



Edición del día
Viernes 16 de Noviembre de 2012
Próxima actualización el
Lunes 19 de Noviembre de 2012

SUSCRIPCIÓN GRATUITA

Regístrate

Ingresar

PRINCIPAL | NOTICIAS POR FUERO | EDUCACIÓN A DISTANCIA | CENTRAL DE COMPRAS | ARCHIVO | búsqueda por sección

Noticias del día | Nota de fondo | **Reportaje** | Encuesta | Artículos | Correo de lectores

Reportaje

Paola Bergallo. Experta en Derecho de Salud en UdeSA.

13.11.12

"La concepción es un concepto moral"



Bergallo en el reportaje con Dju.
Foto: DJU

Por Ana Laura Mera Salguero

Paola Bergallo, especialista en Derechos Humanos y Derecho a la Salud, dialogó con Diario Judicial sobre un tema complejo y actual: el aborto. Al respecto, afirmó que "el modelo de despenalización que rige hoy es inimplementable", pues en los hechos funciona como una "restricción casi total" al aborto. La profesora de la Universidad San Andrés destacó que "la concepción es un concepto moral" y también analizó el fallo de la Corte Suprema en el caso "F.A.L.", por el cual se manifestó en contra de la inclusión en el proyecto de Código Civil de una norma que define el comienzo de la vida. En tanmtó que comentó la problemática de la "judicialización" del acceso a la salud.

¿Cuáles son las razones que justifican la despenalización y regulación

del aborto en Argentina?

El aborto en Argentina está despenalizado en ciertas circunstancias: los casos de peligro para la vida y la salud de la mujer y los casos de violación. Ahora bien, creo que el derecho argentino exige más que ese uso limitado y justifica que se abandone la penalización sobre las mujeres y también sobre los profesionales de la salud, por lo menos en el embarazo temprano. ¿Por qué creo que hay razones para avanzar en ese sentido? Primero, porque la regulación vigente, en los hechos, funcionó a lo largo del siglo XX y sigue funcionando como una restricción casi total, como si fuera una regulación de penalización total. La permisión que existe hoy para abortar nunca fue implementada, y es por eso que hay una enorme contenciosidad en todo el país. Entonces, una de las razones para abandonar el modelo actual de despenalización hacia uno que se llamaría de legalización, es que el modelo de despenalización que rige hoy es inimplementable. Hay, también, razones morales, algunas de las cuales encuentran sustento en la Constitución, como la igualdad entre los sexos. El aborto es algo que sólo enfrentan las mujeres. Para toda mujer es una decisión difícil. Las mujeres tienen un ámbito de autonomía en sus decisiones reproductivas que la Constitución reconoce en el artículo 19 y que, además, se complementa con el ideario igualitario que exige que las mujeres puedan determinar cuándo ser madres, cada cuánto tener hijos, etc. A esto hay que agregarle las razones de justicia social que siempre existen. En este plano se plantea que las que sufren más las desigualdades son las mujeres más pobres, las que están en una situación de más vulnerabilidad. Las razones morales justifican la legalización para todas las mujeres. Las razones de justicia social son razones adicionales que son contingentes. En nuestro país, las razones de justicia social son fuertes porque las tasas de muerte materna indican que el aborto es una de las causas más importantes de la muerte de las mujeres.

¿Qué ocurre con el derecho a la vida de la persona por nacer?

