

## ***Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos***

Por Siro M. A. De Martini<sup>1</sup>

### **1. El problema**

Desde hace varios años comenzaron a publicarse en Argentina unas llamadas “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles”. Nombre éste que presupone la obligación, para centros médicos y profesionales especializados, de practicar abortos cuando estos son jurídicamente “no punibles”. El reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que extiende las causales del artículo 86, inc. 2 del Código Penal<sup>2</sup> al caso del aborto practicado a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación<sup>3</sup>, ha renovado la discusión en torno a las obligaciones de los profesionales de la salud en los casos de mujeres que, amparándose en la falta de castigo penal, pretenden que se les practique un aborto.

Es decir que el problema que vamos a analizar es si los centros médicos –y los médicos, obstetras y enfermeras que en ellos trabajan- están jurídicamente obligados a practicar un aborto (cuando se presentan las condiciones que exceptúan de pena). O, en otros términos, si alguna autoridad -administrativa o judicial- puede exigirles que lo practiquen.

No me refiero, por supuesto, a la cuestión de hecho de que se aprueben “guías” o “protocolos” o que un juez (de cualquier nivel, incluida la Corte Suprema de Justicia), o funcionarios del Poder Ejecutivo, puedan decir que es obligatorio. La pregunta es si esa proclamada obligación tiene algún sustento en nuestro orden jurídico.

Una primera e inmediata respuesta surge del sentido común y del significado mismo de las cosas (de los cuales no puede desentenderse nunca el derecho): el aborto es un crimen ya que su objeto es matar a un niño<sup>4</sup> que se sabe inocente e indefenso. Ninguna circunstancia por la que atravesase la madre modifica la especie moral y jurídica del aborto. Nadie puede matar a un ser humano inocente e indefenso. Nadie puede, por tanto, ordenar o exigir que otra persona mate a un ser humano inocente e indefenso. En consecuencia, cualquier orden, norma, exigencia, sugerencia que alguien haga en ese sentido, es ilícita.

Sin embargo, es un hecho que el fallo de la Corte ha generado perplejidad, confusión e incluso temor en muchos profesionales de la salud y, aún, en vastos sectores de la población en general.

Esta situación no ha sido generada por la sentencia en sí misma, (en la que, en rigor, la Corte –en un manifiesto exceso de sus funciones- ha recreado una causal de no punibilidad que había sido ya impuesta por los dos últimos gobiernos militares y derogada por los gobiernos de Cámpora y Alfonsín<sup>5</sup>), sino por los desmedidos términos que utiliza el tribunal en su sentencia, y el modo marcadamente tendencioso en que ésta fue difundida por cierto periodismo ideologizado<sup>6</sup>.

Me ocuparé inevitablemente en este capítulo, entonces, del fallo de la Corte pero con el propósito de traspasar sus límites, y fundamentar la afirmación que le da nombre a este trabajo: ni los médicos, ni las instituciones de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos.

1 Profesor de Filosofía del Derecho y de Ética social y profesional de la UCA. Profesor de Bioderecho del posgrado en Bioética de la Universidad CAECE-Schoenstatt, Director del suplemento de Política Criminal de El Derecho, miembro del Comité de Ética de los Institutos de la Academia Nacional de Medicina. Miembro de la Comisión de Bioética P. José Kantenich de Schoenstatt..

2 El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible.: 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.

3 F., A. L. s/ medida autosatisfactiva del 13-3-12. He opinado sobre el particular en el editorial del suplemento de Política Criminal de El Derecho ( Un fallo que no debe ser cumplido ) del 23-4-12, y en el artículo La Corte Suprema no puede obligar a un médico a matar , de esa misma publicación.

4 La ley nacional 23849 establece que debe entenderse por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad .

5 Leyes nº17567 y 21338, derogadas por las leyes 20509 y 23077 respectivamente.

6 Así, hay quienes asignan al fallo el carácter de una ley y hay quienes dicen que los médicos que no practiquen abortos van a ir presos .

## 2. El alcance del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F, A. L.

Mucho se ha escrito en estos tiempos sobre el fallo de la Corte Suprema y parecería innecesario agregar algo más. Sin embargo, dado que esta obra colectiva está dirigida principalmente a los profesionales de la salud, parece conveniente puntualizar algunas pocas cosas.

Ante todo hay que decir que la CSJN podría no haberse ocupado de este caso. En efecto, se trataba de una cuestión “abstracta”, es decir, de un caso que ya no era tal, dado que no había nada que resolver porque el aborto ya había sido practicado.

Sin embargo, el alto tribunal –invocando su “función de garante supremo de los Derechos Humanos (considerando 5)- quiso ex profeso involucrarse en el tema “con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro”.

Es decir que la Corte, sin necesidad jurisdiccional, ha querido que se supiera que para ella el aborto en caso de violación es un derecho, derecho que se debe ejercer de un modo que anticipa como posiblemente fraudulento y, además o sobre todo, ha querido asegurarse de que en el país se practicarán abortos utilizando, como escandaloso medio de presión, la intimación y la amenaza a jueces y médicos.

Afortunadamente, en una república no existe ningún organismo que sea omnipotente. Menos aún, en una república federal. Por eso la Corte Suprema de Justicia, aún siendo el tribunal más alto del país, y más allá del innecesario lenguaje que utiliza, no puede ordenar a los responsables de la salud pública, ni a los médicos, lo que deben hacer si se presenta en un hospital una mujer embarazada reclamando un aborto. Y, efectivamente, no lo ha hecho.

Quizás uno de los mejores modos de entender una sentencia, tanto en cuanto a su contenido, como a su alcance y al poder real del tribunal que la dicta, sea comenzar por su final, es decir, por lo que resuelve.

Y la resolución de la CSJN en este caso es la siguiente:

“Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde:

- 1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.
- 2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.
- 3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase”.

Vale decir que la Corte muestra toda su legítima potestad sólo en el primer punto: “confirmar la sentencia apelada”<sup>7</sup>. En los otros dos puntos se limita a “exhortar”, esto es, pretende inducir, persuadir a quienes se dirige a que hagan lo allí recomendado. Pero no pasa de ser una recomendación. Si la Corte Suprema no “ordena” o utiliza cualquier otro verbo que denote exigencia u obligatoriedad, es sencillamente porque no puede. Carece de facultades para hacerlo. Basta leer el fallo para darse cuenta de que si la Corte hubiera podido ordenar que se practicaran abortos en caso de violación, lo hubiera hecho.

El poder de la Corte –como el de cualquier otro tribunal de Justicia- se limita al caso que está juzgando. Ya en un

7 Se trata del fallo del Superior Tribunal de Chubut.

fallo de 1893, la Corte establecía que “las resoluciones de la Suprema Corte sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo, y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial...”<sup>8</sup>. Ésta ha sido (y seguirá siendo) la doctrina de nuestros tribunales porque ella es la única que se ajusta a la Constitución Nacional. Pretender darle a un fallo de la Corte Suprema un alcance parecido al de una ley es muestra de ignorancia, o más probablemente, de intencionalidad ideológica.

Y veamos cuales son sus recomendaciones: a los jueces (y es directamente un despropósito la inclusión de los jueces provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, porque carece a su respecto de toda relación jerárquica), les pide que se abstengan de “judicializar el acceso a los abortos no punibles”. Si esto se entiende en el sentido de que no se puede pedir a un juez una autorización para matar, no puedo sino estar totalmente de acuerdo<sup>9</sup>. Pero si esto se entendiera como una recomendación para no intervenir en el caso de una denuncia por un aborto que se está por cometer, la Corte estaría induciendo a los jueces a cometer un delito. En efecto, si un juez recibe la denuncia de que se está por practicar un aborto, debe de inmediato intervenir: ya para impedirlo, ya para detener y procesar a los culpables. Si de la investigación resulta que el aborto iba a ser practicado o había sido ya practicado en razón de encontrarse presente algunas de las causales de “no punibilidad”, el juez hará lo que considere que corresponda. Eventualmente –y es de esperar que así sea- declarará la inconstitucionalidad del artículo 86 del Código penal en la parte que se haya invocado y condenará a los culpables del crimen. Esta es una cuestión sobre la que aún no se ha pronunciado el alto tribunal.

La otra recomendación está dirigida a otros poderes del Estado Nacional o de las Provincias o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de las cuales, mientras no se encuentren involucradas en un juicio o disputa, la Corte carece de toda potestad. Y lo que les recomienda es que implementen y hagan operativos “protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual”. Es interesante notar que el tribunal –quizás a fuerza de utilizar incorrectamente las palabras- no se ha atrevido a utilizar los términos “práctica de abortos” u otro equivalente. De este modo, parecería que recomienda que se atienda a quien ya se ha practicado un aborto y sufre sus consecuencias (de cualquier tipo que estas sean), lo cual hace cualquier centro asistencial sin que nadie tenga que recordárselo. Sabemos que no es esta la intención del Tribunal: la Corte Suprema –basta leer sus razonamientos, afirmaciones y léxico empleado- parece realmente preocupada por lograr –del modo que sea- una suerte de garantía de que cada vez que una mujer quiera abortar (porque fue violada o porque falsa y fraudulentamente lo afirma), efectivamente lo sea. Pero no tiene poder para conseguirlo.

No se me escapa –y de ello dan cuenta los distintos medios- que en muchos lugares se están ya implementando protocolos con el único propósito de practicar abortos. Sea esto por convicción pro muerte de funcionarios y autoridades hospitalarios, sea por cobardía acompañada de mal asesoramiento jurídico (como me consta que ha pasado en importantes centros de la ciudad de Buenos Aires), sea por la razón que fuere, lo que importa es que las autoridades en materia de salud y los profesionales de la salud sepan que el fallo de la Corte de ningún modo los obliga. Es decir, que si lo hacen es porque quieren hacerlo.

¿Es definitivo el fallo de la Corte? Lo es sólo en cuanto confirma la sentencia chubutense. De hecho, como dijimos renglones más arriba, no se ha planteado aún la inconstitucionalidad de las causales de “no punibilidad” de nuestro Código Penal. Ni se ha planteado, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la violación a los derechos humanos que importa esta doctrina de nuestra Corte. Puede conjeturarse que, en su actual composición, el tribunal no modificará su ideología. Pero su composición (ya por muerte, jubilación o juicio político) se modificará en no mucho tiempo. En cualquier caso, y esto es lo único que importa, ni estos jueces ni los que los suplanten en el futuro, tendrán nunca poder para ordenar a un médico que haga algo que, por su función, no debe hacer.

### 3. La protección de la vida en el orden jurídico argentino

Mis referencias al orden jurídico argentino y, en el punto siguiente, a las llamadas causales de “no punibilidad”,

<sup>8</sup> Fallos 25:364.

<sup>9</sup> He desarrollado el tema en ¿Puede un juez dar una autorización para que se mate a una persona?, publicado en El Derecho del 4/8/09.

serán breves porque es mi único propósito poner ante los ojos de los profesionales de la salud las normas que protegen la vida humana. Porque en su nombre –además de sus propios principios morales- deberán plantear la ilicitud de cualquier orden que reciban relativa a la práctica de un aborto.

a. La Constitución Nacional:

Según el Art. 75, inc. 22, varias declaraciones, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y, por tanto, la legislación nacional debe ajustarse a lo que dispongan.

Entre ellos:

a1. Declaración Universal de Derechos Humanos:

Art. 3.- “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Art. 6.- “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

a2. Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Art. 1, inc. 2.- “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Art. 3.- “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Art. 4, inc. 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”.

Art. 24.- “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

a3. Convención Sobre los Derechos del Niño:

Art.1.- “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

La ley nacional 23.849, al aprobar la citada Convención establece la siguiente reserva en su art. 2:

“Con relación al art. 1 de la Convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

Art.3.- “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Art. 6°, inc. 1.- “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

Inc.2.- “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

La ley 26.061 (2005), reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño.

Art. 3°.- “se entiende por interés superior del niño...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

“Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Art. 8°.- “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida”.

b. Código Civil Argentino:

Art. 63.- “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

Art. 70.- “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”.

c. Código Penal Argentino:

En el Libro II, Título I “Delitos contra las personas”; Cap. I “Delitos contra la vida”, arts. 85 a 88, castiga el aborto que, es por tanto, un delito contra la vida de las personas<sup>10</sup>.

d. Algunas conclusiones a partir del ordenamiento jurídico argentino.

- . La vida humana comienza desde la concepción.
- . Desde la concepción todo ser humano es persona.
- . Desde la concepción existe un derecho intrínseco a la vida.
- . En toda medida que pueda afectar a una persona por nacer, ya sea que la adopte un órgano o institución de cualquiera de los tres poderes o una entidad privada, hay que velar por el interés superior de la persona por nacer.
- . Cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de una persona por nacer y los de una persona adulta, prevalecerán los primeros.
- . El aborto es un delito contra la vida de una persona.

#### 4. Los llamados abortos “no punibles”

El artículo 86 del Código Penal Argentino exceptúa de pena a los abortos que han sido practicados por ciertas razones o en ciertas circunstancias.

Así, luego de un párrafo referido a los profesionales de la salud que intervengan en un aborto (“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

<sup>10</sup> Los artículos que sancionan el aborto son: ARTICULO 85. - El que causare un aborto será reprimido: 1° 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. 2° Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. ARTICULO 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: 1° 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. 2° 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. ARTICULO 87. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

cooperaren a causarlo”), el Código establece:

“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”.

Es éste segundo inciso el que la Corte ha interpretado como referido a dos supuestos: el aborto en caso de violación, llamado “aborto sentimental”, y el “aborto eugenésico” (embarazo proveniente de una violación de una mujer “idiotas o demente”<sup>11</sup>).

Ahora ¿qué significa que un aborto –en sí mismo un crimen- “no es punible”?

Ciertamente, significa que quien lo comete no recibirá ninguna sanción dentro del derecho penal.

Pero el punto siempre discutido, siempre necesario de ser dilucidado es el del fundamento de esta no punición de una conducta que el mismo ordenamiento jurídico considera un delito.

Hay quienes sostienen que se trata de un supuesto de estado de necesidad, es decir, de lo que el mismo Código caracteriza como causar “un mal por evitar otro mayor inminente” al que, quien lo comete, “ha sido extraño”(art. 34, inc.3ºC.P.)<sup>12</sup>.

Vale decir, que el mal que se causa debe ser menor que el que se trata de evitar. Haciendo pie en esta característica esencial, se advierte fácilmente que un aborto no puede considerarse nunca cometido en estado de necesidad, ya que ningún mal puede ser objetivamente mayor que matar a un inocente con intención directa.

En el fallo al que nos hemos venido refiriendo, la C.S.J.N. considera que se trata de un derecho de la mujer que ha sido violada. Dado que las circunstancias por las que pueda atravesar quien realiza una acción no pueden modificar su especie moral ni jurídica –especie que está determinada por el objeto de la acción-, lo que está diciendo la Corte es que puede existir un derecho a cometer un crimen. De modo más concreto: un aborto consiste siempre en matar a un ser humano inocente con intención directa. El que el embarazo provenga de una violación, en nada modifica el hecho de que abortar al niño sea matar a un ser humano inocente con intención directa. Es decir, que para la Corte Suprema de Justicia, dadas ciertas circunstancias (por cierto terribles), matar a un ser humano inocente con intención directa es un derecho. Por eso decía que, para el alto tribunal, existe un derecho a cometer un crimen.

Se trata de la situación descripta por Juan Pablo II en su encíclica *Evangelium vitae* (nº11): “Pero nuestra atención quiere concentrarse, en particular, en otro género de atentados, relativos a la vida naciente y terminal, que presentan caracteres nuevos respecto al pasado y suscitan problemas de gravedad singular, por el hecho de que tienden a perder, en la conciencia colectiva, el carácter de « delito » y a asumir paradójicamente el de « derecho », hasta el punto de pretender con ello un verdadero y propio reconocimiento legal por parte del Estado y la sucesiva ejecución mediante la intervención gratuita de los mismos agentes sanitarios. Estos atentados golpean la vida humana en situaciones de máxima precariedad, cuando está privada de toda capacidad de defensa”.

La doctrina de la Corte es moralmente mala y políticamente peligrosa, en sí misma y en sus consecuencias. Por un lado, porque la palabra y la idea de “derecho” tienen una indudable connotación positiva y valiosa en la sociedad. Por ello, el argumento de que existe un “derecho” a hacer todo aquello que no está penalmente castigado, implica no sólo una devaluación del derecho sino también la posibilidad de afirmar la existencia de un derecho inmoral o

11 Consiste en el aborto del niño concebido como consecuencia de la violación de una mujer idiota o demente y el fundamento es el perfeccionamiento de la raza. Un muy reconocido penalista justifica de este modo este caso de no punibilidad: La interrupción del embarazo con miras eugénicas persigue una recta finalidad: impedir el nacimiento de infelices seres tarados con una enorme carga degenerativa ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina? .

12 De esta definición puede inferirse que las notas características del estado de necesidad son: a) Inminencia de un mal para el que obra o para un tercero; b) Imposibilidad de evitar el mal por otros medios; que la acción haya sido impulsada por el fin de evitar un mal mayor; c) Que el mal que se causa sea menor que el que se trata de evitar; d) Que el autor sea extraño al mal mayor e inminente.

a la inmoralidad. Por otra parte, porque sentado el precedente de que en algunos casos existe un derecho a matar a un ser humano inocente con intención directa, se abre la puerta para la justificación jurídica de matar a cualquier ser humano inocente. Y no estoy pensando en primer término en el aborto. Sino en la licitud de dar muerte a una persona libre de culpa, a quien, además, ninguna agresión puede serle imputada. Pienso en los millones de familias judías que fueron condenadas a muerte siendo perfectamente inocentes, o en los débiles mentales que fueron utilizados como material de experimentación, o en la aceptación a lo largo de la historia del homicidio de seres humanos inocentes por razones de raza o religión o... Quien quiera considerar la licitud del aborto tendría primero que detenerse frente a estas atrocidades no tan lejanas (quizás actuales), y preguntarse si podría existir alguna razón por la cual justificaría que se matara a esa gente. Porque se trata de seres humanos en todos los casos inocentes. Igual que las víctimas de abortos, o las de manipulación y "supresión de embriones".

Con la doctrina de que el aborto –dadas ciertas circunstancias- es un verdadero derecho, la Corte se ha aproximado a la idea central del famoso fallo de la Corte Suprema de los EEUU en el caso "Roe vs. Wade"<sup>13</sup>. A raíz de este fallo (y los que lo siguieron ampliando su alcance), se abrió en EEUU la puerta al aborto sin restricciones con la consecuente matanza de millones de niños inocentes. Sin embargo, la Corte Suprema de aquel país tuvo, como uno de sus argumentos centrales, la consideración de que el ser humano por nacer no es una persona. Caso contrario, como lo dice el juez Harry A. Blackmun en su voto por la mayoría, "si ello fuese así (si el feto es una persona), es evidente que el recurso no podría prosperar: el derecho del feto a la vida estaría protegido por la 14ava. Enmienda"<sup>14</sup>. Puedo suponer que muchos de los lectores se preguntarán de cómo es eso de que alguien sea un ser humano y no sea una persona. Para ahorrar explicaciones extensas y, probablemente, muy poco convincentes, diré que es un artilugio que filósofos y juristas utilizan cuando quieren justificar tratar de modo desigual a algunos seres humanos. Así, una vez hecha alguna división arbitraria entre seres humanos que no son personas y seres humanos que sí lo son (ya sea por el hecho de haber o no nacido, o en virtud de ser discapacitado<sup>15</sup>, o por razones raciales o políticas, etc.), fácilmente se establecen disminuciones de derechos fundamentales para aquellos a quienes no se considera personas. Pero lo cierto es que, aún aquel tribunal estadounidense, fijó un límite al "derecho" sobre los seres humanos: no se los podría matar si fueran personas. Por ello es que en nuestro orden jurídico no podría plantearse la cuestión en los mismos términos; en efecto, como hemos visto más arriba, el artículo 1, inc.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos -de jerarquía constitucional en nuestro país-, reconoce que "persona es todo ser humano".

Por mi parte, me enrolo en la corriente que sostiene que, los llamados "abortos no punibles", son verdaderos abortos, esto es, actos antijurídicos (injustos) que la ley –por razones de política criminal- se abstiene de castigar. Pero siguen siendo contrarios al derecho.

## 5. Nadie puede ser obligado a matar<sup>16</sup>

Según vimos antes, pueden considerarse fuera de toda discusión las siguientes afirmaciones relativas al orden jurídico argentino: 1) La vida humana está protegida desde la concepción; 2) no cabe hacer distinciones de categorías, ni ningún otro tipo de injusta discriminación entre las personas; 3) no existe la pena de muerte.

De lo anterior se sigue que la persona, en el período que va desde su concepción hasta su nacimiento, goza de un derecho a la vida que debe recibir, al menos, la misma garantía y protección que el derecho a la vida de una persona ya nacida<sup>17</sup>. Ni un juez, ni funcionario alguno, puede autorizar, ni menos ordenar, que se mate a ninguna persona ya

<sup>13</sup> Así piensan los destacados constitucionalistas Norberto Padilla en "En la senda de Roe vs. Wade" (ED 22/5/12) y (premonitoriamente) Alberto B. Bianchi en "La prohibición constitucional de matar" en Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario (Eugenio Palazzo- Director). EDUCA, 2012, p. 547/559).

<sup>14</sup> La Enmienda XIV a la Constitución de los EEUU (julio 9, 1868), dice "1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos". He resaltado la parte relevante.

<sup>15</sup> Por ejemplo, los modernos sistemas de detección prenatal de enfermedades ha permitido en algunos países europeos prácticamente suprimir personas con síndrome de Down. Es decir, la ciencia no ha sido utilizada para intentar curar la enfermedad sino para poder detectar y matar a los enfermos.

<sup>16</sup> Dejemos de lado, por no guardar relación alguna con nuestro tema, el caso de la guerra.

<sup>17</sup> Más aún, según nuestro orden jurídico, cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de una persona por nacer y los de una persona adulta, deben prevalecer los primeros; ya que siempre hay que velar por el interés superior de la persona por nacer.

nacida. En consecuencia no puede autorizar, ni exigir, ni ordenar que se mate a ninguna persona antes de nacer.

Me parece que este principio general resulta suficientemente claro. ¿Hacen alguna diferencia los casos de no punibilidad del aborto contemplados en el artículo 86 CP?

Cualquiera sea la tesis que se sostenga (estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho o excusa absoluta), el resultado es el mismo: la persona que comete el aborto, no recibirá pena alguna. La diferencia –que no es poca– estriba en que en los dos primeros casos se considera que el acto es jurídico, es decir, acorde a derecho, y en el último, que el aborto es siempre (aún cuando su autor no reciba un castigo) un acto antijurídico.

Pero ¿cambia algunas de estas distintas posturas la cuestión de la exigibilidad u obligatoriedad para el médico de cometer un aborto?

Una cosa es no castigar un homicidio en algún caso y otra, muy distinta, es sostener que alguien está obligado a cometerlo, o decir que se puede exigir a alguien que lo cometa. Ninguna autoridad en nuestro país, ni los jueces (de la Corte o de cualquier otro tribunal), ni los funcionarios públicos (Presidente de la Nación, ministros, gobernadores, etc.), ni el Congreso de la Nación, pueden exigirle a una persona que mate a otra. Más aún en un país como el nuestro en que no existe la pena de muerte (demás está decir que la pena de muerte sólo podría aplicarse al culpable de algún gravísimo delito luego de un juicio con todas las garantías).

Nuevamente, una cosa es sostener que no se va a castigar a una persona que mate a otra y otra muy distinta es decir que, por eso, alguien está obligado a matarla. No hay ninguna relación lógica (ni jurídica) entre una cosa y otra.

En una causa sumamente conocida<sup>18</sup>, en la que también se planteaba un caso de autorización para matar a un inocente, el juez de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, Héctor Negri, dijo “No hay norma en el derecho argentino que me autorice, como juez, a disponer la muerte de esta persona. Ni aun para salvar, eventualmente, a otra. ¿Cómo hago para decidir que esta criatura, persona, (ser único, irreplicable, no canjeable, no fungible) muera? ¿Sobre qué ley, sobre qué norma, fundaría la decisión de terminar con ella? Una persona que, según las propias leyes constitucionales de mi país y las de mi propia conciencia, existe desde el momento mismo de la concepción”. Y luego (párrafo IV): “Para responder afirmativamente al pedido del aborto que se hace, el tribunal de grado ha invocado (como único fundamento de su decisión) el artículo 86 inc.1 del Código Penal. Pero es una invocación inadecuada. Una cosa es punir o no punir. Otra cosa es decir que algo está bien. Aquí no se trata de castigar o no castigar. No se discute si alguien, por un hecho ya sucedido, debe ser o no objeto de una pena. Eso debe ser materia de un proceso ante el juez penal. Lo que se trata de decidir es si un juez puede conferir o no autorización para matar. Y no veo que de ese artículo pueda inferírsela.

Si lo que se ha procurado es llegar desde él (y todo indica que ese ha sido el propósito) a un principio del cual derivar una respuesta, la construcción ha sido claramente paralógica. Un principio no puede inferirse sólo de una norma, que lo expresa fragmentariamente (a veces en concurrencia con otros principios), sino de todo el conjunto de normas. Y en esas condiciones, el razonamiento no podría preterir aquellas disposiciones constitucionales y legales que declaran el comienzo de la existencia desde la concepción en el seno materno, ni las que protegen la vida y la personalidad. Del examen sistémico y de la inferencia que de todas ellas puede desarrollarse resulta, más que el poder de los jueces de matar a una persona, como se ha concluido, la radical imposibilidad de hacerlo. Una exclusión de la pena como la que establece el artículo del código penal citado, vale como eso, como limitación al poder de punir, no como proclamación del derecho judicial de decidir la muerte de una persona por nacer. Leerlo de otro modo me parece un exceso”.

Y si los jueces –como es rigurosamente cierto– no tienen facultades para autorizar que se mate a una persona por nacer ¿cómo habrían de tenerlas para ordenar o exigir a un tercero que la mate?

18 Fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, del 27 de junio de 2005 (causa Ac. 95.464, C.Pd.P.A.K. s/ Autorización).

## 6. Las facultades y obligaciones del médico frente a los llamados abortos “no punibles”

La verdad es que los jueces de la Corte Suprema y demás tribunales del país, como los funcionarios públicos y legisladores, saben que no pueden jurídicamente ordenar o exigir, que un médico mate a una persona.

Por eso, el medio que utilizan es considerar al aborto un “servicio de salud”<sup>19</sup> y, consecuentemente, amenazar al centro médico y a sus integrantes especializados en obstetricia, con sancionarlos en caso de negarse. No con sancionarlos por no practicar un aborto, es decir, matar a un ser humano, sino por no prestar un servicio de salud, es decir, por no procurar curar a una persona “enferma”. A lo que cualquier médico está obligado.

El resultado, no haría falta decirlo, es el mismo: la muerte de un ser humano inocente. Pero el crimen, que no puede ordenarse, se disfraza con el ropaje de la “curación” médica, que sí puede ordenarse.

Sólo así pueden entenderse párrafos tan brutales como los siguientes de la Corte: “Este Tribunal se ve en la necesidad de advertir... a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus **responsabilidades profesionales** una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida” (considerando 22).

“La insistencia en conductas como la señalada (médico que pide autorización o resolución judicial para practicar un aborto) no puede sino ser considerada como una barrera al **acceso a los servicios de salud**, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar” (considerando 24).

He remarcado unas pocas palabras que sirven para ilustrar lo que estamos diciendo. ¿Puede alguien, más aún, un tribunal de Justicia, más aún, el más alto tribunal de Justicia, sostener que practicar un aborto está dentro de las “responsabilidades profesionales” de un médico?

¿Qué tiene que ver la profesión médica con matar personas inocentes e indefensas?

Nada. No hay vinculación alguna entre la profesión médica y el aborto. De allí la necesidad de enmascarar el aborto como parte del “servicio de salud”.

Y su consecuencia, el Estado debe encargarse de los abortos como se encarga, en general de la salud pública”: “es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación,... de poner a disposición, de quien solicita la práctica (de un aborto), las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura” (considerando 25).

Quiere decir que, en rigor, toda la cuestión se puede circunscribir a estos interrogantes: ¿es la práctica de un aborto parte de la prestación de salud? Supuesto que lo fuera, ¿está un médico obligado a tratar medicamente a un paciente del modo en que éste quiera? Por fin, la existencia de un protocolo que dispusiera que en determinados casos debe practicarse abortos, ¿obliga jurídicamente al médico?

### 6.1. Aborto y salud

Desde siempre, la práctica de un aborto ha sido considerada una gravísima violación de la ética médica. Y no podría ser de otro modo. Una profesión cuyo objeto específico es el cuidado de la vida y, por ende de la salud, no puede sino rechazar como un aberrante contrasentido matar a un ser humano inocente.

Desde antiguo esta condena del aborto se manifestó en normas y juramentos médicos. Y en nuestros días hay que recordar a la Declaración de Ginebra (1948) –versión actualizada del antiguo juramento hipocrático- por la cual los médicos, al ser admitidos como tales, prometen solemnemente “velar solícitamente, y ante todo, por la salud de mi paciente” y “velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción”; al Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial (1949, última versión del 2002): “el médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana”. O, aquí y ahora, al juramento que prestan en

<sup>19</sup> Por ejemplo, en el caso F., A. L., considerando 24.

la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires quienes desean ser admitidos como miembros de la profesión médica. En dicha ocasión, deben jurar “hacer de la salud y de la vida de vuestro enfermo la primera de vuestras preocupaciones” y “tener absoluto respeto por la vida humana desde el instante de la concepción”.

¿Cómo puede pretenderse entonces vincular la salud con la muerte?

Hay un primer punto que es siempre importante mencionar: cuando se habla del aborto en general, y de los abortos “no punibles”, en particular; con el tema de la salud, de la obligación de facilitar el “acceso a los servicios de salud”, se hace referencia sólo a la salud de la mujer embarazada y nunca a la salud del hijo. Verdad evidente: al hijo se lo ha de matar, por lo que mal se podría hablar de su salud.

Pero, ¿cuál es el paciente? ¿Sólo el que habla y cuenta su problema o el que aún no puede hablar pero se encuentra ante la posibilidad de que lo maten (en ese centro o en otro)?

El médico tiene ante sí dos pacientes. Uno lo es porque se presenta sufriendo; el otro, porque ha de sufrir –hasta el extremo de perder la vida- si el médico hace lo que le pide quien sufre. Es decir, un paciente –la madre- es un paciente actual; el otro –el hijo- es un paciente potencial. Con la particularidad terrible de que, quien puede llegar a transformarlo en momentáneo paciente, necesitado del mayor cuidado médico ya que es su vida la que correrá peligro, es el mismo médico que debería velar por él.

¿Debe el médico atender sólo a la salud de la mujer o debe preocuparse, también, por la salud del hijo? ¿Se trata de dos personas iguales, con los mismos derechos humanos? Si uno se guiara por los argumentos de la Corte, y por los de los abortistas en general, la respuesta tendría que ser negativa: no, no se trata de dos personas iguales y, por tanto, no tienen los mismos derechos humanos. Más aún, el derecho humano que es la base de todos los demás, esto es, el derecho a la vida del hijo, depende de la voluntad de la madre.

¿Pero es esto así? ¿No hay acaso en esta posición una reminiscencia o, quizás con mayor precisión, una actualización de la milenaria división entre poderosos y débiles, amos y esclavos, raza pura y razas inferiores? Ahora la división parece ser entre nacidos y no nacidos. Mientras los no nacidos sean queridos por sus padres (en realidad, por su madre), parecen tener los mismos derechos que cualquiera otra persona; pero si la madre se encuentra en situación de riesgo para su vida o salud, o sufre porque ha sido violada, los derechos humanos del no nacido desaparecen y pronto se transforma en un condenado a muerte.

Los médicos saben que esto no es así. Aunque no conozcan de leyes, saben (porque conocen los secretos de la vida biológica), que desde la concepción, desde que se une el espermatozoide al óvulo hasta la muerte natural la vida es siempre igualmente humana. Las distinciones las hacen los hombres pero no la naturaleza.

Miremos ahora al aborto teniendo en consideración sólo a la madre. ¿Es el aborto parte del servicio de salud que deben procurar los centros médicos y los médicos en particular?

La respuesta no puede ser sino negativa. En efecto, el aborto no es una terapia, ni un remedio, no tiene ninguna acción terapéutica. Más aún, lo que es decisivo desde un punto de vista jurídico, es que el aborto no forma parte de la terapéutica. Ninguna relación tiene con la ciencia y el arte de curar. No forma parte de la currícula de ninguna materia de la Facultad de Medicina. Ningún médico hace su residencia practicando abortos.

Se dirá que el médico es el único profesional que sabe (o que podría saber) practicar abortos. Puede que así sea (en algunas especialidades, al menos). Pero el que sepa hacerlo no quiere decir que forme parte de su función profesional. Un miembro de las fuerzas de seguridad seguramente sabe como hacer para matar a alguien, ¿podría, por eso, dársele la orden, exigirle, que mate a un delincuente? Por supuesto que no. Y, sin embargo, podría hablarse de un eventual interés de la sociedad, de los conocimientos del policía y de la concreta posibilidad de darle la orden.

## 6.2. La libertad del médico frente al paciente

Ya hemos visto que, según la Corte Suprema de Justicia, la mujer embarazada como consecuencia de una violación tiene derecho al “servicio de salud”. Es decir, a que en el centro médico se haga todo lo medicamente posible para

salvarle la vida (art. 86, inc. 1CP) o atenuar al máximo las secuelas psicológicas de la violación (ya que la violación, lamentablemente, no se puede borrar, ni de la realidad fáctica, ni de la vida psíquica y emocional de la mujer).

¿Cuál es el tratamiento a seguir? Esa es una cuestión médica que, cada cual resolverá según sus conocimientos y experiencia. Ciertamente –habrá que insistir– el aborto no es terapéutico. No hay enfermedad alguna en que se pueda decir que practicar un aborto sea la terapia adecuada para curarla.

Pero si, además, analizamos la cuestión desde la perspectiva de la relación médico-paciente, parece claro que el paciente no es el que indica el tratamiento a seguir y, mucho menos, puede exigirlo. Esta no es una particularidad de estos casos en que las pacientes procuran que se les practique un “aborto no punible”, es lo propio de la profesión médica (como de cualquier otra profesión liberal). El médico tiene siempre la libertad de proponer el tratamiento más adecuado para hacer frente a la dolencia o enfermedad. De ahí que nunca pueda ser obligado, ni exigido de ningún modo, a practicar una terapia determinada. Y, en estos casos, ocurre (o debería ocurrir) exactamente lo mismo. ¿Acaso son los pacientes los que dictan a los médicos cuales son los medios adecuados para procurar su curación?; ¿son los pacientes quienes resuelven si hay que operar o si debe recetárseles tal o cual remedio? Pueden preguntar, pueden sugerir, pueden negarse a tomar un remedio o a operarse o a seguir un tratamiento, pero nunca pueden obligar al médico –y menos a un centro médico– a aplicar un tratamiento en particular.

¿Por qué habría de ser distinto en estos casos? Si una mujer ha sido violada y la hace sufrir el embarazo porque le recuerda al violador, lo que necesita es una terapia psicológica y no un aborto. Supongo que esto es lo que aconsejaría un médico ante una consulta. La mujer podrá decir: “pero mire que puedo abortar y que a usted no le va a pasar nada”, pero es como si dijera: si me amputa el brazo no le va a pasar nada porque esa es mi voluntad. El médico siempre debe hacer lo que corresponde médicamente que haga.

La mujer embarazada como consecuencia de una violación tiene el derecho a acceder al servicio de salud como lo tiene cualquier persona con un problema de salud. Pero en los mismos términos y dentro de los mismos límites.

