

Todo lo que siempre quiso saber sobre ANP y nunca se atrevió a preguntar (hasta hoy)¹

Julieta Arosteguy

Profesora Adjunta de Salud y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Quilmes, Co-coordinadora de la Subcomisión de Violencia Obstétrica de la CONSAVIG (Comisión Nacional Elaboradora de Acciones para Sancionar la Violencia de Género)

Introducción

Mi intención en este artículo es responder a las preguntas que podrían plantearse las y los profesionales del hospital en relación con el fallo FAL. Me basaré en lo que ha establecido la CSJN, autoridad máxima del sistema judicial argentino e intérprete última de las leyes y la Constitución Nacional. Mi objetivo es retomar el debate que propone el Dr. Manrique, contextualizándolo en el marco jurídico vigente para poner de relieve el consenso –tanto legal como bioético– que implica el fallo FAL dentro de nuestro sistema republicano.

¿Bajo qué condiciones debe realizarse un ANP?

El fallo de la CSJN zanja un largo debate en torno del artículo 86 del Código Penal al establecer que “no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima” (considerando 18). Distinguir entre mujeres víctimas de violación según sus capacidades mentales daría lugar a discriminaciones irrazonables entre víctimas del delito y es, por lo tanto, inaceptable dentro de un marco jurídico nacional y supranacional basado en la igualdad de las personas.

La interrupción del embarazo, pues, no es punible cuando se realiza para evitar un riesgo para la vida o la salud (física o mental) de la mujer que lo solicita, riesgo que no puede evitarse por medios alternativos, o cuando el embarazo ha sido producto de una violación (lo cual incluye cualquier embarazo de menores de 13 años y mujeres con incapacidades mentales, que son legalmente incapaces de consentir a una relación sexual).

El artículo 86 del Código Penal no impone requisito alguno para el acceso a un aborto no punible, más que la constatación de las causales mencionadas. Cualquier requisito adicional resulta inconstitucional, en tanto que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. El/la profesional que atienda un pedido de ANP debe limitarse a

constatar la existencia de alguna de estas causales.

En el caso de una violación, la CSJN ha considerado que la corroboración de la violación no es necesaria para constatar la causal de violación. Tal corroboración tampoco es requerida por el Código Penal. Por otro lado, la Corte reconoce que exigir que la violación sea efectivamente corroborada actuaría como obstáculo para la satisfacción de la demanda legítima de la mujer violada. Por ello, la declaración jurada de la mujer es suficiente para establecer la presunción de violación, y es suficiente con dicha presunción para garantizar a la mujer el acceso al ANP. Ningún otro requisito está contemplado en el texto de la ley. Ninguna restricción en base a la edad de la mujer, ninguna restricción en base a la edad gestacional. En caso de que el aborto presente un riesgo para la mujer, es ella quien debe decidir autónomamente si aceptar o no dicho riesgo. No corresponde a las/os médicas/os certificar la presunción o corroborar la existencia efectiva de una violación ni denunciar un delito. No es función de las/os médicas/os “defender a la víctima”.

La *Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles* del Ministerio de Salud de la Nación es clara al respecto. Si bien es de aplicación obligatoria, sí es obligatorio el cumplimiento de la ley tal como ha sido interpretado por la CSJN. Ningún protocolo de atención, reglamentación de la ley, constitución o legislación provincial puede ser contrario a lo que establece la normativa federal, imponiendo restricciones para el acceso al ANP que no hayan sido contempladas por esta. Dado que el fallo FAL reconoce que el acceso a un ANP en las condiciones descritas anteriormente constituye un **derecho que la ley reconoce a las víctimas de violencia sexual** (considerando 21), aquellas/os profesionales que obstruyan o impidan el goce efectivo de este derecho quedarán sujetas/os a las consecuencias penales y de otra índole de su obrar (considerando 24). El fallo de la CSJN garantiza, así, que la violación de este derecho es susceptible de recibir la sanción correspondiente.

¿Carece de consenso la posición de la CSJN en el fallo FAL?

El fallo FAL cierra un largo debate en torno de la interpretación del artículo 86 del Código Penal. Hasta la publicación del fallo, se discutió por años si la violación debía entenderse como causal autónoma de despenalización, o si constituía una causal de despenalización sólo en conjunción con la incapacidad mental de la víctima. La incertidumbre respecto de cuál sea la interpretación adecuada de la ley sólo existe mientras que esta ley no haya sido interpretada por una instancia competente. La CSJN, intérprete última de las leyes y la Constitución Nacional, no sólo dejó en claro que la interpretación del plexo constitucional requiere que se proteja por igual a toda víctima de violación, independientemente de sus capacidades mentales, sino que además despejó cualquier duda acerca de la protección constitucional al feto o embrión. Ni la Constitución Nacional, ni los tratados internacionales ofrecen una protección absoluta del feto en el seno materno. La protección de la vida humana antes del nacimiento no puede obstaculizar el libre ejercicio de los derechos de las mujeres, cuya satisfacción tiene absoluta prioridad. Pretender que una víctima de violación lleve adelante un embarazo implica exigirle *“sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”* (considerando 16).