La regulación argentina actual establece ciertas despenalizaciones. En esos casos, ya hubo una ponderación del legislador entre el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y sexual de la mujer, por un lado, y el interés de la protección de la vida en gestación, por otro, y se privilegiaron los derechos de las mujeres. No obstante, la praxis de esas normas fue cuestionada en cuanto a su constitucionalidad. Esto lo resolvió la Corte este año, en el caso "F.A.L.", al decir que es constitucional el modelo de permisos de aborto o que existe un derecho al aborto no punible. El derecho en general protege la vida en gestación en forma incremental. En algún momento, las legislaciones comienzan a hablar de un sujeto de derecho, y aparece la idea de persona, que es un concepto moral que el derecho usa con alguna finalidad. Muchas legislaciones reconocen la personalidad jurídica a partir del nacimiento. Otros sistemas jurídicos, lo que hacen es diferenciar en el proceso de gestación una etapa en la que se reconoce un interés en la protección de la vida en gestación y otra en la que aparece un sujeto de derecho. En general, se suele considerar que el sujeto titular del derecho a la vida aparece en la semana doce o el primer trimestre. Esa distinción está basada en criterios morales y biológicos, que son distintos en cada legislación. Sin embargo, en la mayoría de los países, la idea de que el sujeto de derechos existe aparece en el embarazo avanzado. El derecho hace una ponderación en la que al principio del embarazo triunfan los derechos de las mujeres y a medida que avanza el desarrollo gestacional empieza a tener más valor la vida en gestación, al punto que empieza a haber un sujeto de derecho. El derecho a la vida no aparece desde el primer momento, sino en la evolución del desarrollo gestacional. A medida que avanza el embarazo la protección de la vida en gestación empieza a moderar el reconocimiento de los derechos de las mujeres, para reflejar ese valor incremental de la vida en gestación. Por eso, en algunas legislaciones se penaliza el aborto hacia el final del embarazo o se regula el acceso al aborto en el segundo y tercer trimestre. La restricción de la protección a la vida en gestación está justificada por los derechos de las mujeres.

Síguenos en Twitter

REFORMA DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ▶

E-Learning PACK
3 CURSOS ➔
15% DE DESCUENTO

Un atleta que no se entrena es un perdedor

Yo leo **Diario Judicial** también está en **facebook**

NUEVOS NUMEROS DE TELEFONO

Librarius Envíos a todo el mundo
Todos los Libros Jurídicos Todos los medios de pago
info@librarius.com.ar (54-11) 5252-1023/24

Ya te decidiste por una carrera
Te falta elegir una buena Universidad
UCES
Las empresas buscan acá
Informate ahora

¿Qué opina sobre la definición del “comienzo de la vida” del proyecto de reforma al Código Civil?

La pregunta clave es, ¿para qué se necesita esta definición en el Código Civil? La definición de la existencia de la subjetividad antes del nacimiento está pensada, en el Código Civil, para consecuencias civiles. Esto se puede solucionar con una regulación específica en las partes donde se trata la responsabilidad extracontractual o las sucesiones, donde se identifiquen los objetivos de esa protección. ¿Por qué esto me parece mejor? Porque la definición del “comienzo de la vida” responde a un pedido de ciertos sectores conservadores que, claramente, si uno mira la praxis de uso de esa norma, han utilizando el precepto civil para restringir el acceso a derechos reproductivos. Este uso de la norma civil suele confundir a las personas, sobre todo a las que no saben derecho, pero también a las que saben derecho y tienen poca información sobre estos temas. Dada esa praxis, no es bueno que se vuelva a insistir sobre el tema. Además, gran parte de las legislaciones del mundo han renunciado hace muchos años a definir cuándo comienza la vida. La definición del comienzo de la vida es una definición moral y biológica, en la que el derecho lo único que hace es ponerse de acuerdo sobre algún criterio de valoración. Los científicos, en general, suelen dar distintos criterios de evolución del proceso gestacional. Definir cuál es el momento en el que comienza la vida implica cerrar esa conversación ética y científica. Además, la selección de criterios es arbitraria, porque los científicos no están de acuerdo. Las Cortes de distintos países han sostenido que no corresponde a los tribunales definir cuándo comienza la vida, que no corresponde al derecho definir cuándo comienza la vida. Para la ciencia no hay tal cosa como concepción. La concepción es un concepto moral. La ciencia describe distintas etapas en el proceso de desarrollo embrionario. La norma del Código Civil tiene una praxis de confusión detrás de ella, y pareciera que la idea es sostener esa confusión, mezclando la definición del Código Civil sobre el comienzo de la vida con la disputa sobre el aborto. Además, esto no quiere decir que no se pueda regular la protección de la vida en gestación, pues esa regulación es compatible con un Código Civil que no contenga una definición del comienzo de la personalidad.

El artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que el derecho a la vida “estará protegido por la ley, en general, a partir de la concepción”. La norma dio lugar a diversas interpretaciones, ¿cuál es la suya?

La norma ha sido interpretada por diversos tribunales y legisladores de América. En Argentina, las interpretaciones restrictivas de la norma están saldadas en el fallo “F.A.L.”, pues en él, la Corte aclaró la constitucionalidad del modelo de aborto no punible y, también, la convencionalidad. No hay ningún derecho que se reconozca en forma absoluta, pues todos entran en tensión y exigen ponderación frente a otros derechos. Cuando se celebró la Convención, las legislaciones de la mayor parte de los países de América permitían el aborto en ciertas circunstancias. Justamente, se incluyó el “en general”, según surge de los papeles de la redacción de la Convención, para hacer compatible esa protección con las ponderaciones de los regímenes jurídicos vigentes de los países. Por otra parte, la Comisión Interamericana, enfrentó esta consulta en el famoso caso “Baby Boy”, oportunidad en la que sostuvo que la legislación estadounidense, que es mucho más permisiva que la nuestra (permite el aborto a demanda en un embarazo temprano), es compatible con la Convención. Es decir que los mismos órganos del sistema interamericano ya hace años que interpretaron que la protección de la vida en la Convención no es incompatible con regulaciones permisivas del aborto. De hecho, la propia legislación argentina regula la vida en gestación, por ejemplo, cuando se trata la permisión de la fertilización in vitro o las técnicas de reproducción asistida. Hay varias legislaciones provinciales que garantizan el acceso gratuito a estas técnicas. Esto refleja que, en este país, la protección de la vida en gestación en su estado embrionario está regulada, y nadie se rasga las vestiduras por una supuesta violación al derecho a la vida. Los legisladores que votaron esas leyes no parecen haber tenido problemas de conciencia. Este tipo de normas demuestran que el artículo de la Convención es compatible con regulaciones que restringen de alguna manera la protección de la vida en gestación. Además, el propio sistema interamericano ha dado otras señales en este sentido, a través de recomendaciones y medidas cautelares. Si la Comisión trabaja en la implementación de los permisos de aborto en casos de violación, claramente cree que la permisión del aborto es compatible con el artículo 4.1.

La Corte autorizó, recientemente, el aborto no punible en caso de violación. ¿Qué opinión le merece esa sentencia?

Es una muy buena sentencia, por muchas razones. En el fallo, la Corte confirmó que las normas vigentes sobre despenalización son constitucionales y convencionales. Además, aclaró el alcance del permiso de aborto por violación. Había un cuestionamiento: si el aborto no punible era para todas las mujeres o sólo para las mujeres con alguna discapacidad mental, según el texto del Código Penal. La Corte sostuvo lo que ya habían afirmado, en su momento, los dictadores Onganía y Videla, quienes siguiendo a Soler, habían aclarado que toda mujer violada estaba exceptuada de la pena. Esta discusión, que había sido saldada en las últimas dos dictaduras, fue revertida cuando se abandonaron las reformas dictatoriales al Código Penal.

La Corte, además de aclarar el alcance y la constitucionalidad del permiso de aborto no punible, abordó cuestiones atinentes a la implementación de esta práctica. ¿Qué opina al respecto?

La Corte hizo muy bien en abordar las cuestiones de implementación del derecho al aborto no punible. Esta es una distinción entre el voto de la mayoría y el voto de la Doctora Argibay. La Corte argentina cuando interpreta las normas mira cómo funciona el derecho en la práctica, interpreta normas en una sociedad que tiene serios problemas de anomia social e institucional y sabe que no genera obediencia. Si la Corte se hubiera detenido en la primera parte del fallo, nos hubiera dicho toda mujer violada puede abortar y que esta norma es constitucional y convencional. Pero la norma estaba escrita desde hacía más de noventa años y no se aplicaba. Las mujeres

violadas no accedían al aborto y las mujeres cuya vida y salud estaba en peligro tampoco. Todavía hoy no acceden. La Corte sabe que para que los permisos sean accesibles tiene que existir una estructura de garantía de acceso. Entonces, una de las cosas que exige el fallo es que el Estado brinde los servicios de salud necesarios para que las mujeres accedan al aborto no punible. La Corte se preocupó por la accesibilidad al derecho al aborto no punible.

¿Cuáles son los principales problemas en torno al acceso al derecho de aborto no punible?

Existe una norma informal que hace que muchos sujetos del sistema de salud exijan la judicialización previa de la autorización para el aborto no punible. La Corte, preocupada porque su reconocimiento al aborto no punible se implemente, exigió al sistema de salud, y también al sistema judicial, que no se judicialice más. Esto ya lo habían dicho numerosos tribunales provinciales en casos en que los jueces de instancias inferiores habían aceptado la judicialización y rechazado la autorización. Hay una contenciosidad abierta en esa judicialización, pues no sólo hay judicialización, sino que también, hay actores que sostienen que el permiso para abortar es inconstitucional. El fallo contempla, además, la responsabilidad civil, penal y administrativa por interferir en este proceso. Sin embargo, la Corte también ve otros obstáculos. Uno de ellos es la exigencia de la denuncia de la violación. Esto es un disparate, pues la investigación de la violación es un proceso separado, que no tiene nada que ver con tener permitido abortar. Sin embargo, el sistema de obstrucciones, las normas informales, había establecido que una mujer violada debía ir antes a denunciar la violación. El delito de violación es un delito dependiente de instancia privada, por lo que la exigencia de denuncia tergiversa de facto la definición del tipo de acción que tiene previsto el delito. La Corte separó esos dos procesos. Además, la Corte no está haciendo ninguna ponderación, está interpretando lo dicho por el Congreso. Al que no le gusta esta norma que vaya al Congreso y reforme el Código Penal, esta es la lógica democrática. Por otra parte, cabe destacar que las sentencias denegatorias de la autorización para abortar son muy precarias, y en algunos casos, son vergonzantes, como el fallo de primera instancia en la causa "F.A.L.". Esas sentencias denotan la crueldad de la que es capaz el sistema judicial en estos procesos de obstrucción, que yo no reconocería como una defensa de la vida, porque la vida de la mujer también es relevante. La Corte, entonces, aclaró que no corresponde la denuncia previa, pero concedió la exigencia de una declaración jurada. La declaración jurada es una concesión al sistema de salud pero no se justifica legalmente, se justifica de forma pragmática. Los médicos quieren que las mujeres que pongan por escrito que las violaron. Sin embargo, no hay ninguna norma en el derecho argentino que exija que una mujer declare de forma jurada que fue violada. Muchos médicos no conocen los derechos humanos de sus pacientes y creen que pueden juzgar la verdad o mentira de lo que dice la mujer. La exigencia de la declaración jurada supuestamente es un requisito formal que desincentivaría la mentira. No obstante, el derecho no puede legislar previendo que una mujer va a mentir, o no tiene forma de evitarlo, y no puede constatar la violación, pues la constatación es la prueba de un juicio de violación. En este punto yo creo que se equivoca el voto de la Doctora Argibay. No hay tiempo en el aborto para verificar la violación. Los estándares médicos tampoco sirven sin un buen peritaje y, eventualmente, pueden no quedar rastros médicos de la violación cuando la mujer llega a pedir el aborto a los dos o tres meses del hecho.

