

EL ABORTO NO PUNIBLE. Algunas consideraciones bioéticas y legales

Dra. María Susana Ciruzzi*

RESUMEN

El aborto no punible (ANP) es aquél permitido por la ley. Pero ciertamente aún hoy en día existen en nuestro país barreras administrativas que enfrentan las mujeres en condiciones de acceder a un ANP. A partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "F.A.,L. s/ medida autosatisfactiva", ha resurgido la necesidad de establecer protocolos intrahospitalarios de atención de los ANP, de modo de garantizar el acceso a una práctica legal y segura, para todas las mujeres que se encuentren dentro de las previsiones de la norma (Art. 86 Código Penal).

Palabras Clave: Aborto - Derechos Humanos - Salud Pública - Protocolos hospitalarios.

ABSTRACT

Justifiable abortion is the one that is allowed by law. Even now women who are in condition of gaining access to a justifiable abortion are faced with administrative odds. Our National Supreme Court declaration in re "F.A.,L. s/ medida autosatisfactiva", has set the duty to establish hospital protocols in order to assist women in need of a justifiable abortion, and guarantee the access to a safe and legal practice for all women who are protected by law (art. 86 Criminal Code).

Key words: Abortion - Human Rights - Public Health - Hospital protocols.

INTRODUCCION

El aborto no punible (ANP) es aquél permitido por la ley. Pero ciertamente aún hoy en día existen ba-

rreras administrativas en nuestro país que enfrentan las mujeres en condiciones de acceder a un ANP. Algunas de ellas son: una interpretación restrictiva de las causales de no punibilidad, la exigencia de la intervención de comités de ética o autoridades sanitarias y la judicialización indebida de la autorización de ANP¹, el temor legal de los profesionales sanitarios, así como prejuicios sociales y/o valores morales personales. Todo este entramado conspira contra el correcto ejercicio del derecho a la salud y a la autonomía de la mujer, produciendo demoras en el diagnóstico de situación y en la prestación del servicio, lo cual puede resultar en daño psíquico y en la prolongación de la gestación que se desea interrumpir con el consecuente incremento del riesgo físico y de muerte para la mujer y el agravamiento de su sufrimiento psíquico. Por lo que el Ministerio de Salud de la Nación, a través del Programa Na-

Dirección Asociada de Asuntos Jurídicos.
Hospital de Pediatría Juan P. Garrahan.

* Abogada (UBA), Posgraduada en Derecho Penal (UBA), Diplomada en Bioética (FLACSO), Especialista en Bioética (FLACSO), Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Área Derecho Penal. Docente de grado, posgrado y doctorado (UBA). Miembro del Comité de Ética del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Responsable Académica de las Áreas de Bioética y de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Observatorio de Salud, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora del Instituto Luis Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora del Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, Brasil. Docente invitada en universidades nacionales y extranjeras. Vocal Titular Primera de la Asociación Argentina de Bioética. Miembro del International Affairs Committee, American Academy of Forensic Sciences. Miembro de la Asociación Argentina de Medicina y Cuidados Paliativos. Miembro de la Sociedad Argentina de Pediatría. Posdoctoranda en Derecho con el trabajo "La criminalización de la medicina al final de la vida: una mirada crítica, una propuesta superadora", Facultad de Derecho (UBA).

cional de Salud Sexual y Procreación Responsable elaboró una “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles” en el año 2007 que, aún cuando tiene plena vigencia, ha carecido de total efectividad, ya que su aplicación ha sido –en la práctica- nula, ya por desconocimiento, ya por voluntaria omisión.

A partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, ha resurgido la necesidad de establecer protocolos intrahospitalarios de atención de los ANP, de modo de garantizar el acceso a una práctica legal y segura, para todas las mujeres que se encuentren dentro de las previsiones de la norma (art. 86 Código Penal).

FUNDAMENTOS

Marco Jurídico

Los ANP se encuentran legislados en nuestro Código Penal (CP) desde 1921. Su art. 86 se ha mantenido intacto a lo largo de los años, reconociendo el derecho que asiste a la mujer a acceder a un aborto seguro y legal en las siguientes circunstancias:

- 1) Peligro para la vida o la salud de la mujer.
- 2) Embarazo proveniente de violación o atentado al pudor contra mujer, idiota o demente.
- 3) Intervención de un médico diplomado.
- 4) Consentimiento informado de la mujer y/o de su representante legal, en caso de que ella fuera incapaz.

En relación al denominado aborto sentimental (aquél que se produce a raíz de un embarazo proveniente de un abuso sexual), la técnica legislativa empleada ha acarreado innumerables complicaciones y discusiones a la hora de interpretar sus requisitos de procedencia.

Nuestro Art. 86 inc. 2.) (de él se trata) fue tomado del art. 112 del Anteproyecto del Código Penal Suizo de 1861, que permitía tres supuestos de aborto no punible:

- a. cuando el embarazo procede de una violación,
- b. cuando el embarazo procede de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia,
- c. cuando el embarazo proviene de un incesto.

En pleno auge del positivismo y la criminología científica, no causa extrañeza la fundamentación de la Exposición de Motivos cuando señala, casi orgullosamente: “Es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto nazca un ser anormal o degenerado”².

El Anteproyecto Suizo claramente establecía la distinción entre lo que se entiende estrictamente como una violación y aquella conducta practicada sobre mujer idiota, demente o imposibilitada de re-

sistir, a lo que llama “ultraje o atentado al pudor”. Es necesario remarcar en este aspecto que el Anteproyecto Suizo separa cada supuesto con una coma, lo cual fue obviado al momento de la traducción a nuestro idioma. Pero, además, conforme lo sostiene Soler³, nuestra Comisión del Senado trabajó sobre la versión francesa del proyecto suizo que tradujo Schändung del texto alemán como attentat á la pudeur d'une femme idiote, aliéné. Nos explica Soler que en alemán no se usa una única palabra genérica como “violación” para definir el abuso sexual con penetración, sino que para la violación por la fuerza se utiliza la denominación de Notzucht, mientras que para nombrar la violación de mujer idiota o demente, el término preciso es Schändung. En su criterio, una traducción más precisa de Schändung sería “profanación”, no atentado al pudor. Y como en el idioma francés –igual que en nuestra lengua- no existen estos dos términos diferentes, para suplir esa falencia, la versión francesa del anteproyecto nombra violación a la relación sexual obtenida por la fuerza y a la violación de mujer idiota o demente la traduce como attentat á la pudeur. Y ese solo hecho, sumado a valores y principios propios sostenidos por los distintos intérpretes, llevó a sustentar –por años- una interpretación restrictiva de los requisitos de procedencia del aborto no punible, entendiendo que solamente protegía a la mujer idiota o demente que había sido violada.

Ese tipo de interpretación ha quedado definitivamente relegada conforme opinión de nuestro máximo tribunal, en autos “F.A.,L. s/ medida autosatisfactiva”, conforme pronunciamiento del 13/3/12.

El derecho a la igualdad, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad y a la no discriminación están todos ellos vinculados directamente con el derecho de toda mujer (capaz o incapaz) a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley y se encuentran reconocidos en la Constitución Argentina, los Tratados de Derechos Humanos incorporados a su texto con jerarquía constitucional y en las leyes vigentes.

Nuestra Constitución Nacional (CN) dispone, en su art. 16, que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley. Ello supone el trato igualitario y equitativo en circunstancias iguales. Teniendo en cuenta que las mujeres que acceden al sistema de salud público suelen pertenecer a los estratos sociales más relegados e invisibilizados en sus derechos, a quienes sistemáticamente se les niega el derecho a acceder a un ANP en condiciones de seguridad sanitaria, mientras que las mujeres de clases sociales más acomodadas suelen recurrir a la práctica privada, donde reciben la atención solicitada, es que el Estado debe intervenir garantizando esta práctica en el ámbito público de manera que todas las mujeres en condiciones de solicitar un ANP reciban una adecuada atención.

Asimismo, el art. 19 de nuestra Carta Magna contempla el principio de autonomía jurídica (derecho a la intimidad y privacidad) por el cual se reconoce a cada uno de los habitantes de la Nación la posibilidad de escoger su propio proyecto de vida, con el único límite que tal decisión no afecte arbitrariamente derechos de terceros, y aún cuando esa decisión pueda lucir irrazonable, disparatada, inmoral o no fuere compartida por otros. En este marco, debe tenerse en cuenta que la maternidad es un derecho, no existe un deber jurídico de ser madre, por lo que no puede exigirse a una mujer continuar con un embarazo no deseado ni procurado por ella, o con riesgo para su vida o su salud. En este sentido, debe respetarse la decisión de la mujer quien, frente al riesgo para su vida o su salud o cuando el embarazo que cursa es producto de una violación, decide no continuar con el mismo.

No debe perderse de vista que en los casos señalados nos estamos refiriendo a situaciones de excepción, en las cuales se presenta un conflicto de derechos tal que solamente puede ser resuelto a través de la preeminencia de uno de ellos por sobre el otro. No existe armonización posible que pueda ser impuesta por ley.

Cabe recordar que la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que de las normas pertinentes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en particular, su art. 4) no se deriva ningún mandato por el que corresponda interpretar, de manera restrictiva, el alcance del art. 86 inc. 2 CP, en tanto esas normas fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un aborto no punible⁴.

A ello se suma que el propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición favorable a la permisón del aborto en caso de embarazo producto de una violación de cualquier mujer (capaz o incapaz), así como ha expresado su preocupación respecto de la interpretación restrictiva del art. 86 CP, realizada por algunos tribunales de nuestro país, que adhirieron acríticamente a la vieja doctrina referida precedentemente⁵.

No puede dejar de destacarse que el Estado Argentino ha sido censurado por distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos por omitir garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial⁶.

Los distintos tipos de Abortos No Punibles

En primer lugar debemos realizar una aclaración semántica, en tanto el concepto jurídico de aborto no es exactamente igual que el concepto médico de aborto. Desde la cosmovisión jurídica, el aborto es un delito doloso (esto es intencional) cuyo fin es

producir la muerte del feto, ya sea dentro del vientre materno o por medio de su expulsión violenta.

Una de las primeras cuestiones a analizar es el valor jurídico del derecho a la vida. Si bien es cierto que la vida es un derecho fundamental y, conforme la Corte Suprema de Justicia “es el primer derecho de la persona humana, respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”⁷, también es cierto que no existen derechos absolutos y todos son relativos (art. 28 CN), encontrándose sujetos a las limitaciones que la ley establezca de modo de organizar la convivencia social y la armonización de todos los intereses en juego. El derecho a la vida, si bien derecho fundamental, no escapa a este principio, ya que característica esencial de cualquier derecho es la posibilidad que tiene su titular (es decir, cada uno de nosotros) de poder disponer de él. Para ejemplificar este tema basta con tomar en cuenta las normas del CP que protegen el derecho a la vida: si la vida fuera un derecho absoluto, el suicidio debería estar penado, y todas las conductas que afectasen el derecho a la vida merecerían una misma pena (tanto en su calidad como en su cantidad). Empero, el homicidio simple (art. 79 CP) tiene una pena de 8 a 25 años de prisión, el homicidio agravado (por ejemplo por el vínculo, art. 80 inc. 1 CP) tiene una pena de prisión perpetua, el aborto con consentimiento de la mujer encinta (art. 85 inc 2 CP) tiene una pena de 1 a 4 años de prisión, el homicidio en legítima defensa (art. 34 inc. 6/7 CP), no tiene pena porque está justificado, etc. Como podemos observar, el legislador ha considerado que la protección del derecho a la vida presenta distinta intensidad conforme los derechos que se encuentran en juego y, en el tema que nos ocupa, si bien la vida del feto está protegida por el delito de aborto, se ha entendido que esa protección es de menor intensidad frente a la protección que merece el derecho a la vida de la persona ya nacida. Frente a estos ejemplos, es indudable que el Derecho Penal no “valora” -a los fines de su protección- del mismo modo el bien vida, sino que la concreción e intensidad de esa protección va a depender en algunos casos del sujeto, en otros del modo comisivo, en otros de la finalidad, etc⁸.

Es por ello que si bien el derecho a la vida constituye uno de los bienes de mayor jerarquía, en un sistema personalista y humanista como el nuestro, en el cual el hombre es el centro, razón de ser y finalidad del sistema político, no implica el desconocimiento de otros derechos de igual o similar jerarquía (verbigracia: el derecho a la dignidad, el derecho a la intimidad con su correlato en las llamadas “conductas autorreferentes”)⁹.