La decisión de la instancia máxima del poder judicial debe considerarse, dentro de nuestra institucionalidad republicana, como fuente de consenso respecto del contenido y alcance de la ley. En una democracia de masas, en una sociedad marcada por el pluralismo de valores y la multiculturalidad, el consenso no puede entenderse como un acuerdo entre todas las personas participantes en el debate. El consenso se logra mediante los mecanismos de decisión reconocidos por nuestra Constitución Nacional. Las instituciones republicanas conforman los mecanismos democráticos para la generación de consensos. El hecho de que haya personas que están en desacuerdo con la normativa vigente no implica una falta de un consenso respecto de ella. El fallo FAL constituye, actualmente, la interpretación autorizada del Código Penal. Un nuevo consenso democrático respecto de la legalización del aborto deberá lograrse mediante el debate legislativo o un nuevo fallo que revea la decisión tomada por la instancia máxima del Poder Judicial.

¿Son la sociedad, la legislación y la constitución argentinas “antiabortistas”?

De acuerdo con una estimación realizada por CEPAL, se realizan en la Argentina entre 486.000 y 522.000 abortos por año². Estas mujeres realizan sus abortos en la clandestinidad, la mayoría de las veces en condiciones peligrosas para su vida y su salud.

Sin embargo, ellas prefieren asumir estos riesgos a afrontar las consecuencias de un embarazo no deseado. Casi medio millón de mujeres por año, así como las personas que las acompañan y contienen, tienen un claro interés en que su aborto pueda ser realizado en condiciones óptimas de atención que no pongan en riesgo su integridad física, psicológica y moral. En efecto, las encuestas indican que el 80% de la población argentina está de acuerdo con la despenalización del aborto cuando el embarazo es producto de una violación³ y el 57,8% considera que el aborto debería ser legal⁴. Tampoco la legislación o la constitución nacional son contrarias a la práctica del aborto. Tanto el Código Penal como la ley 1044 de la Ciudad de Buenos Aires permiten la interrupción del embarazo. Estas normativas muestran que el aborto es de hecho legal⁵ en Argentina en algunas circunstancias y la CSJN se ha encargado de despejar cualquier duda respecto de la prohibición constitucional de la práctica y el contenido de los tratados supranacionales que supuestamente prohibirían el aborto.

¿Se oponen la mayoría de las religiones al aborto?⁶

Históricamente, las religiones se han mostrado tolerantes con la práctica del aborto. Sólo recientemente el aborto ha sido condenado abiertamente por algunos sectores dentro de ellas⁷. Adicionalmente, al igual que en cualquier grupo humano, las y los fieles de las distintas religiones componen grupos heterogéneos, con creencias, valores y necesidades diferentes. Hay múltiples posturas respecto del aborto en el seno de cada religión, no todas de ellas coincidentes entre sí⁸. Pero incluso si fuera cierto que todas las religiones condenan el aborto, esto no sería una razón suficiente para que el Estado argentino, que no tiene una religión oficial, también deba hacerlo. Las/os médicas/os en hospitales públicos son agentes estatales, no religiosos, y no pueden utilizar este lugar de privilegio para imponer sobre terceras personas sus convicciones religiosas, limitando la libertad y los derechos de sus pacientes⁹. Sus creencias personales y su libertad de culto están supeditadas al ejercicio de sus obligaciones profesionales, libremente asumidas.

¿Forma parte la objeción de conciencia de los derechos personalísimos?