La Corte, en el caso "F.A.L." también exhortó a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a regular el aborto no punible. ¿Qué opina con relación a este exhorto?

La Corte, más que una exhortación, dio una instrucción a las provincias para que regulen los procesos de aborto no punible, porque es consciente de que para implementar el derecho al aborto no punible es necesario emitir una regulación muy precisa sobre muchas otras cosas que están involucradas en la provisión de servicios, entre otras, la objeción de conciencia. La Corte, en el voto mayoritario, reconoce que hay obstrucciones y sabe que los actores del sistema de salud usan, o abusan, de la objeción de conciencia para no garantizar la oferta de servicios en estos casos. La Corte en este caso es sensible al derecho en acción.

En la Ciudad de Buenos Aires, en los últimos tiempos, el aborto ha sido un tema discutido a nivel de los tres poderes –Ejecutivo, Legislativo y Judicial-. ¿Cuál es la realidad de la Ciudad en torno al aborto no punible?

El Gobierno de la Ciudad tiene una deuda seria en torno al tema del aborto. En el año 2007, Telerman, hizo una resolución local de aborto no punible: la resolución 1174/2007. El Gobierno actual nunca implementó esa resolución. Según una investigación que realicé en 2009, en el último año del gobierno de Telerman, se realizó un entrenamiento para implementar la resolución. Sin embargo, la gestión posterior, no continuó trabajando al respecto. La resolución sólo se aplicó cuando hubo médicos o directores de hospitales responsables de cumplir con ella. La norma no se derogó, pero la gestión del gobierno de Macri no hizo un proceso activo de desarrollo de una política pública de información y exigencia de aplicación. Los protocolos de aborto no punible son el comienzo, o la base, para una política pública. Lo que se necesita es una política pública. Por otra parte, en el ámbito de la Legislatura, durante cinco años, el PRO no dio lugar a un debate serio sobre el aborto que llegara al recinto, no apoyó la discusión. Entre tanto, hay que decir que los legisladores de la oposición, en su momento, tampoco apoyaron estas iniciativas. Para ser justos, este es un tema donde no hay ningún partido que pueda tirar la primera piedra. El Gobierno Nacional tampoco, pues si bien encargó la primera guía de aborto no punible, no la pudo implementar ni establecer como piso en una negociación en el COFESA (Consejo Federal de Salud), que es el espacio que tiene el Ministerio de Salud de la Nación para ejercer sus poderes de rectoría y coordinar acciones con los Ministros de las provincias.

El Poder Judicial se enfrenta, cada vez con mayor frecuencia, a causas sobre el derecho a la salud ¿Existe un

proceso de "judicialización" de la salud?