En este punto, cabe realizar la siguiente aclaración: no se trata de establecer, desde el quehacer jurídico, cuándo empieza o termina la vida humana (cuestión a resolver primordialmente por las cien-

cias médicas), sino cuándo empieza o termina la protección legal de esa vida, y cuál es la intensidad y extensión de esa protección jurídica. No hay duda que, desde el punto de vista ontológico, la vida, como bien propio de cada individuo, tiene el mismo valor, con independencia de los accidentes -en sentido aristotélico- que en el caso particular se puedan presentar (edad, sexo, desarrollo, salud, situación económica y/o social y/o cultural, etc.). Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho Penal (que es aquél llamado a proteger con mayor intensidad los bienes jurídicos frente a una conculcación o desconocimiento grave), no todas las conductas (acciones y/u omisiones) que producen un ataque al bien jurídico vida reciben el mismo tratamiento, ni son consideradas de la misma manera, ni tienen la misma relevancia legal¹⁰.

En palabras de José Alfonso Da Silva¹¹: “Vida, en el texto constitucional no será considerada apenas en el sentido biológico de incesante autoactividad funcional, peculiar a la materia orgánica, sino en su acepción biográfica más comprensiva”.

En este sentido, la Bioética nos enseña que la vida, en su expresión meramente biológica, no es un bien ontológicamente absoluto. Que la vida biológica se adjetiva, se individualiza y se pondera comparativamente con otros derechos, valores y principios de similar jerarquía e importancia. Reiteramos, la cuestión no reside exactamente en determinar el inicio de la vida del “homo sapiens”, sino en saber qué aspectos o momentos de esa vida están válidamente protegidos por el derecho y en qué medida¹².

Que quede bien claro que no se niega que el inicio de la vida humana solo puede coincidir con el preciso momento de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. Éste se funde en el primero para la formación de una célula unitaria que consiste en el cigoto. Tal como se da con la desconcertante aritmética del amor: “uno más uno igual a uno”, conforme la magnífica expresión de Jean Paul Sartre. No puede ser diferente. No existe otra “materia prima” de la vida humana o modo diverso por el cual ese tipo de vida animal pueda comenzar, ya sea en virtud de una relación sexual o en virtud de un ensayo o cultivo en laboratorio. Al final, el cigoto en tanto primera fase del embrión humano es eso mismo: el germen de todas las demás células del hombre (por eso en su primera etapa se lo denomina “célula madre”). Sin embargo, ese insustituible inicio de la vida es una realidad bien distinta de aquella constitutiva de la persona física o natural; así como no existe proceso civil sin demanda ni sentencia sin proceso, cada una de ellas constituye una etapa que desemboca en el pronunciamiento judicial, pero no se confunden entre sí y merecen una regulación distintiva¹³.

Sentada esta premisa, debemos aclarar que, en nuestro ordenamiento jurídico, existen dos tipos de

abortos no punibles: el aborto terapéutico y el aborto sentimental. En cuanto a los casos de anencefalia, si bien están regulados solo para la Ciudad de Buenos Aires bajo el llamativo título de “inducción al parto”, lo cierto es que se trataría de un caso de los denominados “abortos eugenésicos” (cuando la razón del mismo estriba en las malformaciones fetales), no reconocidos en general en nuestra legislación de fondo.

Los abortos terapéuticos son aquellos donde la salud o la vida de la mujer embarazada corre riesgo y la única forma de evitar este riesgo es a través de la práctica de un aborto. Los abortos sentimentales son aquellos en los cuales el embarazo ha tenido origen en un abuso sexual contra la mujer.

Los requisitos para la práctica de un Aborto No Punible

Conforme ya lo hemos venido señalando, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, último intérprete de las normas en nuestro país, sentó la interpretación doctrinaria correcta del art. 86 incs. 1 y 2 CP, estableciendo los requisitos de procedencia¹⁴. Así:

- 1) No se requiere autorización judicial para acceder a la práctica de un ANP en los términos del art. 86 CP.
- 2) Requisitos de procedencia: peligro para la vida o salud de la mujer; embarazo proveniente de abuso sexual, se trate de víctima mujer plenamente capaz o demente o idiota.
 - 2.a. En los abortos terapéuticos, el concepto de salud a tener en cuenta es el referido por la Organización Mundial de la Salud como “completo estado de bienestar físico, psíquico y social”. En cuanto al peligro para la salud, el mismo no requiere cuantificación y su evaluación es resorte exclusivo del profesional asistente.
 - 2.b. En los abortos sentimentales, no se requiere la denuncia policial del hecho ni la prueba de la violación: basta con una declaración jurada de la mujer anotada y firmada en la historia clínica. En caso de tratarse de mujer discapacitada mental, debe requerirse la declaración judicial de insania o certificado médico que avale tal patología mental.
 - 2.c. En ninguno de los casos se requiere la existencia de dictámenes de especialistas o de comités de ética. Solamente en caso de duda razonable médica o por solicitud de la paciente podría considerarse la posibilidad de intervención (expedita y sin dilaciones) de un Comité de Ética.

Teniendo en cuenta que el mayor cuestionamiento a la procedencia de un ANP se ha originado en los casos de abortos sentimentales, debe destacarse que no es materia controvertida que la violación es una conculcación a la integridad y libertad se-

xual de las personas. En este sentido, existe una obligación estatal de protección de las víctimas de violencia sexual, la cual se encuentra garantizada por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer –arts. 2, 3, y 5 a 16-; la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 2-; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará). -arts. 4.f y 6.a-. Es por esta razón que en estos casos está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada¹⁵.

En este orden de ideas, la Ley 26485 (“Violencia de Género”), en sus arts. 7 y 10, establece la necesidad de extremar los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En este contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso.

Debe recordarse que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la violación de una mujer es un acto de tortura¹⁶.

Tal como afirma nuestro superior tribunal: “cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aún cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Junio 1999)”¹⁷.

En definitiva, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –a través de su pronunciamiento- remarca que no existe ningún fundamento razonable para basar una diferencia de trato en tanto la víctima de

violación que solicita un aborto fuera o no incapaz mental. El bien jurídico protegido (la libertad sexual) se ve igualmente conculcado tanto cuando se somete por la fuerza, el engaño o la coacción a una mujer plenamente capaz como cuando el autor se aprovecha de su incapacidad mental para consumir el hecho. El plus que la incapacidad mental añade a estas situaciones es aumentar la vulnerabilidad de la víctima (o capas de vulnerabilidad, como lo refiere Florencia Luna¹⁸), pero no puede ser determinante a la hora de la protección de la libertad sexual para negar a unos lo que se les concede a otros. No es la “capacidad de resistencia” el elemento constitutivo de la tipicidad objetiva del delito de abuso sexual, sino la falta de consentimiento de la víctima (que se presume en caso de incapacidad mental o de minoridad de 13 años).

Marco Ético

No existe duda que el aborto no punible plantea un conflicto de derechos: el derecho a la vida y a la salud de la mujer, así como su integridad personal, el ejercicio de su libertad sexual y sus derechos reproductivos, frente al derecho a la vida del feto. Conflicto de derechos que solo es susceptible de solución a través de la limitación de uno de los derechos en juego. En lenguaje bioético hablaríamos de “dilema”: dos o más opciones perfectamente válidas pero mutuamente excluyentes. En los casos de abortos no punibles o bien protejo el derecho de la mujer o bien protejo el derecho del feto, pero no puedo armonizarlos de manera de proteger ambos al mismo tiempo. Necesariamente debo optar por uno de ellos, ya que las propias circunstancias fácticas me impiden proteger ambos a la vez. Son casos en los cuales no existe solución posible, solo opciones. Es el mismo legislador quien, en 1921, resolvió legalmente la cuestión reconociendo una causa de justificación específica en los casos de los abortos terapéuticos y sentimentales, autorizando a la mujer a tomar una decisión autónoma cuando el embarazo ponga en riesgo su vida o su salud, o el mismo provenga de un atentado a su libertad sexual¹⁹.

En la relación asistencial se presentan dilemas éticos que inciden en la toma de decisiones, donde los límites entre lo posible, lo querido y lo debido son difusos y conflictivos. Estos dilemas se cimantan en la interacción entre los avances científicos y tecnológicos, por un lado, y los cambios sociales y culturales de una sociedad determinada, por el otro. El mundo actual se caracteriza por un pluralismo de valores morales, ideologías, creencias y principios, que imponen el respeto de la idiosincrasia y derechos de cada uno con independencia de las preferencias y valoraciones personales.

Desde tiempos inmemoriales la cuestión del aborto convoca discusiones y pasiones que plantean fundamentos diferentes y hasta opuestos, en

tanto parten de perspectivas morales, filosóficas, sociales, religiosas y culturales distintas.

La relación de confianza que debe existir entre los pacientes y el equipo de salud, en la cuestión que nos convoca, no parece establecerse en forma satisfactoria. La población femenina, en general, no parece encontrar en los médicos la oportunidad de contar con una segura y respetuosa confianza cuando se trata de la decisión de interrupción del embarazo. Las motivaciones por las cuales una mujer decide practicarse un ANP pueden ser múltiples y variadas, podemos o no acordar con ellas, pero siempre son y serán traumáticas y dolorosas, precisando en ese momento del apoyo profesional y humano que se le puede y debe brindar desde la Medicina.

Sin embargo, los profesionales suelen asumir una conducta paternalista que en forma explícita o implícita juzga la conducta de la paciente, anteponiendo en muchas oportunidades sus propios valores personales ante la situación planteada. Esta actitud repercute negativamente en los derechos de la mujer, quien muchas veces es puesta en la encrucijada de decidir poner en riesgo su vida o su salud realizándose la práctica en forma clandestina e insegura, o acudir al sistema de salud público donde muchas veces se buscará o bien disuadirla o bien obstaculizarla en el ejercicio de su derecho.

En la relación médico-paciente el principio moral de no hacer daño aparece como una primaria obligación de "no dañar". En tanto que la beneficencia, principio moral que ha regido la ética profesional médica desde el Juramento Hipocrático, obliga al médico a actuar siempre en bien del paciente, en ayudarlo a recuperar y mantener su salud física o psíquica, en evitarle daños y sufrimientos.

El giro copernicano actual respecto a estos dos principios es el reconocimiento de que quien debe decidir lo que corresponde al bien para el paciente es justamente el mismo paciente, de modo que el criterio beneficentista mantenido desde la tradición hipocrática no se puede sostener sin más. El paciente debe autorizarnos a actuar en su bien, y de acuerdo con lo que él, según sus preferencias y valores, considere beneficioso. Obviamente, este principio, como todos los derechos constitucionales, no es absoluto, y puede ser restringido en distintas circunstancias: en el caso de Pediatría, la negativa al tratamiento debe ser razonable, es decir respetar un adecuado balance riesgos/beneficios, y los subrogantes no pueden tomar una decisión que ponga en peligro o dañe la salud o la vida del niño²⁰. Por su parte, la Ley de Ejercicio de la Medicina sostiene que la negativa al tratamiento no debe tomarse en cuenta cuando se trata de pacientes alienados, en estado de inconsciencia, lesionados graves por causa de accidentes, tentativa de suicidio o de delitos (cfr. art. 19 inc. 3, Ley 17132). A su vez, la Ley de Derechos de los Pacientes, expresamente dispone

que no se requerirá el consentimiento informado en los casos de grave peligro para la salud pública o emergencia con grave peligro para la vida o la salud del paciente, y no fuera posible solicitarle su consentimiento informado o el de su subrogante (cfr. art. 9 Ley 26529).

El principio de no maleficencia nos exige tener el nivel de competencia y solvencia profesional para atender todos los requerimientos posibles del caso.

El deber de atender a una persona que está enfrentada a una decisión compleja, lleva a que demos la ayuda adecuada de modo que el sujeto se coloque en las mejores condiciones para decidir.

En cuanto al principio de autonomía, éste implica la congruencia de las decisiones de la persona con sus propios planes de vida, por ella misma libremente elegidos y sin sufrir coerción alguna. Según este principio, la persona debe tener conocimientos y entendimientos adecuados sobre la materia que va a decidir; la decisión debe ser coherente con sus valores, principios y creencias y no estar sujeta a coerción. En este sentido, la información debe ser brindada cumpliendo con el respeto a la autonomía, por lo que la misma no debe ser manipulada ni tergiversada ni ocultada a la paciente. Debe además cumplir con otra norma moral que está también en la base del respeto de las personas, de su autonomía, que es la del respeto por la veracidad.