### 6.3. La “lex artis” frente a los protocolos médicos

Desde hace unos años se ha vuelto una lamentable costumbre en Argentina, la elaboración de “protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles”, como exhorta a hacer el fallo de la Corte.

¿Qué tipo de obligación supone para el médico la existencia de estos protocolos?

Dicho sea en general, los protocolos médicos pueden caracterizarse como convenciones o puntos de encuentro de la técnica médica más correcta para cada caso. Se trata de plasmar en un documento las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales de la Medicina con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria<sup>20</sup>.

De este modo, los protocolos ofrecen al médico una mayor seguridad de aplicar al enfermo el procedimiento diagnóstico y terapéutico más correcto, acelera el proceso de toma de decisiones y le da respaldo jurídico ante posibles reclamaciones judiciales<sup>21</sup>.

Sin embargo, con toda su innegable utilidad, los protocolos médicos no tienen un carácter normativo, ni mayor fuerza jurídica que la que le da la razonabilidad de sus contenidos y la experiencia y conocimiento médico de sus autores.

En ningún caso pueden coartar la libertad profesional del médico quien, basado en la *lex artis* (que incluye aspectos no sólo técnicos sino también morales), su propio conocimiento y, quizás sobre todo, las particularidades únicas de

<sup>20</sup> Cfr. Magariños, Antonio Evaristo: Los protocolos médicos (I). Régimen jurídico, libertad profesional y consentimiento informado. En [www.calidadyriesgo.es/informacionjuridica/50-losprotocolosmedicos](http://www.calidadyriesgo.es/informacionjuridica/50-losprotocolosmedicos).

<sup>21</sup> Martín Bernal, JM: Responsabilidad Médica y Derechos de los Pacientes, Madrid: La Ley-Actualidad; 1998. 1ª Edición, 276.

la persona que debe asistir<sup>22</sup>, toma y comunica al paciente el tratamiento que considera –en ese caso- más correcto. Esto no implica que se haya de apartar necesariamente del protocolo, sino que –sobre todo a medida que atesore mayor experiencia- las decisiones que el médico adopta son siempre personales, se ajuste o no al protocolo.

Pero, ¿qué ocurre en el caso de un protocolo elaborado para la atención de “abortos no punibles”?

Si el propósito del protocolo es que se practique con rapidez y seguridad un aborto, está desde ya descalificado como protocolo médico. Primero, porque un aborto no es un acto médico<sup>23</sup>; luego porque estos protocolos no han sido elaborados por médicos caracterizados por su saber y experiencia ni reúnen directrices técnicas basadas en la experiencia; tercero, porque son lo opuesto a lo que indica la *lex artis* en estos casos: tratar de curar a la madre y preservar la vida del hijo.

Ante la realidad política de que a muchos centros de salud se les imponen o deben elaborar protocolos para la atención de mujeres embarazadas como consecuencia de una violación, me parece importante señalar unas pocas cosas que debe contener ese protocolo: a) la paciente debe tener una entrevista psicológica a fin de determinar si es competente. Es este un concepto bien conocido en psiquiatría y que se distingue claramente de la capacidad jurídica que, en principio, es puramente cronológica. La competencia puede caracterizarse como “la capacidad del paciente para comprender, transmitir, reflexionar y tomar decisiones racionales”<sup>24</sup>. Se comprende que sólo de un paciente competente puede esperarse un verdadero consentimiento informado; b) se debe verificar médicamente (a través de todos los estudios posibles, incluyendo la entrevista psicológica), si la mujer ha sido realmente violada. Hay que tener en cuenta que, incluso cuando la Corte inventa la posibilidad de que una declaración jurada supla todo acto jurídico razonable, se refiere a la cuestión policial y/o judicial, no a la actuación de los médicos. Así resulta del mismo fallo que se refiere a la necesidad de satisfacer requisitos que sean médicamente necesarios (consid. 27) o médicamente indicados (consid. 29). Por otra parte, en el considerando 15 del voto de la jueza Argibay se dice: “debe advertirse que el marco de ejercicio del permiso jurídico aquí tratado demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención *verifiquen que el embarazo es producto de una violación* y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención” (la cursiva es mía); c) se le debe hacer saber a la paciente –a través del ecógrafo y las explicaciones médicas- que lleva una verdadera vida humana en su interior y que esa vida le ha sido confiada (aunque el embarazo haya tenido un origen brutal y terrible) para que ella la cuide y proteja. Convendrá también hacerle conocer las distintas posibilidades que tiene de ayuda para lo cual parece altamente conveniente que los centros médicos dispongan de contactos con algunas ONG pro-vida; d) del mismo modo debe hacerse conocer el significado y consecuencias ciertas y probables del aborto (para su hijo y para ella misma); e) se le debe ofrecer ayuda psicológica.

Por supuesto que, en ningún caso se debe practicar un aborto.

#### 6.4. Objeción de ciencia y objeción de conciencia

Se habla habitualmente de la posibilidad (o el derecho) del médico a plantear su objeción de conciencia.

Sin embargo, yo creo que, ante todo, hay aquí una cuestión (si se me permite la expresión) de objeción de ciencia. Es decir la primera razón que tiene un médico para no realizar un aborto no es moral sino científica. Hay que repetirlo: el aborto no es terapéutico, no forma parte de la ciencia o el arte de curar, es exactamente lo contrario de lo que debe buscar un médico con su actividad: no sólo no cura sino que mata. Por otra parte es contrario a la *lex artis* y, es de esperar, a la libertad profesional del médico para elegir, y proponer, el tratamiento más adecuado. Por fin, lo hemos dicho, ninguna ley obliga a un médico a matar (ni podría constitucionalmente hacerlo). Rige, por tanto, el principio del artículo 19 de la Constitución Nacional: “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

<sup>22</sup> Se trata de las particularidades de las personas antes que las del caso (que también puede tenerlas).

<sup>23</sup> El Código Penal, al referirse a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que practican un aborto dice que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto. Esto es que, como sabe cualquier profesional de la salud, causar un aborto no es un acto de la ciencia o el arte de la salud, sino un abuso de sus conocimientos. El texto está en el artículo 86, el mismo que trata de los abortos no punibles.