La judicialización de la salud es un fenómeno que ha surgido hace años, desde comienzos de la década del noventa, si se excluye la judicialización de la mala praxis (tema en el que hay un importante nivel de judicialización y que es bastante antiguo). Si se acota la definición del fenómeno a la praxis de ir a los tribunales a demandar acceso a la salud, que es una forma de definir la judicialización, este es un fenómeno que cobra fuerza a partir de la reforma de la Constitución, en 1994. Yo investigué el tema, para mi tesis doctoral, y se puede percibir un importante incremento cuantitativo de sentencias a partir de esa época. Este fenómeno tiene sus orígenes en los reclamos por el acceso a tratamientos de HIV, a la cobertura de la enfermedad cuando todavía era mortal. Sin embargo, es un fenómeno complejo, con mucha diversidad en su interior. Hay una cantidad grande de casos contra obras sociales y contra el Estado como prestador público, y también, combinaciones, en las que se litiga contra la obra social, y subsidiariamente contra el Estado. Además, están los casos contra las empresas de medicina prepaga. Las causas de los litigios son variadas. No obstante, hay una parte muy importante del litigio en materia de salud, que tiene un patrón en común con los litigios sobre temas previsionales, corralito, remuneraciones de gendarmes: hay mucha legislación argentina que promete acceso a servicios sin una racionalidad básica detrás. El Programa Médico Obligatorio se diseña a través de resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación y se aplica a todas las obras sociales que funcionan en el país. Ahora bien, las obras sociales son heterogéneas entre sí: tienen distintos recursos, distinto perfil de afiliados, distinta epidemiología. Toda esta información sobre la demanda del sistema de salud no existe, no está agregada en un organismo de control. La Superintendencia de Servicios de Salud controla las instituciones, pero no genera un sistema de información para regular qué es lo que se garantiza y cómo, no hay un sistema de priorización de recursos. El sistema de salud argentino tiene una serie de problemas de regulación que surgen, a veces, de la incapacidad administrativa, y muchas otras veces de la falta de análisis de impacto presupuestario en el proceso legislativo. La legislación argentina promete mucho. Gran parte del litigio en materia de salud, aunque no todo, es litigio de cumplimiento de normas que son claras, pero que no tienen racionalidad y se incumplen como un mecanismo natural de implementación. Los juicios derivan de normas que no tienen un diseño racional ni una base presupuestaria razonable. La obra social es obligada a cubrir una cantidad de prestaciones y no puede cubrirlas a todos, o al menos eso dice, pero no podemos saber si es así porque no sabemos cuánto presupuesto tiene, ni cuántas enfermedades debe cubrir. No lo sabemos porque ese dato no está en la programación del Estado. La obra social les dice a todos que no; algunos van al sistema judicial y acceden. En muchos casos, el litigio es una forma de "saltar la cola" en un mecanismo de priorización que no está formalizado o que no existe. Otros se quedan en el camino.

¿Cree que los jueces están preparados para decidir e intervenir en cuestiones relativas al acceso a la salud?

Los jueces no tienen la posibilidad de montar un sistema de priorización de recursos, pero le deberían exigir al Estado un diseño del sistema de salud razonable. El sistema de salud argentino es hiper fragmentado, muy inequitativo y terriblemente ineficiente. En Argentina, se gasta más que en cualquier otro país de América del Sur, y los resultados, en términos de igualdad en materia de salud, son inferiores a los de los países vecinos que gastan menos. Los jueces intervienen mal cuando lo único que hacen es satisfacer el acceso individual a la salud, porque no dan cuenta de que, cuando una persona se "salta la cola", hay otra que se queda afuera. Intervienen regresivamente. Ahora, la alternativa a esa intervención regresiva, no es la no intervención. La alternativa es una intervención en la que el Poder Judicial exija racionalidad en el diseño institucional del sistema de salud y controles. Además, hace falta hacer una autocrítica fuerte sobre cómo se legisla en materia de salud en la Argentina. Tanto jueces como abogados deben entender que en materia de salud hay actores con intereses complejos. Los jueces no pueden ser ajenos al diseño institucional y a los intereses en juego en estos problemas. Es obvio, sin embargo, que el juez enfrenta una situación de urgencia, frente al enfermo que reclama, y que no es el responsable principal de la irracionalidad del sistema. Sin embargo, los jueces llevan muchos años enfrentando este tipo de problemas, por lo que deberían dar algún tipo de mensaje sobre la racionalidad de las normas, a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.



Compartir



Compartir

Valorar



Enviar por email



Imprimir



Nota al editor



Enviar correo de lectores

[Reportajes anteriores](#)



Copyright © 1999 - 2012 Diario Judicial. Todos los derechos reservados. E-mail: info@diariojudicial.com - Publicidad - Términos y condiciones
Diariojudicial.com es un emprendimiento de Diario Judicial.com S.A. Propietario: Diario Judicial.com S.A.
Directora: Esther Analia Zygier. Registro de propiedad intelectual 271.508 ley 11.723.



Powered by [Konakart](#) & ['Technology for Solutions' OpenCms Extensions](#)