

Salvaguarda federal para efectivizar derechos humanos

¿Qué pasa si alguna provincia no cumple con la Ley 27.610?

Alejandro Javier Osio¹

SUMARIO: I.- Cuestiones preliminares; II.- Desarrollo; III.- Bibliografía

RESUMEN: El objetivo de este aporte no es profundizar sobre la regulación normativa y aspectos particulares de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), la Interrupción Legal del Embarazo (ILE) ni sobre los casos de aborto no punibles (ANP), sino verificar cómo debe efectivizarse el cumplimiento por parte del Estado Argentino, con los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este ámbito, y especialmente teniendo en cuenta la última reforma normativa llevada a cabo por las leyes 27.610 y 27.611 en función de la estructura federal de nuestro país y la posible aplicación, reticencia o inobservancia con esas normas por parte del propio Estado o algunas de sus partes. Es decir, cómo y mediante cuáles vías asegurar la efectividad de esos derechos en caso de que algún componente del Estado, sea de nivel nacional, provincial o local, incumpla con las leyes referidas, momento en el cual debe asegurarse lo que aquí denominamos Salvaguarda Federal, como medida de acción temporal que, si bien en este aporte referenciamos a la IVE,

¹ Magister en Ciencias Penales y Especialista en Derechos Humanos UNLPam. Docente de grado y posgrado en Derecho Penal y Derecho de la Responsabilidad Penal de Adolescentes en UNLPam y UNPaz. Investigador. Director General de Promoción de Derechos Humanos de La Pampa.

ILE y ANP, es de aplicación a toda situación en que estén en juego derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Interrupción del embarazo - derechos humanos – IVE

I.- Cuestiones Preliminares

Empiezo diciendo que el Estado Argentino debe cumplir con las obligaciones contraídas en materia de garantía, acceso y efectividad de derechos humanos por haber firmado los tratados internacionales que así lo imponen. Más allá de lo que cada persona opine en relación a los ejes que abordaremos, lo cierto es que nuestro país debe cumplir con lo que los instrumentos internacionales imponen en sus normas y lo que disponen en sus documentos los organismos internacionales autorizados para interpretarlas y determinar su alcance, pues así funcionan los sistemas de protección internacional de derechos humanos, y así lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el fallo “Giroldi” de 1995 al darle sentido a la frase “en las condiciones de su vigencia” del art. 75.22 de la Constitución Nacional.

Si bien todas las opiniones son respetables y valorables, lo cierto es que no todas las posturas son compatibles con los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), pues el Estado debe cumplir con ciertas obligaciones que por ser impuestas en ese máximo nivel jerárquico normativo indican el camino a seguir.

Su observancia, reiteramos, no es una opción para el Estado Argentino, como así tampoco para toda/o agente de la administración pública en todos sus niveles, ya sea nacional, provincial o local y en todas las jerarquías, incluidos quienes forman parte del Estado de manera permanente, transitoria o esporádica, por lo cual, si hay normas vigentes que han sido sancionadas en cumplimiento con la obligación internacional de adecuación convencional-constitucional de la legislación interna, deben ser cumplidas obligatoriamente, y toda norma que se contraponga a ellas, debe ser derogada y/o modificada en lo que fuera pertinente. De lo contrario, pondrán o mantendrán -según sea el caso- en situación de responsabilidad internacional al país al omitir los mandatos de instrumentos y organismos internacionales, más allá de lo que cada persona opine a su respecto.

Sólo para graficar, traigo a colación algunas consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la obligación de que todas/os las/os agentes del Estado realicen control de convencionalidad de oficio, esto es, verificar la compatibilidad entre las normas y prácticas internas con los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

Corte IDH “Radilla Pacheco vs México” (2009):

“338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.”

Corte IDH “Cabrera García y Montiel Flores vs México” (2010):

“225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Incluso, pudiendo incurrir en responsabilidad internacional por actos de particulares, si omite la debida diligencia en prevenir, como lo ha sentado la propia Corte IDH desde el caso “Velázquez Rodríguez vs Honduras” (1988):

“172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”

Sentado ello, debo advertir, que el objetivo de este aporte no es profundizar sobre la regulación normativa y aspectos particulares de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), la Interrupción Legal del Embarazo (ILE) ni sobre los casos de aborto no punibles (ANP), sino verificar cómo debe efectivizarse el cumplimiento por parte del Estado Argentino, con los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este ámbito, y especialmente teniendo en cuenta la última reforma normativa llevada a cabo por las leyes 27.610 y 27.611 en función de la estructura federal de nuestro país y la posible aplicación, reticencia o inobservancia con esas normas por parte del propio Estado o algunas de sus partes.

Partamos de la base de que dichas normas se asientan en el cumplimiento con los mandatos del DIDH, como dice expresamente el art. 1 de la Ley 27.610 que su objeto es *“...regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible.”*, y en sentido similar se expresa el artículo 1 de la Ley 27.611. Ahora bien ¿Qué implica que el Estado argentino regule derechos humanos en cumplimiento con los compromisos asumidos? Veamos.

En primer lugar, implica que el Estado argentino cumple con los mandatos, generalmente dispuestos en los primeros artículos de todos los tratados internacionales de derechos humanos, en torno a disponer medidas que impliquen la adecuación normativa, el diseño de políticas públicas que garanticen la efectividad de los derechos, incluyendo la remoción de barreras u obstáculos, bregando por la igualdad de oportunidades en el acceso y la no discriminación en cada ámbito, a fin de asegurar la materialización sustantiva de los derechos humanos, lo que implica asimismo garantizar su no violación, y para el caso de que ocurra, disponer la

investigación integral, la sanción adecuada, la reparación integral a las víctimas y el diseño de políticas públicas tendientes a garantizar su no repetición.

Sentado ello, trataremos de dar respuesta a la situación en que los Estados Provinciales incumplen con la efectividad de los derechos humanos implicados en casos de IVE, ILE y ANP, que recordemos, de manera interdependiente vincula a los siguientes: derecho a la Vida, a elegir un proyecto de vida de manera autónoma, a decidir sobre el propio cuerpo, al reconocimiento de la dignidad humana, al disfrute del nivel más alto posible de salud, a la salud sexual y reproductiva, a la libertad y seguridad personal, a la privacidad e Intimidad, a la igualdad y a la no discriminación, a la información en el campo de la salud, a la libertad de religión y de creencias, a no sufrir tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, a no ser objeto de violencia, especialmente institucional, y a disfrutar de los beneficios de los avances científicos; tanto antes como durante y después de las prestaciones que fueran necesarias.

