

Aborto no punible: Algunas consideraciones a propósito del fallo “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”

Dra. Carolina Elizalde

*Abogada, Docente de la Cátedra de Garantías Constitucionales del Derecho, Procesal Penal y Penal Sustantivo, UBA
celizalde@argentina.com*

Reproducido de SOGIBA. 2012; 91(989):106 -111

No hay lugar a dudas de que el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), mediante el cual se autorizó la interrupción del embarazo a una joven de 15 años de edad que había quedado embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro, reabrió acaloradas discusiones entre los diversos sectores de la sociedad, trayendo así una problemática que, no por vieja, ha perdido vigencia.

Digo problemática, social ante todo, porque si nos ponemos a pensar el aborto, no es una conducta unánimemente reprobada como la tortura, ni tampoco unánimemente elogiada como la caridad. Es tan difícil de defender la idea de que cualquier aborto debe ser permitido como lo es defender la idea de que ningún aborto debe ser tolerado.

Es entendible la vehemencia con la que se defienden las diferentes posiciones en el tema del aborto pues es indiscutible que afecta respetables sentimientos morales y religiosos de la gran mayoría de argentinos. En efecto, la medicina, la religión, el derecho y la filosofía, entre otras disciplinas, son, aunque con perspectivas disímiles, protagonistas con igual peso argumentativo en el debate.

Resulta difícil no ser extremista en un tema en que los sentimientos personales nublan muchas veces la razón, por ello, este artículo no pretende ingresar en la maraña de disquisiciones teológicas, filosóficas o científicas que, por cierto, intentan de manera genuina echar luz sobre la problemática planteada, sino que tiene como objetivo analizar los lineamientos trazados por nuestro Máximo Tribunal en el fallo y advertir el alcance que éste tiene en el trajinar diario de los profesionales de la salud. Para ello debemos entonces anticipar que de manera unánime nuestro Máximo Tribunal de Justicia interpretó que el Código Penal (CP) Argentino prevé en los incisos 1 y 2 del arto 86 tres supuestos de aborto no punible:

1. Cuando se realiza para evitar poner en peligro la vida o la salud de la mujer.

2. Cuando el embarazo proviene de una violación.

3. Cuando el embarazo proviene de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

No podemos dejar de advertir que la CSJN en ningún momento pone en duda la punibilidad del aborto, sino que, por el contrario, interpreta una norma de excepción, esto es, se refiere estrictamente a los supuestos abortos permitidos por ley. Consiguientemente, no hay duda en nuestro sistema jurídico el aborto es delito, salvo los supuestos contemplados en los incisos 1 y 2 del artículo 86 CP. Su figura básica es reprimida con pena de prisión de 3 a 10 años en caso que sea sin el consentimiento de la mujer y de 1 a 4 años con su consentimiento. Luego se prevén las figuras agravadas donde se elevan las penas, pero su estudio es objeto de otro debate. Se desprende entonces que este artículo tendrá como único eje los supuestos de aborto no punibles, es decir, los supuestos de aborto legal.

Por otro lado, es necesario recordar que el Estado no obliga - lógicamente no podría hacerlo- a la mujer que se encuadra en estos supuestos excepcionales a que se realice esta práctica terapéutica, sino que, en caso que así lo decida, se respeta su derecho que viene dado por el ordenamiento jurídico. Por ello el tema de aborto no punible no debe generar miedo porque la ley protege a la mujer y al médico, sin embargo, hay que abordarlo con prudencia y cautela.

¿Por qué digo esto? Porque si bien la conducta está permitida en estos supuestos excepcionales, existen las denominadas “zonas grises” del derecho que generan interrogantes e impactan de manera directa en la actividad diaria de los profesionales de la salud.

Advertido el lector del objeto del artículo y efectuadas algunas consideraciones, desgranemos lo que dijo la CSJN.

Vayamos por partes.

En primer lugar, para analizar el fallo debemos saber cuál es su significado.

