cuanto a derribar barreras de accesibilidad a la práctica del aborto, cuando este esté legalmente permitido. Ha sostenido el Comité que *"El Estado...debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas".*⁶⁰

El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, presentó en el séptimo período de sesiones del año 2008, en su segundo informe al Consejo de Derechos Humanos, señala muy claramente que *"... la denegación del acceso a un aborto en condiciones seguras a las mujeres que han quedado embarazadas a raíz de una violación también incumplen lo dispuesto en el artículo 7. El Comité contra la Tortura también ha señalado que las mujeres también son particularmente vulnerables cuando se adoptan decisiones en materia de reproducción, y manifestado inquietud por los ordenamientos jurídicos internos que restringen rigurosamente el acceso al aborto voluntario en los casos de violación..."*⁶¹

Nuestro país ha admitido su responsabilidad ante la ONU, en cuanto se impidió la práctica del aborto cuando esta estaba permitida, y ello constituye una violación al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto se empuja a la mujer al circuito clandestino de aborto, atentando contra la integridad física y mental, configurando tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La Ley Provincial XV N° 14, así como la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, se encuentran absolutamente alineadas con los requerimientos internacionales en relación a los Derechos Humanos.

⁶⁰ Diario Clarín, 19 de abril de 2010, punto 13 del Informe que emitió el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

⁶¹ Naciones Unidas, Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Séptimo período de sesiones 15 de enero de 2008. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak.

Sobre ello se ha expresado el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por cuanto el Estado Argentino, en el examen en el cual presentó su Cuarto Informe Periódico. En dicha reunión la *“relatora Mauras mostró preocupación por la atención a adolescentes en casos de abortos no punibles, y al respecto sugirió además una revisión al artículo 86 del CP, si es que hacía falta a los fines de un efectivo acceso a la práctica de interrupción del embarazo en los casos previstos. Sobre este tema respondió el Dr. González Prieto diciendo que...la jurisprudencia había clarificado los casos de abortos no punibles y la atención adecuada por parte de los agentes de salud. Se refirió a los fallos que tuvieron repercusión mediática recientemente y textualmente dijo: “nos llena de orgullo”. (Superior Tribunal de la Provincia del Chubut). En el mismo sentido, se refirió a la sanción en la provincia del Chubut del procedimiento a desarrollar en los establecimientos de salud dependientes de la secretaria de salud de la Provincia en los casos contemplados en el Artículo 86 inc. 1 y 2 del CPN destinado al efectivo acceso a las prácticas en los casos de abortos no punibles.”*⁶²

Sobre este aspecto traigo aquí las palabras del Dr. Germán Bidart Campos, que refiriéndose a los Derechos Humanos, a la libertad y el Estado, plantea la existencia de sectores de la población que se encuentran desguarnecidos, y que les resulta dificultoso salir de esa situación, y que la misma se agrava en tanto en algunos casos se encuentran *“... sin capacidad para comprender que les es debida en justicia una situación mejor...”*. Agregaremos que bien podrían aplicarse estas palabras a la situación de aquellas mujeres que se encuentran dentro de las permisiones del Art. 86 de CP. y que por desconocimiento o temor se someten a la práctica del aborto por fuera del sistema de salud pública, poniendo gravemente en riesgo su vida. Y siguiendo con lo manifestado por el Dr. Bidart Campos, ahora ya referido al ejercicio de los derechos en cuanto sostiene que *“...es la política y es el derecho constitucional los que tienen que arremeter, y dar la solución. Y esto corresponde con estricta fidelidad a la filosofía y al derecho de los derechos humanos...”*⁶³

⁶² 2 y 3 de junio del 2010. INFORME PARTICIPACIÓN 54 PERÍODO DE SESIONES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Ginebra, Suiza. Alejandra Tolosa en representación de CLADEM, Comité Latinoamericano y del Caribe en Defensa de los Derechos de la Mujer. Argentina.

⁶³ Germán J. Bidart Campos. Teoría general de los Derechos Humanos. Ed. Astrea. P.182.

Claramente el Estado Argentino por medio de su representante ha mostrado a la Provincia del Chubut como un ejemplo positivo del Estado Argentino en materia de cumplimiento de los Derechos Humanos.

