

Comunicación a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer

Los derechos humanos de las mujeres en Argentina

ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género es una organización independiente y sin fines de lucro dedicada a la promoción de los derechos de las mujeres y la equidad de género a través del acceso a la justicia y las políticas públicas. Fundada en mayo de 2003, ELA está integrada por un equipo de especialistas con trayectoria en el Estado, las Universidades y Centros de Investigación, Organismos Internacionales, práctica jurídica y organizaciones no gubernamentales.

ELA realiza esta presentación ante la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, de acuerdo a lo provisto en la resolución 76 (V) del Consejo Económico y Social, con el fin de cooperar con el mandato de esa Comisión de promocionar los derechos de la mujer documentando la realidad que viven las mujeres en todo el mundo, elaborando normas internacionales en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres.

ELA trabaja en la documentación de la vigencia y respeto de los derechos humanos de las mujeres en Argentina y en la región (a través de la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género). Una de las herramientas que desarrollamos para este trabajo es el **Observatorio de Sentencias Judiciales**¹ que permite documentar la brecha existente entre los derechos legalmente reconocidos y las condiciones para su ejercicio efectivo. En el monitoreo de las sentencias incluidas en el Observatorio encontramos procesos vinculados con violencia, agresiones sexuales, reclamos por el reconocimiento de derechos civiles, divorcios, alimentos, problemas vinculados con el reconocimiento del trabajo reproductivo y la protección en el empleo, violaciones de los derechos sexuales y reproductivos, por nombrar sólo algunos de los que encuentran a las mujeres como sus principales protagonistas.

Entre los principales problemas que enfrentan las mujeres para lograr la efectiva protección de sus derechos, se encuentran las grandes dificultades que deben afrontar para gozar del **derecho a una vida libre de violencia** y los obstáculos para acceder al **aborto no punible**. Estos dos temas fueron señalados como de especial preocupación por parte del Comité de la CEDAW en sus recomendaciones al estado Argentino en julio de 2010 y por ese motivo nos concentramos en ellos para esta presentación. Para mostrar las implicancias de ello tomaremos casos concretos que han alcanzado una resolución judicial sin que se haya logrado la efectiva protección de los derechos de las mujeres: ya sea porque la justicia interfirió judicializando una práctica legal, o porque cuando debió aplicar el derecho luego de la

¹ El Observatorio funciona como una base de datos de acceso público y gratuito en internet donde se reúnen los textos completos de las sentencias judiciales que tratan distintos aspectos vinculados con los derechos humanos de las mujeres en Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, México y Perú. Disponible en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=FILTRAR&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&ftrselect0006=1>

vulneración de los derechos de las mujeres, lo hizo en forma deficiente. Los casos que se describen en este informe no buscan generalizar la situación de todas las mujeres en Argentina, sino que se han elegido porque permiten poner evidencia, sí, grandes deficiencias a nivel institucional y de administración de la justicia en el país.

En forma previa se señalan dos problemas que atraviesan los ejes propuestos: los obstáculos para acceder a la justicia y la falta de acceso a la información pública, la cual permitiría no sólo comprender mejor la dimensión de los problemas jurídicos y sociales subsistentes, sino también avanzar en el diseño e implementación de las estrategias para su resolución.

1. OBSTÁCULOS TRANSVERSALES: Acceso a la justicia y acceso a la información

A. Acceso a la justicia

El acceso a la justicia no sólo es un derecho en sí mismo, sino que es aquel que garantiza el ejercicio de los demás **DERECHOS** consagrados. Si bien su cumplimiento compromete al Poder Judicial, por ser el encargado de administrar la justicia, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo tienen el deber, en el ámbito de sus respectivas competencias, de dotar al Poder Judicial con los recursos necesarios para garantizar el acceso a la justicia y la resolución de los conflictos en tiempo y condiciones razonables. En función de ello deberán generar las políticas públicas necesarias para facilitar la materialidad del acceso a la justicia de la ciudadanía.

Este derecho puede ser considerado desde varios aspectos diferentes aunque complementarios.² Por un lado, involucra el *acceso propiamente dicho*, es decir, la posibilidad de *llegar* al sistema judicial contando con la representación de un abogado o abogada, hecho que resulta fundamental en el camino de convertir un problema en un reclamo de carácter jurídico. En segundo lugar, la *disponibilidad de un buen servicio* de justicia, es decir, que el sistema brinde la posibilidad de *obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial*. En tercer lugar, el acceso a la justicia implica la *posibilidad de sostener el proceso completo*, es decir, que las personas involucradas no se vean obligadas a abandonar una acción judicial a lo largo del proceso por razones ajenas a su voluntad.

Para asegurar la posibilidad de sostener las acciones iniciadas, el sistema debería proveer los recursos e instrumentos necesarios para garantizar ciertas coberturas, en especial, para los sectores y grupos en desventaja económica y social. Ejemplos de estos grupos son: la población que vive en condiciones de pobreza, las mujeres que enfrentan dificultades para concurrir a los tribunales por sus obligaciones de cuidado respecto de otras personas dependientes del hogar, las personas con trabajos precarios o que pierden el jornal por asistir al tribunal, las personas que tienen diversas dificultades de traslado, sea por discapacidades o por razones económicas. Por lo tanto, cuando se plantea la *gratuidad* para garantizar el acceso a la justicia, ésta se refiere no sólo al beneficio de litigar sin gastos (como las tasas de justicia o las costas de los peritos), sino también a contemplar los gastos de transporte y las pérdidas de jornales implicadas. Finalmente, esto presupone el *conocimiento de los derechos* por parte de

² Ver BIRGIN, H. Y GHERARDI N. (coordinadoras), *La garantía de acceso a la justicia: Aportes empíricos y conceptuales*. Editorial Fontamara, México, 2011.

la ciudadanía y de *los medios* para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos. Específicamente, supone *la conciencia del acceso a la justicia como un derecho* y la consiguiente *obligación del Estado* de brindarlo y promoverlo en forma gratuita tanto para casos administrativos, como penales, civiles, laborales.

Las controversias que se plantean ante el Poder Judicial, ya sea entre particulares o frente al Estado, son entonces apenas un indicador de ciertos derechos en disputa que no encuentran satisfacción a través de otros canales de negociación previos a la demanda judicial. Como dijimos, no son más que una muestra de las necesidades jurídicas insatisfechas de la población, muchas de las cuales no encuentran respuesta como consecuencia de variados obstáculos materiales y subjetivos que no pueden ser superados por grandes colectivos de personas.

B. Acceso a la información

Un gran obstáculo al intentar dar un panorama del estado de los derechos de las mujeres en Argentina está dado por la ausencia de estadísticas creíbles desde que el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) fue intervenido en el año 2007. Este es un tema por el cual el Estado Argentino ha sido observado ante el *Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales* en el mes de diciembre de 2011.³ Argentina tampoco cuenta con una ley nacional de acceso a la información pública, únicamente con leyes y decretos provinciales y un decreto del Poder Ejecutivo que rige exclusivamente para el Ejecutivo nacional. Los pedidos de información a este último, aun cuando cumplan con el decreto, son generalmente rechazados⁴. Otro motivo de atención en foros internacionales ha sido la escasa información desagregada por sexo con la que cuenta el Estado; situación que continúa inalterable.

Contar con estadísticas claras, precisas, confiables, con información desagregada por sexo, ampliamente difundidas y disponibles para la población acerca del alcance y tipos de violencia, es esencial para el diseño y monitoreo de las políticas y programas específicos. Sin embargo, tales estadísticas no existen, o bien cuando las hay, son inadecuadas o incompletas. A esto se suma que en Argentina no hay una práctica uniforme en cuanto a la publicidad de las sentencias que permita tener una dimensión precisa de la vulneración de los derechos de las mujeres.⁵

³ E/C.12/ARG/CO/3, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina*, 14 de diciembre de 2011, párr. 11.

⁴ Ver el informe presentado por un grupo de organizaciones de la sociedad civil al Consejo de Derechos Humanos en relación con el derecho de acceso a la información pública, disponible en <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=app187&cnl=42&opc=15>

⁵ ELA señaló estos problemas en diversos documentos, entre otros, *La justicia en construcción: derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación de América Latina*. Natalia Gherardi (directora). ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Buenos Aires, 2012 (disponible en www.ela.org.ar). Recientemente, la Corte Suprema de Justicia comenzó a organizar la publicación sistemática de sentencias de tribunales federales en la página web de ese organismo, a través de su agencia de noticias (www.cij.gov.ar), aunque por la organización federal del estado se requiere que las provincias tomen similares medidas en los ámbitos de sus competencias.

2. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Los casos que se presentan a continuación ofrecen una muestra de los problemas que enfrentan los derechos humanos de las mujeres y de las limitaciones del ordenamiento jurídico y del Poder Judicial para abordarlos.

En los últimos años se avanzó significativamente en Argentina colocando el tema de la violencia en la agenda pública, aprobando legislación específica para tratar el tema de violencia de un modo integral. Sin embargo, el organismo nacional encargado de su aplicación (Consejo Nacional de las Mujeres) no cuenta con un financiamiento adecuado que le permita llevar adelante las responsabilidades que la ley le impone. En consecuencia, no hay en el país políticas públicas coordinadas a nivel nacional que permitan un abordaje adecuado de los problemas vinculados con las distintas formas de violencia. Los mayores avances se han dado en el marco del Poder Judicial y del Ministerio Público (de la Defensa y más recientemente en la Procuración General de la Nación), desde donde se han diseñado distintas formas de capacitación y seguimiento del tema. Aun con esos avances, los casos que se presentan a continuación son una clara muestra de los problemas que quedan por resolver.

A. Caso N° 1: Causa n° 4101, Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 – CABA, del 22 de marzo de 2013

La perpetración permanente de actos de violencia física y psicológica en contra de las mujeres, en distintos grados y con diferentes caras, responde a la presencia de patrones socioculturales según los cuales se tolera el maltrato hacia las mujeres. Además de encontrarse en superioridad física, económica o de poder de algún tipo, los varones violentos actúan con la anuencia de la sociedad y, lo que es peor aún, del Estado que permite que estas situaciones permanezcan impunes, bajo los más insólitos argumentos.

Éste fue el caso del Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 que, el 22 de marzo de 2013, absolvió a un hombre que violaba a su esposa en forma constante,⁶ a través de argumentos que no se ajustan a derecho y reflejan la naturalización de la violencia amparada por el Estado.

En primer lugar veremos los hechos del caso, y luego pasaremos a detallar los fundamentos por los cuales el Tribunal Oral en lo Criminal Número 16, decide absolver al hombre acusado de violar a su esposa.

Los hechos por los cuales se imputa a A. R. A. F. consisten en haber abusado sexualmente de su esposa, B. G. A. entre el año 2007 y 2009 de una a dos veces por semana, aumentando la violencia ante mayores resistencias. La pareja se casa en 1999 y al año comienza a maltratarla verbalmente, luego comenzó la violencia física, hasta que en el año 2005 realiza la denuncia en la OVD (Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Por un tiempo la violencia se detuvo, pero al poco tiempo volvió a maltratarla y ahora comenzó a obligarla a tener relaciones sexuales por la fuerza. Las situaciones de abuso ocurrían cuando A. R. A. F. volvía ebrio a la casa, lo que llevó a B. G. A. a encerrarse en el

⁶ Tribunal Oral en lo Criminal n° 16, CABA, “Causa n° 4101”, 22 de marzo de 2013. Disponible en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=3166&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=4&cni3=6>

cuarto. Ante esto el imputado tomó un puñal, rayó la puerta y la amenazó diciendo: “Abrí la puerta o te lo tiro encima”. Dos meses más tarde, el 15 de junio de 2010, la mujer radicó la denuncia y el Juzgado Civil n° 83 dispuso la exclusión del agresor del hogar. La última vez que abusó de su esposa fue el 12 de junio de 2010, ya que las situaciones sólo cesaron una vez que la mujer radicó la denuncia.

Análisis de los fundamentos

Existen **normas**, así como también **prácticas**, que bajo una aparente neutralidad tienen un impacto negativo en la vida de las mujeres. Basta recordar el caso *María da Penha v. Brasil*, en donde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluye que existe un patrón discriminatorio respecto a tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial.⁷ Ciertamente, la sentencia traída ante esta Comisión es un claro ejemplo de ineficacia judicial y de prácticas discriminatorias.

- **Pruebas insuficientes y la “tolerancia” de la violencia**

La jueza señala que las pruebas no fueron suficientes para soportar el reproche criminoso. En consecuencia, resuelve aplicar el principio “*favor rei*” (artículo 3 del Código Procesal Penal). Se sugiere, de este modo, que el testimonio de ella no sería suficiente para tener por probados los hechos de violación denunciados.

Sin embargo, continúa su análisis señalando que

“a partir de que las situaciones de abuso sexual pasaron de ser **“toleradas” por miedo o por la presión** que significaba para G. A. que el encartado invocara la obligación que tenía de acceder carnalmente por el débito conyugal, a episodios cada vez más intensos, los que eran seguidos del consiguiente pedido de disculpas y nueva oportunidad y siempre llevados a cabo en estado de ebriedad, explica que se decidió a realizar la denuncia penal de junio del 2010 (...).”

Parece ser, entonces, que el hecho de que haya sido “tolerado” (lo cual surge también del relato de la propia víctima, pero esto ahora sí tomado como cierto), convierte esos hechos en algo consentido, pese que a renglón seguido se señalara que esto se hacía por miedo, o por la presión que significaba para la mujer.

Dejando de lado ahora la selectividad que realiza la jueza, -tomando unos dichos del testimonio de la víctima como válidos y otros no-, para esgrimir la insuficiencia de pruebas, debemos centrarnos en la “tolerancia” a las conductas del imputado, que excluiría la configuración del delito de abuso sexual, **ya que estos hechos no fueron puestos en duda**. El punto central sería entonces la ausencia de pruebas de que la mujer, efectivamente se haya resistido cuando su marido llegaba ebrio y la tomaba por la fuerza. En la sentencia se refleja de la siguiente manera:

⁷ CIDH, *María da Penha Maia Fernandes v. Brasil*, Caso 12.051, Informe N° 54/01, 16 de abril de 2001, párr. 3 y 55.

“En efecto, **sin pretender restar credibilidad a las expresiones de la damnificada** no podemos perder de vista que nos dijo... ”yo hice todo por rescatar mi matrimonio (...) yo no quería tener sexo porque estaba ebrio, no sabía dónde o con quién había estado...quisiera darle una oportunidad, lo perdono, no quiero que vaya a la cárcel...”

Vemos un relato que claramente está marcado por el círculo de la violencia en el que la mujer estaba inserta. Este punto lo analizaremos con mayor detenimiento en el próximo caso. Pero podemos también observar aquí que la jueza se toma de que la víctima haya dicho que quería salvar el matrimonio para restarle credibilidad a lo que señala con igual énfasis: que no consentía aquellas relaciones sexuales.

De esta forma la sentencia desconoce el artículo 119 del Código Penal argentino, donde se establece que el delito de abuso sexual se configura: “cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.” En efecto, el derecho interno argentino, a diferencia de lo que interpreta la jueza, no exige que para que se configure el delito de violación exista resistencia, sino que no haya habido consentimiento. Esta ausencia de consentimiento puede desprenderse de las circunstancias del caso.

Esto es concordante con el derecho internacional. Es numerosa la jurisprudencia que entiende que el consentimiento debe evaluarse de acuerdo a las circunstancias del caso.⁸ La Corte Penal Internacional tiene dicho que la intimidación, las amenazas, la extorsión y diferentes formas de provocar temor puede tener los mismos resultados que el empleo de la fuerza.⁹ Siguiendo esta línea de razonamiento, cabe señalar que respecto del elemento de coacción necesario, se ha sostenido que para que se configure la violación basta con que “(...) [se coloque] a la víctima en una situación de temor razonable de que ella o una tercera persona sean sujetas a violencia, detención, coacción u opresión psicológica”.¹⁰ Tal como señala Catharine MacKinnon,¹¹ la violación está sujeta a que sea un acto no querido, sin que sea exigible la prueba de la ausencia de consentimiento. Estos lineamientos fueron finalmente receptados en el artículo 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

- **“La problemática de esta pareja”**

Otro punto a destacar es la forma en que el contexto de violencia en el cual se inscriben las situaciones de abuso sexual es abordado por el Tribunal. Se refiere a ello como “la

⁸ TPIR, SJ, FISCAL C. SEMANZA, “Judgement and Sentence”, ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, párr. 344; TPIY, SA, FISCAL C. KUNARAC, KOVAC AND VUKOVIC, “Judgement”, IT-96-23-T& IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 460; TESL, SJ, FISCAL C. SESAY, KALLON Y GBAO, “Judgement”, SCSL-04-15-T-1234, 2 de Marzo de 2009, párr. 147; CEDH, M.C. C. *Bulgaria*, “Application”, 39272/98. Sentencia del 4 de diciembre de 2003, párr. 181-182.

⁹ CPI, SCPII, FISCAL C. BEMBA GOMBO, “Decision pursuant to article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo”, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 162.

¹⁰ TPIY, SJ, FISCAL C. FURUNDJIZA, “Judgment”, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, párr. 174.

¹¹ MACKINNON, K., “Defining rape internationally: A coment on Akayesu”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, año 2006, p. 943.

problemática de esta pareja” y parece culpar a la víctima de carecer de voluntad para formular la denuncia.

De esta forma desconoce que para poner fin a una relación violenta las mujeres deben poder, primero, denunciar la situación ante sí mismas y aceptar que la violencia no va a cesar. Luego, hay circunstancias objetivas y subjetivas que obstaculizan las posibilidades de las mujeres de poner fin a una relación violenta.¹²

Una de las primeras dificultades para poner fin a la relación violenta –sea buscando ayuda terapéutica, separándose o denunciando- es que la víctima no toma conciencia de lo que está ocurriendo. Los obstáculos subjetivos que lo impiden pueden enunciarse sucintamente como: temor a la represalia del hombre violento; temor a perder su estilo y nivel de vida; temor a estar sola; dificultad para tomar decisiones que impliquen una imposición a un hombre; dificultad para contradecir los mandatos familiares, sociales o religiosos. En la mayoría de los casos, superarlos se hace muy difícil sin la intervención de alguien de afuera de la pareja que advierta la situación: amigos, vecinos, miembros de su familia de origen, hijos o profesionales (médicos, pediatras o maestros de sus hijos, etc.).

Por otro lado, y sumado a estas dificultades, hay circunstancias objetivas y de orden práctico que obstaculizan la posibilidad de plantearse una separación o una denuncia: la dependencia económica, la marginalidad y aislamiento de personas que puedan brindar contención a la mujer, la ignorancia acerca de las instancias a las que se puede recurrir o el convencimiento de que las instancias que podrían protegerla no tienen la eficacia y la celeridad necesarias para darles seguridad, física y económica.¹³

Ninguna de estas particularidades fueron tenidas en cuenta por el Tribunal, aun cuando de sólo leer los hechos del caso se hace evidente que la mujer atravesaba más de una de ellas.

- **Estereotipos de género**

Estamos claramente frente a un caso donde la justicia ha incurrido en la utilización de estereotipos de género. Tal como se señala en el *Informe sobre el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual*, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)* estableció que:

“La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces

¹² ELA, *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas y acceso a la justicia*, Buenos Aires, ELA, 2009. Disponible en www.ela.org.ar

¹³ Véase la investigación reciente de ELA en *Más allá de la denuncia: los desafíos del acceso a la justicia. Investigaciones sobre violencia contra las mujeres*, 2012. Disponible en www.ela.org.ar

... también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente.”¹⁴

La impunidad de los delitos violentos contra las mujeres son tomados por los organismos internacionales de protección de los DDHH como un fuerte indicador de la falta de acceso a la justicia. En estos casos, es el estándar de debida diligencia el que se tomará en cuenta para evaluar el grado de cuidado que se espera que el Estado ponga en práctica en el cumplimiento de sus deberes. A las diversas manifestaciones de violencia física contra las mujeres, los Estados deben responder con el fin de prevenirla, juzgarla y castigarla con el mismo nivel de compromiso que cualquier otro delito. En caso contrario el Estado estaría violando lo dispuesto en los artículos 2(f) y 5 (a) de la CEDAW.¹⁵

En este sentido se ha pronunciado el Comité en el *Caso R.K.B. v. Turquía* y en *V. K v. Bulgaria*, al sostener que el Estado tiene la obligación de mejorar concretamente la posición de la mujer en la sociedad y de eliminar los estereotipos perjudiciales, los cuales se perpetúan a través de varios medios e instituciones, como son las leyes y los sistemas judiciales,¹⁶ así como también a través de las costumbres y las prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.¹⁷ Precisamente, en el *Caso Karen Tayag Vertido v. Filipinas* fue dicho que los estereotipos afectan el derecho a las mujeres a un juicio justo e imparcial y el operador judicial debe tener cuidado de no crear estándares inflexibles respecto de lo que las mujeres o niñas deben ser o de lo que *deberían haber hecho*.¹⁸

Las investigaciones realizadas en la región dan cuenta de los alarmantes índices de impunidad de estos hechos y de los estereotipos de género todavía presentes en los operadores de justicia que tienen a su cargo la obligación de perseguir y castigar estos delitos. Mientras que muchos hechos de violencia quedan impunes en la región, la preocupación central se dirige a identificar los mecanismos por los cuales los hechos de violencia contra las mujeres reciben eventualmente un tratamiento diferenciado por parte de algunos operadores de justicia.¹⁹

En el mismo sentido, una investigación realizada en Argentina por la Defensoría General de la Nación²⁰ sobre la actuación de la justicia penal en los casos de violencia de género advierte

¹⁴ OEA/Ser.L/V/II., Doc. 63, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, párr. 17. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

¹⁵ Comité CEDAW, Comunicación Nº 18/2008, *Karen Tayag Vertido c. Filipinas*, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.4.

¹⁶ COMITÉ CEDAW, Comunicación Nº 28/2010, *R.K.B. v. Turkey*, 13 de abril de 2012, párr. 8.8.

¹⁷ COMITÉ CEDAW, Comunicación nº 20/2008, *V.K. v. Bulgaria*, 27 de septiembre de 2011, párr. 9.11.

¹⁸ Comité CEDAW, Comunicación Nº 18/2008, *Karen Tayag Vertido c. Filipinas*, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.4.

¹⁹ CIDH, *El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 2007 y CEPAL *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe*. También *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II.

²⁰ ASENCIO, RAQUEL, DI CORLETO, JULIETA, PICCO VALERIA Y TANDETER LEAH, *Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2010.

sobre la importancia de los estándares de debida diligencia;²¹ imparcialidad de los operadores; razonamientos que no respondan a estereotipos de género y participación de la víctima a los fines de impedir la revictimización.²²

- **El error de prohibición**

En la sentencia se intenta eximir de culpabilidad a A. F. bajo un supuesto “error de prohibición indirecto”, toda vez que el imputado habría obrado influenciado a tal punto por su cultura, - creyendo que tenía derecho a obligar a *su* esposa a tener relaciones sexuales cuando él quisiera- que carecía de conocimiento de la antijuridicidad de su obrar.

En opinión del Tribunal, esto se debería a una “norma cultural” de las personas de la República del Paraguay según la cual los varones al tener personalidad machista y dominante, consideran que las mujeres con las que se casan son *sus* mujeres y deben someterse a sus demandas. Sin embargo, esta “norma cultural” parece no ser aceptada por la víctima, quien de haber entendido que el accionar de su marido se hallaba inmerso en una tradición compartida jamás hubiera formalizado las denuncias. A su vez, podemos advertir que la pareja vive en Argentina desde hace más de 20 años, de modo que resulta difícil de sostener que su supuesta “norma cultural” haya permanecido indemne a lo largo de tantos años. Esto sumado a que la República del Paraguay tiene ratificada la Convención de Belém do Pará desde el año 1995, antes incluso que el Estado Argentino.

Sin dudas debemos remarcar que este es de por sí un planteo discriminatorio para con las personas de nacionalidad paraguaya que se funda pura y exclusivamente en los testimonios de la propia víctima y su hermana, lo cual de ninguna manera puede considerarse un dato científico como podría haber sido si se hubiera realizado una pericia antropológica. De todas formas, el argumento en que se funda el Tribunal plantea el absurdo de una cultura tan determinante en el accionar de los seres humanos, al punto tal que las personas no serían capaces de responder por sus acciones.

De todas formas, aún en el caso de que se hubiera probado a través de pericias antropológicas una “tradición” de las características señaladas por el tribunal sería igualmente digna de reproche por el Estado argentino. Los compromisos internacionales que asumió el Estado al ratificar la CEDAW implican que deben

²¹ La violación del deber de debida diligencia mediante la omisión de toda actividad investigativa, o la realización de investigaciones aparentes, se produce en casos en los que se clausuró toda actuación penal sin que se hubieran desarrollado medidas probatorias tendientes a concretar una investigación seria del hecho denunciado. En otros casos las tareas de investigación sólo se realizaron de modo formal, proyectando la apariencia de una verdadera investigación pero que, en realidad, estaba compuesta de formalidades destinadas al fracaso. La investigación identificó situaciones de falta de exhaustividad en la producción y recolección de pruebas, así como un indebido traslado de la obligación de activar las investigaciones en cabeza de la víctima.

²² ASENSIO, RAQUEL, DI CORLETO, JULIETA, PICCO VALERIA Y TANDETER LEAH, *Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2010, p. 36.

“Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (Artículo 5.1).

En este sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Campo Algodonero* al condenar aquellas prácticas basadas en estereotipos de género.²³

B. Caso N° 2: N., M. P s/ suspensión del juicio a prueba, Tribunal oral en lo Criminal N° 17 – CABA, del 15 de mayo de 2013

En algunas ocasiones las sentencias brindan la posibilidad de revisar un tema desde dimensiones complejas. Esta decisión del Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 es una de ellas.²⁴

El Tribunal analiza la aplicación del instituto de la *probation* en un caso de violencia de género: se trata de la suspensión del juicio a prueba en un caso donde se discute la comisión del delito de amenazas coactivas de M. P. N contra su esposa. En su sentencia el Tribunal entiende que se dan los supuestos del artículo 76 bis del Código Penal con lo cual formalmente se cumplen las condiciones que permiten aplicar la suspensión del juicio a prueba: el Código prevé una pena inferior a los 3 años de prisión para ese delito; la víctima aceptó la reparación propuesta por el imputado (el pago de 1000 pesos y someterse a tratamiento psicológico) y también el Fiscal de la causa manifestó su aceptación.

Análisis de los fundamentos:

En su análisis del caso, el Tribunal observó la presencia de una conflictividad compleja que surge de las obligaciones que ha asumido el Estado Argentino al aprobar por ley 24.632 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, conocida como “Convención de Belém do Pará”. A través de ella el Estado se comprometió a adoptar políticas orientadas hacia la prevención, sanción y erradicación de la violencia especialmente dirigida contra la mujer.

A su vez, el Tribunal, advierte que este conflicto fue recientemente resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en un caso, también, de violencia contra la mujer, donde se pronunció en contra del otorgamiento del beneficio de suspensión de juicio a prueba al considerar que implica una violación de las obligaciones previstas en la Convención de Belém do Pará.²⁵ Sin embargo, se aparta de ella por las razones que pasaremos a analizar.

²³ CorteIDH, CASO GONZÁLEZ Y OTRAS VS. MÉXICO (“CAMPO ALGODONERO”) Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, parr. 401.

²⁴ Tribunal oral en lo Criminal N° 17 – CABA, “N., M. P s/ suspensión del juicio a prueba”, 15 de mayo de 2013. Disponible en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=3035&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora Gabriel Arnaldo s/ causa Nro. 14092”, del 23 de

En este caso el Tribunal Oral en lo Criminal N° 17, analiza lo que ocurriría en caso de denegar la *probation* en este caso en que la mujer decidió volver a convivir con su marido: “La denegación del beneficio solicitado por el imputado en tales condiciones llevaría a la realización del juicio cuya conclusión mediante el dictado de una sentencia eventualmente condenatoria, determinaría, casi de seguro, la imposición de una pena cuyo cumplimiento se dejaría en suspenso”. Por el contrario, con la aplicación de la suspensión del juicio a prueba se logra el seguimiento del presunto agresor a través de una terapia psicológica de la cual deberá dar cuenta ante la justicia.

Vamos a centrarnos en el que, creemos, es el argumento principal en la sentencia por el cual se aparta de lo resuelto por la CSJN: el perdón de la víctima, que actualmente se encuentra conviviendo con el imputado y el rechazo, esgrimido por el Tribunal, a un modelo paternalista no armonizable con nuestro paradigma constitucional.

Antes señalaremos brevemente el marco legal en el que se ampara la denegación de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género.

- **Compatibilidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:**

Mucho se ha criticado la denegación de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género por ser contraria a las garantías del imputado. Pero lo cierto es que es una tendencia compatible con el derecho internacional.

Así lo señala el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Estándares Jurídicos.²⁶ Allí se señala el caso del Superior Tribunal de Justicia de Brasil del 24 de marzo de 2011, donde se había cuestionado la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley María da Penha, que impide el otorgamiento de determinados beneficios para los agresores, entre ellos, la suspensión del juicio a prueba. El Superior Tribunal sostuvo que el artículo 41 es consistente con la premisa según la cual “La regla de la igualdad consiste en favorecer desigualmente a los desiguales, según su desigualdad... Tratar con desigualdad a iguales, o a desiguales con igualdad, sería desigualdad flagrante, y no igualdad real”. El enfoque atiende el orden jurídico constitucional, con miras a un avance cultural, en el necesario combate de estadísticas vergonzosas de desprecio a la mujer como célula básica de su familia”.²⁷

También se señalan dos sentencias de la Cámara Nacional de Casación Penal del Estado argentino. En un caso se trata de abuso sexual donde un hombre habría interceptado a una mujer cuando bajaba del tren para tocarle los pechos sobre su ropa. En este caso la Cámara de Casación sostuvo su sentencia de diciembre de 2010 que la no concesión de la suspensión del

abril de 2013. Disponible en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2975&plcontampl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=4>

²⁶ CIDH, *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación*, 3 de noviembre de 2011. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>

²⁷ *Ídem*, p. 25

juicio a prueba era concordante con lo estipulado en el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará.²⁸

En el segundo caso la Cámara de Casación denegó el pedido de juicio a prueba a un hombre acusado de maltratar a su esposa y a su hija. La Cámara centró su decisión en el deber de debida diligencia que exige la Convención de Belém do Pará, para investigar y sancionar la violencia contra las mujeres

“La suspensión del proceso a prueba es inconciliable con el deber que tiene el estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías...”²⁹

En el caso “Góngora”, la CSJN, finalmente retomó estos argumentos y sostuvo que

“es menester afirmar que ninguna relación puede establecerse entre ese instituto de la ley penal interna y las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la norma citada en último término [artículo 7(g) de la Convención de Belem do Pará] referidas al establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia, "a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces. Asegurar el cumplimiento de esas obligaciones es una exigencia autónoma, y no alternativa respecto del deber de llevar adelante el juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inciso "f" de ese mismo artículo (...).”

▪ **Interés de la víctima vs. Interés del Estado**

En los casos de violencia contra las mujeres en el marco de relaciones afectivas, el derecho se enfrenta en varias ocasiones a la disyuntiva de avanzar en la investigación y sanción de los delitos cometidos contra las mujeres o dejar sin efecto los procesos ante el perdón o arrepentimiento manifestado por la víctima, cuando es mayor de edad.

En Argentina esta problemática cobró trascendencia a través del caso de Carla Figueroa. Una mujer víctima de violencia de género por parte de su novio, con quien tenía un hijo. La mujer lo había denunciado por violación, pero luego lo perdonó. A través de la aplicación de la figura del avenimiento, su pareja, Marcelo Tomaselli, fue liberado y volvió a convivir con ella, en una sentencia dispuesta por el Tribunal de Impugnación Penal de la provincia de La Pampa.³⁰ Días más tarde la mató. Como consecuencia de este caso la figura del avenimiento fue derogada del Código Penal argentino.

²⁸ *Ídem*, p. 42.

²⁹ *Ídem*, p. 32.

³⁰ TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA, “Tomaselli, Marcelo Javier - Imputado- Figueroa, Carla -Querellante- s/Impugnación rechazo de avenimiento”, 2 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1874&plcont ampl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=4&cni3=27>

Mientras que por un lado corresponde analizar de un modo más integral cuál es el alcance de la obligación de investigar y sancionar previsto en las normas vigentes, también es importante evaluar cuáles son las condiciones subjetivas y emocionales en que se da ese perdón, aceptando la finalización del trámite judicial, con todas las consecuencias que eso conlleva. En el caso de la *probation* en particular, una vez transcurrido el plazo fijado sin que se haya cometido un nuevo delito, la acción penal se extingue y el beneficiado no tendrá registro penal alguno.

Cabe preguntarse entonces si el hecho de que la presunta víctima haya aceptado perdonar a su agresor, debe hacer perder todo interés del Estado para investigar y sancionar estos hechos. Además, la única forma de sanción posible (de acuerdo con lo que indica la Convención de Belém do Pará) no es necesaria y exclusivamente la sanción penal.

Sabemos que el derecho penal no busca la reparación de las víctimas y esto se refleja en el artículo 5 del Código Penal argentino, ya que entre las penas estipuladas no se encuentra la reparación a las víctimas. La sola aceptación de la víctima y que hayan vuelto a convivir no exime al Estado argentino de su responsabilidad de sancionar la violencia contra las mujeres, y por lo tanto, por sí solo, este argumento no basta.

Sin embargo, el propósito no es plantear que el objetivo de la Convención de Belem do Pará sea la aplicación de penas de privación de la libertad para todos los casos de violencia doméstica y no escuchar a las víctimas. Eso equivaldría a sustituir la voluntad del marido por la voluntad del Estado.³¹ Por el contrario, el objetivo es señalar que la salida de una situación de violencia de género no es lineal y por lo tanto el contexto en que se encuentra la víctima al aceptar la reparación propuesta por el acusado es sumamente importante.

El Tribunal dice tener en cuenta las particularidades del caso para apartarse de lo dispuesto por la CSJN en el caso Góngora, esto es, que el imputado decidió iniciar junto a la víctima un tratamiento psicológico, que la mujer decidió retomar la relación con el imputado y volver a convivir con él, y expresó que no quiere que su cónyuge sea sancionado.

Un estudio de casos realizado recientemente por la Universidad de Barcelona mostró que más de la mitad de las mujeres entrevistadas regresaron con sus agresores tras un tiempo de separación, antes de romper definitivamente la relación y lograr “desnaturalizar” la violencia.³² En el ciclo de la violencia de género confluyen sentimientos ambivalentes que no terminan con la formulación de la denuncia.

Cualquier situación tomada en abstracto, sin tener en cuenta las particularidades del caso, será una decisión injusta. Pero tener en cuenta esas particularidades va más allá de señalar que la mujer perdonó a su pareja y actualmente se encuentran conviviendo. En la sentencia no se hace ningún análisis exhaustivo respecto del contexto en el cual se encuentra la mujer para decidir aceptar la reparación propuesta por el imputado. Aunque, como vemos, sí fue tomada como un factor importante para resolver, y conceder la suspensión del juicio a prueba.

³¹ LARRAURI, ELENA, “Criminología crítica y violencia de género”. Madrid, Trotta, 2007.

³² BODELÓN, ENCARNA, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires, ediciones Didot, 2012, p. 31.

Si bien es cierto que el cambio en los patrones culturales no se logrará a través del derecho penal, es igual de cierto que las obligaciones del Estado para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres no se terminan en la denegación del beneficio de *probation* y consiguiente acceso a la etapa oral en un proceso penal.

Eso no hace menos válido el reclamo que exige que la perspectiva de género sea tenida en cuenta en por los operadores jurídicos. Al analizar el caso en concreto, es necesario que se tenga en cuenta el contexto de desigualdad de las mujeres, ya que es ese el marco en el cual se produce la vulneración de sus derechos.

Podemos enumerar una variada cantidad de elementos que pueden llevar a las mujeres a retirar una denuncia o, en su caso, a perdonar a su marido cuando fueron sujetas a violencia: normalizar la violencia de género (no reconocer lo vivido como violencia de género); sentimiento de vergüenza, de culpa o bloque emocional; protección de los hijos; miedo a una mayor violencia y desconfianza en el Sistema de Justicia Penal; dependencia económica y falta de recursos para el cuidado de hijos e hijas; mensajes des-incentivadores del entorno familiar/social, etc.³³ Éstos son elementos propios del ciclo de la violencia, el contexto en el cual la decisión es tomada y de ninguna manera pueden pasar desapercibidos por los operadores de justicia.

Esto no equivale a decir que debe denegarse la *probation* en todos los casos, sino que cuando están en juego derechos de las mujeres es exigible una mayor deliberación práctica, que tenga en cuenta las especificidades señaladas.

3. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: ABORTO NO PUNIBLE Y LOS PROBLEMAS DEL MODELO DE INDICACIONES

El aborto está prohibido desde 1921 en Argentina, según el texto del artículo 86 del Código Penal, salvo en circunstancias excepcionales: riesgo para la salud o la vida de la mujer y en caso de que la gestación sea producto de una violación. En todos los casos, basta con el consentimiento de la mujer y la intervención de un médico. Si la mujer violada tuviese una discapacidad mental, se exige además el consentimiento de sus representantes legales. Textualmente, dice:

ARTICULO 86. - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior (prisión de tres a diez años) y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

³³ BODELÓN, ENCARNA, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires, ediciones Didot, 2012.

El artículo 88 establece que la pena para la mujer que aborta es de uno a cuatro años de prisión.

En años recientes, los tribunales de justicia de distintas instancias y jurisdicciones se pronunciaron tanto sobre el acceso al aborto como sobre distintos aspectos asociados a la salud sexual y reproductiva. Estos derechos resultan recurrentemente sometidos a la decisión de los jueces por iniciativas ya sea de los efectores de salud o por personal del poder judicial (defensores, asesores tutelares, fiscales).

Los temas vinculados al acceso al aborto que se discuten en los estrados judiciales son: (i) la interpretación restrictiva respecto del alcance de las causales de aborto no punible, de acuerdo con lo previsto por el Código Penal; (ii) la persecución penal del aborto ilegal, frente a lo cual coexisten diversas posturas respecto del deber de confidencialidad de los profesionales de salud; y (iii) el alcance de la objeción de conciencia permitida por las normas especiales aplicables para profesionales de la salud, educadores e instituciones médicas y educativas. En relación a este último punto, cabe aclarar que en Argentina no existe ni una ley ni un registro nacional que regule la objeción de conciencia, lo que deja al personal sanitario de las provincias en que no está regulada la figura en posición de decidir arbitrariamente si interviene o no frente a un caso concreto. La ausencia de registros de objetores de conciencia permite asimismo que el personal de la salud en el sector público no mantenga esa misma posición en el ejercicio privado de la profesión.

En este punto nos detendremos en casos donde se reflejan problemas en torno a la **interpretación restrictiva** respecto del alcance de las causales de aborto no punible y la **persecución penal del aborto ilegal**.

El modelo de prohibición del aborto con indicaciones excepcionales de permisión funciona en los hechos como un modelo de prohibición total. En la actualidad los abortos permitidos prácticamente no se realizan y en los escasos casos en que la mujer logra ejercer este derecho, su realización se demora innecesariamente por la dilación del personal de la salud, e incluso por intervenciones judiciales tales como trámites de autorización que la ley no requiere. Esta situación implica graves responsabilidades para el Estado argentino en virtud de incumplimientos reiterados de los pactos de Derechos Humanos, que han sido señalados por el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso “L.R.M. vs Argentina”³⁴ confirma esto, ya que frente a la negativa de las autoridades médicas y judiciales a realizar un aborto no punible, se estableció que el Estado tiene la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro. Sin embargo, el Estado no acata la resolución del Comité.

Así como la obligación de realizar los abortos no punibles que soliciten las mujeres víctimas de violación o cuya salud esté en riesgo es raramente respetada por parte del personal de la salud, sí rige un fallo plenario desde 1966, el caso “Natividad Frías s/aborto”³⁵, que determina

³⁴ CCPR/C/101/D/1608/2007, Comunicación Nº 1608/2007, 28 de abril de 2011. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/A.66.40_vol.II_partI.pdf

³⁵ CÁMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Plenario “Natividad Frías”, 26 de agosto de 1966. Disponible en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=31&plconta mpl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&cnl3=50>

no se deben iniciar procesos en base a la autoincriminación que realizaba una mujer al acudir a un hospital público cuando su salud estaba en riesgo a causa de un aborto propio. De lo contrario, estaría violándose la garantía constitucional que señala que nadie debe ser obligada a declarar contra sí misma.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se pronunció por primera vez respecto de los alcances del artículo 86 en el caso “FAL s/medida autosatisfactiva”³⁶, de marzo de 2012. La CSJN analizó los motivos por los cuales los derechos establecidos en diversos pactos de Derechos Humanos no se ven vulnerados por la existencia del derecho al aborto no punible. Por el contrario, el tribunal afirmó que los pactos de Derechos Humanos, así como la Constitución Nacional protegen a las mujeres víctimas de violencia sexual, estando el Estado obligado a garantizar el acceso a los abortos permitidos por ley.

La Corte sostuvo

“este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional.”

Por otro lado, se refirió a la ausencia de reglas específicas para acceder al aborto en los supuestos previstos y sostiene que es necesario solamente

“que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.”

Por todo ello concluye que se debe

“exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual”.

A nivel nacional, si bien el Ministerio de Salud de la Nación tiene un protocolo de atención del aborto no punible³⁷ previo al fallo “FAL”, éste no tiene el rango de resolución ministerial ni es de cumplimiento obligatorio para las provincias, por la organización federal argentina. A raíz de la exhortación a las autoridades que hiciera la Corte Suprema, el Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires emitió un protocolo de atención del aborto no punible sumamente

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2229&plcont ampl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=31>

³⁷ <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-web.pdf>

restrictivo³⁸, que **añadía requisitos no previstos por el Código Penal**. Esto es a todas luces un acto jurídico inconstitucional. Un protocolo, que en teoría tiene por finalidad dar certezas a la actuación médica frente a una práctica legal, no debería constituirse en un obstáculo mayor aun para las mujeres en condiciones de acceder a un aborto no punible. Sin embargo, así ha resultado, dado que el espíritu de la Resolución fue, desde un inicio, dificultar el ejercicio de este derecho.

A fin de ilustrar los obstáculos reseñados, se han elegido dos casos ocurridos recientemente que revelan la situación de vulneración de derechos en que se encuentran las mujeres en Argentina.

El primero tuvo lugar al momento de **ejercer el derecho al aborto no punible**, en tanto el segundo caso descrito es indicativo acerca de cómo padecen la **violencia institucional** las mujeres que deben concurrir a un hospital y enfrentarse con la sospechas del personal sanitario respecto de la posible realización de un aborto (independientemente de cuál sea la real situación de la mujer, como se verá a continuación).

A. Caso “Asociación civil para la promoción y defensa de la familia s/Acción declarativa” (Caso “Profamilia”):

▪ **Obstáculos para el acceso al aborto no punible: la violencia institucional**

El caso “Profamilia” ilustra las dificultades que potencialmente enfrentan las mujeres de la Ciudad de Buenos Aires al momento de ejercer su derecho al aborto no punible, así como la necesidad de recurrir a la justicia para lograrlo, cuando el Código Penal y la sentencia de la Corte en el caso “FAL” no lo requieren. La celeridad de la gestación es incompatible con los tiempos judiciales, y esta característica es utilizada por asociaciones contrarias a los derechos de las mujeres y al respeto por el carácter laico del Estado argentino, que tienden a judicializar los casos e intimidar al personal sanitario, con anuencia incluso de funcionarios públicos de alta jerarquía. El presente caso constituye un ejemplo contundente del panorama descrito.

El actual Jefe de Gobierno, Mauricio Macri, en una cena pública organizada el jueves 4 de octubre de 2012 y en presencia de periodistas, hizo trascender la “noticia” de que iba a realizarse el primer aborto no punible bajo la vigencia del restrictivo Protocolo del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires el día martes 9 de octubre en el Hospital Ramos Mejía (hospital público dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires) para demostrar que la legislación sancionada por el Poder Ejecutivo local era suficiente para permitir la efectiva realización de la práctica médica. La mujer que solicitaba la práctica había sido víctima del delito de trata de personas para fines de explotación sexual y a consecuencia de ello había quedado embarazada.

La difusión de estos datos, que implicaron de por sí una violación del secreto profesional referido a una paciente de la institución, llevaron a que la Asociación Civil para la Promoción y la Defensa de la Familia se presentara ante los tribunales de la Ciudad y, en el marco de un expediente en el que se requiere la inconstitucionalidad del Protocolo de la Ciudad de Buenos Aires, solicitara como medida cautelar que se ordene al Gobierno de la Ciudad abstenerse de realizar cualquier medida o acción tendiente a interrumpir la gestación.

³⁸ Resolución del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires N° 1252/2012

El día viernes 5 de octubre de 2012, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rechazó la medida cautelar solicitada. Contra esta resolución la actora interpuso recurso de apelación, en una decisión que fue confirmada de forma unánime por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I el día 10 de octubre. Sin embargo, habiendo sido rechazada la solicitud de una medida cautelar en primera instancia, la parte actora presentó igual requerimiento ante la justicia nacional civil con competencia en familia. El requerimiento compartía similar objeto, alegaba similares hechos controvertidos y abarcaba similares litigantes aquellos comprendidos en el expediente en curso ante la justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

La presentación fue resuelta el mismo día 9 de octubre por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 106, que intervino sin que haya existido presentación de rigor por mesa de entradas y, por lo tanto, sin el sorteo pertinente (ni causa previa pendiente que ameritara un plateau de conexidad). Este Juzgado, a diferencia de lo ocurrido en el ámbito de la justicia local, consideró viable el pedido y decretó, como medida cautelar, “la suspensión del aborto programado para el día de hoy en el Hospital Ramos Mejía o cualquier otro hospital de esta ciudad”. La resolución judicial significó que la mujer involucrada debió ver retrasado el aborto no punible programado, y tuvo como consecuencia directa la obstaculización ilegítima del acceso al derecho al aborto no punible.

La intervención de dos jueces diferentes, con resoluciones opuestas sobre el mismo hecho (uno competente y otro sin previo sorteo ni formalidad alguna), motivó un planteo a la CSJN para que déjese sin efecto en forma urgente la medida cautelar dictada por el Juzgado Civil N° 106 y ordenase realizar el aborto. La Corte resolvió favorablemente a este planteo el día 11 octubre.³⁹ Fundamentó su decisión en lo dicho por ella en el fallo "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva", reiterando que "frente a lo decidido por esta Corte sobre la base de la interpretación de textos constitucionales e infraconstitucionales en la sentencia dictada en la causa F. 259. XLVI "F .A. L. s/ medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012 (voto de la mayoría), la medida que se adoptara es la demostración más concluyente del modo en que ha de realizarse por los poderes judiciales de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la exhortación dada por el Tribunal para que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos no punibles."

El caso se resolvió en forma favorable a los intereses de la mujer, a quien pudo realizársele la intervención. Pero para ello antes debió enfrentar una serie de obstáculos por parte del personal sanitario y judicial que constituyeron motivos de sufrimiento adicional a la violencia ya vivida.

En un caso anterior, el Comité de Derechos Humanos de la ONU estableció que la conducta dilatoria del Estado y la divulgación de datos personales tendientes a obstaculizar el acceso al aborto legal es equiparable a la tortura y constituye una injerencia arbitraria en la vida privada (caso "L.M.R. vs Argentina"). Pese a estos antecedentes, el Estado se revela nuevamente ineficaz a la hora de garantizar los derechos de las mujeres.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Pro Familia Asociación Civil el GBCA y otros s/ impugnación de actos administrativos", 11 de octubre de 2012. Disponible en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2553&plcont ampl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=4>

B. Caso “María Magdalena”:

▪ La amenaza de la denuncia penal por parte de profesionales de la salud

El caso “María Magdalena” es un ejemplo de las múltiples vulneraciones de derecho a las que se ven sometidas las mujeres que concurren a atenderse a un hospital público y sobre las cuales **pende la amenaza de la denuncia penal**.

Si bien en Argentina el fallo “Natividad Frías” fue contundente respecto de la imposibilidad de iniciar un proceso penal basándose únicamente en el relato de la mujer que abortó frente al médico/a, ya que entre la vida de la mujer en riesgo y el secreto profesional debe ponderarse a favor del primero, esto no ha disuadido a los profesionales a someter a las pacientes a todo tipo de vejaciones y malos tratos.

Lo paradójico del caso aquí descrito es que la mujer no concurreó para atenderse por un aborto provocado, sino que la sola condición de mujer joven y de bajo nivel socioeconómico bastó para que la asociación inmediata realizada por el personal de salud fuese que se había realizado un aborto, incluso en contra de su relato respecto de que la interrupción del embarazo había sido espontánea, y que por ello haya sido víctima de tratos crueles. Por supuesto que en nada cambia si se hubiese realizado un aborto: el personal sanitario no debe constituirse en juez; además, tiene la obligación de no denunciar a las mujeres por complicaciones post aborto si únicamente cuenta con el relato de la paciente; y finalmente (y más importante) la obligación de no torturar es absoluta.

Los hechos tuvieron lugar en la Provincia de Tucumán, que es una provincia que no ha adherido a la Ley Nacional de salud sexual y procreación responsable (Ley Nº 26.573), no ha implementado la educación sexual integral en las escuelas y colegios de la provincia y tampoco dictó un Protocolo de Aborto No Punible ni se adhirió al Protocolo de Atención del Aborto no Punible del Ministerio de Salud de la Nación. Simultáneamente, la situación de los derechos sexuales y reproductivos se ve agravada con la presentación de proyectos legislativos que se oponen abiertamente a la implementación del aborto no punible, o bien agregan más requisitos que los determinados por la ley.

María Magdalena es el nombre ficticio que eligió la abogada Soledad Deza, representante legal de la joven de 26 años, madre de tres niños y protagonista del caso, para proteger su intimidad. María Magdalena concurreó el 12 de enero del 2012 a la guardia de la Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes que depende del Gobierno de Tucumán. Acudió allí junto con su pareja y su madre, con un cuadro de fuertes dolores abdominales. Estaba bajo tratamiento de una patología biliar y utilizaba un método anticonceptivo inyectable. Por ambas razones se atendía en un Centro de Asistencia Primaria de Salud cercano a su vivienda, donde en el mes de diciembre de 2011 le realizaron una ecografía. En ese momento no le informaron que estuviese embarazada.

Una vez atendida, la jefa de guardia de ginecología junto con una médica ginecóloga de servicio la sometieron a una serie de preguntas con tono intimidatorio, tras el cual acudieron al personal policial apostado en el hospital para denunciar a la mujer ante la sospecha de que se habría provocado un aborto. María Magdalena en todo momento sostuvo que no se había realizado un aborto, que ni siquiera sabía que estaba embarazada, pese a lo cual la sometieron a un legrado sin anestesia, continuaron agrediéndola verbalmente y continuación hicieron ingresar a su pareja para mostrarle el feto del que se acusaba haber abortado. Durante la

madrugada quedó internada en la sala de partos, junto con parturientas y sus familiares, junto a dos policías encargados de tomarle declaración. La mujer relató que las médicas “llegaron a decirme en presencia de mi pareja que por lo que había hecho ‘él ni siquiera flores me iba a llevar a la tumba si yo me moría de una infección’”.

El hecho cobró trascendencia gracias a que al día siguiente de la internación, ingresó a la sala una psicóloga del hospital que, al constatar la presencia de dos policías uniformados y uno de seguridad privada junto al lecho de convalecencia, ordenó se retiraran de inmediato. La profesional, junto con otras dos que vieron la escena, dejaron constancia de la violación del secreto profesional, de la intimidad y de la violencia obstétrica de la que fueron testigos y presentaron una nota a la subdirectora de la Maternidad y al jefe de Partos dando cuenta de la violación de los derechos de la paciente. Luego de una investigación interna las autoridades hospitalarias resolvieron archivar el caso.

La denuncia efectuada por las médicas por el delito de aborto quedó radicada en la Fiscalía de Instrucción en lo Penal de la VII Nominación de Tucumán. El mismo fiscal entiende en la causa que se abrió contra las médicas por violar el secreto médico y perpetrar violencia obstétrica, psicológica e institucional. El fiscal actuante resolvió el archivo de las actuaciones contra las médicas, no obstante, prosiguió la investigación contra María Magdalena, en clara violación del fallo plenario “Natividad Frías” y resolvió que existe obligación para el equipo de salud de denunciar a las pacientes involucradas en “maniobras abortivas”.

A la lista de vulneraciones de derechos sufridos por la mujer, que sólo ilustra una cantidad de casos silenciados por el temor (vulneraciones que, lejos de encontrar un límite en la intervención del Poder Judicial, se incrementaron con la persecución penal en su contra); el fiscal determinó que la relación médico-paciente que se establece en el ámbito de salud pública "no es formal", con lo cual veladamente estaría creando un doble estándar de salud (mucho más débil para el sector público de la atención sanitaria) sujeto a las posibilidades económicas de las mujeres.

El caso, lejos de resultar un escándalo de proporciones, fue apenas cubierto por un diario local y uno de circulación nacional. La escasa cobertura revela también cuán relegado de la agenda pública se encuentran los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Esto es una demostración más de la **ineficiencia del modelo de prohibición del aborto con excepciones por indicaciones**, ya que frente a la duda que experimenta el persona de la salud respecto a los límites de su actuación, dificulta directamente toda causal, no garantizando a las mujeres en condiciones de acceder a un aborto no punible y haciendo pasibles de maltrato a las mujeres de las que sospechan que hayan abortado.

El Poder Ejecutivo, a cargo del Ministerio de Salud de la Nación, no ha hecho nada por garantizar el cumplimiento de los abortos no punibles ni por arbitrar un sistema de sanciones a los profesionales de la salud que hostiguen a las mujeres. El Poder Judicial ha tenido actuaciones de diverso tenor, tanto favorables como restrictivas, en torno al derecho de las mujeres a acceder a un aborto y a no ser pasibles de maltrato.

Por último, el Poder Legislativo mantiene vigente un artículo del Código Penal desde 1921. El Estado argentino perpetúa así, desde los tres poderes que lo componen, una situación de vulneración permanente de derechos de las mujeres. Y si bien la ilegalidad del aborto no disuade a ninguna mujer, cualquiera sea su condición económica, de interrumpir un embarazo

por diversos motivos, las consecuencias del aborto clandestino recaen desproporcionadamente sobre el cuerpo de las mujeres más pobres, que son las que se ven obligadas a acudir a los métodos más precarios de interrupción y que dependen de la atención arbitraria del profesional del hospital al que concurren en la urgencia.

* * *

Esperamos que los casos que llevamos a conocimiento de la Comisión permitan ilustrar la situación social y jurídica de las mujeres en Argentina. Sería deseable que la Comisión se pronuncie a favor del respeto a los derechos de las mujeres, en línea con lo manifestado por los Comités del sistema de Naciones Unidas al evaluar el cumplimiento de Argentina en relación a los diversos pactos de Derechos Humanos por los que vela.