En términos generales y salvando tecnicismos, podemos decir que en nuestro sistema jurídico un FALLO es una resolución judicial donde el juez resuelve un conflicto sometido a su estudio. Inherente al poder de los jueces, éstos ejercen, para el caso sometido a su estudio, el control de constitucionalidad, facultad que los autoriza a interpretar el alcance de las normas y a analizar la validez de una ley conforme a los preceptos constitucionales. Por ello una resolución judicial tiene alcance particular y obliga o es vinculante sólo a las partes intervinientes. El no acatamiento de un fallo -salvo para las partes intervinientes como se dijo- no traería aparejada sanción alguna.

Por el contrario, la LEY es una norma de carácter general y obligatorio. Nadie discute que su importancia radica en que un gobierno se rige conforme a ella. Consecuentemente su incumplimiento podría acarrear una sanción de carácter administrativo, civil o penal, entre otras, según corresponda.

Claramente FALLO y LEY son conceptos distintos pero no deben ser entendidos como compartimentos estancos porque coexisten, interactúan permanentemente. La existencia de uno está supeditada a la existencia del otro. Prueba de ello es, el caso hoy bajo análisis, donde se observa que la Corte interpreta una ley, el artículo 86 del CP en un caso concreto sometido a su estudio.

¿QUÉ DIJO ENTONCES LA CSJN CON RELACIÓN AL ARTÍCULO 86 DEL CP?

Siete son los puntos más destacados del fallo que en honor a la brevedad se intentarán resumir:

1. La CSJN con fundamento a la gravedad institucional, resuelve el caso a pesar de que el aborto ya se había efectuado

Es importante desatacar este punto. Es inusual que la Corte admita tratar cuestiones “abstractas” como se designa en el mundo judicial a aquellas que ya no tienen razón de ser y han perdido utilidad pues la cuestión fue previamente resuelta. En este caso, el aborto ya se había concretado. Sin embargo, el Máximo Tribunal justificó su actuar con la finalidad de que su criterio fuera expresado y conocido para resolver casos análogos que puedan presentarse en el futuro.

2. No es punible todo aborto que sea consecuencia de una violación

La CSJN interpreta que de la simple lectura del artículo 86 inciso 2 del Código Penal se evidencia que el legislador al utilizar una conjunción disyuntiva o “embarazo proveniente de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente” previó dos supuestos diferentes. Esta interpretación es la que debe hacerse a la luz de la CN y los distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos de idéntica jerarquía. Hacer una distinción entre mujer violada demente de quien no lo es, NO resulta una derivación razonada del derecho vigente. Es hacer en definitiva una distinción descabellada, absurda, de trato desigual cuando en realidad se debe proteger a la mujer víctima de violación independientemente de su capacidad mental.

3. NO se debe requerir autorización judicial

La CSJN interpreta que el artículo 86 inciso 2 del Código Penal no exige denuncia, ni prueba de violación ni su determinación judicial. Pedir autorización es hacer decir a la ley lo que la ley no dice y ello va en contra de garantías constitucionales.

En términos más claros, la CSJN dice: “No pidan - al Poder Judicial autorización, la autorización ya viene dada por ley”. En ausencia de reglas específicas, la CSJN entiende que sólo es necesario que la víctima de violación manifieste al médico mediante declaración jurada que el embarazo es producto de una violación. Si bien presume posibles casos fabricados, esto no es razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce de los derechos y menos aún que se constituya en riesgo a su salud.

4. La CSJN descarta la posibilidad de persecución penal a los médicos que interrumpen embarazos a causa de una violación

Sin embargo, advierte que todo trámite médico burocrático que obstaculice la práctica cuando se dan los requisitos de ley podrá traer aparejadas consecuencias civiles y penales, según corresponda. Se debe eliminar así todo requisito que no sea el médicamente indicado.

5. La CSJN resguarda el ejercicio del derecho de objeción de conciencia de los profesionales de salud, sin embargo, ello no puede traducirse en derivaciones o demoras para la mujer que solicita el servicio de salud.

Agrega así la CSJN que el derecho de objeción de conciencia debe ser individual y no institucional. Por ello el sistema de salud público debe contar con re-

cursos humanos suficientes para garantizar en forma permanente estas prácticas legales a las víctimas de violencia sexual.

6. La CSJN exhorta a las autoridades nacionales, provinciales a implementar normas, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos.

7. La CSJN exhorta al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales locales a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles a fin de evitar los derroteros judiciales que tornan ineficaces los derechos que se pretende asegurar.

ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL FALLO

El análisis del fallo lleva inexorablemente a analizar el artículo 86 del CP, norma que data de 1921, desde la vigencia del Código Penal.

Desde entonces a la actualidad, este artículo fue objeto de embates legislativos de diversa magnitud proponiéndose desde su supresión lisa y llana hasta leves modificaciones. Luego de años de discusión doctrinaria y de proyectos legislativos no tratados, toma el guante la Corte Suprema en un tema tan sensible y zanja cualquier duda sobre el alcance de los supuestos de aborto no punible. Además de cerrar toda discusión acerca de la interpretación que hay que hacer, exhorta a las autoridades nacionales y locales a fijar normas para garantizar la práctica de estos abortos legales.

Conforme a lo dicho en cuanto a la diferencia entre fallo y ley, la exhortación que la Corte hace debe ser entendida como una solicitud, una recomendación. Como tal no tiene fuerza imperativa para las autoridades locales sin perjuicio de reconocer la importancia institucional del fallo y la necesidad imperiosa de que las distintas jurisdicciones aseguren los derechos a la salud pública y de la vida e integridad física y psíquica de sus habitantes.

Debemos aclarar que nuestro sistema federal de gobierno impone que en materia de salud, las provincias conservan la facultad de regular los protocolos y guías técnicas necesarias para garantizar los derechos que acabamos de mencionar. Desde la provincia de Jujuy hasta Tierra del Fuego, incluyendo lógicamente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las provincias tienen la potestad de legislar su política de salud.

Haciendo eco de esto y en razón de la importancia del fallo, varias provincias han dictado procedimientos siguiendo los preceptos interpretativos fijados por la CSJN. La Pampa, Santa Fe, Córdoba, Entre Ríos, Salta y Chubut entre otras, ya cuentan con sus propios protocolos.

Formosa, La Rioja, Misiones, Santiago del Estero, Santa Cruz, Tierra del Fuego y Tucumán manifestaron su voluntad de adherirse a la Guía Técnica para la atención Integral de Abortos No Punibles del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación elaborada en 2007 y actualizada en 2010. Si bien esta Guía Técnica Nacional no tiene rango de resolución, es un instrumento con base normativa de altísimo nivel que puede usarse como referencia hasta en la última sala sanitaria del país.

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de la Provincia de Buenos Aires, cuentan con la Resolución Ministerial que data de 2007, sin embargo, no contemplan el supuesto de aborto no punible cuando el embarazo proviene de una violación. Diversos proyectos en danza en ambas jurisdicciones pretenden regular este punto. Estamos ansiosos a la espera de ellos.

Efectuado un análisis de los lineamientos generales del fallo y diagnosticada su repercusión a nivel nacional, cabe enunciar algunas consideraciones que hacen al quehacer diario del profesional de la salud.

Se anticipa que las respuestas y observaciones que seguidamente quedarán expresadas son conjeturales y tentativas pues todas ellas dependerán de la reglamentación de las jurisdicciones locales.

Con relación al alcance del inciso 1 del artículo 86 del CP en cuanto expresa “peligro para la vida o la salud de la mujer “ se señala que el Código Penal no requiere certeza de muerte, ni que el peligro para la salud sea grave o leve ya que la ley no califica el peligro. En este punto y de manera mayoritaria, los distintos protocolos contemplan que el peligro entendido como “riesgo o contingencia inminente que pase algún mal” debe ser constatado por el médico conforme los estándares médicos vigentes. Se destaca que para este supuesto, el médico deberá concluir que no existe otro tratamiento alternativo.

Así también la mayoría de los protocolos contemplan la posibilidad de solicitar una interconsulta a un “cuerpo interdisciplinario” - por lo general integrado por un tocoginecólogo/a, un médico/a psiquiatra, una trabajadora social y un abogado/a- sólo si el médico tratante lo considera necesario. De ello se desprende que la intervención de un comité de

bioética, si bien dependerá de la regulación de cada autoridad local, en principio no es obligatoria ni su dictamen vinculante.

A la luz de los preceptos interpretativos de la CSJN, se recuerda que imponer exigencias más allá de las estrictamente médicas -que lleven a dilatar el procedimiento previsto- tales como autorización de más de un profesional de la salud, revisión o autorización por auditores, comités de ética, listas de espera entre otras, presentan un obstáculo al derecho de practicarse un aborto legal.

Con relación al inciso 2 del artículo 86 del CP en cuanto reza que el aborto no es punible cuando el atentado al pudor es cometido sobre una mujer “idiota o demente”, se señala que no se requiere la declaración de insania judicial. En caso de existir declaración judicial se incorporará en su historia clínica, caso contrario, conforme lo manifiestan los protocolos de manera pacífica, bastará con el dictamen de los profesionales de la salud mental del equipo interdisciplinario.

Efectuadas estas consideraciones cabe ahora preguntarse si el médico está obligado a llevar adelante la práctica terapéutica contemplada en los incisos 1 y 2 del CP si así se lo solicita la mujer.

El médico tiene el derecho de no efectuar la práctica terapéutica por convicciones éticas, morales y religiosas que se oponen a esa actuación. Es decir, que si sus convicciones entran en pugna con la práctica no está obligado. Para ello debe informar tal voluntad a los efectos de ser registrado en el listado de Objetores de Conciencia. Los diversos protocolos contemplan el momento u oportunidad en que debe invocarse. Por eso el médico que no invoca este derecho, sí se encuentra obligado a efectuar la práctica legal en tanto y en cuanto esta obligación venga dada por la reglamentación existente en el ámbito donde ejerce su actividad. El incumplimiento cuando el médico está obligado puede dar lugar a sanciones penales.

Ahora bien, el tema que ha suscitado tal vez mayor controversia es la declaración jurada a la que hizo referencia la CSJN en el fallo en análisis.

Para abordar este punto es indispensable definir el concepto de “declaración jurada”. En términos sencillos, la declaración jurada es una manifestación que realiza una persona con presunción de que lo que dice es verdad. Se desprende de la propia definición que el médico entonces no está obligado a evaluar el contenido de ella y así lo recogen algunos protocolos como el de Salta donde expresamente se exime al profesional de la salud a establecer la autenticidad

de aquella. En efecto, para este supuesto y sólo para este supuesto, el concepto de violación no es médico y tampoco jurídico, ya que no debe exigirse prueba de ella ni determinación judicial. En este punto detengo el análisis.

No escapa a quien suscribe que se pueden presentar situaciones donde se falseen las declaraciones juradas, si embargo, debe quedar claro que si una mujer falsea el instrumento y sobre la base de ello aborta, estamos en presencia de un delito y como tal, pasible su conducta de pena. Por ello, para quienes sostienen que el talón de Aquiles de la decisión de la CSJN ha sido la declaración jurada, entiendo que la lectura no tiene asidero porque la conducta, se reitera, es delito y está penada (artículos 86 y 296 CP). En definitiva, hay que entender que la declaración jurada no implica licencia para delinquir, sino, muy por el contrario, hace responsable a la mujer que declara bajo juramento que esta situación excepcional sucedió.

Dicho esto, se colige que si el médico toma conocimiento de que esta declaración es falsa, debería negarse a practicar el procedimiento ya que seguir adelante podría implicar ser partícipe de un delito. Por otro lado, las formas, controles, fiscalizaciones y modos de la declaración jurada dependen de aquellas que brinde cada autoridad local.

Por lo general, los protocolos prevén modelos de declaración jurada, pero podrían existir otras regulaciones sobre la manera en que deba hacerse esa declaración. Prueba de ello es el protocolo de Salta que refiere que la declaración no estará sujeta a forma alguna y en todos los casos debe hacerse con asistencia del defensor oficial, organismo de asistencia a las víctimas del Ministerio Público o asesor de menores e incapaces, según corresponda.

Es necesario aclarar que la violación es un delito de instancia privada, por tanto, la decisión de denunciar corresponde a la persona afectada y en los casos de menores de 18 años y discapacitados/ os a sus representantes legales. Por eso el médico no puede, mejor dicho, no debe denunciar el delito salvo que exista riesgo de vida por lesiones graves o gravísimas; en los casos de menores de 18 años o incapaces cuando considere que la niña está en peligro o cuando sospeche que los padres, tutores o familiares pueden estar involucrados en la violación o en su encubrimiento.