Esperanzadora Jurisprudencia

A los efectos de citar un valioso precedente en la temática, que claro está no la agota ni plantea una jurisprudencia univoca de los Tribunales Inferiores de la Provincia, sino que intenta señalar que ya en el año 1998, el Juez de Instrucción que entendió en un asunto en el cual se solicitaba autorización judicial para la práctica de aborto realizada por los padres de una menor, en los términos del art. 86 inc. 2do. del C.P., resuelve, no hacer lugar a dicho pedido por considerar que: “*no cabe dar la autorización que se pide en tanto que no corresponde al Estado extender ningún mandato para proceder cuando se dan los presupuestos del art. 86 parte segunda incs. 1 y 2 del C.P. por tratarse de conductas permitidas por el ordenamiento penal y, por ende, atinentes al principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional*”. Señala que... “*el principio de reserva (art. 19 de la Constitución Nacional) en función del cual nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, principio que traduce lo que es piedra angular del ordenamiento político-jurídico de la sociedad argentina: el poder del Estado es limitado y no se inmiscuye en el espacio de libertad de los particulares, a menos que específicamente se imponga legal y expresamente en beneficio general.*”⁶⁴

Antes de referirnos al decisorio del Superior Tribunal, creo oportuno abreviar en las palabras del Dr. Panizzi en cuanto refiere que: “*Las decisiones de las Cortes son una expresión de su poder que pueden producir efectos a largo plazo. Más importante aún: pueden constituir la expresión de la interpretación referencial de la doctrina republicana. Sin embargo, el litigio en los tribunales de justicia puede constituir un instrumento formidable de incidencia en ellas. Es decir, que la sentencia contribuya, junto con otras prácticas a obtener un*

⁶⁴ El Juez del Juzgado de Instrucción n° 3 de Trelew era el Dr. Jorge Pflieger, hoy ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, integrante de la Sala Penal. Expte. 1214- folio 375- año 1998- .

*cambio trascendente en las reglas de juego vigentes que gobiernan una jurisdicción.*⁶⁵ Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que este efecto se ha visto reflejado claramente en el pronunciamiento de nuestro máximo Tribunal, al que haremos breve referencia.

Ante un caso similar al up-supra referido, en cuanto a la solicitud de la interrupción de un embarazo producto de una violación a una niña, rechazada en Primera y Segunda Instancia, el día 4 de marzo de 2010, el Procurador General de la Provincia, el Dr. Jorge Miquelarena, oficiando como punta de lanza en la interpretación que debe darse al artículo 86 del Código Penal, dictamina de modo conciso que: *“El principio de legalidad impone efectuar la interpretación más favorable. Ello nos lleva a concluir que en esta tarea debe adoptarse el criterio que más favorezca los supuestos de abortos no punibles”.* Asimismo fundamenta su pronunciamiento, entre otras, en la tesis que sostiene que en un sistema jurídico liberal no puede jamás imponerse a un individuo y en el caso específico a una mujer, *“deberes heroicos”*.⁶⁶

Ahora bien, finalmente la sentencia del Superior Tribunal de Justicia, máximo órgano jurisdiccional en la Provincia, en autos caratulados “F.A.L.s/Medida Autosatisfactiva. Expte. N° 21.912-F-2010-”, siguiendo el Dictamen del Procurador General, ha desarrollado en 80 fojas, un análisis pormenorizado de la normativa referida a los abortos no penados, esclareciendo así el panorama de interpretación jurídica en la materia, en nuestra Provincia.

Y por no tratarse éste artículo de un análisis excluyente del fallo, solo he de mencionar aquellos conceptos de mayor relevancia en mi humilde criterio, especialmente los que resulten útiles a los fines de disipar las dudas más habituales en la temática.

En este sentido el Tribunal integrado por los Dres. Caneo, Pasutti y Royer, ha sostenido en su análisis, entre otros puntos que el artículo 86 C.P. no se contrapone con el bloque constitucional, en tanto el artículo 85 C.P., considera un delito al aborto y por tanto protege en

⁶⁵ Alejandro Panizi, El Reporte. N° 18. Octubre 2008. P. 9.

⁶⁶ Dictamen N° 009/10 Procuración General.

general la vida, no obstante en el artículo 86 C.P. el legislador ponderó los valores en juego y ante casos concretos donde distintos valores o derechos colisionan, tales como la dignidad, salud e igualdad, ha optado por los derechos de la persona que ya goza de su plenitud, es decir la mujer.

Se expresó en relación a la intervención del Poder Judicial ante los casos previstos en el artículo 86 del C.P. y señaló que “...en ninguno de los supuestos contemplados por el artículo en cuestión se impone una autorización previa a la jurisdicción para practicar el aborto... por su propia esencia, la ingerencia del poder judicial se muestra incompatible...” a mayor abundamiento sostiene que “...Es una exigencia adicional que a la mujer se le representa como una carga y una vulneración a su derecho a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley”⁶⁷

Luego, se pone de manifiesto que la protagonista central en este análisis es sin dudas la mujer, no obstante se resalta que “...el que toma el protagonismo, al igual que la mujer, es el “médico diplomado”...La norma así lo indica y no pueden supeditar su actuación a la intervención judicial. Deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias. El cumplimiento de las normas jurídicas es un deber del profesional, y su incumplimiento es susceptible de sanción legal cuando se nieguen en forma no justificable...”⁶⁸

En cuanto al supuesto previsto por el inc. 2 del artículo 86 C.P. referido al aborto permitido, en caso que el embarazo sea producto de una violación, se sostiene que “...No puede exigirse una sentencia condenatoria en sede penal para habilitar el supuesto...” es decir la práctica del aborto y aduna “...es imposible evitar todo margen de dudas, en la opción debe privilegiarse y confiar en el relato de la víctima...”⁶⁹

Es importante resaltar el inmenso valor del análisis que el Superior Tribunal de Justicia en su Sala Civil ha desarrollado en la senten-

⁶⁷ Expte. N° 21.912-F-2010- Sentencia Registrada bajo el N° 01/S.R.E/2010, Fs. 25

⁶⁸ Expte. N° 21.912-F-2010- Sentencia Registrada bajo el N° 01/S.R.E/2010, Fs. 31.

⁶⁹ Expte. N° 21.912-F-2010- Sentencia Registrada bajo el N° 01/S.R.E/2010, Fs. 51.

cia de fecha 8 de marzo de 2010, en tanto que la seguridad jurídica exige claridad sobre los momentos y circunstancias en las cuales es posible la interrupción del embarazo.

Reseña de un proceso democrático y participativo

Siguiendo la línea de razonamiento esbozada, debemos señalar como un enorme avance en nuestra provincia que se haya generado desde la Honorable Legislatura, un debate profundo respecto de la temática, que fue asumido por la sociedad y los medios de comunicación, de un modo amplio y respetuoso. Se trató desde diversas aristas éticas, filosóficas, jurídicas y sociales, lo cual como se ha dicho, era una materia pendiente de la democracia.

Si bien el proyecto de Ley había sido presentado en el año 2008, no obstante luego del valioso precedente jurisprudencial del Superior Tribunal y de la posición pública adoptada por el Sr. Gobernador de la Provincia, mediante la cual manifestó públicamente que “... *el tema del aborto es un tema que evidentemente requiere un debate profundo... la hipocresía con que muchas veces el tema es tratado y las inequidades que se generan para las mujeres*”⁷⁰, el tema recobro su vigor y se debatió en la Legislatura Provincial, lográndose el acompañamiento unánime de todos los Bloques con representación parlamentaria.

La Ley fue promulgada el 31 de mayo de 2010, mediante Decreto N° 709/09⁷¹.

Aquí no puede dejar de señalarse que, hemos respetados profundamente todas las creencias religiosas, no obstante, sostenemos que el Estado debe mantener absoluta independencia de cualquier influencia eclesiástica. La separación entre Iglesia y Estado debe ser real.

⁷⁰ Diario El Chubut, 10/03/2010, P.2.

⁷¹ Boletín Oficial N° 10996, publicado el 4 de junio de 2010, P. 2 y 3

Los aspectos más notables de la Ley XV N° 14

Por medio del plexo normativo se crea el procedimiento que garantiza el acceso oportuno y en condiciones de igualdad a la interrupción de la gestación en los casos de aborto permitido y se enuncia específicamente que en estos casos se encuentran eximidos de responsabilidad penal al médico y a la paciente que llevan adelante la práctica. (Art. 1°)

El Estado Provincial se responsabiliza del efectivo cumplimiento de la obligación de garantizar la atención integral, oportuna y eficaz de la mujer en los casos de aborto no punible. (Art.2)

Para los supuestos del inc.2 del Artículo 86 CP., violación, se requiere que la mujer confeccione una declaración jurada, la cuál, en principio, exime al médico de responsabilidad, en tanto actúa conforme a su leal saber y entender. Siguiendo la convicción que debe creérsele a quien dice haber sido víctima. (Art. 5°) Es importante señalar que con la legislación penal vigente, para el caso que la mujer falte a la verdad, la misma incurriría en el delito de aborto del Artículo 85 CP.

Respecto de la falta de necesidad de realizar la denuncia ante el caso de violación a los fines de acceder a la práctica del aborto, la delegación Provincial del INADI ha dicho que: *“...de acuerdo con el esquema vigente del Código Penal de la Nación, la violación pertenece a la clase de delitos dependientes de instancia privada en los cuales la víctima es quien decide activar el aparato judicial a través de la denuncia. Por lo tanto, no sería legítimo obligar a la mujer que sufrió una violación a presentar una denuncia, como condición previa para acceder a una práctica médica, permitida en este caso por la ley penal.”*⁷²

⁷² Nota N° 04/10, presentada en la Legislatura de la Provincia el día 18 de mayo de 2010.

El consentimiento informado se distingue como requisito ineludible y se menciona la Ley Nacional N° 26.529 - Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. (Art.6°) Asimismo y para aquellos casos en que la mujer sea menor de edad, se ordena que debe ser oída e informada en el proceso de decisión (Art. 9°).

Se plasma en su articulado el criterio del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en cuanto a que la interrupción de un embarazo en los casos de aborto no punible, no requiere de autorización judicial, ni de ningún otro requisito más que los expresados en la norma referida. Y el texto avanza sosteniendo que la imposición de exigencias adicionales, deba considerarse como atentatoria de los derechos de la mujer y la exposición a incrementar el riesgo para su salud. (Art. 8°).

A la luz del principio constitucional de reserva y el de autodeterminación, se dispone que la decisión de la mujer no debe someterse a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas, por parte de los profesionales de la salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad. (Art. 10°). Al decir de la Dra. María Angélica Gelli, *“...Como señala con agudeza Carlos Nino, el art. 19 de la Constitución Nacional resguarda de la interferencia estatal algo más que la privacidad, entendida ésta como acciones realizadas en privado. La norma, eje central del principio de libertad jurídica, no impone una moral privada, ni un modelo de vida, ni un ideal de perfección personal, diseñados por el Estado. Deja librado a la moral, a las convicciones, a los principios religiosos de las personas y de la sociedad civil.”*...⁷³

Reforzando el concepto anterior, se expresa que aún cuando se pretenda ofrecer una mejor atención, constituirá incumplimiento al deber de confidencialidad, la consulta del profesional con cualquier otra persona que no sea la mujer (art. 11°).

⁷³ Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada: 4° edición ampliada y actualizada. Tomo I. La Ley, Buenos Aires 2008, P. 331

Dispone la asistencia psicológica para la mujer que opte por someterse a la interrupción de la gestación (art. 12°).

Ocupa un lugar preponderante en la norma el artículo que estipula el plazo de cinco días desde la solicitud de la mujer para que se le realice la práctica del aborto o su negativa fundada (art. 13°). Dicho artículo se complementa con la disposición que reza que las maniobras dilatorias, el suministro de información falsa y la reticencia para llevar a cabo la práctica del aborto cuando ésta se encuadre en el artículo 86° del Código Penal, por parte de los profesionales de la salud y las autoridades hospitalarias, constituirán actos sujetos a responsabilidades de tipo administrativo, civil y/o penal que correspondiere (art. 18°). Sobre este aspecto se debe recordar que las demoras en este tipo de intervenciones médicas pueden ocasionar riesgos para la vida o salud de la mujer de carácter irreparables.

Respecto a la objeción de conciencia, tema bastante discutido por estos tiempos, en la norma se ha estructurado de modo tal que se asegure la práctica del aborto no punible ya que la obligación de garantizar en forma permanente las prácticas recae en el Estado Provincial. En tal sentido, éste instrumentará un Registro de Objetores de Conciencia, a los efectos de respetar de modo individual a cada profesional, es decir poniendo en valor el derecho a la libertad ideológica de cada individuo. En ningún caso la objeción de conciencia podrá ser institucional. Este Registro permitirá a las autoridades de cada establecimiento, que son responsables ante los incumplimientos, disponer los reemplazos o sustituciones, fijando el plazo de cinco días (art. 14°, 15°, 16° y 17°). Claro está que la objeción de conciencia es tanto para la actividad del profesional en instituciones públicas y en su actividad privada.

Es central señalar que la objeción de conciencia tiene límites y como última ratio debe tenerse presente que *“...el límite esencial es que nunca el ejercicio de la objeción de conciencia por un profesional sanitario puede su-*

poner perjuicio para el paciente, por lo que solo podrá admitirse cuando no limite la atención sanitaria obligatoria.”⁷⁴

Consideraciones finales

Hemos intentado describir con estas palabras el proceso de construcción democrática al que se ha aportado desde los diferentes espacios de nuestra Provincia y que ha dado como resultado la sanción de la Ley XV N° 14.

Este proceso colectivo ha contribuido, sin dudas en la edificación de un Estado respetuoso de los Derechos Humanos, tolerante e incluyente, para el conjunto y no solo para un sector.

El camino hasta aquí transitado nos invita de algún modo, a seguir soñando con una sociedad más justa, incluyente y democrática, más allá de las diferentes opiniones y creencias religiosas. Deseamos haber podido transmitir que “...*La despenalización del aborto en determinados supuestos no establece obligaciones para nadie y permite a cada cual ejercer libremente sus convicciones.*”⁷⁵

Resulta intolerable que en nuestro país, sea altísima la mortalidad materna por complicaciones en casos de abortos y se ha trabajado denodadamente para que esto no ocurra en nuestra provincia.

La inacción frente a estos datos, denotan un absoluto desinterés por las mujeres en general y en especial, por aquellas de escasos recursos económicos y bajos niveles de formación, que son las que mueren día a día a causa de abortos (muchos de ellos legales) realizados en pésimas condiciones.

⁷⁴ (Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona. Signo Impressió Gràfica, S.A.Barcelona. 2008. P.31

⁷⁵ Gil Domínguez, Andrés, Derecho Constitucional de Familia. Tomo II. Ediar, Buenos Aires 2006., P. 1025.

En suma estamos en condiciones de afirmar que en materia de Derechos Humanos, en la Provincia del Chubut, se los ha garantizado de modo general y no como un privilegio de algunos o algunas, específicamente en cuanto se han derribado las barreras para acceder a la práctica del Aborto No Punible.

Declaración de Voluntad Anticipada. Algunas consideraciones

por Mariana Ripa

Publicado en: El Reporte N° 25 (diciembre 2011), p. 98
[Consultado el: 22/06/2020]

El maestro Francisco Carnelutti sostuvo que: *“En la producción de la norma hay que tener en cuenta en primer lugar la necesidad de garantizar la bondad del precepto y de la sanción; en segundo lugar, la necesidad de que las reglas éticas, que no tienen otra voz que la de la conciencia, por lo que frecuentemente no hablan claro o por lo menos no logran hacerse oír, se formulen con claridad e impongan con energía. De esta manera se construye el concepto de la norma jurídica.”*⁷⁶

La ley III-34⁷⁷, de Declaración de Voluntad Anticipada, cumple claramente con lo expresado por Carnelutti y es nuestra intención abordar la temática desde un marco general.

La norma, de naturaleza procedimental vigente en la provincia del Chubut, tuvo como objeto abarcar aquellas realidades particulares que se abordan desde distintos ámbitos y que requieren, en una última instancia, esto es la jurisdiccional, de esfuerzos interpretativos de los operadores del sistema, a los efectos de ajustar las decisiones al irrestricto respeto de los derechos y principios que irradia nuestra Constitución Nacional, Provincial y los Tratados Internacionales.

⁷⁶ Carnelutti, Francisco. Teoría General del Derecho.1941. p.73.

⁷⁷ Ley promulgada el día 21 de marzo de 2011, mediante Dto.304/11.

Se ha elaborado una norma desde el paradigma iusnaturalista, entendiendo que toda persona por el solo hecho de existir es titular de derechos inalienables y por tanto, las decisiones que manifieste deben ser respetadas en el marco de la autonomía de su voluntad, siempre que hayan sido adoptadas en libertad y con la adecuada comprensión de las mismas, en función de sus valores o plan de vida.

Ante una eventual y posible pérdida de discernimiento, toda persona tiene derecho a explicitar como desea transitar esa circunstancia. Ello se vincula a los derechos humanos fundamentales.

La protección a la realidad del ser.

Un aporte a la cuestión resultan ser las palabras del Dr. José Tobías en cuanto sostiene que: *“Se ha visto el protagonismo de la persona como sujeto de las relaciones jurídicas y la sumisión a ella de todos los bienes y valores jurídicos: esa especial dimensión, resultante de su naturaleza humana y en razón de su dignidad, determina que la persona, antes que “tener” y además con un rango más primario, necesite ser protegida en la realidad de su “ser”; el orden jurídico asume esa realidad y la tutela.”*⁷⁸

La normativa en análisis, atiende especialmente a lo que el Dr. Tobías denomina *“la realidad del ser”*.

Concepto.

Aquí resulta oportuno interrogarnos acerca del concepto del Acto de Voluntad Anticipada, que es aquel *“acto voluntario, de carácter preventivo, decidido libremente por una persona, que contiene declaraciones, previsiones y directivas para que sean ejecutadas en el caso que la misma se encuentre imposibilitada en forma transitoria o permanente de decidir por sí misma debido a la disminución o alteración de sus aptitudes físicas o psíquicas”*⁷⁹

⁷⁸ Tobías, José W. Derecho de las personas. Ed. 2009. p. 509.

⁷⁹ Cuaderno N° 6, “Instituto de Derecho Notarial”- 2007.

Otra acepción acuñada por el Dr. Llorens y la Dra. Rajmil, reconocidos especialistas en la materia, sostienen que es: "... *“un derecho”: El de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento*”.⁸⁰

Estos actos han sido designados por distintas legislaciones y la doctrina como *“voluntad anticipada”, “actos de autoprotección”, “voluntades autorreferentes”, “testamento vital”, “disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia” o “directivas anticipadas”*.

Podríamos resumirlo en lo que internacionalmente se denomina *“Living will”* o decisión del propio vivir; la forma de *“disponer cómo vivir la propia vida”*.

El concepto ha sido incorporado en el artículo 2° de la norma del siguiente modo: *“Se entiende por “voluntad anticipada”, toda expresión libre realizada en forma escrita, datada, fehaciente y por escritura pública, en relación a disposiciones que versen sobre la administración de su patrimonio, su cuidado personal y/o sobre cualquier otra cuestión de naturaleza extrapatrimonial, la que deberá respetarse en caso de encontrarse en el supuesto del artículo anterior.”*

Contenido de los actos.

Como señaláramos, la norma resalta en su artículo 2°, que el contenido de dichos actos podrá ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Resulta ser ésta última la materia de mayor diversidad en cuanto a su contenido pudiendo abarcar cuestiones de su cuidado personal, el rechazo a determinadas prácticas médicas, la elección de lugar de internación como geriátricos o aquellos aspectos referidos a la administración del patrimonio o la designación de la persona responsable de la educación de sus hijos, de tutores o curadores. En resumen, el contenido de los actos de voluntad anticipada, pueden ser tantos y tan diversos como las personas que los emitan.

⁸⁰ Llorens, Luis y Rajmil, Alicia. IDel. Revista del instituto de Derecho e Integración.2009. Rosario Argentina. p.53.

Los actos podrán otorgarse mediante disposiciones unilaterales o estipulaciones convencionales, en tanto ellas no afecten el orden público.

Algunos apuntes sobre jurisprudencia y doctrina relevante en el tema.

Si bien las decisiones emitidas de modo previo han sido receptadas por la jurisprudencia nacional, no es menos cierto que ello ha implicado un gran esfuerzo de interpretación de los operadores en cuanto al sistema normativo y los derechos de las personas.

Así, la ley de Declaración de Voluntad Anticipada viene a otorgar un marco de certeza, ya que por medio de la escritura pública se genera la posibilidad de conocer de un modo fehaciente la voluntad del que la expresa y puntualmente el estado de la persona al momento de emitirla, así como el exacto momento en el que la otorgó.

Podríamos unir este tipo de directivas, con el activismo judicial, en tanto y según hemos señalado en diversos casos judiciales, se reflejó un alto compromiso de algunos magistrados, con la realidad individual y con su función o responsabilidad social, dando respuestas que se adaptaban a las necesidades del caso concreto, ajustadas al bloque de constitucionalidad.

Citamos al pie, valiosa jurisprudencia que ha marcado un sendero en la materia y que no puede dejar de ser consultada por aquellas personas que se sientan interesadas en la temática, la que por una cuestión de espacio no desarrollaremos.⁸¹

La doctrina y especialmente el Dr. Augusto Morello, ha sostenido que la categoría de actos personalísimos no pueden ser objeto de representación, de allí deviene la importancia de no restringir la posibili-

⁸¹ Jurisprudencia 1993-IV, 558. LL 2005-B, 265 y JA 2005-IV-446.

dad de otorgar estos actos, a la capacidad estática que prevé el Código Civil.

El Dr. Cifuentes⁸² ha desarrollado un extenso trabajo referido al régimen general de la capacidad y el denominado “living will”, haciendo un recorrido por el derecho comparado, respecto de aquellos países que receptan dicha tutela, para señalar algunos menciona a España, Canadá, Italia entre otros.

El Dr. Rojas⁸³, realizó un muy interesante análisis de las directivas anticipadas desde un aspecto procesal, definiéndolas como actos protectorios y relacionándolas con el activismo judicial, mediante la vía del amparo. Allí especifica diferencias en cuanto a la difusa legitimación pasiva y sostiene que la acción en estos casos se hace en exclusivo beneficio del amparista y no con miras a la contraparte definida como se da en el marco de un proceso clásico. Señala una notoria cercanía con los procesos urgentes.

Ausencia de previsión de fondo, proyectos y normas procesales.

La falta de previsión en las leyes de fondo respecto de la posibilidad de otorgar actos de voluntad anticipada, no es un impedimento para efectivizarla, en tanto ellos encuentran su fundamento en la Carta Magna y se basa en el respeto a los derechos de igualdad, libertad, dignidad, autodeterminación, propiedad, privacidad (16, 17,19, 33).

Las legislaciones provinciales, han receptado en su normativa de modo disímil la temática, así en la provincia de Chaco se ha modificado el Código Procesal Civil mediante la Ley 6.212. Las provincias de Neuquén (Ley 2611) y Río Negro (ley 4263) exclusivamente refieren al tema de salud. En similar sentido la provincia de Córdoba, emitió la Res. 1752/02.

⁸² Cifuentes, Santos. LL. 2006-A, 1183.

⁸³ Rojas, Jorge. Sistemas cautelares atípicos. Rubinzal Culsoni. 1ºed.2009.

Existen a nivel nacional distintos proyectos de leyes o reformas que abarcan el tema desde diversos aspectos, así podemos mencionar el del senador Cavanchiuk, que regula los derechos de la persona durante el proceso de su muerte y los deberes del equipo de salud. El proyecto del diputado Bonasso, relacionado a la protección de la dignidad de los enfermos en situación terminal o de agonía. En cuanto a proyectos que reforman el Código Civil, están el de Juan José Alvarez, que refiere al propio curador y otro más abarcativo del senador Guinle, que propone incorporar el artículo 175 bis, en cuanto al propio curador, en relación a los bienes y a la salud.

El derecho de cada persona a desarrollar su plan de vida a concitado la atención de la doctrina, jurisprudencia y de los legisladores.

Límites para otorgar actos de esta naturaleza.

La importancia de los derechos involucrados en los actos de voluntad anticipada, hace que las restricciones o limitaciones que se impongan para su otorgamiento, deben ser justificadas razonablemente para que ser legítimos.

Si analizamos la Convención de los Derechos del Niño, ella nos marca que las niñas, niños y adolescentes deben ser informados y oídos en los temas que los atañen y su voluntad interpretada según el grado de madurez que posean. Esta es una interpretación de la capacidad, que excede los principios rígidos del Código de fondo, impregnada de los principios constitucionales y de los pactos y tratados internacionales.

Así a nuestro criterio aparecería como irrazonable a la luz de la normativa referida, impedir que un menor de edad otorgara un acto de voluntad anticipada. A modo de ejemplo podría citarse el hipotético caso en que un adolescente de 17 años de edad, que atravesara por una enfermedad terminal y que contara con la madurez necesaria para comprender las circunstancias por las que atraviesa, no pudiera hacer uso al derecho de manifestar su voluntad, por no contar con la capa-

cidad a la que refiere el Código Civil de la Nación. Así consideramos que debiera expresarla e incorporada al Registro, luego y de ser necesario, dicho acto será materia de interpretación judicial.

En este espíritu la norma en su artículo 1º, expresa que “...*toda persona en uso de su libre discernimiento tiene derecho a manifestar anticipadamente su voluntad...*”.

Siguiendo la misma línea de razonamiento podemos sostener siguiendo a juristas de fuste que el instituto de la capacidad se encuentra en crisis, como un concepto rígido, y que debe ser interpretado a la luz de la Constitución y los Pactos Internacionales.

Registro de Voluntades Anticipadas.

La norma en su artículo 3º dispone: “*Créase el Registro de Voluntades Anticipadas, cuyo funcionamiento y organización recaerá en la órbita del Colegio de Escribanos de la Provincia, quien garantizará la custodia, conservación y accesibilidad de las Declaraciones de Voluntades Anticipadas emitidas en el territorio de la Provincia. Deberá asegurar en todos los casos la confidencialidad y el respeto de la legislación de protección de datos personales.*”

Actualmente el Colegio de Escribanos se encuentra elaborando la reglamentación para el funcionamiento del Registro.

La creación del registro resulta central a los efectos de otorgar la seguridad que otorga la voluntad reflejada en escritura pública, haciendo plena fe de la declaración que contiene, dando publicidad al acto y fecha cierta. Es decir un instrumento incontestable acerca de la manifestación de voluntad de una persona, el que deberá ser tenido en cuenta por las personas que tengan que actuar en el cuidado o la atención de la misma.

En la norma se ha cuidado de expresar la igualdad de oportunidades y la accesibilidad a la población en su conjunto al Registro.

Como antecedentes de Registros similares podemos señalar al que funciona bajo la orbita del Colegio de Escribanos de la provincia de Bs. As. desde el año 2005, seguidos por los Colegios de Santa fe, Chaco, Córdoba, Corrientes y Entre Ríos.

Colofón

Se trabajo en una regulación adecuada (posiblemente imperfecta), que afiance el Estado de Derecho, brindando algunos parámetros que generen seguridad, en pos de aportar ante situaciones sensibles y difíciles, y que contribuya a respetar las opciones de vida de cada individuo sin violentar el orden público.

El espíritu ha sido el de una norma abierta e inclusiva de todas aquellas situaciones que no contravengan el orden público.

Nos entusiasma pensar la ley III-34, como una herramienta asimilable a la denominada tutela anticipada, es decir como el ejercicio de una justicia temprana, claro que se trataría de un plano prejurisdiccional. En tanto el Registro de Voluntades Anticipadas actuaría como un facilitador del ejercicio de aquellos derechos humanos fundamentales ante situaciones donde el tiempo, es decir la urgencia en muchos casos y algunos otros elementos podrían complejizar el efectivo ejercicio de los derechos. Infundiendo esta tutela una tranquilidad a la persona que es titular de derechos y pretende validamente ejercerlos.

Hemos sostenido que para expresar la voluntad, no se requiere de una norma específica que lo autorice, no obstante el Registro de Voluntad Anticipada generará un resguardo para efectivizarla.

Para el caso que dicho acto genere controversia o conflictos, de todas formas constituirá un elemento de gran valor, en tanto los jueces tienen la imprescindible tarea de interpretar la ley, imbuidos de una visión constitucional del ejercicio de los derechos, con especial respeto a la pluralidad y a las particularidades del plan de vida de cada ciudadano.

Por ello esta ley resultará en beneficio no sólo de las personas involucradas directamente, sino también de aquéllos destinados a impartir justicia.

Finalmente creemos que la ley se transformará en una eficaz vía para lograr objetivos fundamentales como el de respeto al ser humano como un ser único e irrepetible, entendiendo que éste no puede ser despojado de su dignidad y de sus principios, brindándole en la provincia del Chubut una herramienta para expresar su voluntad de un modo anticipado en el más estricto respeto de sus derechos.