<sup>24</sup> Brown, Paul y Pantelis, Christos: Aspectos éticos del tratamiento farmacológico. En Sidney Bloch, Paul Chodoff y Stephen A. Green (editores): La ética en psiquiatría. Editorial Triacastela, Madrid, 2001, p.245.

La misma Corte, no obstante su indisimulado afán abortista, recuerda (considerando 22) que “es la embarazada que solicita la práctica, *junto con el profesional de la salud*, quien debe decidir llevarla a cabo” (la cursiva es mía). Es decir, que el profesional de la salud debe intervenir en la decisión de abortar. No es un simple ejecutor de un pedido. Sin el acuerdo del profesional médico no puede llevarse el aborto a cabo. Con lo que la Corte termina por reconocer que la libertad profesional (fundada en convicciones científicas además de morales) es una barrera infranqueable para quien desea que se le practique un aborto.

En otro capítulo se analiza el tema de la objeción de conciencia. Mi intención es referirme a un solo aspecto de ella: la conciencia humana no puede quedar detenida en el tiempo. Y, menos aún, por disposición legal. La Corte y, como era de esperar textos parecidos de los gobiernos que han respondido a su exhortación, dice que “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”.

Esto supondría un grave error en materia psicológica y moral, sino fuera un simple expediente para limitar el planteo de objeciones de conciencia en busca de conseguir garantizar la realización de abortos.

El derecho a la libertad de conciencia nos dice que los problemas de conciencia deben plantearse cuando se presentan. El hombre no es una máquina cuyas convicciones o decisiones morales puedan ser tomada de una vez para siempre, y mantenidas de esa forma de modo inalterable. El hombre cambia a veces sus principios (para bien o para mal) o modifica su modo de pensar cuando se encuentra ante las circunstancias concretas. ¡Cuántas veces hemos pensado que, frente a tales circunstancias, haríamos esto o lo otro y luego, ante la realidad concreta hemos cambiado de parecer! ¿Acaso puede pretender alguna autoridad o un protocolo, congelar la vida moral del hombre? El hombre tiene derecho a plantear lo que su conciencia le dicta y también a arrepentirse de lo que en algún momento pensó. Puedo imaginar que una cosa es decir en una oficina, ante un jefe de quien puede depender mi futuro laboral, que no tendría inconvenientes en practicar un aborto si se presentara alguna vez la ocasión y otra, muy distinta, disponerme a matar a una criatura que recién está comenzando la maravilla de la vida y que palpita delante de mis ojos en una ecografía, una criatura que está protegida en el vientre de su pobre madre, asustada a su vez y sin saber qué hacer ante el drama inimaginable de haber sido violada, y ahora traída al servicio de salud por su madre, quizás acompañada por una abogada, o una asistente social, o militantes de organizaciones de “derechos humanos”...

Sin dudas es distinto. ¿Cabe la posibilidad que el médico cambie de opinión? ¿Y entonces qué? ¿Ya no hay que respetarle su conciencia?

La objeción de conciencia (como la de ciencia) es importantísima pero no evita, por sí misma, el crimen. Debe ir acompañada entonces, de medidas que puedan ser realmente curativas y que, además eviten, que el niño sea matado en otro lugar.

## 7. Conclusiones

1. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce explícitamente los siguientes principios: a) La vida humana comienza desde la concepción, b) Desde la concepción todo ser humano es persona, c) Desde la concepción existe un derecho intrínseco a la vida, d) En toda medida que pueda afectar a una persona por nacer, ya sea que la adopte un órgano o institución de cualquiera de los tres poderes o una entidad privada, hay que velar por el interés superior de la persona por nacer e) Cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de una persona por nacer y los de una persona adulta, prevalecerán los primeros, f) El aborto es un delito contra la vida de una persona.

2. Las afirmaciones de la Corte Suprema de Justicia en el caso F., A., L., no obligan a ninguna persona que no haya estado involucrada en el caso.

3. Una cosa es no castigar un aborto en algún caso (aborto “no punible”) y otra, muy distinta, es sostener que alguien está obligado a cometerlo, o decir que se puede exigir a alguien que lo cometa.

4. Ninguna autoridad tiene facultades para ordenar a una persona que mate a otra. Menos aún, para amenazarla en caso de que no lo haga. Exige un verdadero derecho humano a no matar.
5. El aborto no forma parte del servicio de salud. No es terapéutico. En rigor, es lo opuesto a la salud por procurar directamente la muerte de un ser humano inocente.
6. Al médico no puede exigírsele nada que esté fuera de su competencia profesional, que es velar por la salud de sus pacientes.
7. El nonato es transformado en paciente en el mismo momento en que se pide o procura su aborto.
8. Las normas éticas de la profesión y el juramento prestado al egresar de la Facultad prohíben al médico practicar abortos.
9. Como cualquier profesional, el médico goza de libertad para elegir cual es el tratamiento más adecuado para un paciente.
10. Ningún paciente tiene derecho a exigirle al médico una conducta determinada.
11. Los protocolos médicos no son normas sino directrices u orientaciones basadas en la experiencia de los mejores médicos. Sin embargo, por encima de ellos está la *lex artis* (que incluye cuestiones morales además de técnicas) que es la expresión de la libertad profesional y la responsabilidad personal del médico, que siempre es quien debe decidir que es lo más conveniente para la curación de su concreto paciente.
12. Los protocolos para la atención de "abortos no punibles" no guardan ninguna de las condiciones propias de un protocolo: no se basan en las mejoras prácticas, no han sido elaborados en base a la experiencia y conocimiento de los mejores médicos. En cualquier caso, la *lex artis* está por encima de ellos.
13. La primera objeción que tiene un médico para no practicar un aborto es una objeción de ciencia. Es la misma ciencia la que le dice que el aborto es contrario a la salud (del hijo, claramente, y normalmente también de la madre).
14. La conciencia moral no puede ser "congelada" en el tiempo. Puede y debe ser planteada en el momento en que se manifiesta. Toda persona tiene un derecho humano a arrepentirse de sus decisiones anteriores.
15. Existe un deber jurídico y moral de evitar, dentro de nuestras posibilidades, que un médico mate a un niño por nacer.