Finalmente, en relación al principio de justicia, esto es la equitativa distribución y asignación de los recursos en salud, y de las cargas y beneficios del sistema sanitario, no hay duda que dispensar una adecuada atención médica en las situaciones de ANP, garantizando a la mujer la asistencia por profesionales competentes dentro de un ámbito de seguridad sanitaria y personal, cumple en realizar este principio.

No puede olvidarse que el aborto clandestino es la primera causa de muerte materna en edad fértil originada en las complicaciones propias de este tipo de práctica, existiendo además desigualdad en la distribución dentro de la población de esas muertes o morbilidades, siendo más frecuentes entre las usuarias del hospital provenientes de poblaciones carenciadas, económica y socialmente^{21,22}.

Por otro lado, no debe perderse de vista la población que asiste a nuestros nosocomios. Los niños suelen ser pacientes vulnerables por propia definición: se encuentran en plena etapa evolutiva y de desarrollo, buscando y asentando su personalidad. La adolescencia es una etapa de cambios, dudas y cuestionamientos, por lo que una situación de embarazo no deseado o de riesgo puede perturbar aún más ese equilibrio precario que el niño procura alcanzar. Es por ello que no debemos olvidar el rol que los profesionales de la salud estamos llamados a cumplir: proteger al paciente pero sin reemplazar su voluntad ni mucho menos imponer nuestro

criterio. Este desafío solo puede ser superado a través de un adecuado balance riesgo-beneficio: el principio de ponderación de bienes o intereses es aquél que nos servirá de guía a la hora de la toma de decisiones, teniendo en cuenta que el “mejor interés del paciente” (principio constitucional derivado del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) es aquél que mejor garantiza el ejercicio de los derechos individuales, es decir, aquél que mejor respeta su dignidad, en cuanto consideración y respeto al otro por el solo hecho de ser persona.

Contenido de los protocolos hospitalarios para la práctica de un Aborto No Punible

El objetivo del diseño e implementación de protocolos es garantizar el acceso libre, gratuito e igualitario a la práctica de un ANP en las condiciones previstas por la ley, en todas las instituciones de salud del país.

Los protocolos deberán reunir los siguientes requisitos mínimos:

- Contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante.
- Evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas.
- Eliminar requisitos que no estén médicamente indicados.
- Articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencias para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.
- Deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.

La Objeción de Conciencia

En cuanto a la objeción de conciencia, esto es el derecho que tiene todo individuo de sustraerse al cumplimiento de una obligación legal porque ella violenta sus más íntimas y personales convicciones, debe recalcar que la misma es de interpretación restrictiva, legal y personal. No puede nunca alegarse objeción de conciencia a nivel institucional. En

caso que un profesional manifieste su objeción de conciencia a realizar la práctica de un ANP, deberá referirse a la paciente en forma inmediata a otro profesional. De mediar urgencia o riesgo para la salud o la vida de la paciente, debe primar la atención de la mujer por sobre la objeción de conciencia. Además, la objeción de conciencia no podrá nunca alegarse para que el profesional se sustraiga a su deber ético y legal de brindar toda la información necesaria para garantizar la autodeterminación de la paciente y la toma de decisiones conforme los principios y valores del enfermo, ni para evadir su obligación asistencial de cuidar, atender y proteger al paciente.

La situación de la mujer embarazada adolescente

En este punto, nos encontramos con la necesidad de referirnos en particular al proceso de toma de decisiones cuando se trata de un paciente menor de edad. Y, previo a adentrarnos en el análisis específico de esta problemática, me veo en la obligación de hacer una aclaración/distinción: hablamos de consentimiento informado y no de asentimiento, ya que éste último (y que dejamos librado su uso exclusivamente al campo de la investigación en pediatría y de la participación de los niños como sujetos de investigación) se refiere a un acuerdo que manifiesta el titular del derecho (en este caso, el niño) con la decisión o curso de acción elegido por un tercero; mientras que el consentimiento refiere a una elección voluntaria e informada relacionada con la decisión asumida o el curso de acción seleccionado. Se afirma que el asentimiento demuestra respeto por el desarrollo de la autonomía del niño que aún no la ha adquirido, mientras que el consentimiento/permiso parental está destinado a proteger al niño de aceptar por sí mismo riesgos irrazonables²³. En el asentimiento, el niño no decide, sólo presta conformidad con la decisión tomada por un tercero (el médico y/o sus padres o representante legal). En el consentimiento informado, quien toma la decisión final es el niño, en base a la información completa, clara y precisa brindada por el profesional a cargo²⁴.

Existe consenso general que el concepto jurídico de capacidad no coincide necesariamente con el concepto bioético de competencia, cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud. Así, por ejemplo, una persona con incapacidad jurídica absoluta (un demente declarado tal en juicio, por ejemplo) puede tener sin embargo la competencia suficiente para participar en la toma de decisiones atinentes a su salud. Por su parte, un menor de edad (recordemos nuevamente que se considera niño todo ser humano menor a 18 años) puede ser competente en mayor o menor medida, atendiendo a su desarrollo psíquico y emocional, en otras palabras, de acuerdo con su grado de madurez en la situación concreta²⁵.

No debe olvidarse que tanto la edad como la

discapacidad mental son cuestiones de grado: una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación²⁶. Y es que la capacidad jurídica refiere a la aptitud para celebrar actos jurídicos, mientras que la competencia bioética pretende concretar el derecho personalísimo a la salud, el cual solo puede ser ejercido –en principio– por el propio titular y comprende las condiciones necesarias para que cada persona tome las decisiones en orden al cuidado de su salud conforme sus propios valores personales.

La jurisprudencia y doctrina referente en el tema han afirmado que un niño resulta competente para brindar un consentimiento válido para una intervención en particular si presenta suficiente comprensión e inteligencia que le permita entender plenamente lo que le ha sido propuesto. Muchos niños serán competentes si la información les es presentada de una manera apropiada y son respaldados durante todo el proceso de toma de decisión.

A tal fin, se han determinado los siguientes criterios para evaluar la competencia de un paciente²⁷:

- a) Ha expresado verbalmente y con claridad su elección.
- b) Ha demostrado suficientemente entender la información relevante que se le ha brindado.
- c) Se ha verificado su aptitud de valorar el significado de la información dada con relación a la integridad psicofísica, las probables consecuencias de la alternativa terapéutica solicitada, comprendiendo racional y lógicamente los riesgos y ventajas del acto médico.
- d) Se ha constatado su capacidad de razonar, habiendo ponderado la información de forma racional, con un pensamiento lógico, dando las razones objetivas o subjetivas que sustentan su decisión.

Este concepto de competencia del menor de edad para la toma de decisiones médicas se funda en la idea de que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de la mayoría de edad: “es justamente en su cuerpo que el espíritu se despierta más prontamente”²⁸.

Lo decisivo en este punto es la específica capacidad del menor en cada caso individual para discernir y juzgar las consecuencias de su decisión, aún cuando esto pueda tener implicancias negativas. No debe confundirse el conocimiento médico, en relación con el cual la superioridad del profesional resulta indiscutible, con el conocimiento de los intereses del menor, que pueden estar basados –al menos en una gran parte– en las preferencias y valores personales. Diferentes personas y familias pueden tener escalas de valores distintas, y el respeto por el pluralismo en materia de valores debe ponernos en guardia contra el paternalismo médico acrítico.

De todo lo hasta aquí referido pueden extraerse las siguientes notas distintivas²⁹:

- a) El consentimiento informado es un proceso a través del cual se exponen al paciente y su familia el diagnóstico y pronóstico de la enfermedad, así como el tratamiento que se considera adecuado y las posibles alternativas terapéuticas, con los riesgos y beneficios esperados, con la finalidad de que el paciente y su familia puedan adoptar la mejor decisión respecto al mismo. No es un mero formalismo ni se cumple con la simple firma de un formulario.
- b) El niño es persona, ergo posee dignidad, y – además– es sujeto de derechos, aún cuando se presume que se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad por lo que requiere de protección y cuidado por parte de los adultos. Esto quiere decir que como tal no sólo resulta titular de derechos sino que, en determinadas condiciones y circunstancias, puede ejercerlos por sí.
- c) La competencia bioética no es sinónimo de capacidad civil, si bien la ley presume que todo aquél que es capaz civilmente resulta competente desde el punto de vista bioético. Supone la habilidad de toda persona para adoptar las decisiones que considere más convenientes en orden al ejercicio de sus derechos personalísimos a la vida y a la salud.
- d) El concepto de competencia no es estanco sino que responde a un proceso que se va desarrollando a través de distintas etapas evolutivas de la vida, por lo que debe apreciarse dinámicamente y ser evaluado en cada caso concreto conforme las circunstancias particulares del paciente, sus relaciones familiares, la gravedad de la patología, su diagnóstico y pronóstico, el tipo de tratamiento propuesto y las diversas alternativas al mismo.
- e) Resulta médica y éticamente correcto, además de legalmente imperativo, involucrar al niño en la toma de decisiones que hacen a su salud y su vida, teniendo en cuenta su madurez y comprensión. Debe tenerse en cuenta que el menor de edad tiene derecho a ser un actor en cuanto lo involucra, cuando están en juego sus derechos personalísimos, y no a ser un mero espectador o convidado de piedra en un mundo de adultos que deciden sobre su cuerpo, su salud y su vida.
- f) En caso de conflicto entre el médico, la familia y el paciente, debe tenderse siempre a procurar consenso, despejando miedos, dudas y prejuicios. Sólo como última y excepcional instancia, y una vez agotados todos los medios para obtener acuerdo, podrá recurrirse a la intervención judicial.
- g) El paciente y/o sus padres pueden negarse a aceptar determinado tratamiento. Sólo podrá desafiarse tal negativa, cuando la misma sea irrazonable e injustificada y ponga en riesgo la vida del paciente.

- h) En caso del consentimiento brindado por un subrogante, basta la opinión de uno solo de los padres del paciente, a menos que el médico conozca la negativa del otro.
- i) El Comité de Ética puede resultar un mecanismo idóneo al cual acudir frente a estos conflictos, intentando contribuir a alcanzar una decisión que mejor refleje los intereses del niño y aquello que resulte mejor para el paciente.

Entendemos que en cuanto a la edad en que se adquiere la competencia en los niños, teniendo en cuenta que un niño/a de 13 años puede brindar su consentimiento para mantener relaciones sexuales con alguien de su misma edad, parecería justo y adecuado tomarlo como límite (no estanco sino meramente indicativo) inferior a partir del cual se presume que el niño/a es competente desde el punto de vista bioético. Por debajo de los 13 años, se adoptaría un símil de la cláusula "Gillick Competent", que podríamos llamar como "Doctrina del Menor Maduro": si el niño/a, a juicio del equipo tratante, presenta suficiente madurez para comprender su estado de salud, las alternativas propuestas, el tratamiento indicado, y los riesgos y beneficios de cada una de las opciones, debe ser considerado competente, ergo, debe poder prestar su propio consentimiento informado. Sin embargo, aún en aquellos casos en que el menor no fuera bioéticamente competente, debe tenderse a favorecer e incentivar su participación en todo lo relacionado con su salud y cuidado³⁰. Tal solución halla sustento normativo en las disposiciones del art. 4 inc. h) Ley 153 (Ley Básica de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), art. 12 Convención de los Derechos del Niño; art. 24 Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, art. 39 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; art. 19 CN. Destacamos un dato no menor, que los arts. 24 inc. b) y art. 26 del Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial adoptan y refrendan la postura que se ha relatado.

De todo lo expresado, se concluye que se debe requerir el consentimiento informado de la paciente a los fines de la realización de un ANP, que es la manifestación libre y voluntaria de una persona que solicita y consiente someterse a determinada práctica una vez que recibió información clara, precisa y completa sobre sus derechos, los procedimientos, los riesgos y los efectos para su salud y su vida, y las alternativas terapéuticas. En tanto simple acto lícito, constituye un ejercicio de la propia autonomía personal. En los casos de niñas y adolescentes, se aplicarán los principios de la doctrina del menor maduro o autonomía progresiva, la cual dispone que los menores de edad deben participar en la toma de decisiones concernientes a su salud conforme su grado de madurez, comprensión y discernimiento. A tal fin, se tomará como límite etario indicativo la edad de 13

años, a partir de la cual se puede considerar que un niño es bioéticamente competente para la toma de decisiones médicas. Por debajo de esa edad, o aún cuando el niño haya superado la misma pero a juicio del equipo tratante el mismo no sea lo suficientemente maduro para tomar por sí la decisión, se requerirá la asistencia de los padres, tutores o encargados para acceder a la práctica del aborto. La presencia de uno solo de los padres es legalmente suficiente. Sin perjuicio de ello, deberá hacerse saber a la paciente competente para consentir la conveniencia de la participación de sus padres o adulto de confianza que la acompañe y contenga en estas situaciones, durante todo el proceso de toma de decisiones.

Debe recordarse que las adolescentes son, por principio, bioéticamente competentes para brindar su consentimiento informado y por lo mismo deben ser apropiadamente informadas acerca de todos los aspectos relativos a los ANP, a los fines de tomar una decisión, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la CN.

En todos los casos, deberá respetarse el deber de confidencialidad y secreto profesional para con la paciente, ofreciéndole un ámbito de contención y acompañamiento desde el equipo de salud involucrando a aquellos adultos que la adolescente sienta como sus referentes.

CONCLUSIONES

No existe duda que el aborto (punible o no punible) es un tema arduo y nunca zanjado. Despierta pasiones encontradas, disputas y enojos. Pero también es cierto que *Nihil novum sub sole*³¹: desde 1921 que nuestro CP contempla los abortos no punibles, es decir desde hace más de 90 años. El fallo de nuestra Corte Suprema solo vino a recordarnos la doctrina imperante, la interpretación jurídica correcta de la letra de la ley. Y aún si por vía de hipótesis el art. 86 de nuestro Código Penal desapareciera, no hay duda que el estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3 CP) que establece que no resulta punible la acción de una persona que actúa con la finalidad de salvar un bien de mayor jerarquía frente a un bien de menor entidad, produciendo un daño a este último, abarcaría exactamente los mismos supuestos que hemos analizado en el presente trabajo. A mayor abundamiento, la Guía del Ministerio de Salud tampoco creó nada nuevo: simplemente se limitó a esclarecer el marco de actuación del profesional de la salud en aquellos casos ya previamente regulados por el CP, en su art. 86.

No es una cuestión de bandos a favor o en contra. No hay duda que la decisión de practicar un aborto –cualquiera sea el motivo- es emocionalmente costosa y personalmente penosa. Es cierto que nuestro legislador podría haber optado por la opción

contraria: dar preeminencia al derecho a la vida del nasciturus frente a la vida, salud y autonomía de la madre. Pero la realidad es que el fiel de la balanza, en la evaluación de los derechos e intereses en juego se inclinó por proteger con mayor intensidad la decisión de la mujer en esos casos excepcionales legalmente contemplados.

Resulta claro que el legislador podría haberse decantado por la protección de la vida del feto, cercenando el derecho a la vida, a la salud y a la integridad sexual y reproductiva de la mujer. Pero también es evidente que ha sido el propio legislador quien, en 1921, resolvió legalmente la cuestión reconociendo una causa de justificación específica en los casos de los abortos terapéuticos y sentimentales, autorizando a la mujer a tomar una decisión autónoma cuando el embarazo ponga en riesgo su vida o su salud, o el mismo provenga de un atentado a su libertad sexual.

El derecho no puede ni debe imponer conductas heroicas. Aquella mujer que aún a riesgo de su vida o de su salud, o aún a pesar de haber sufrido un ataque a su libertad sexual decide continuar con el embarazo en esas condiciones, merece la protección y acompañamiento del Estado, y la admiración de todos nosotros. Por contraposición de actitudes, aquella mujer que decida -en esas mismas circunstancias- privilegiar su vida o su salud, o su propia integridad cuenta con el reconocimiento legal y constitucional de su decisión autónoma, garantizándole que podrá ejercer la misma en un marco de legalidad y seguridad (no sólo jurídica sino, fundamentalmente, personal) y que nadie, ni terceros en general, ni jueces ni médicos en particular, tienen derecho a cuestionar ni obstaculizar su decisión³².

Quienes trabajamos en el campo de la salud, y en especial en Pediatría, tenemos un gran desafío frente a nosotros: no sólo respetar y acompañar la decisión del paciente y de su núcleo familiar, sino incentivar y apuntalar la toma de decisiones en quien -por propia definición- es pluri-vulnerable: por su propia enfermedad, por su edad, por la angustia y temores que su propia condición sustenta, porque su personalidad se encuentra en pleno desarrollo y crecimiento. Ponerse en los zapatos del otro, tal como la Ética del Cuidado nos enseña, no significa asumir ni compartir la misma conducta que nuestro paciente, sino admitir que el otro, no necesariamente nosotros, puede optar por un curso de acción que no acordamos, pero que conforme sus propios valores y principios, es el adecuado para esa persona en particular en esa única e intransferible experiencia vital.

REFERENCIAS

1. Ministerio de Salud de la Nación. Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles. Pág. 9.
2. Finochietti María Dolores. "El delito de aborto en nuestra legislación penal".
3. Soler Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Ed. L.L. Nov. 1945.
4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 23/81, "Baby Boy" y discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos.
5. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Observaciones Finales del Comité. CCPR/CO/70/PER; Observaciones del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/00; Irlanda, 24/7/00, A/55/40; Gambia, 12/8/04, CCPR/CO/75/GMB; Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4, 22/3/10.
6. Comité de Derechos Humanos, CCPR/101/D/1608/2007, 29/3/11; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, 21/6/10, CRC/C/ARG/CO/3-4.
7. CSJN Fallos 323:3229.
8. Ciruzzi María S. "La selección embrionaria: cuando la justicia prohíbe aquello legalmente permitido". Microjuris. MJ-DOC-5654-AR.
9. Ciruzzi María S. op.cit. ver cita (8).
10. Ciruzzi María S. op.cit. ver cita (8).
11. DA SILVA, José A.: "Curso de Direito Constitucional Positivo", 20ª edição, p. 196, Malheiros Editores, 2001.
12. Ciruzzi María S. op.cit. ver cita (8).
13. Ciruzzi María S. op.cit. ver cita (8).
14. CSJN. "F.A..L. s/ medida autosatisfactiva" Fallo 13/3/12.
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Fernández Ortega vs. México", sentencia del 30 de Agosto de 2010, apartados 124 y 194.
16. CIDH Caso Loayza Tamayo v. Perú, fondo, sentencia del 17/9/1997, Serie C N°33, #3. Informe 5/96, Caso N° 10970, Raquel Martí de Mejía, Perú, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.LV/II.91 Doc.7 en 157. CIDH Caso N° IT-96-21-T, Sentencia, párr. 476, 16/11/1998. ICTY, Prosecutor v. Anto Furundzija, sentencia 10/12/1998, párr. 163. Naciones Unidas, E./CN.4/1986/15, párrs. 119 y 431. Informe N° 129/99, Caso 11565, Ana Beatriz y Celia González Pérez, México, 19/11/1999, Informe Anual de la CIDH, 1999, OEA/Ser.LV/II.106doc.3 rev.#51-52.
17. CSJN "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva". 13/3/2012. Considerando 25.
18. Luna, Florencia: "Vulnerabilidad: la metáfora de las capas", Jurisprudencia Argentina, IV, Fascículo N° 1, 2008.
19. Ciruzzi M.S. "El pronunciamiento de nuestro superior tribunal en autos "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva": no hay mal (judicialización) que por bien (protección de derechos constitucionales) no venga". Microjuris. MJ-DOC-5773-AR. MJD5753. 12/4/12.
20. Tal fue la doctrina asentada en "Prince vs. Massachusetts", 321 U.S. 158 (1944), donde la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó la máxima que "los padres no pueden hacer mártires de sus hijos" y que el ejercicio de la patria potestad supone actuar en defensa, protección y reafirmación de los derechos del niño y no para su vulneración.
21. Globalmente, se estima que 46 millones de embarazos finalizan en un aborto inducido cada año y que casi 20 millones son inseguros. Asimismo, alrededor del 13 % de todas las muertes maternas se deben a complicaciones de abortos inseguros. Además de las 70.000 mujeres que mueren por año, decenas de miles sufren consecuencias a largo plazo, incluyendo infertilidad. (cfr. "Aborto sin riesgos". Guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Organización Mundial de la Salud, 2011).
22. En Argentina, mueren alrededor de 100 mujeres por año a consecuencia de complicaciones de abortos inseguros y estas complicaciones representan la primera causa de muerte materna. Las estimaciones recientes indican que ocurren 460.000 abortos inducidos al año. (cfr. "Información básica 2005. Dirección de Estadísticas e Información de salud". Buenos Aires, Ministerio de Salud de la Nación, 2006. Y Pantelides E. & Mario S. "Estimación de la magnitud del aborto inducido, resumen ejecutivo". 2007. Disponible en <http://www.cedes.org/areas/salud-es/index.html>.
23. Canadian Paediatric Society and Bioethics Committee, 2004.
24. Ciruzzi María S. "La autonomía del paciente pediátrico: ¿mito, utopía o realidad?". Ed. Catedra Jurídica. Bs.As. 2010.
25. Ciruzzi María S. op.cit. ver cita (24).
26. Ciruzzi María S. op.cit. ver cita (24).
27. Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médico-Sanitarias y Bioéticas del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. En "C.J.A. y otra s/ Solicitan Autorización". Villa Dolores, Córdoba, 21/9/07.
28. Cornu Gerard. Prólogo a la obra de Duval-Arnould, Domitille "Le corps de l'enfant", París, LGDJ, 1994, p.XVI.
29. Ciruzzi María S. op.cit. ver cita (24).
30. Ciruzzi María S. op.cit. ver cita (24).
31. "No hay nada nuevo bajo el sol" (Eclesiastés, 1.9).
32. Ciruzzi María S. op.cit. ver cita (24).

ANEXO NORMATIVO

Artículo 19 Constitución Nacional

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

Pacto San José de Costa Rica (Convención Interamericana de Derechos Humanos)

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 4 inc. h) Ley 153 CABA (Salud Básica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) (reglamentación)

Inc.3) Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamientos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiera atención en un servicio de salud, está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos).

Inc. 5) Cuando el paciente no esté en condiciones de comprender la información suministrada, el consentimiento informado podrá ser otorgado por su cónyuge, cualquiera de sus padres, o representante legal, si lo hubiere. En ausencia de ellos, también podrá prestar el consentimiento informado su pariente más próximo o allegado que, en presencia del profesional, se ocupe de su asistencia. El vínculo familiar o la representación legal en su caso, será acreditado por la correspondiente documentación. En los supuestos de urgencia, a falta de otra prueba, podrá prestarse declaración jurada al respecto. El manifestante, en este supuesto, quedará obligado a acompañar dentro de las 48 horas la documentación respectiva. Solo en caso de negativa injustificada a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del paciente, por parte de las personas mencionadas, se requerirá autorización judicial.-

Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial

Art. 24. Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a. La persona por nacer.
- b. la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2º de este capítulo.
- c. la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Art. 25. Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió TRECE (13) años.

Art. 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuente con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que los adolescentes entre TRECE (13) y DICECISÉIS (16) años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o esté en riesgo la integridad o la vida, los adolescentes deben prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Convención de los Derechos del Niño

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 12

Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño.

Artículo 24 Ley 26.061 (Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes)

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que los conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes, entre ellos, al ámbito estatal, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.-

Artículo 39 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes.

Código Penal Argentino

Art. 34) No son punibles:

3º. el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

Art. 85) El que causare un aborto será reprimido:

- 1º. con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;
- 2º. con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevara a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Art. 86) Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior 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.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer

Artículo 2

Los Estados Parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a. Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d. Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e. Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo 3

Los Estados Parte tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Artículo 5

Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a. 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;
- b. Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 6

Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

Artículo 7

Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a:

- a. Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b. Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c. Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Artículo 8

Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.

Artículo 9

1. Los Estados Parte otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.
2. Los Estados Parte otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Artículo 10

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a. Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;
- b. Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad;
- c. La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza.
- d. Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;
- e. Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible la diferencia de conocimientos existentes entre el hombre y la mujer;
- f. La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;
- g. Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;
- h. Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.

Artículo 11

1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:
 - a. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
 - b. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;
 - c. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;
 - d. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;
 - e. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
 - f. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Parte tomarán medidas adecuadas para:
 - a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;
 - b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;
 - c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
 - d. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.
3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Artículo 12

1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Parte garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Artículo 13

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a. El derecho a prestaciones familiares;
- b. El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero;
- c. El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

Artículo 14

1. Los Estados Parte tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales.
2. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:
 - a. Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles;
 - b. Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;
 - c. Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;
 - d. Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica;
 - e. Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;
 - f. Participar en todas las actividades comunitarias;
 - g. Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento;
 - h. Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

Artículo 15

1. Los Estados Parte reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estados Parte reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Parte convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.
4. Los Estados Parte reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

Artículo 16

1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
 - a. El mismo derecho para contraer matrimonio;
 - b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
 - c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
 - d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
 - f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
 - h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.
2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención de Belem do Pará **Artículo 4**

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación.