

Título: **Aborto legal: derecho, deberes y delito**

Autor: **Deza, Soledad**

Publicado en: **LA LEY 20/02/2020, 20/02/2020, 4**

Cita Online: **AR/DOC/3944/2019**

Sumario: I. Introducción.— II. Estado garante de la salud y funcionarios públicos responsables.— III. Protocolos, guías y los obstáculos en el discurso jurídico.— IV. Cuando abortar es un derecho, la prestación sanitaria es un deber.— V. Obligaciones y transgresiones: el nudo del incumplimiento médico.— VI. Se tenía que decir y se dijo: negar un aborto legal es delito.— VII. La responsabilidad de los directores y directoras.— VIII. Aborto y violencia contra las mujeres.— IX. Conclusiones para seguir pensando.

(*)

I. Introducción

El caso de Cipolletti es uno de tantos que se dan en las provincias cuando una mujer con derecho a abortar concreta una consulta de salud, encuentra barreras médico-burocráticas del sistema de salud pública —algunas genuinas e involuntarias, otras objetoras y maleficientes— y termina convertida en madre por voluntad de otros/as y en contra de su voluntad.

El escenario es similar al de una partida de ajedrez: de un lado, profesionales comprometidos/as con los derechos, derivaciones legales y documentación clínica en regla; y, del otro lado, profesionales irrespetuosos de los derechos, objeción de conciencia encubierta y omnipotencia médica. Un equipo hará todo lo posible —y más— para que la usuaria sea verdaderamente autónoma, poniendo a su servicio las alternativas terapéuticas que el sistema brinda en cada localidad, con sus limitaciones, pero en el marco de una prestación regular de servicios; y el otro equipo hará también todo lo posible —y más— pero en sentido contrario, para imponer un plan de vida heterónimo, en el que la posibilidad de abortar es reemplazada por la maternidad forzada o el aborto inseguro.

Una sentencia que condena a un profesional que fingió ser objetor e intentó justificar así el daño a su paciente es una sentencia que pone las cosas en su sitio dentro de esa partida de ajedrez, en la que, una vez iniciada, no gana nadie y pierde siempre la mujer. Y es esperanzadora, porque la condena a ese médico que maltrató desde la función pública pone en jaque prácticas propias de un modelo médico hegemónico donde no caben el autogobierno reproductivo y la libertad sexual.

II. Estado garante de la salud y funcionarios públicos responsables

Si bien el fallo aclara que el incumplimiento de deberes que sustenta la condena tiene base en la ley provincial de Río Negro que regula el acceso a los abortos por causales que habilita el Código Penal, cabe destacar que, más allá del marco normativo local con que cada provincia regule el acceso a la interrupción legal de embarazo (ILE), los médicos o médicas que brindan asistencia sanitaria en instituciones públicas encuentran sus deberes de funcionarios estipulados de múltiples formas, tanto en las leyes nacionales que rigen su ejercicio profesional como en aquellas que regulan la calidad de atención reconociendo derechos a las pacientes y obligaciones a los/as profesionales, y también en el cuerpo deontológico que proyecta los deberes éticos al campo de la praxis sanitaria.

Sostener lo contrario, es decir, pensar que los deberes médicos se rigen exclusivamente por leyes especiales dictadas en relación con una patología o enfermedad puntual o por protocolos elaborados para estandarizar buenas prácticas clínicas para situaciones específicas, nos llevaría por vía del absurdo a afirmar que, de no existir una normativa especial que regule la atención de la diabetes —sólo por dar un ejemplo—, entonces no habría obligaciones sanitarias frente a una consulta sobre esta patología ni derechos para quien consulta porque la padece. Aplicado este razonamiento a la atención clínica de los abortos permitidos por la ley, ello implicaría validar que en aquellas jurisdicciones provinciales donde no se sancionó una ley equiparable a la ley 4796 de Río Negro, en aquellas donde no se dictó un protocolo propio o donde no existe una adhesión formal al Protocolo [\(1\)](#) elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación, los/as efectores/as públicos carecerían de la obligación de garantizar una ILE, y las personas gestantes, del derecho a exigirlos.

De habilitarse esta disección territorial de la obligación estatal de garantizar el acceso a la salud se estarían avalando indirectamente distintos estándares de atención sanitaria basados en criterios irrazonables, como son el lugar de nacimiento de una persona o el lugar donde reside habitualmente, olvidando así que, si bien respecto del derecho a la salud existen competencias constitucionalmente delegadas por el Estado Nacional a las provincias, ello jamás puede autorizar que se perfore un piso mínimo de garantía en materia de salud, que es fijado desde la Nación.

A ello debe agregarse que la salud es un derecho humano y que, como tal, el Estado se ha obligado a

garantizarla, asegurarla y protegerla en todo el territorio. Ello implica reconocer que la preservación de la salud integral de una persona, definida por la OMS como "el estado de completo bienestar físico, psíquico y social" (2), es un compromiso internacional que la Argentina ha tomado respecto de toda la población—independientemente de dónde viva— y que cumplimenta esta obligación de atención sanitaria a través de sus funcionarios públicos.

El Estado es un ente ideal, una construcción ficcional necesaria para legitimar el ejercicio del poder político y, como persona jurídica de existencia ideal, se manifiesta en los hechos, exterioriza su voluntad política y lleva a cabo sus acciones de gobierno a través de sus funcionarios públicos. Desde el derecho público prevalece el criterio jurisprudencial que atribuye al ente ideal o persona jurídica —el Estado— todo ejercicio de la función de sus órganos, sea legítimo o ilegítimo; siempre que el/la agente concrete la ejecución de las tareas a su cargo, dentro de sus límites y objeto, sean bien o mal ejercidas, "con fidelidad o sin ella" (3), incluso en un cumplimiento "defectuoso" (4), igualmente son imputables al Estado. De allí la importancia de que el Estado vele, a través de una implementación de políticas claras, por el cumplimiento de las obligaciones comprometidas hacia la población, entre ellas, la salud o el acceso a la atención sanitaria.

Y de allí también que, al ser el Estado garante del acceso a la atención sanitaria, tiene la obligación impostergable de supervisar el uso y abuso de la objeción de conciencia, que viene siendo una herramienta trastocada por los conservadurismos religiosos y utilizada para agredir a terceros, en vez de para defender la indemnidad de la propia conciencia. En el fallo "Amante, Leonor" (5), la Corte Suprema estableció que "quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso, de asistencia a la salud de la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular [...]. Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en forma directa ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad".

Sobre la importancia de la función pública de los agentes en materia de salud pública, en el fallo "Brescia, Noemí L." (6), la Corte expresamente señaló: "Que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor". Y en el fallo "Ledesma, L. c. Provincia de Santiago del Estero" (7) sostuvo: "El hospital público es, pues, una consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado —en el caso, el provincial— la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud (arts. 14 bis, 33 y 75, inc. 22, de la CN)".

La Corte Suprema, en el caso "F. A. L." (8), no solamente sentencia que el Estado es garante del acceso a la salud pública en casos de abortos legales, sino que se pronuncia también sobre la calidad de la atención sanitaria que debe estar disponible en estos casos: "Que 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, aun 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" (9) (el destacado me pertenece).

La responsabilidad estatal en la garantía de la ILE puede ser concurrente con la responsabilidad personal —administrativa, civil o penal (10)— del funcionario público que predisponga obstáculos para que la prestación no sea "rápida, accesible y segura". Y eso es precisamente lo que resuelve la sentencia que se comenta: que cuando hay derecho a abortar, hay deber público de poner a disposición la prestación, y cuando se incumple ese deber, hay un delito.

III. Protocolos, guías y los obstáculos en el discurso jurídico

En el fallo "F. A. L." la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) introduce, como dispositivo para garantizar cierto nivel de atención en abortos permitidos por la ley, los protocolos o guías médicas, y exhorta a cada provincia a que dicte estos instrumentos "a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos" (11). Sin embargo, el incumplimiento de algunas provincias en su dictado y el carácter restrictivo con que se han puesto a funcionar en otras operan como un obstáculo más —sumado a tantos otros obstáculos de tipo cultural— que las mujeres deben superar para ejercer el derecho a abortar en casos permitidos por la ley.

Quizás por desconocimiento o quizás por conveniencia, el impacto que tienen los denominados "protocolos" o "guías médicas" en materia de aborto es monumental, al punto tal que en ocasiones se incurre en el error de entender que tienen rango legal y que hasta pueden reglamentar derechos. Para comprender cómo pueden y cómo no pueden funcionar válidamente este tipo de instrumentos, viene al caso analizar cuáles son las potencialidades y limitaciones que les otorga el mismo Ministerio de Salud de la Nación, que es quien ha previsto estas herramientas para su organización.

En octubre de 2006 se dictó la res. 1606/2006, que aprueba el documento de "Estandarización de procesos asistenciales" con el objetivo de gestionar un cambio cultural que permita estandarizar los conocimientos profesionales, mejorar la calidad de atención de la salud y reducir así los riesgos y los costos en materia de salud. Las guías médicas son "enunciados o recomendaciones desarrollados para asistir al profesional y al paciente acerca de las decisiones de la atención médica apropiada para circunstancias clínicas específicas". Los protocolos son el producto de un acuerdo entre expertos/as y "contienen una secuencia de actividades que se deben desarrollar sobre grupos de pacientes con patologías determinadas en un segmento limitado o acotado del dispositivo asistencial. Definen el manejo de cuidado de los pacientes para situaciones específicas (p. ej., Protocolo para sondados)". Luego están los algoritmos, que a modo "de diagrama de flujo o árbol de decisiones prevé una rápida referencia visual para responder a una situación (p. ej., Cuidados críticos)". El punto II, apart. e), de la resolución ministerial aclara que las guías "carecen de obligatoriedad normativa", mientras que los protocolos "tienen carácter normativo" y "rigidez de aplicación" —indica en el punto II, apart. f)—.

Ahora bien, sobre el carácter normativo de la "Estandarización de procesos asistenciales", el punto II.J de la resolución ministerial 1606/2006 señala que "Desde el campo del derecho cuando se hable de una norma, estamos hablando de un instrumento que regula y existe obligación en su cumplimiento". Sin embargo, explica que en el sector salud las llamadas "normas de atención" "constituyen un antiguo atributo de los servicios de salud. Las mismas se han gestado fundamentalmente a través del consenso de expertos y la revisión bibliográfica y no necesariamente valorando el adecuado nivel de evidencia científica. Habitualmente se expresa que son indicativas y no de cumplimiento obligatorio". Y luego aclara en una nota a pie que "el Programa de Nacional de Garantía de la Calidad de Atención Médica sólo se refiere a normas cuando habla de organización y funcionamiento de los servicios, no en los procesos asistenciales".

La normativa que da origen a este tipo de dispositivos de organización institucional de la atención sanitaria es clara respecto de sus potencialidades —unificar la atención clínica frente a ciertos eventos sanitarios, reducir los riesgos y los costos, mejorar la calidad y optimizar el funcionamiento asistencial— y también de las limitaciones, cuando establece que sólo serán obligatorias para organizar el funcionamiento; en lo demás, son orientativas. Cuando la Corte exhorta al dictado de estos instrumentos en el caso "F. A. L.", está instando a que cada provincia estandarice dentro de su propia estructura institucional de atención de la salud pública un proceso asistencial destinado a uniformar la atención clínica que se provee para abortos legales; al mismo tiempo, delinea algunos estándares que esa atención debe respetar para ser de calidad, resumidos bajo la obligación de "remover barreras" que obstaculicen su acceso.

En ningún momento la CS ha liberado federalmente una reforma del tipo penal del art. 86 que justifique la exigencia de requisitos no contemplados por el tipo penal —p. ej., peligro "grave"— o condiciones para la atención sanitaria que invalidan algunas de las causales —p. ej., la intervención de Comités de Ética—, restringiendo por vía administrativa el derecho a abortar. Tampoco la CS ha liberado federalmente a las provincias la potestad de modificar el sistema jurídico de capacidad/incapacidad civil de las personas para el acceso a la salud, cuya legislación está reservada al Congreso. Y tampoco el fallo "F. A. L." ha liberado federalmente la regulación/reglamentación del derecho fundamental a la libertad de culto, que es donde podría inscribirse la objeción de conciencia del personal de la salud.

Dotar a los dispositivos con base en los cuales el Estado se autoestructura y organiza para atender las demandas de salud de la población —protocolos o guías médicas— de rasgos normativos que no tienen es un error conceptual de derecho que puede llevar al absurdo de dotar a ciertas reparticiones públicas de la potestad legislativa que sólo está atribuida al Congreso. Pero este error, entiendo, no es ingenuo. Robustecer en el imaginario social la idea de un protocolo como puerta de acceso a la prestación médica del aborto forma parte

de una amplia estrategia desplegada desde hace décadas por sectores conservadores que pugnan políticamente en la escena social para impedir que se materialicen sanitariamente la contracepción y la anticoncepción (12), como parte de los derechos sexuales y reproductivos, y que lograron trastocar el exhorto de la CS hasta convertir a estos instrumentos administrativos en otro requisito, otro obstáculo, otra barrera, otra forma de disuadir a las mujeres que buscan abortar en un contexto de seguridad y atención médica de calidad.

Convalidar la idea de estos protocolos o guías médicas como "picaporte del aborto" —desde el discurso o desde la acción judicial para exigir su dictado o para cuestionar su contenido— equivale a sostener que el derecho a decidir abortar se "mude" desde el terreno de los derechos fundamentales hacia el terreno de la burocracia sanitaria estatal, enclave de "normalización" de vidas, donde el personal de la salud se erige como actor estratégico de la "biopolítica" (13) del maternaje como destino de todas las mujeres.

Si, frente a una situación concreta que vincula los derechos fundamentales de las mujeres y la práctica sanitaria, aceptamos circunscribir el análisis de la realidad exclusivamente al problema burocrático de la organización institucional que brinda o niega la prestación de salud, el derecho abdicaría en favor de un "fetichismo legal" (14) que se desentiende de la justicia reproductiva de género y que intenta neutralizar la discusión política que, aunque bregue por ocultarse, subyace a este formalismo legalista antiderechos.

Salud y gobierno del cuerpo —sea individual o social, como ocurre cuando se interviene sanitariamente sobre la población— es un binomio exitoso en términos de control social. Gobernar es administrar los conflictos, es regulación de confrontaciones, es dirección de adversarios, es articulación de vínculos, es recomposición de lazos y es también la estructuración de campos posibles de acción entre los actores sociales, unos respecto de otros (15). Crear barreras para dificultar el acceso al aborto legal es gobernar el cuerpo de las mujeres.

Gobernar el cuerpo de las mujeres es también indisponer en los hechos —por el motivo que fuera: falta de protocolo, falta de recurso, falta de insumos, etc.— la prestación sanitaria puntual. Gobernar el cuerpo de las mujeres es brindar información que no está basada en la evidencia y que enmascara la intención de disuadir de abortar. Gobernar el cuerpo de las mujeres es la falta de supervisión estatal sobre la planta de agentes estatales objetores/as de conciencia para impedir que violen los derechos de las pacientes. Gobernar el cuerpo de las mujeres es también la censura moral que permea —solapada o abiertamente— desde el personal de la salud la intimidad de la mujer; y, en general, gobernar el cuerpo de las mujeres es toda acción u omisión destinada a quitarles el dominio sobre sus cuerpos.

IV. Cuando abortar es un derecho, la prestación sanitaria es un deber

Así como los deberes médicos vinculados a la atención de la salud no salen de un protocolo ni de una guía, el derecho a abortar tampoco sale de allí.

El derecho a abortar o derecho a interrumpir un embarazo que proviene de una relación sexual forzada (art. 86, inc. 2º, del Cód. Penal) o es peligroso para la salud o vida (art. 86, inc. 1º, del Cód. Penal) no surge de una ley provincial ni de un protocolo nacional o provincial, sino que proviene del "principio de reserva" contemplado en el art. 19 de la Constitución argentina, que informa a nuestro sistema jurídico que en nuestro país "nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe", o lo que es igual: todo lo que no está prohibido está permitido.

El art. 86 del Cód. Penal, al excluir la punibilidad de los abortos en caso de abuso sexual y de los abortos terapéuticos —riesgosos para la salud o vida—, los colocó en el terreno de las opciones legales para cualquier persona gestante en esa situación. Y, como correlato de ese derecho, como el reverso de la misma trama, la prestación médica que asegure ese derecho a decidir no sólo será lícita (16), sino que deberá ser garantizada por el Estado, como cualquier prestación de salud, para que la autonomía reproductiva no sea letra muerta.

Esta sinergia legal entre legislación penal, principios constitucionales y derechos fundamentales posibilita que la decisión de abortar —bajo el sistema de permisos o causales— pase de ser un delito a ser un derecho; y al vincularse intrínsecamente autonomía, libertad y salud en cuestiones reproductivas, se imbrican el derecho a decidir con las obligaciones estatales de brindar asistencia sanitaria para que la autonomía no se vuelva ilusoria.

Si el Estado no se obligara a garantizar el acceso a la salud —entre tantos otros derechos sociales—, el derecho a abortar poco valdría para muchas personas que, al carecer de recursos materiales y simbólicos, encuentran acotadas sus posibilidades de autogobierno. Esta discusión se reedita cada vez que alguien dice: "despenalizado sí, legal no", respecto de la discusión de legalización del aborto por voluntad de la mujer, y ello deja así al descubierto que las objeciones que impugnan la soberanía reproductiva tienen más de financieras que de morales.

Entonces, frente a la duda siempre presente desde que se dictara el fallo "F. A. L." de si la existencia de un

protocolo restrictivo o directamente la inexistencia de un protocolo extingue el derecho a una ILE, la respuesta es negativa.

Lo mismo ocurre con las obligaciones sanitarias que contrae el Estado para asegurar el derecho a abortar, dado que ellas no se extinguen al no haber protocolo o ley provincial. Destaco una resolución dictada en Tucumán en el año 2013, en la cual se dejó establecido que "el deber de los médicos de impulsar o realizar este tipo de práctica desde el punto de vista médico y psicológico, se ciñe a normas generales de la práctica médica, entendidas desde el punto de vista de la prudencia con la que los profesionales de la salud se guían". Y se aclara que "la circunstancia de que no exista una guía de aborto no punible no es óbice para efectuar la operación, teniendo en cuenta que las pautas que eventualmente pudieran insertarse en un documento de tales características sólo serían sugerencias formuladas desde el propio sector público de la salud de la provincia de Tucumán" (17). Ahora bien, ¿cuál sería esa *lex artis*? (18): todo el plexo normativo que rige la relación médico-paciente que se entabla cada vez que se inicia una consulta que estructura la atención de la salud y todo el plexo normativo —legal y bioético— que sirve de guía rectora para las buenas prácticas en el ejercicio de las profesiones de la salud.

Desde una primera óptica, la de la relación médico-paciente, la *lex artis* que resulta aplicable para toda consulta por aborto es la ley 26.529 (19), que regula los derechos de los/as pacientes o usuarios/as como "sujeto que requiere cuidado sanitario" (20). Se denomina relación médico-paciente al vínculo sanitario que se inicia entre un/a usuario/a del servicio de salud —"paciente" para la ley— y un/a profesional a propósito de cualquier consulta relacionada con la salud o que precisa de una práctica sanitaria. Es muy importante que el imaginario social inscriba definitivamente en el campo sanitario la consulta de ILE como una consulta de salud que asegura, al igual que cualquier otra consulta de salud: el respeto por la autonomía (21); el resguardo de la intimidad y la confidencialidad (22); la obligación de brindar información (23) y asistencia (24) sanitaria y la obligación de que toda la consulta se realice acompañada de un trato digno y respetuoso (25) de las creencias y libre de toda violencia de género (26).

Éste fue, a mi entender, uno de los cambios de paradigma más significativos que encontramos en el caso "F. A. L.", donde la Corte, por primera vez, y luego de analizar la convencionalidad y constitucionalidad del derecho a decidir, coloca el aborto en el marco de la relación médico-paciente, refiriéndose expresamente a las obligaciones profesionales del personal de la salud y marcando los lineamientos que permiten establecer un piso en la calidad de atención sanitaria debida.

En cuanto a la obligación genérica de no dañar, contenida en el anterior Código Civil de la Nación en el art. 1109, el nuevo texto legal consagra la función preventiva de la responsabilidad e impone un deber de prevención del daño que pesa sobre todas las personas para evitar daños injustificados o bien para no agravar los daños ya existentes, si éstos ya tuvieron lugar (art. 1710, Cód. Civ. y Com.). Pensemos que cuando un profesional de la salud niega a una usuaria una prestación médica lícita sin justificación terapéutica para ello, o bien sin hacer la derivación correspondiente para que otro profesional garantice el acceso a la salud, ocasiona inmediatamente un daño en el ámbito civil. En este sentido, cualquier acción —medicar para detener una alternativa terapéutica en curso, como en el caso que se comenta— u omisión —negar una prestación lícita sin asegurar la derivación respectiva— que causa un daño a otro es antijurídica, si no está justificada (conf. art. 1717, Cód. Civ. y Com.). Señala Sandra Wierzbica (27) que un/a profesional de la salud actúa en forma antijurídica cuando transgrede lo pactado, pero también lo hace si infringe lo dispuesto en una norma que establece un deber profesional específico, sea que ésta provenga del ámbito legislativo o del médico, sea una disposición de alcance general o ante la violación del deber genérico de no dañar, que se evidencia con la producción de un daño injusto a un paciente. Y a esta obligación genérica debe adicionarse la responsabilidad profesional específica que se estructura detrás de los arts. 1724 y 1725 para quienes, contando con ciertos conocimientos —p. ej., especialidad—, deben extremar sus obligaciones de cuidado en virtud de sus saberes para no incurrir en negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia de los reglamentos.

La praxis médica también está atravesada por obligaciones éticas. La bioética principialista enseña que existen principios que deben guiar la atención de la salud. El principio de autonomía impone la obligación de respetar las opiniones y elecciones de los pacientes, en tanto sujetos morales capaces de actuar con conocimiento de causa y sin coacción. El respeto de la autonomía es central en cuestiones que involucran la decisión de abortar, porque reconoce la capacidad moral de las personas para autodeterminar su plan de vida. Y requiere a la vez de otros principios, como el de la equidad, que indicará poner atención a los "determinantes sociales" (28) (v.gr., etnia, orientación sexual, edad, etc.) que atraviesan a cada mujer, además del género. El principio de beneficencia indica al profesional extremar los posibles beneficios para la paciente y minimizar los riesgos. El principio de no maleficencia indica la obligación de abstenerse de actuar de forma dañina para la paciente. Y el principio de justicia impone imparcialidad en la redistribución de recursos en materia de salud (29)

Las obligaciones éticas integran la *lex artis* de los profesionales de la salud. En el caso "Brescia, Noemí L." (30), la Corte Suprema indicó que pesa sobre los/as agentes públicos/as "el deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de Ética Médica, el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra. Es, precisamente, respecto de dichos ordenamientos particulares que atañen a los profesionales del arte de curar, que esta Corte ha señalado que no cabe restringir su alcance ni privarlos de toda relevancia jurídica, sino que se impone garantizarles un respeto substancial para evitar la deshumanización del arte de curar, particularmente cuando de la confrontación de los hechos y de las exigencias de la conducta profesional así reglada, podría eventualmente surgir un juicio de reproche con entidad para comprometer la responsabilidad de los interesados".

Y si la atención sanitaria tiene lugar en un hospital público, responderá, además de cada profesional de la salud, el Estado provincial y nacional por ese accionar lesivo de derechos (31). El Comité de Derechos Humanos (CDH) emitió un dictamen haciendo lugar a la violación de derechos reclamada (32), y el Estado argentino, en una histórica jornada de derechos, pidió disculpas públicas por haber negado un aborto permitido por la ley (33), entre otros actos de reparación a los que fue condenado.

V. Obligaciones y transgresiones: el nudo del incumplimiento médico

El caso "F. A. L." indicó "que es necesario advertir a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados a una situación contemplada por el art. 86, inc. 2º" (34). Encontrándose hasta acá claro que el aborto por alguna de las causales del art. 86 del Cód. Penal es una opción legal, que una ILE es una prestación médica lícita, que quien exige un aborto permitido por la ley ejerce un derecho y que el/la profesional que inicia una relación sanitaria a propósito de una consulta de este tipo tiene deberes, repasemos las formas más usuales en que se transgreden estos deberes.

— Deber de brindar información sanitaria [arts. 2º, inc. f), y 3º de la ley 26.529 y del dec. 1089/2012] (35): todo profesional de la salud tiene la obligación legal de brindar información sanitaria sobre las posibilidades médicas y legales para la toma de una decisión libre y verdaderamente informada ante una práctica médica legal de interrupción de embarazo. La consulta sobre el aborto legal, al igual que cualquier consulta médica, está sujeta a los mismos derechos y obligaciones. Quien consulta tiene derecho a ser informada sobre sus posibilidades y a recibir toda la información "de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos" (36). Rige la obligación para los centros de salud públicos y privados de "adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de los pacientes en materia de información sanitaria" (37).

Recibir información es tan importante que para prestar válidamente un "consentimiento informado" la ley exige que las pacientes hayan sido informadas correctamente (38). La información mínima que la mujer debe recibir incluye la disponibilidad de la ILE como alternativa terapéutica lícita para un embarazo producto de una relación sexual forzada o un embarazo que pone en peligro la vida o la salud; y además los cursos de acción terapéutica mediante los cuales puede concretarse esa interrupción, lo cual incluye todos los métodos "recomendados" (39) por la OMS: aborto farmacológico, AMEU o legrado quirúrgico, este último sólo cuando circunstancias especiales lo justifiquen, dado que está desaconsejado por la OMS. Estas alternativas terapéuticas deben ser informadas, aclarándose las ventajas y desventajas de cada una, sus riesgos, el procedimiento mediante el cual opera cada una y la indicación que sugiere el/la profesional para el caso puntual, con justificación en la evidencia científica y de forma clara, completa, fidedigna y accesible para las competencias de quien consulta, tal como indica el art. 3º de la ley 26.529.

— Deber de respetar la autonomía [art. 2º, inc. e), de la ley 26.529 y dec. 1089/2012]: la paciente es soberana sobre los procesos biológicos que ocurren en su cuerpo y "tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad". El respeto de la autonomía en una consulta de ILE se encuentra íntimamente ligado con la obligación de brindar información sanitaria. Sin información no hay libertad posible.

El consentimiento informado es prueba de la manifestación libre de voluntad respecto de una alternativa terapéutica escogida luego de recibir información. Y no se reduce a la firma de un documento en blanco o un formulario, sino que es un proceso que se inicia con la consulta y culmina con la elección de la usuaria de aquel curso de acción terapéutica que considera que se adecúa mejor a sus cosmovisiones y necesidades. Una forma de violar la autonomía es omitir poner a disposición esta documentación respectiva, brindar información falsa, exigir denuncias policiales o judiciales en casos de violencia sexual, recabar el consentimiento de representantes

legales cuando el art. 26 del Cód. Civil no lo exige —p. ej., en el caso de adolescentes y tratamientos no invasivos—, consultar a Comités de Bioéticas o realizar interconsultas, olvidando que es un derecho de las usuarias y no una prerrogativa del personal de salud.

La autonomía termina de respetarse través del cumplimiento del deber de brindar asistencia sanitaria.

— Deber de brindar asistencia sanitaria [art. 2º, inc. a), de la ley 26.529 y dec. 1089/2012]: "El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición". La ley afianza este derecho de las pacientes aclarando el concepto de derivación y estipulando que "El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente" (40).

Con base en el deber de brindar asistencia sanitaria, los/as médicos/as deben abstenerse de brindar opiniones que no sean basadas en la evidencia científica y realizar una correcta derivación (41) con otro/a profesional que garantice el respeto por la autonomía de la voluntad. Para que una derivación sea legal y, por ende, no afecte el derecho a la salud, requiere "quedar documentada en la historia clínica la mención del nuevo profesional tratante si mediara derivación, o bien, la decisión del paciente de requerir los servicios de otro profesional" (42). Y aclara: "En ningún caso, el profesional de la salud podrá invocar para negar su asistencia profesional, reglamentos administrativos institucionales, órdenes superiores, o cualquier otra cuestión que desvirtúe la función social que lo caracteriza" (43).

Como puede advertirse, la obligación de brindar asistencia sanitaria es bastante estricta, y si bien se reconoce la posibilidad de que un profesional se niegue a garantizar algunas prestaciones, para que no transgreda deberes propios de la función social de su profesión deberá buscar su reemplazo, para que así su derecho de no garantizar una ILE no se traduzca en la imposición de un plan de vida a otra persona a través del retaceo de la obligación de brindar asistencia.

— Deber de brindar un trato digno y respetuoso [art. 2º, inc. b), de la ley 26.529 y dec. 1089/2012] (44): quienes no concuerdan moralmente con la decisión de abortar suelen pensar que sólo los objetores y las objetoras merecen el respeto por la libertad de conciencia o de creencias. Sin embargo, el derecho a recibir un trato digno y respetuoso impone a los/as agentes del sistema de salud respetar las convicciones personales de cada paciente. La libertad de conciencia de las usuarias exige un trato "con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente" (45).

Es la paciente quien se encuentra en mejores condiciones éticas para tomar la decisión acerca de qué es lo mejor para su vida.

Los profesionales de la salud tienen el deber abstenerse de emitir toda clase de valoraciones u opiniones personales sobre el aborto en general y sobre la moralidad de la decisión de abortar. Su obligación legal es proveer una atención "profesional". Los/as profesionales de la salud suelen apelar a la objeción de conciencia para evitar brindar información o asistencia sanitaria en casos de aborto, lo que implicaría una violación al derecho de interrupción legal del embarazo garantizado por el Código Penal. La defensora de menores de la provincia de Tucumán, Adriana M. Romano Mazzone, señaló en un caso del año 2013: "La invocación de la objeción de conciencia ha generado dinámicas que comprometen la atención y el acceso al servicio. Sobre este punto se encuentran reglamentaciones deficitarias que desalientan a las mujeres a requerir asistencia e información. Por ejemplo, muchas mujeres no pueden conocer siquiera si su médico o médica es objetor de conciencia. También se ha informado sobre servicios en los que la totalidad del personal se ha declarado como objetor. Esta situación, ya de por sí alarmante, adquiere dimensiones insólitas al advertir que ello ocurre en servicios de sistema público de salud. Estas circunstancias ponen en evidencia la necesidad de desarrollar políticas públicas serias y consistentes con el fin de asegurar la prestación de servicios de salud, entre los que se encuentran comprometidos los casos de abortos no punibles; políticas que deberían abarcar pautas de contratación de personal de salud en el ámbito público y de garantías de prestaciones de servicios" (46).

Sin dudas, la objeción de conciencia es una herramienta política que viene siendo desvirtuada de un tiempo a esta parte en el campo sanitario con un uso agresivo de parte de profesionales inescrupulosos que, lejos de buscar la indemnidad de la propia creencia, buscan imponerla a otra persona bajo su esfera de poder: la paciente. El fallo del Cipolletti deja al descubierto al "mal objetor", aquel que no está atribulado, sino que atribula.

El "objetor genuino" realizará una derivación en legal forma y extremará los medios para que su accionar no sea maleficente. El "objetor genuino" buscará siempre el bienestar de su paciente, haciendo especial hincapié en el respeto por la autonomía, dado que la posibilidad de objeción de conciencia, en el marco de una relación

asimétrica como es la sanitaria y en el marco de una relación de trabajo como es la función pública, es el fiel reflejo del respeto del sistema por la propia autonomía. Entonces, un "objeto genuino" no aprovecharía su lugar de poder para profundizar la desigualdad e instrumentalizar a otra persona al servicio de la propia creencia y por fuera de toda ética. Un "objeto genuino" entendería que la objeción de conciencia es una herramienta de defensa, nunca de agresión.

— Deber de guardar secreto y respetar la intimidad [art. 2º, incs. c) y d), de la ley 26.529 y del dec. 1089/2012; art. 11 de la ley 17.132; art. 22 de la ley 26.061 y art. 156 del Cód. Penal]: un aborto legal no tiene por qué ser una noticia. Últimamente, los casos de niñas y adolescentes que ven obstruido su acceso a la salud integral cuando piden una ILE que es demorada o trastocada con prácticas sanitarias destinadas a lograr un nacimiento con vida, o simplemente son detectadas tardíamente en el marco de la miseria de vidas olvidadas, vuelven público este evento obstétrico, que es privado. Ni las violaciones ni sus abortos debieran ser una parte médica. Tampoco un estandarte de ninguna lucha: ni de quienes impugnan la autonomía ni de quienes buscan afianzarla. Más que pañuelos de colores, nuestras niñas necesitan un manto de piedad sobre sus vidas arrasadas tempranamente por la violencia sexual y el abandono estatal.

En paralelo a la obligación de guardar secreto se ubica el deber de respetar la intimidad que proyecta la obligación de guardar secreto hacia la documentación clínica. Por ello resulta inexcusable la ignorancia del derecho con que los magistrados y las magistradas ofician a las instituciones hospitalarias para requerir esta documentación que no les pertenece, como también resulta desconcertante la liviandad con que obedientemente los/as directores/as se disciplinan ante el Poder Judicial para violar la confidencialidad. Cabe aclarar que la "orden judicial" a que el art. 12 de la ley 26.529 se refiere no se erige en una justa causa de revelación del secreto, sino que debe interpretarse de modo tal que la titularidad e inviolabilidad (47) de la documentación clínica sólo pueden ceder cuando la paciente la solicita, sea personalmente, a través de alguno de los/as legitimados/as o bien a través de una orden judicial en un proceso donde la prueba será usada por ella (48). No al revés, en tanto, si ése hubiera sido el temperamento de la legislación, la excepción hubiera estado legislada en el art. 19, ya sea de la ley o del decreto reglamentario, y ello no ocurrió.

La lógica indica que la petición de una historia clínica que documenta un aborto —sea legal o provocado por fuera de las causales— sólo puede ser precisada si se perseguirá penalmente ese evento obstétrico, y en uno u otro caso si medió la voluntad de la persona gestante; el secreto profesional ampara la relación sanitaria.

— Deber de documentar verazmente la historia clínica (arts. 2º, 3º, 5º, 7º, 12, 14 y 15, ley 26.529 y dec. 1089/2012): el llenado de la historia clínica es un acto médico de naturaleza administrativa (49) que suele ser menospreciado como deber por los/as profesionales de la salud. Sin embargo, profusa jurisprudencia condena el incumplimiento de este deber de registrar todo dato biológico y médico en la documentación clínica de la usuaria, y funciona incluso como una presunción de mala praxis en contra de médicos y médicas. El art. 12 del dec. 1089/2012 indica que "los asientos de la historia clínica escrita deben ser suscriptos de puño y letra por quien los redacta, para identificar quién es responsable del mismo, con el sello respectivo o aclaración de sus datos personales y función, dejando constancia por escrito, de todos los procesos asistenciales indicados y recibidos, aceptados o rechazados, todos los datos actualizados del estado de salud del paciente, para garantizarle una asistencia adecuada".

Además de la obligación de registrar de forma fidedigna en este "documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud" (50), no debe pasarse por alto que la historia clínica tiene caracteres legales, como la "unicidad" (51), la "integridad" y la "inviolabilidad", que exigen que aquélla sea una sola y contenga "los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante" (52).

El caso que se comenta evidencia la importancia de la historia clínica como elemento de valoración importante en la evaluación de la praxis sanitaria, dado que el juez tomó especialmente en cuenta la derivación que allí constaba y la firma del consentimiento informado como prueba de la opción de tratamiento de la paciente, y también dejó de lado —por no constar en este documento clínico— un cuadro clínico que el acusado denunciaba como posible contrafáctico.

Los médicos y las médicas respetuosos/as de los derechos suelen equivocadamente dejar de lado este deber, sin merituar que se incumple una obligación legal dirigida especialmente a preservar la autonomía del paciente como titular de esta documentación (53), pero que además se contribuye innecesariamente al subregistro de los abortos, y así indirectamente se fortalece el estigma de la prestación.

VI. Se tenía que decir y se dijo: negar un aborto legal es delito

De la misma forma en que el derecho penal compone un mensaje amenazante para quienes intentan desafiar el mandato de maternidad obligatorio impuesto con la amenaza de cárcel, debiera tener el mismo efecto simbólico para todo profesional de la salud que intente sustraerse de sus obligaciones legales y éticas, una vez enfrentado/a a una consulta de ILE.

Los deberes de médicos y médicas como agentes estatales —funcionarios públicos— han sido repasados en los párrafos que anteceden con la finalidad de dejar en claro que no son exclusivos de una legislación especial, como ocurre en Río Negro, ni surgen de un protocolo, sino que, por el contrario, son inherentes a la lex artis que gobierna el ejercicio de la profesión.

El art. 248 del Cód. Penal dispone: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las Constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere". Y el art. 249 indica: "Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio". Tanto la última conducta descrita por el art. 248 —"no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere"— como aquellas que describe el art. 249 son de tipo omisivo, y no hay necesidad de que se produzca consecuencia alguna para que se configure el reproche penal. El objeto de la omisión es un acto propio del oficio que desempeña en la función pública. El hecho será siempre doloso, y la exigencia expresa de la norma, en el sentido de que se trate de una omisión cumplida ilegalmente, compone la concurrencia de una conducta objetiva y al mismo tiempo subjetiva.

Para realizar una distinción entre las figuras penales de los arts. 248 y 249 del Cód. Penal, corresponde tener presente que los supuestos del art. 248 se refieren a la violación o el incumplimiento de disposiciones expresas de un texto legal, mientras que las conductas del art. 249 describen el incumplimiento de las funciones administrativas del cargo. Se indica que lo que se conoce como "retardo administrativo" debería ser alcanzado por este supuesto [\(54\)](#), dado que, al no ejecutar algo que debía hacer o en la oportunidad en que debía hacerlo, se trata en consecuencia de un delito de omisión impropia, en el que el funcionario público "...asume una posición de garante respecto del bien jurídico protegido, por cuanto tiene un deber especial de actuar y, sin embargo, no actúa, produciéndose el resultado por mor de su pasividad, por lo que corresponde la imputación jurídica del resultado típico como si lo hubiera causado mediante un hacer positivo" [\(55\)](#).

El fallo que se comenta constituye un importante precedente que no sólo califica como contra legem la actividad de quien detuvo y luego impidió finalmente un aborto permitido por la ley, sino que coloca como conducta penalmente reprochable bajo el tipo penal del "incumplimiento de deberes de funcionario público" a la denegatoria u obstrucción de una ILE.

Este dato no es menor si se toma en cuenta que una expansión indebida de la objeción de conciencia por parte de los/as profesionales de la salud, a la par de un desgobierno impropio de quienes tienen la rectoría en materia de políticas públicas, "liberó" la obligación de garantizar la prestación médica que afianza el derecho a decidir un aborto a la voluntad personal y/o a las directrices institucionales de cada institución, en cada localidad de cada provincia. Esto en la praxis implica que la consulta por el aborto permitido por la ley no acaba de alojarse en el imaginario sanitario como una consulta de salud que merece el mismo respeto de los estándares de calidad de atención clínica que cualquier otra prestación lícita.

De allí la importancia de valorar positivamente esta condena, que pone bordes a la potestad biomédica al mismo tiempo que se hace cargo de la asimetría de poder propia de la relación sanitaria, cuando considera expresamente, para analizar el incumplimiento de deberes, "el valimiento de su posición de profesional médico frente a una joven mujer humilde y con escasos recursos comunicativos".

VII. La responsabilidad de los directores y directoras

La ley que regula el Ejercicio de la Medicina, ley 17.132, establece en su art. 40: "Los establecimientos asistenciales deberán tener a su frente un director, médico y odontólogo, según sea el caso, el que será responsable ante las autoridades del cumplimiento de las leyes, disposiciones y reglamentaciones vigentes en el ámbito de actuación del establecimiento bajo su dirección y sus obligaciones serán reglamentadas. La responsabilidad del director no excluye la responsabilidad personal de los profesionales o colaboradores ni de las personas físicas o ideales propietarias del establecimiento".

Está claro que, por las funciones de dirección que lleva adelante quien gestiona la salud en un cargo de esta jerarquía dentro de una institución, éste/a no puede mantenerse ajeno/a al accionar de los funcionarios públicos

a su cargo. Y, ya sea que las faltas que éstos cometan cada vez que transgredan una obligación médico-legal se encuadren dentro de la prestación regular/irregular del servicio, motivando una investigación administrativa propia del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración; o se encuadren en una demanda de daños y perjuicios por responsabilidad civil derivada del accionar culpable —por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos— de quienes niegan una ILE, la demoran y en el ínterin maltratan; o bien que el incumplimiento encuadre en el tipo penal de algunos de los delitos previstos en el Código Penal —incumplimiento de deberes de funcionario público, como en el caso que se comenta—, es claro que, tanto en sede civil como administrativa o penal, la Dirección del hospital tendrá responsabilidad por este accionar.

El Comité de Derechos Humanos, en el caso de la Argentina, en una recomendación general expresó: "En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado" (56). El Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado argentino asegurar el acceso al aborto seguro de niñas en el punto 32. b) de su último informe.

El Estado Nacional reconoció ante el Comité de Derechos Humanos, en el caso "L. M. R." (57), que negar el acceso al aborto no punible es una violación de los derechos humanos de las mujeres. Es más, el Estado argentino se obligó en diciembre de 2014, en el marco de un pedido público de disculpas a la mujer, a la no repetición de esta conducta (58). Vale decir, se obligó a evitar negar todo aborto permitido por la ley, sobre todo teniendo en cuenta su condena al respecto.

En las instituciones a cargo de objetores u objetoras de conciencia es usual que, bajo la falta de supervisión de los directores y las directoras, los/as efectores/as obtengan carta blanca para violar derechos y hasta logren retirar de la oferta sanitaria prestaciones médicas lícitas vinculadas con los derechos sexuales en general y el aborto en particular.

Es útil recordar que, por imperio del art. 40 de la ley 17.132, esa función jerárquica, además de prerrogativas de mando, atribuye responsabilidades.

VIII. Aborto y violencia contra las mujeres

Las violencias de género en el campo de la atención sanitaria suelen estar naturalizadas junto a la praxis, también arraigada de larga data, de un modelo de atención médico-hegemónico de corte paternalista, acostumbrado a que el personal de la salud es quien sabe y quien toma las decisiones también.

Embarazo, parto, puerperio y aborto son terreno yermo para el maltrato. Tanto el art. 6° como el art. 5° de la ley 26.485 contemplan distintas violencias en la atención de abortos, y es una pena que en tan señero fallo el magistrado confunda los términos de la ley, encontrando que la violencia obstétrica encuentra su expresión de "trato deshumanizado" circumscripita al "parto humanizado".

Si bien este concepto aparece así regulado en la ley, el dec. regl. 1011/2010 indica en el art. 6°, inc. e), que "Se considera trato deshumanizado el trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no". Es claro que una mujer que ingresa a una institución con un aborto en curso y además tiene una historia clínica que contiene una derivación para la realización de esa práctica, y no otra, quiere abortar, no maternar. Y si a ello se adiciona el respaldo de un consentimiento informado firmado en legal forma, ello quiere decir que la usuaria inequívocamente quería una ILE, y no un hijo.

Frente a esa manifestación inequívoca de la voluntad, expresada con el cuerpo y con los instrumentos legales, un profesional de la salud que desatiende la voluntad de la mujer y le expropia la decisión de abortar, convirtiéndola en madre a través del ejercicio de su profesión irrespetuoso de los derechos de la paciente, es un profesional que incurre en violencia obstétrica. Nótese que el mismo inciso aclara que "Las mujeres que se atienden en las referidas instituciones tienen el derecho a negarse a la realización de las prácticas propuestas por el personal de salud", y es inocultable que el cuerpo de la denunciante encarnaba la negativa misma al tratamiento que le dio el médico R. L. cuando suministró fármacos para detener el aborto.

Entiendo que las amplias facultades con que cuenta el juez para determinar la concurrencia de violencia de género, según los arts. 30 y 31 de la ley 26.485, habilitaban una valoración a la luz de la sana crítica que buscara la verdad material más allá de los términos de la denuncia.

Nótese que, además de violencia obstétrica, el facultativo ejerció violencia contra la libertad reproductiva, contemplada en el art. 6º, inc. d), de la ley 26.485, cuando impidió la ILE y así vulneró "el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos". El dec. 1011/2010 aclara aún más el concepto: "Específicamente incurren en violencia contra la libertad reproductiva los/as profesionales de la salud que no brindan el asesoramiento necesario o la provisión de todos los medios anticonceptivos, como así también los/as que se niegan a realizar prácticas lícitas atinentes a la salud reproductiva". Por ello, al ser el aborto en caso de violación una opción legal que requiere de una prestación médica lícita, todo profesional de la salud que la impida o la niegue incurrirá en esta modalidad de violencia.

Y, al ser un funcionario público o agente del Estado, quien perpetúe de esta forma violencias en la atención sanitaria de las mujeres lo hará bajo el modo de "violencia institucional", según lo normado por el art. 5º, inc. b), del mismo plexo normativo, que hace especial hincapié en la negativa de acceso a políticas públicas vinculadas con la presente ley para reforzar la desigualdad de poder que subyace a la violencia ejercida contra las mujeres.

La recomendación general N° 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establece que los Estados parte tienen la obligación de abstenerse "de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud", y señala que los Estados parte tienen también el deber de adoptar "medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones e imponer sanciones a quienes cometan esas violaciones". Así, la denegación de servicios de salud esenciales que sólo requieren las mujeres, como la terminación del embarazo cuando la vida o la salud de la mujer estén en peligro, por parte de los funcionarios públicos intervinientes, es una forma de discriminación por parte del Estado que vulnera el derecho a la salud y a la igualdad de las mujeres, y en esa medida viola el derecho a la integridad personal protegido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Resalto en este último punto una valoración muy acertada del magistrado, que en los términos de la ley 26.485 encuadraría en lo que se conoce como "revictimización" de la víctima, aun cuando no haya sido así valorado: "No es difícil estimar en este punto que al dilema de hacerse cargo de una decisión propia, ciertamente irreversible, para asumir luego sus consecuencias de manera absolutamente consciente; el proceder del acusado sumó a R. L. P. otro, el de convivir con una decisión ajena, la de quien obrando como dueño y señor del cuerpo y la salud de ésta, la expuso a otras consecuencias para las que seguramente no estaba preparada" (59).

IX. Conclusiones para seguir pensando

La relación médico-paciente es per se asimétrica en términos de poder, y el deseo de la usuaria que busca un aborto encuentra numerosas resistencias para hacer oír su voz, mantener su decisión y finalmente concretar su derecho a decidir; ello no encuadra, a menudo, dentro de los bordes del respeto por la autonomía que las universidades han forjado históricamente en médicos y médicas.

Decidir abortar es, con frecuencia, una decisión que se ve objetada, observada, estigmatizada, controvertida y, si se quiere, hasta condenada moralmente por quienes, teniendo el deber de tratar, maltratan.

Un fallo que condene ese accionar sin dudas es una bocanada de aire fresco y marca un punto inflexible desde el cual seguir construyendo la prestación médica de aborto como una opción legal para la persona gestante, pero también como una obligación y un deber de quienes ejercen la medicina.

Queda siempre dando vueltas la idea de que no es el derecho penal el que remueve el estigma, el que desmantela órdenes sociales que refuerzan roles de género como la maternidad, ni tampoco el que erradicará las prácticas viciosas de la atención sanitaria que impiden desanudar el binomio sexualidad/reproducción. Por ello la importancia de renovar el compromiso con la educación de los actores estratégicos de cada maltrato en la atención de la ILE, de cada vulneración de derechos en la atención post aborto, de cada aborto redireccionado por la violencia a la clandestinidad, y de cada maternidad forzada por la hegemonía de un modelo de atención sanitaria que no aprende a respetar la soberanía reproductiva.

Ni los/as médicos/as salen de un repollo ni los/as abogados/as que asesoran instituciones sanitarias son arrojados ingenuamente a la existencia. Ambos saberes forman parte de la maquinaria simbólica que predispone barreras para el derecho a decidir. He ahí un agujero de la formación de grado y una urgencia de que los currículos incorporen estos temas que aún incomodan al boato de la vieja academia.

Muchas mujeres saben en la actualidad de su derecho a decidir; el problema es que aún muchos médicos continúan creyéndose "dueños y señores" de los cuerpos de las mujeres.

(*) Abogada. Magíster en Género, Sociedad y Estado (FLACSO). Profesora de Medicina Legal en el Instituto de Salud y Calidad de Vida de la Universidad San Pablo-T (USPT). Profesora de Sociología Jurídica

en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán. Miembra del Comité Académico del Observatorio de Género y Diversidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Presidenta de la Fundación Mujeres x Mujeres de Tucumán. Coordinadora del Área Litigio de Católicas por el Derecho a Decidir Argentina.

(1) "Protocolo para atención integral de personas con derecho a interrumpir legalmente un embarazo", insumo elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación, disponible en <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001792cnt-protocolo-ILE-2019-2edicion.pdf>.

(2) Definición de "salud" de la Organización Mundial de la Salud (OMS); <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions>.

(3) CS, 1945, "Rabanillo", Fallos 203:30, 43.

(4) CS, 1943, "Belleza", Fallos 196:101, 108. Sostuvo la CS: "La circunstancia de que el accidente sobreviniera en el curso del cumplimiento tardío y defectuoso de la orden impartida al dependiente no exime al principal. Por el contrario, la responsabilidad [...] supone generalmente el desempeño incorrecto de las tareas encomendadas a aquél".

(5) CS, 24/10/1989, "Amante, Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor (AMTA) y otro", Fallos 312:1953.

(6) CS, fallo "Brescia", cit., consid. 20.

(7) CS, 11/07/2006, "Ledesma, Luis c. Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos 329:2737.

(8) CS, 13/03/2012, "A. G. s/medida autosatisfactiva".

(9), consid. 25.

(10), consid. 24.

(11) CS, "F. A. L.", cit.: "En particular, deberán: 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; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia 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" (consid. 29).

(12) VAGGIONE, Juan Marco et al., "Algunos puntos de discusión en torno al activismo (religioso) conservador en América Latina", en Conservadurismo, religión y política. Perspectiva de investigación en América Latina, CONICET y Católicas por el Derecho a Decidir Argentina, 2013.

(13) Foucault complementó su idea acerca de la disciplina estatal sobre el cuerpo con la idea del biopoder y la biopolítica como una práctica en donde es el cuerpo social el objeto de gobierno. La definición de biopoder y de disciplina están interrelacionadas con un análisis acerca de las implicaciones de aplicar el conocimiento a través de toda la sociedad para "moldear" las subjetividades. FOUCAULT, Michel, "Las redes del poder", Ed. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2014.

(14) Con ello se intenta reflejar que en general el derecho es ideológico y a la vez es parte de la superestructura, y que, por lo tanto, a la larga beneficia sólo a la clase dominante; o que es individualista y oculta las relaciones de poder entre las clases, con el mismo resultado final. Pero el fetichismo legal no critica al "derecho burgués", sino al formalismo como método de interpretación de la ley, como crítica a la escuela de la exégesis por su apego a la letra de la ley por encima de consideraciones de justicia, conveniencia e incluso de lógica, como si estuvieran en una especie de trance semi-religioso que fundamenta el "fetichismo de la ley escrita". LEMAITRE, Julieta, "Fetichismo legal, derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia", Ed. SELA, Chile, 2007, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/JulietaLemaitre__Spanish_.pdf.

(15) AGAMBEN, Giorgio, "Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida", Ed. Pretextos, Valencia, 1998.

(16) Por esta razón nuestra Corte Suprema habla de una prestación "legal, en tanto que despenalizada" en el consid. 25 del fallo "F. A. L. s/ medida autosatisfactiva", del 13/03/2012.

(17) Fallo "Personal del Instituto de Maternidad s/ aborto, abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público", expte. 16634/13, Fiscalía N° VI, Nominación del Centro Judicial Capital de Tucumán, a cargo de la Dra. Adriana Reynoso Cuello. Esta investigación se inició a propósito de una denuncia penal de incumplimiento de deberes de funcionario público y abuso de poder promovida por el apoderado del Partido Político PRO de Tucumán en contra de profesionales de la salud que garantizaron un aborto a una niña de 11

años embarazada de su padre biológico. Para más detalles consultar "Una denuncia por haber cumplido con la ley", Página 12, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-218737-2013-04-25.html>; y "Tucumán: archivan denuncia contra médicos por aborto no punible", Infojus, disponible en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/provinciales/tucuman-archivan-denuncia-contra-medicos-por-aborto-no-punible-2457.html>.

(18) "Un concepto clave para evaluar si un agente se ha comportado como un buen profesional es el de lex artis o lex artis ad hoc, que ahora ha anidado en el art. 2026 del nuevo Código. La lex artis es el conjunto de conocimientos adquiridos por la ciencia de que se trate en un determinado momento y lugar". LÓPEZ MEZA, Marcelo, ED del 18/03/2016, nro. 13.918, año LIV, ED 266, Buenos Aires.

(19) Ley de Derechos de los Pacientes en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud y su dec. regl. 1089/2012.

(20) Art. 1º, dec. regl. 1089/2012.

(21) Art. 2º, inc. e), de la ley 26.529. También ver dec. 1089/2012.

(22) Art. 2º, incs. c) y d), de la ley 26.529. También ver dec. 1089/2012.

(23) Art. 2º, inc. f), y arts. 3º y 4º de la ley 26.529. También ver dec. 1089/2012.

(24) Art. 2º, inc. a), de la ley 26.529. También ver dec. 1089/2012.

(25) Art. 2º, inc. b), de la ley 26.529. También ver dec. 1089/2012.

(26) Arts. 5º y 6º de la ley 26.485 y su dec. regl. 1011/2010.

(27) WIERZBA, Sandra, "La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", 2014, disponible en <https://www.fmed.uba.ar/sites/default/files/2018-02/cod2.pdf>.

(28) OMS, "Determinantes sociales en salud", disponible en http://www.who.int/social_determinants/es/.

(29) BEAUCH, Tom L. - CHILDRESS, James F., "Principios de ética biomédica", Ed. Masson, Barcelona, 1999.

(30) CS, "Brescia, Noemí L.", cit., consid. 10.

(31) CS, 11/07/2006, "Ledesma, Luis c. Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios": "Es responsabilidad del Estado provincial, y no sólo del Nacional, cumplir con el imperativo constitucional que pone a cargo de ambos la función trascendental de prestar servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral de la salud de sus habitantes, siendo el hospital público una consecuencia directa de este imperativo. Por lo tanto, quien contrae la obligación de prestar un servicio de asistencia a la salud de la población, lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular".

(32) Ver dictamen disponible en http://www.catolicas.com.ar/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=337%3Acaso-lmr-dictamen-dictamen-del-

(33) Ver acto de reparación pública en http://www.catolicas.com.ar/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=620%3Acaso-lmr-acto-de-reparacion-publ

(34) Fallo "F. A. L.", cit., c

(35) Art. 2º, inc. f): "El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información".

(36) Art. 3º de la ley 26.529.

(37) Art. 3º del dec. 1089/2012.

(38) Art. 5º de la ley 26.529.

(39) OMS, "Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas sanitarias para sistemas de salud", ps. 3-5; recomendaciones N° 6, 7 y 8, ps. 115-118; y MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, "Guía técnica para el acceso al aborto no punible", ps. 42-43.

(40) Art. 2º, inc. a), de la ley 26.529.

(41) Art. 2º, inc. a), de la ley 26.529.

(42) Art. 2º, inc. a), del dec. 1089/2012.

(43) Art. 2º, inc. a), del dec. 1089/2012.

(44) Art. 2º, inc. b): "El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas

con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes".

(45) Art. 2º, inc. b), de la ley 26.529.

(46) Dictamen del 06/03/2014 de la defensora de menores, Adriana M. Romano Mazzone, en la causa "Personal del Instituto de Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes s/ aborto, incumplimiento de deberes de funcionario público y abuso de autoridad", expte. 16634/2013.

(47): "La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas".

(48) Pensemos en el caso de un juicio laboral, donde un/a paciente debe acreditar cierta condición clínica o un estado de salud en el marco de un proceso. Es posible que solicite la historia clínica mediante una nota, como indica el art. 15, o bien que sea en el marco del proceso en que el/la juez/a lo peticione vía oficio judicial.

(49) GARAY, Oscar E., "Tratado de la responsabilidad civil en las especialidades médicas", Ed. Errepar, 2012.

(50) Art. 12 de la ley 26.529.

(51) Art. 17 de la ley 26.529.

(52) Art. 16 de la ley 26.529.

(53) Art. 14 de la ley 26.529.

(54) CREUS, Carlos, "Delitos contra la Administración Pública", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 193.

(55) BUOMPADRE, Jorge E., "Derecho penal. Parte especial", Ed. Mave, 2003, 1ª ed., t. III, p. 159.

(56) Cfr. "Observaciones finales" del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 03/11/2000, párr. 14.

(57) Cfr. dictamen del Comité de Derechos Humanos a tenor del párr. 4º del art. 5º del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —101º período de sesiones—, disponible en <http://www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/CCPR-C-101-D-1608-2007-Spanish.pdf>.

(58) Cfr. "Una reparación histórica por un derecho negado", Página 12, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-261711-2014-12-11.html>.

(59) "R. L., L. J. s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público", AR/JUR/29965/2019.