Para abordar ello tendremos especialmente en cuenta, la organización federal del Estado Argentino y que existen provincias que en sus constituciones cuentan con normas que, en principio, entrarían en tensión con los mandatos del DIDH y lo que disponen en consecuencia las leyes 27.610 y 27.611, pero también provincias que han dispuesto medidas de declaración como “Pro Vida”, mediante resoluciones, decretos, leyes, etcétera, en virtud de las cuales no aseguran acceso a IVE, ILE y/o ANP, o disponen barreras formales y/o materiales que dilatan o directamente obstaculizan el acceso.

Aunque, lo que nombraremos como salvaguarda federal para asegurar efectividad, en términos de garantía y acceso a los derechos humanos, permite resolver situaciones de negación en asegurarlos, también permitiría resolver situaciones en las que, aun cuando se tenga la voluntad de cumplir, no se cuente con los recursos necesarios, personal con idoneidad o capacitación suficiente, mecanismos eficientes, o se presente cualquier otro valladar que obstaculice materialmente el acceso a los derechos y su efectividad que, digamos desde ahora, debe garantizarse empíricamente y no sólo en lo formal, pues bien pueden sancionarse normas o publicarse disposiciones que luego, en la realidad, no se materializan por las razones que fueran.

Ante situaciones de ese tenor ¿Qué podría hacer la Nación? ¿Qué podrían hacer las otras Provincias? ¿Debería tanto la Nación como las otras Provincias soportar sin más que el Estado quede en situación de responsabilidad internacional debido al incumplimiento -voluntario o involuntario- con los mandatos en materia de

derechos humanos o tienen alguna otra opción? ¿Qué podrían hacer las provincias si el que incumple es el Estado Nacional, quedarse impávidas? Pues no, veamos.

II.- Desarrollo

Entiendo que las respuestas a esos interrogantes están dadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que impone asegurar la efectividad de tales derechos como obligación principal de cada Estado parte de los tratados.

Para Argentina, esta conclusión se genera desde el consenso histórico y constitucionalmente asentado en la letra expresa del artículo 75. inc12 de la Constitución Nacional², en lo referente a que las provincias delegaron expresamente el dictado de la legislación de fondo a la nación pero no el dictado de la procesal, por ende, cuando el Estado central decide regular la IVE, la ILE y el ANP ello es materia autónoma del Estado central, pero el procedimiento para llevar a cabo el acceso a esos derechos es de las provincias, que deben diseñar mecanismos específicos para asegurar la materialización de lo dispuesto por la normativa de fondo que impone la garantía de derechos y su no vulneración, recuérdese que en el fallo “F.,A.L.” la CSJN ha dicho que no garantizar estos derechos y/o establecer barreras para su acceso, además de incumplimiento con los mandatos del DIDH, implica violencia institucional contra las mujeres, yo diría, contra las personas gestantes.

En particular, sobre lo que interesa a este aporte, lo que venimos diciendo en torno a las obligaciones del Estado puede verificarse en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 2 y 3 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y en relación a niñas, niños y adolescentes los artículos 2 a 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, todos instrumentos con anclaje constitucional en el art. 75. Inc. 22 de la Constitución Nacional, a los que deben agregarse los artículos 7 a 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para), sobre lo cual, la primera regla es el cumplimiento de buena fe (*pacta sunt servanda*), sin que sea necesario que nada ni nadie obligue coactivamente a hacerlo.

² Originario 64 inciso 11.

Pero veamos un tanto más allá y vayamos un poquito más al fondo, puesto que puede suceder (y de hecho sucede) que algunas provincias o, mejor dicho, gobernantes de algunas provincias, que no estén de acuerdo (o estén en contra) con los mandatos del DIDH en materia de derechos sexuales y reproductivos en relación a la IVE, ILE y ANP, y por ello no los cumplan, y puede ocurrir también en un futuro que haya autoridades nacionales que opten por este camino del incumplimiento con el DIDH y con la normativa interna que los recoja, en esta o en otra materias.

Como se trata de cuestiones de derechos humanos y su incumplimiento implica una afectación al nivel de protección estatal y garantía de efectividad, incluso yendo en contra de los compromisos internacionales asumidos, las demás provincias deberían poder hacer algo para revertirlo y el Estado Nacional podría también. Por mi parte, entiendo que ello surge de las normas de superior jerarquía, y ya no sólo para evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino, sino para asegurar la materialización de los derechos implicados, pues más allá de lo jurídico, en materia de acceso a IVE, ILE y ANP, hay personas de carne y hueso sentipensantes y sufrientes que ponen sus cuerpos y sus vidas en el asunto, y que como titulares de los derechos humanos implicados requieren de su efectividad.

Sentado ello, debo decir también que la elevación de los estándares de cumplimiento en materia de DIDH por parte de las provincias y/o la Nación en relación a lo legislado, es instado en pos del principio de progresividad, pero no así está permitido su incumplimiento, su bloqueo, impedimento, retaceo o regulación más restrictiva, pues cualquiera de esas opciones implicaría vulnerar el principio de no regresividad, para lo cual las divisiones internas de los Estados parte de tratados y convenciones, ya sea en provincias, estados confederados u otros sistemas de organización, no pueden perjudicar el apego a las normas del DIDH ni pueden ser esgrimidas para exceptuar la responsabilidad que ello implique al Estado central. Puesto que, a nivel internacional el obligado es el Estado Parte como un todo, en nuestro caso el Estado Argentino como unidad.

Quiero decir con esto que la organización federal de un Estado no puede conspirar contra el aseguramiento de los derechos humanos sino contribuir a su fortalecimiento. Por ende, la normativa debe ser interpretada de modo tal que permita un mayor y mejor cumplimiento, y eso puede ser realidad sólo si se entiende en el sentido de que las provincias están habilitadas por su autonomía y pre existencia a elevar los niveles de aseguramiento de cualquier derecho humano y se encuentran limitadas solo en tanto el Estado central fija el piso de cobertura, garantía y acceso,

lo cual, por otra parte es doctrina y jurisprudencia consolidada en el derecho constitucional respecto de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional. Ergo, no debería ser de otro modo respecto de los derechos humanos convencionalizados, entre ellos, los sexuales y reproductivos. Es más, la función del Estado en su base existencial es la garantía de derechos, por lo que se pervierte su razón de ser en caso de vulneraciones.

Ahora bien, el federalismo argentino en términos de legislación sustantiva y formal funciona de manera más o menos limitada por la propia Constitución Nacional respecto de las facultades delegadas y no delegadas expresamente por las provincias que la conformaron, aunque ello no es tan pacífico como la afirmación parece indicarlo, puesto que en este aspecto se dice que la Constitución Argentina se separó de la de USA imponiéndose el federalismo atenuado propuesto por Alberdi, quedando finalmente un híbrido en el cual hay superposición de legislaciones, zonas grises no delimitables con facilidad, materias que son consideradas concurrentes e incluso hasta materias que no han sido referidas en la taxatividad del originario artículo 64.11 de la CN –actual 75.12- y que han sido reguladas por las provincias y por la nación, y hasta legislaciones de forma y fondo tanto en normas nacionales como en provinciales, todo lo cual en caso de conflicto hasta ha dado lugar al llamado por Pedro J. Frías “federalismo de concertación” que obliga a las provincias y al Estado central a realizar acuerdos para legislar, y así otras cuestiones cuyo tratamiento ahora ampliarían en demasía los presupuestos de este aporte, por lo cual no nos detendremos en su análisis³.

Sólo nos quedaremos aquí con la afirmación consistente en que la legislación de fondo en lo relacionado a IVE, ILE y ANP, se ubicaba dentro de los códigos de fondo, se trata de una facultad del gobierno central (Art. 75.12CN), pero que, por implicar una cuestión de derechos humanos con anclaje en el máximo nivel normativo desde 1994 (Art. 75.22), incluso de mandato y regulación específicos de

³ Remitimos para ello a la bibliografía específica. Segovia, Juan Fernando “Las facultades legislativas respecto de códigos, leyes generales y especiales” en “Atribuciones del Congreso argentino” de Dardo Pérez Gilhou y otros. Depalma. Bs.As. 1986, pág. 179 y ss.; Ekmedjian, Miguel Ángel “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo IV. Bs.As. 1997, pág. 488/507; Badeni, Gregorio “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo II. Bs.As. 2010, pág. 792/799, y Tomo III. Bs.As. 2010, pág. 408/415. Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”. Tomo II. Bs.As. 2009, pág. 174/183; y Ayrolo, Valentina “El federalismo argentino interrogado (primera mitad del siglo XIX). Locus. Revista de historia, Juiz de Fora. V. 36, n 01, pág. 061/084, 2013. Disponible en: <https://locus.ufjf.emnuvens.com.br/locus/article/view/2787/2021>

instrumentos del DIDH⁴, lo legislado por la Nación no puede considerarse como una facultad propia, exclusiva y excluyente, sino como una facultad compartida y concurrente con las provincias, en el sentido de que para una mejor satisfacción del acceso a un derecho y cobertura ante su posible afectación o no aseguramiento, la intervención del gobierno central integre al de las provincias, pudiendo éstas dictar una legislación más amplia y/o disponer medidas de cualquier índole que mejoren las políticas públicas a fin de asegurar la mayor cobertura y acceso a los derechos en pos de la progresividad de su satisfacción, dentro de sus competencias⁵, puesto que la necesaria corresponsabilidad interna es la única manera de garantizar la efectividad en un Estado federal como el nuestro.

Sobre esta base, es necesario tener en cuenta que las normas nacionales fijan el piso en materia de derechos humanos, pero no el techo, por lo cual las provincias pueden dotar de mayor cobertura a los derechos de que se trate y ello configurará un mayor y mejor cumplimiento interno con las normas del derecho internacional

⁴ Caso “Baby Boy vs EUA” CIDH; Casos “Artavia Murillo vs Costa Rica”, “B. vs El Salvador”, “Masacre de Mapiripán vs Colombia” y otros; CEDAW sobre Angola_ 32. g, sobre Belice_p.56, sobre Rep.Dom._p.337; Comité de Dhs_Filipinas_parr.13; Comité de Dhs_Guatemala_parr.20; Comité de Dhs_Panamá_parr.9; Comité de Dhs_RepDom_par.15; Comité de Dhs_SriLanka_parr.283; Comité Der.delNiño _Chile_parr.56; Dictamen LMR-CIDH_par.9.2; ECOSOC_Chile_parr.52; ECOSOC_CostaRica_parr.46; ECOSOC_Nepal_parr.55; Ecuador2012 _ECOSOC; TEDH fallo “PS v Poland”; informe ONUrelatortortura_mendez_2013; Comisión IDH “L.C. Vs Perú” (Dictamen); Comité DHs Obs. Gral. 28_parr.11; Protocolo de Maputo (Carta Africana de Dhs); Obs.Gral. 36 comité DHs, párr. 9; Ob.Gral. 22 Comité DESC, p.6-9-12/14-15/19-20-28-30-34- 40-38-41-45/46-48-54-55-56/57-59; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina del 22/03/2010, del 21/06/2010 y del 01/06/2018; Ob. Gales. 4, 7, 13, 14, 15 y 20 del Comité de los Derechos del Niño; Comité DHs “K.L. vs Perú” y “VDA vs Argentina”; OMS “Documento Oficial 240/1991.” Salud; Comité DHs Informe Periódico sobre Argentina 2000; Conferencia de El Cairo 1994 CEDAW y Res.Gral.21 -1992-; Conferencia Mundial de DHs Viena 1993; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing 1995; Comité CEDAW Recom.Gral.24; Comité contra la Tortura Obs.Finales sobre Perú 2006; Comité DESC sobre Reino Unido e Irlanda 2009; Oficina del Alto Comisionado ONU prácticas para eliminar mortalidad y morbilidad materna evitables 2011; Obs.Finales del Comité CIDN sobre Argentina 01/06/2018, pár. 32,b.

⁵ Para ampliar ver el aporte de Barrera Buteler, Guillermo “Los poderes no delegados” en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.) “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”. Hammurabi. Bs.As. 2010, pág. 789/813 (específicamente pág. 803), y en la misma obra, también del mismo autor “Los poderes expresamente prohibidos a las provincias”, pág. 924/929.

que apuntan a asegurar la base sustantiva, empírica, de efectividad y no sólo lo formal.

En la lógica del cumplimiento de los derechos humanos hacia adentro por parte de los Estados signatarios de compromisos internacionales que asumen como obligatorios, los organismos internacionales de protección de derechos humanos bregan por su aseguramiento en toda la organización interna de los Estados obligados, incluso así lo manda normativamente el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como cláusula federal que, incluso, impone a los Estados federales que sus organismos internos también dispongan las medidas pertinentes para asegurar los derechos humanos, puesto que es el Estado en su totalidad el obligado con el compromiso internacional, por lo cual, en caso de que se encuentre organizado de manera interna con ciertas autonomías, esas partes de un Estado están también obligadas por el DIDH, por conformar el Estado que signó el tratado o la convención.

A dicha cláusula del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se le suman las de similar factura del Sistema Universal, contenidas en los artículos 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 28 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que imponen que las disposiciones de esos pactos son aplicables a todas las partes componentes de los Estados parte, sin limitación ni excepción alguna. De fundamental importancia este último, que impone además en su artículo 2.1 medidas de toda índole tendientes a la progresividad para la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, entre los cuales se encuentran los derechos sexuales y reproductivos, con el alcance que en materia de IVE, ILE y ANP les ha dado el Comité creado por dicho pacto en su Observación General n° 22⁶, en la cual, por sólo graficar con algunos aspectos centrales, impone que una atención integral de la salud sexual y reproductiva que abarca los cuatro elementos interrelacionados y esenciales siguientes: 1) la disponibilidad de suficientes y adecuados establecimientos, servicios y bienes de salud, con profesionales y efectores capacitadas/os y medicación e insumos suficientes; 2) la accesibilidad, incluyendo la distancia física y geográfica que permita el acceso, como así también la asequibilidad en términos de igualdad, incluida la ausencia de barreras económicas o de otra índole que impida el acceso, y la información suficiente, adecuada, pertinente y oportuna que garantice la libre

⁶ Observación General núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, particularmente, los puntos 6-9-12/14-15/19-20-28-30-34-40-38-41-45/46-48-54- 55-56/57 y 59.

decisión; 3) la aceptabilidad, en término de respeto por las diversidades, ya sea por cuestiones culturales, de género, edad, orientación sexual, u otra característica; y 4) contar con una base empírica que asegure la calidad de los servicios⁷.

Y por último, es necesario recordar algunas cuestiones centrales de interpretación de la normativa internacional en el reconocido fallo “F.,A.L.” de la CSJN, en torno a que la judicialización es innecesaria, ilegal, cuestionable y contraproducente en este campo del derecho, y que el Estado argentino, además de las obligaciones de prestación positiva, cuenta con obligaciones de no obstaculizar ni dilatar el acceso a los derechos sexuales y reproductivos con diferentes medidas, y si lo hace incurre en violencia institucional en los términos del Art. 7 de la Convención de Belém do Pará, por lo que debe garantizarlos de manera rápida, accesible y segura, ya que se está ante cuestiones de salud pública sin injerencia judicial, para lo cual es necesario protocolizar los servicios de atención médica y disponer los mecanismos necesarios para que no existan barreras u obstáculos que impliquen dilaciones o que hagan imposible el acceso, con especial regulación de la objeción de conciencia de modo que no se convierta en barrera. Como se sabe, en Argentina, muchos de estos mandatos fueron plasmados en la legislación posterior a ese fallo (ver Leyes 27.610 y 27.611) y la protocolización y regulación particular de los mecanismos necesarios para evitar barreras formales o materiales, son materias propias de las autonomías provinciales, por lo cual la corresponsabilidad solidaria de la que hablamos cobra una dimensión de importancia central en pos de la efectividad.

Entonces, las provincias pueden legislar y diseñar recursos e implementar medidas que sean superadoras de la legislación y prácticas del Estado Nacional, pues ello implicará un mayor aseguramiento en la efectividad de derechos humanos hacia adentro del Estado Argentino comprometido internacionalmente, tanto en sus obligaciones negativas como en las positivas⁸, pero de ningún modo pueden disponer medidas que no aseguren el piso o directamente impidan o dificulten el acceso. Pero cuidado, porque afirmar que no “debería” incurrirse en incumplimientos provinciales o del propio Estado central con el piso obligatorio, no

⁷ Instrumento citado en la nota anterior, puntos 12 a 21.

⁸ Ver Abramovich, Víctor “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina”, disponible en: http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque_de_dchos_en_estrategias_y_politicas_desarrollo_Am_Lat.pdf; y con Christian Curtis “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, disponible en http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/429/Art_CourtisC_ApuntesExigibilidadJudicial_2001.pdf?sequence=1, entre otros de su autoría.

quiere decir que eso no pueda suceder en la realidad, ya sea voluntariamente (porque así se decide por las razones que fuera) o involuntariamente (por falta de recursos u otros impedimentos materiales).

Ahora bien, en caso de incumplimientos por obra de alguno de los componentes del Estado Argentino, sea la propia Nación, o las Provincias, Municipalidades o cualesquiera de las organizaciones internas que lo conforman, el que se coloca en situación de responsabilidad internacional por violar derechos humanos es el Estado Argentino como un todo, pues el sujeto obligado internacional es éste y no puede esgrimir que alguno de sus componentes internos ha incumplido para evitar la responsabilidad internacional. Es más, ni siquiera puede esgrimir una norma de derecho interno para no cumplir con las disposiciones de los tratados, puesto que así lo dispone expresamente el art. 27 de la Convención de Viena⁹, y eso incluye a las normas constitucionales y legales de todos los niveles, tanto nacionales como provinciales y locales.

Y por qué aclaro esto último, porque en nuestro país existen 6 provincias que en sus constituciones disponen que la protección de la vida humana se reconoce a partir de la concepción. Se trata de Buenos Aires (Art. 12.1), Tierra del Fuego (Art. 13 y 14.1), Chubut (Art. 17 y 18), San Luis (Art. 13 y 49), Córdoba (Art. 4 y 19) y Tucumán (preámbulo y art 40,1), y varias de ellas han esgrimido esos artículos para argumentar que no deben cumplir con lo legislado a nivel nacional en materia de IVE, ILE y ANP debido a que sus propias constituciones se los impide. Incluso, otras que no cuentan con dicha normativa en sus constituciones, han querido dictar/han dictado leyes-resoluciones-decretos declarándose “provida”, a fin de no cumplir con aquellas disposiciones.

Volviendo a la conclusión de que la legislación sobre IVE, ILE y ANP ha implicado adecuar el derecho interno a los compromisos internacionales adquiridos por Argentina en materia de derechos humanos, lo cierto es que ni la nación ni las provincias pueden esgrimir norma alguna para no cumplir con ello, puesto que no se está ante una dicotomía entre legislación nacional y provincial contradictorias, sino que se está ante mandatos del superior nivel jerárquico normativo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente al cual no puede esgrimirse ninguna norma de derecho interno. En caso de existir, como primera medida, si su letra lo

⁹ Respecto del PIDESC, lo ha sentado con total claridad el Comité DESC en su Observación General n° 9 “La aplicación interna del Pacto” punto 3. Disponible en: [Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales \(unog.ch\)](https://www.unog.ch/observaciones-generales-del-comite-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales)

permite, debe buscarse una interpretación que la haga compatible con el DIDH, y de no ser ello posible, debe ceder y ser declarada anticonvencional e inconstitucional al momento de su aplicación, e inmediatamente ser modificada o derogada por la vía legislativa pertinente, sin importar si se trata de una norma constitucional, legal o local, puesto que en todos esos casos es parte del derecho interno argentino comprendido en el art. 27 de la Convención de Viena citado¹⁰.

Y, reitero, esto es así más allá de lo que cada quien piense al respecto y esté o no de acuerdo, puesto que no forma parte del abanico de decisiones posibles del Estado sobre oportunidad, mérito o conveniencia para la disposición de medidas y políticas públicas que aseguren la efectividad de los derechos humanos, sino que son mandatos del DIDH de cumplimiento obligatorio que no depende siquiera de mayorías, puesto que los derechos humanos no son susceptibles de plebiscitarse, como lo ha sentado la Corte IDH en el caso “Gelman vs Uruguay” (2011¹¹). Es más, la inobservancia con los mandatos del DIDH, ya sea por omisión o por disposición expresa contraria, en el caso de agentes del Estado, implica incurrir -como mínimo- en los delitos de abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público de los artículos 248 y 249 del Código Penal argentino.

En esta línea, veo necesario recordar que, luego de la reforma constitucional de 1994, en Argentina se establecieron nuevos ribetes al federalismo constitucional, pues se integró a las provincias y al estado nacional en un bloque de garantía de derechos con facultades compartidas y obligaciones concurrentes, siendo la efectiva concretización de los derechos humanos uno de los objetivos corresponsables del nuevo federalismo (Art. 75, incisos 18 y 19), como dice Andrés Gil Domínguez, quien a renglón seguido afirma: *“El sistema federal argentino dejó de ser una forma de Estado o una distribución territorial y política del poder para convertirse en una garantía de los derechos. En la medida en que no entendamos esto difícilmente podamos realizar un análisis conceptual realista de la reforma constitucional de 1994 en materia federal.”*¹²

Por ende, las organizaciones internas de los estados signatarios se encuentran, por mandato del derecho internacional de los derechos humanos, en entera libertad para legislar y diseñar recursos, herramientas y medidas que consideren necesarias

¹⁰ A este respecto, véase lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Olmedo Bustos vs Chile” (2001). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf

¹¹ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

¹² Gil Domínguez, Andrés “El federalismo unitario argentino (1994-2014)”. Revista Pensar en Derecho n° 5, pág. 95. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/el-federalismo-unitario-argentino-1994-2014.pdf>

para asegurar el piso nacional o para ampliar la cobertura de derechos humanos en la rama del ordenamiento jurídico que sea, con mayor razón cuando se relaciona con la rama del derecho más violenta del Estado, como es el Sistema Penal (pues recordemos que venimos de una penalización como regla), y que, también por mandato convencional, ha de ser la última opción (principio de última ratio), lo cual claramente se cumple de manera más acorde con la efectividad de derechos humanos si se asegura el piso nacional y se diseñan políticas públicas de ampliación en materia de IVE, ILE y ANP, estableciendo protocolos que regulen y políticas públicas que dinamicen el acceso.

Particularmente, en torno a la materia que nos convoca, el Comité DESC en la Observación General n°3¹³ ha descrito las obligaciones emergentes del PIDESC para los Estados que lo han firmado y, en particular, la obligación de tomar medidas legislativas, judiciales y de toda índole que sean apropiadas para la plena efectividad de los derechos del pacto de manera progresiva, más allá de la organización interna, y así lo sienta:

“8. El Comité observa que el compromiso de "adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas" ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia.

9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]".”

Por su parte, en la O.G. 22 ya citada, impone lo siguiente:

“33. Según lo prescrito por el artículo 2 1) del Pacto, los Estados partes deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la salud sexual y reproductiva. Los Estados partes deben avanzar de la manera más rápida y efectiva posible hacia la plena realización del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud sexual y reproductiva. Eso significa que, si bien la plena efectividad del objetivo puede alcanzarse de manera progresiva, las medidas destinadas a su consecución han de adoptarse de inmediato o dentro de un plazo razonablemente breve. Tales medidas deben ser deliberadas,

¹³ Observación General N° 3 (1990) “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”. Disponible en [Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales \(unog.ch\)](https://www.unhcr.org/refugees/observaciones-generales-del-comite-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-unogch)

concretas y selectivas, lo que incluye la utilización de todos los medios apropiados, como, por ejemplo, la adopción de medidas legislativas y presupuestarias.

34. Los Estados partes tienen la obligación de eliminar la discriminación contra las personas y grupos y de garantizar su igualdad por lo que respecta al derecho a la salud sexual y reproductiva. Ello requiere que los Estados deroguen o reformen las leyes y las políticas que anulen o menoscaben la capacidad de personas y grupos determinados para hacer efectivo su derecho a la salud sexual y reproductiva. Hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo, la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto. Los Estados partes deben velar también porque todas las personas y los grupos tengan acceso en pie de igualdad a toda la información, bienes y servicios de salud sexual y reproductiva, en particular mediante la eliminación de todos los obstáculos a los que determinados grupos puedan verse confrontados.”

Y dispone las obligaciones básicas en el punto 49 de esa misma O.G. 22 del siguiente modo:

“a) Derogar o eliminar las leyes, políticas y prácticas que penalicen, obstaculicen o menoscaben el acceso... b) Aprobar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales, con una asignación presupuestaria suficiente... periódicamente revisados y supervisados mediante un proceso participativo y transparente, y desglosados por motivos prohibidos de discriminación. c) Garantizar el acceso universal y equitativo a servicios, bienes y establecimientos asequibles, aceptables y de calidad... d) Promulgar y aplicar una ley por la que se prohíban las prácticas nocivas y la violencia de género ... sin coacción, discriminación o miedo a la violencia, en relación con las necesidades y los comportamientos sexuales y reproductivos de las personas; e) Adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y prestar asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos a quienes lo necesiten; f) Velar por que todas las personas y grupos tengan acceso a una educación e información integrales... imparciales, que tengan una base empírica y que tengan en cuenta las capacidades evolutivas de los niños y los adolescentes; g) Proporcionar medicamentos, equipo y tecnologías esenciales... h) Asegurar el acceso a recursos y reparaciones efectivos y transparentes, incluidos los administrativos y los judiciales, por las violaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva... i) En caso de violaciones a esos derechos, investigar, sancionar, reparar integralmente, y garantizar su no repetición... j) Diseñar políticas de prevención...”

Aclaro por si acaso no queda claro, que este argumento que aquí se especifica en relación al complejo de derechos humanos atinentes a la salud sexual y reproductiva es de aplicación respecto de todos los institutos del DIDH, ya sea que se relacionen con derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, o con muchos de ellos de manera interdependiente, y no podría afirmarse de ningún modo,

que una provincia no puede ampliar las legislaciones y prácticas del Estado nacional respecto del acceso a tales derechos, como así tampoco podría decirse que es una opción si los Estados a su interior cumplen o no en asegurarlos.

Por lo tanto, ¿Cuáles serían los argumentos jurídicos para sostener lo contrario respecto de la cobertura ante la afectación de derechos humanos frente al poder penal del Estado con relación al derecho a la vida y a la salud de personas gestantes, y especialmente los derechos sexuales y reproductivos? Pues ninguno, y no es válido esgrimir tampoco una pretendida conclusión en favor de la vida de la persona en gestación en este campo, puesto que esa tensión ya ha sido ponderada y decidida en el ámbito de la letra de los tratados del DIDH y en las interpretaciones que de ellas ha realizado los organismos internacionales de derechos humanos cuyas competencias ha reconocido el Estado argentino y, por ende, debe seguir de manera obligatoria, más allá de lo que cada persona piense al respecto, como ya hemos dicho en aportes anteriores a los que remito para su profundización si así se estima pertinente¹⁴.

En particular, respecto de las personas menores de edad, el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina (01/10/2018), nos ha dicho que:

“32. En relación con sus observaciones generales núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia y núm. 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención, y observando con preocupación los obstáculos a los que se siguen enfrentando los adolescentes en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva y a la educación en ese ámbito, la elevada incidencia de embarazos entre las adolescentes y el alto riesgo de mortalidad materna entre las madres adolescentes, así como el acceso insuficiente a métodos anticonceptivos modernos y de planificación familiar, el Comité recomienda al Estado parte que:

a) Garantice que la educación sobre salud sexual y reproductiva forme parte del plan de estudios escolar obligatorio, y que en su formulación participen adolescentes de ambos sexos, y se preste particular atención a la prevención de los embarazos precoces y de las infecciones de transmisión sexual;

¹⁴ Osio, Alejandro Javier “Interrupción voluntaria del embarazo y Abortos no Punibles Más allá de lo que cada un@ piense, hay obligaciones que cumplir”. Revista Pensamiento Penal del 19/07/2018. Disponible en: [Interrupción voluntaria del embarazo y Abortos no Punibles Más allá de lo que cada un@ piense, hay obligaciones que cumplir | Revista Pensamiento Penal](#)

b) *Garantice el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que la opinión de la interesada siempre sea escuchada y tenida debidamente en cuenta en el proceso de decisión;*

c) *Se asegure de que los adolescentes dispongan de información sobre los métodos de planificación familiar y los anticonceptivos modernos en formatos accesibles y confidenciales y en las lenguas indígenas.”*

Sentado todo ello, puede ocurrir que algún componente del Estado argentino incumpla con los mandatos del DIDH, en el caso de lo que nos ocupa, legislados a nivel nacional en cumplimiento de esos mandatos, conforme vimos es letra expresa en la normativa, a la que debe agregarse el CCyCN, que a la sazón, también comienza diciendo que todas las cuestiones deben ser resuelta conforme a las leyes aplicables de conformidad con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales (Art. 1) y que su interpretación debe ser acorde con las disposiciones de esos tratados (Art. 2). En caso de que ello ocurra, como el sujeto internacionalmente responsable es el Estado argentino como un todo, es el Estado Nacional el que debe disponer una Salvaguarda Federal que asegure el cumplimiento con los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos, por dos cuestiones centrales, primero para asegurar la efectividad y acceso a los derechos humanos en cuestión, a fin de materializar su garantía, y en segundo lugar, para evitar ubicarse en situación de responsabilidad internacional, con la posibilidad de ser condenado por ello.

A este respecto, debe recordarse que la lógica de los tratados internacionales es contractual, por lo cual, cuando un Estado firma un tratado se entiende que va a disponer todas las medidas que fueran pertinentes para cumplirlo. De allí que el artículo 26 de la Convención de Viena dispone que *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”*, mandato que se conoce como *“pacta sunt servanda”*. Por ende, si unimos todo ello, que los tratados obligan a los Estados a su cumplimiento de buena fe, que no pueden esgrimir ninguna norma de derecho interno para no cumplirlos y que los obligados son los Estados parte como un todo, incluyendo a todos sus componentes, sin limitación ni excepción alguna, debemos concluir que de conocer el Estado Nacional algún incumplimiento por parte de alguno de sus componentes, está obligado a disponer la salvaguarda necesaria para asegurar el acceso y la efectividad, y conminar al componente que fuera, ya sea provincia, municipalidad u otro organismo local en general, como así también si fueran agentes y/o funcionarias/os públicas/os en particular, a disponer las medidas que fueran pertinentes para garantizar el acceso a los derechos en cuestión, de conformidad –como mínimo– con el piso marcado por el Estado Nacional, por lo

que la salvaguarda deber durar hasta tanto ello sea subsanado, pues lo contrario implicaría no cumplir con el mandato de cumplimiento voluntario y de buena fe a que se ha obligado internacionalmente el Estado argentino para la efectividad sustantiva de los derechos humanos.

En torno a esto último, me refiero a que la salvaguarda deberá permanecer temporalmente mientras no se asegure la efectividad por parte del componente que incumple, funcionaría como una especie de medida de acción positiva y su anclaje normativo es el mismo que venimos citando, puesto que, como lo impone expresamente el Comité DESC en la O.G. 22:

“36. Cuando sea necesario, los Estados deben adoptar medidas especiales de carácter temporal para superar la discriminación histórica y los estereotipos arraigados contra determinados grupos, así como para erradicar las condiciones que perpetúan la discriminación. Los Estados deben prestar especial atención a que todas las personas y los grupos disfruten efectivamente de su derecho a la salud sexual y reproductiva sobre una base de igualdad sustantiva.”

Y claramente, la efectividad en algunas partes del territorio argentino, pero no en otros, implica no asegurar esa base de igualdad sustantiva que impone el mandato internacional, por lo que deben tomarse las medidas necesarias para que sea asegurada.

Ahora bien, esa salvaguarda, en virtud de la organización interna del Estado argentino, debe ser federal, y esto quiere decir que puede ser asegurada tanto por la Nación como por las Provincias o en conjunto por ambas jurisdicciones, de manera concurrente y solidaria, porque las provincias que aseguren los mandatos del DIDH y detecten incumplimientos por parte de otras, también podrían instar al Estado nacional a fin de que se conmine a las provincias incumplidoras a disponer las medidas que fueran pertinentes y, mientras tanto, si les es posible, disponer ellas mismas -o en conjunto con la Nación- un sistema que funcione de salvaguarda y/o que coadyuve a sostener la salvaguarda nacional, a fin de que, de modo solidario y concurrente, permitan, en primer lugar, coadyuvar al acceso a los derechos humanos en cuestión garantizando la igualdad sustantiva de su efectividad, y en segundo lugar, evitar que se ponga en situación de responsabilidad internacional a todo el Estado Argentino.

Ahora bien, debo aclarar que, aunque se ha analizado la cuestión en relación con los componentes internos que incurran en incumplimientos, lo cierto es que también puede ser el orden nacional el que incumpla, y que haya provincias que

mantengan el cumplimiento con los mandatos del DIDH. En ese caso, cualquiera de ellas podrá disponer un sistema de salvaguarda e instar al Estado Nacional para que sea conminado a cumplir y sacar al Estado argentino del incumplimiento, por las dos razones que ya dijimos, materializar el acceso al derecho y evitar la conminación internacional.

Por lo tanto, debe concluirse que la salvaguarda de la que venimos hablando, funcionaría como una medida de acción temporal para garantizar, en general, el acceso al complejo de derechos interdependientes en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y en particular, a la IVE, ILE y ANP sin discriminación de ningún tipo, lo cual incluye a la división jurídica y territorial interna del Estado argentino, puesto que el federalismo no puede servir de elemento discriminatorio que genere la desigualdad consistente en que se garantice el acceso a los derechos humanos en algunos de los componentes del Estado y no en otros, sino que debe servir para que todos los componentes del Estado, ya sean internos o el nacional, concurren de manera sinérgica para garantizar el acceso efectivo, contando con medidas a disposición para resolver los casos en que alguno de los componentes, ya sea alguno de los internos o el central, incurra en incumplimientos con los mandatos del DIDH.

Esto de que cualquier componente del Estado parte pueda comprometer en un todo ante los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos no es una posición doctrinaria, sino también, una imposición en el contexto del DIDH. Así lo ha dicho, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos respecto del PIDCP en su O.G. 31¹⁵:

“4. Las obligaciones que imponen el Pacto en general y su artículo 2 en particular vinculan a cada Estado Parte en su totalidad. Todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango —nacional, regional o local— están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo que por lo común representa al Estado Parte en el plano internacional, señaladamente ante el Comité, no puede aducir el hecho de que un acto incompatible con una disposición del Pacto ha sido realizado por otro poder público para tratar de liberar al Estado Parte de responsabilidad por el acto y de la consiguiente incompatibilidad. Esta interpretación se desprende directamente del principio enunciado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en virtud del cual un Estado Parte “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Si bien el párrafo 2 del artículo 2 permite que los

¹⁵ Observación General No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187a sesión)

Estados Parte hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto con arreglo a los procedimientos constitucionales internos, se desprende del mismo principio que los Estados Parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado. A este respecto, el Comité recuerda a los Estados Parte de estructura federal lo estipulado en el artículo 50, en virtud del cual las disposiciones del Pacto “serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

Incluso, debe ser aclarado que, como las titulares de los derechos humanos somos las personas humanas, y por ende posibles víctimas de sus violaciones, debe entenderse que todo lo dicho aquí puede ser articulado también por cualquier persona humana o colectivo de estas, si no lo hacen los Estados, sea individual o colectivamente, o a través de organizaciones de la comunidad con las formas jurídicas que fueran, a fin de que se dispongan las salvaguardas necesarias que garanticen el acceso sin barreras a los derechos humanos en juego y, en caso de no lograr los objetivos, acudir a los sistemas de protección de derechos humanos de los que Argentina es parte -Sistema Interamericano o Sistema Universal-.

Es necesario especificar que la salvaguarda a asegurar por los Estados, ya sea de manera individual o conjunta por los componentes internos o el central, en materia de derechos sexuales y reproductivos, debe estar dirigida al cumplimiento de las obligaciones jurídicas específicas que todos los Estados parte del PIDESC tienen, y en particular el Estado argentino, lo que incluye especificidades en torno a los deberes de respetar, proteger y cumplir que se encuentran perfectamente delineadas en los puntos 40 a 47 de la O.G. 22 citada.

Por lo expuesto, entiendo que ha de tenerse en cuenta en este campo del derecho, en el que se disponen mandatos del DIDH en torno al derecho a la vida y la salud de las personas gestantes, que las obligaciones se formulan en torno a “adoptar medidas por todos los medios apropiados” cualquiera sea el tipo de gobierno y sistema económico (O.G. 3 ptos 8 y 9 PIDESC) y “deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la salud sexual y reproductiva ... Ello requiere que los Estados deroguen o reformen las leyes y las políticas que anulen o menoscaben la capacidad de personas y grupos determinados para hacer efectivo su derecho a la salud sexual y reproductiva” (O.G. 22 p. 33 y 34. Respecto de NNyA O.F. s/Argentina 2018, p. 32), pudiendo acceder al sistema de cooperación internacional en caso de no poseer recursos suficientes, por lo cual, los Estados no sólo que no pueden esgrimir norma alguna del derecho interno para no cumplir con los mandatos del DIDH, sino que tampoco podrían esgrimir válidamente falta de

recursos suficientes o, al menos, deberían acreditar que han intentado conseguirlos y no lo han logrado, como impone el Comité DESC en el punto 37 de la O.G. 22 de la que venimos hablando, y en la O.G. 3 ya citada en los siguientes términos:

“11. El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.”

Por último, una pregunta que seguramente surge de la lectura hasta aquí es cuál sería la vía para canalizar las acciones necesarias a fin de efectivizar los derechos en el marco de la Ley 27.610, ante su incumplimiento.

En primer lugar, debo decir que cuando acciona una Provincia o la Nación, la vía debería ser administrativa y de gestión de las políticas públicas pertinentes, mediante diálogo institucional entre los organismos correspondientes conforme al organigrama de cada Provincia y de la Nación, diálogo a establecerse a modo de corresponsabilidad solidaria para la efectividad de los derechos humanos, por todo lo que hemos descripto hasta aquí sobre las obligaciones estatales al respecto.

De ser necesaria la judicialización, también dependerá de las herramientas procesales con que se cuente en cada jurisdicción, las más utilizadas han sido el Amparo y las medidas Autosatisfactivas, por ejemplo, en los casos que han llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los casos “Portal de Belén” y “T.S.” se iniciaron por Amparo, mientras que el caso “FAL” se inició como Medida Autosatisfactiva, aunque no todos los códigos procesales cuentan con esta última herramienta procesal. En el caso de La Pampa el Código Procesal Civil y Comercial (CPCCLP) regula el amparo en el art. 302 y las Medidas Autosatisfactivas en el art. 305.

Respecto del amparo, su regulación como vía expedita para la efectividad del acceso y garantía a los derechos humanos, se encuentra expresa en el artículo 43 de la Constitución Nacional, lo cual resulta aplicable a todo el territorio argentino sea de la provincia que sea o ya sea territorio nacional, mientras que en nuestro ámbito dicho mandato se ve reforzado por el art. 17 de la Constitución de La Pampa y su reglamentación mediante proceso sumarísimo en los artículos 302 y ss del CPCCLP,

aunque entiendo que en nuestro ámbito lo más adecuado, rápido y efectivo sería una Medida Autosatisfactiva en los términos del art. 305 del mismo código procesal.

Ahora bien, para cerrar debe quedar claro que el ejercicio de derechos humanos no requiere de autorización ni intervención judicial alguna, por lo que debe ser evitada siempre, y sólo a modo de última opción para cuando el Estado no garantice la efectividad de los derechos por vías no judiciales, se podrá echar mano al Amparo o a la Medida Autosatisfactiva en procura de lograr el acceso impedido, pero nunca debe ser utilizado como barrera que dilate u obstaculice el acceso, y a este respecto siempre es útil recodar las consideraciones realizadas por la CSJN en el fallo “FAL”, en tanto sostuvo que:

“La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras. Llegado este punto, el Tribunal considera ineludible destacar que, a pesar de que el Código Penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión ante este Tribunal (artículo 86, inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama ... 20) Que es debido a ello que este Tribunal se ve forzado a tener que recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. 21) ... y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible. 22) Que, en atención a lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal se ve en la necesidad de advertir, por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida. Por la otra, recuerda a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que, según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de

la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico. 23) Que hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial, cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador ... a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido. 24)... Por otra parte, las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente ... se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita —y por tanto contra legem— del aborto autorizado por el legislador penal. Asimismo, se debe señalar que esta práctica irregular no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º, pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales... En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar... 26) Que a partir de lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal entiende oportuno recordar que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4).”

III.- Bibliografía

- Abramovich Víctor y Courtis Christian “¿Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, disponible en http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/429/Art_CourtisC_ApuntesExigibilidadJudicial_2001.pdf?sequence=1
- Abramovich, Víctor “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina”, disponible en: http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque_de_dchos_en_estrategias_y_politicas_desarrollo_Am_Lat.pdf;

- Ayrolo, Valentina “El federalismo argentino interrogado (primera mitad del siglo XIX). Locus. Revista de historia, Juiz de Fora. V. 36, n 01, pág. 061/084, 2013. Disponible en: <https://locus.ufjf.emnuvens.com.br/locus/article/view/2787/2021>
- Badeni, Gregorio “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo II. Bs.As. 2010, pág. 792/799, y Tomo III. Bs.As. 2010, pág. 408/415.
- Barrera Buteler, Guillermo “Los poderes no delegados” en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.) “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”. Hammurabi. Bs.As. 2010, pág. 789/813 (específicamente pág. 803), y en la misma obra, también del mismo autor “Los poderes expresamente prohibidos a las provincias”, pág. 924/929.
- Ekmedjian, Miguel Ángel “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo IV. Bs.As. 1997, pág. 488/507;
- Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”. Tomo II. Bs.As. 2009, pág. 174/183;
- Gil Domínguez, Andrés “El federalismo unitario argentino (1994-2014)”. Revista Pensar en Derecho n° 5, pág. 95. Disponible en: [el-federalismo-unitario-argentino-1994-2014.pdf \(uba.ar\)](#)
- Osio, Alejandro Javier “Interrupción voluntaria del embarazo y Abortos no Punibles Más allá de lo que cada un@ piense, hay obligaciones que cumplir”. Revista Pensamiento Penal del 19/07/2018. Disponible en: [Interrupción voluntaria del embarazo y Abortos no Punibles Más allá de lo que cada un@ piense, hay obligaciones que cumplir | Revista Pensamiento Penal](#)
- Segovia, Juan Fernando “Las facultades legislativas respecto de códigos, leyes generales y especiales” en “Atribuciones del Congreso argentino” de Dardo Pérez Gilhou y otros. Depalma. Bs.As. 1986, pág. 179 y ss.
- Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos n° 3, 31 y 36.
- Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales n° 9 y 22.
- Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño 4, 7, 13, 14, 15 y 20.
- Observaciones Finales sobre Argentina del Comité de Derechos del Niño 01/06/2018.

- Pronunciamientos de organismos internacionales: Corte IDH: “Velázquez Rodríguez vs Honduras” (1988); “Masacre de Mapiripán vs Colombia” (2005); “Radilla Pacheco vs México” (2009); “Cabrera García y Montiel Flores vs México” (2010); “Gelman vs Uruguay” (2011) y “Artavia Murillo vs Costa Rica” (2012). Comisión IDH: Caso “Baby Boy vs EUA”, “L.C. Vs Perú” y “B. y otros vs El Salvador” TEDH Fallo “PS v Poland”
- Informe ONU relator tortura: caso Méndez 2013;
- Comité de Derechos Humanos caso “K.L. vs Perú”, “VDA vs Argentina” e Informe Periódico sobre Argentina 2000.
- OMS “Documento Oficial 240/1991. Salud.
- CSJN fallo “F., A.L.” (2012)