¡Los derechos personalísimos son derechos fundamentales, inherentes a la persona humana, que protegen su vida, su dignidad, su libertad!. La objeción de conciencia ha sido entendida tradicionalmente como un derecho básico destinado a proteger a las personas del poder estatal. No debe confundirse, sin embargo, con un mero permiso para desobedecer la ley o desconocer la autoridad del Estado. La objeción de conciencia existe en un

trasfondo de obligación jurídica en el que todas las personas están moral y legalmente obligadas a cumplir con las demandas legítimas de la ley. Dentro de este contexto, el/la objeto/a debe encontrar que la obligación legal es repugnante para su conciencia y que **no existe otra forma de evitar la acción que la ley exige, más que violando dicha ley**. Claramente, esta definición no puede aplicarse a las/os profesionales de la salud. Incluso si la realización de un ANP repugnara a su conciencia de manera tal que se sintieran justificadas/os para no realizarlo, tienen y tuvieron alternativas viables para escapar a esta obligación. De hecho, la obligación legal de realizar un ANP es una carga pública que sólo se aplica a las/os médicas/os diplomadas/os que trabajan en hospitales públicos en virtud de su relación laboral con el Estado¹⁰. Esta obligación sólo se aplica a las personas como consecuencia de una serie de decisiones libres: la elección de carrera, la elección de especialidad, la elección de lugar de trabajo. Si una persona no está dispuesta a cumplir con lo que dispone el Código Penal, tiene la opción de no trabajar en un hospital público en un servicio de ginecología. La ley no impone la realización de un aborto no punible contra su voluntad, dado que la ley no impone a nadie el ejercicio de la medicina en un hospital público. Quienes eligieron gozar de los beneficios que su posición profesional les garantiza no tienen la posibilidad de invocar como “derecho personalísimo” su desacuerdo con la ley y el privilegio de incumplir lo que ella manda. Más aún cuando el incumplimiento de la obligación legal perjudica gravemente los derechos, la salud e incluso la vida de mujeres que no gozan de los mismos privilegios ni tuvieron su misma libertad de elección¹¹.

La CSJN ha reconocido a las/os médicas/os el derecho de objetar la realización de un ANP siempre que ello no afecte el derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo en los términos que establece la ley. Los derechos de las mujeres a gozar de un ANP son prioritarios frente a los derechos de las/os médicas/os a objetar la realización de su práctica y deben garantizarse “las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura” (considerando 25).

¿Cuál es el deber del/de las médicas/os?

Las reflexiones anteriores obligan a detenernos en la función de la medicina, especialmente cuando se sostiene que el fallo FAL pone a las/os médicas/os ante un dilema moral: o bien deben cumplir con la ley, o bien deben respetar una supuesta obligación de preservar la vida. Las/os médicas/os, se argumenta, son responsables de “custodiar la vida”. Resulta llamativo que, al definir la tarea de las y los médicas/os, suela pasarse por alto la salud. Por loable que sea la tarea de “custodiar la vida”, esta no es la función excluyente, ni siquiera la princi-

pal función, de la medicina. Como admite la Asociación Mundial de Medicina, las personas acuden al médico para “pedir ayuda para sus necesidades más importantes: aliviar el dolor y el sufrimiento y recuperar la salud y el bienestar”¹². La ley nacional 17132 de Ejercicio de la Medicina se refiere exclusivamente a la salud. La tarea de las/os médicas/os es: “anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas”. La función de la medicina es mucho más amplia que cuidar la vida. La salud, según la conocida definición de la Organización Mundial de la Salud, es “el estado de completo bienestar físico, mental y social”, con lo cual las decisiones médicas deben contemplar la autonomía del/de la paciente, sus proyectos y planes de vida, sus valores, su entorno social, familiar y cultural. En este contexto, la realización de un ANP debe entenderse como parte de las prácticas médicas obligatorias para las/os profesionales de la salud, tan obligatoria, al menos, como cuidar la vida de un ser cuyo estatus jurídico y social es debatible¹³.

Bibliografía

1. Agradezco los comentarios y valiosas sugerencias de Soledad Deza, Carlos Burger y María Fernanda Sabio.
2. Informe disponible en: <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Evidencia/Estudios/cepal2009.pdf>
3. Catholics for Choice: <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Evidencia/Estudios/EncuestaenArgentina-2011.pdf>
4. Encuesta de Ibarómetro: <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Evidencia/Estudios/ibarometro2012.pdf>
5. La CSJN en el fallo FAL expresa que el aborto en caso de violación es una práctica “legal en tanto que despenalizada” (considerando 25). (Agradezco a Soledad Deza por señalarme esta cita).
6. Ibid.
7. Galeotti, G. (2004) Historia del aborto, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.
8. Véase, por ejemplo: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-227813-2013-08-29.html>
9. Alegre, M. (2009) “Opresión a conciencia: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, SELA (Seminaro en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 66. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66
10. Agradezco a Soledad Deza por haberme señalado este punto.
11. Alegre, op. cit.
12. Disponible en: http://www.wma.net/es/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_es.pdf
13. Cabe señalar, sin embargo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha saldado en gran medida este debate, señalando recientemente que “los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación” y que el embrión no debe considerarse una persona y tener el mismo nivel de protección que las personas nacidas. Véase el fallo en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf