

Protocolo para la interrupción del embarazo, Análisis jurídico

de Grandis, Gisela



Gisela de Grandis giseladegrandis@uca.edu.ar
Universidad Católica Argentina,, Argentina

Prudentia Iuris
Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos
Aires, Argentina
ISSN: 0326-2774
ISSN-e: 2524-9525
Periodicidad: Semestral
núm. 97, 2024
prudentia_iuris@uca.edu.ar

Recepción: 30 Octubre 2023
Aprobación: 02 Enero 2024

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7974948001/>

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.97.2024.2>

Resumen: El 31/05/2023 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución N° 1.063/2023 emitida por el Ministerio de Salud de la Nación Argentina que aprueba el Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo. Por tratarse de una resolución emanada de la Administración Pública, y debido a las características que presenta, resulta relevante analizar su validez. La principal hipótesis que plantea este artículo es que dicha resolución constituye un acto administrativo, ahora bien, todo acto administrativo, para resultar válido, debe cumplir con los requisitos que la ley dispone como esenciales. La importancia de su análisis no solo radica en las serias contradicciones que presenta con el ordenamiento jurídico argentino, sino porque además todas las versiones anteriores han constituido el principal antecedente para la legalización del aborto en la República Argentina.

Palabras clave: Salud, Protocolo, Acto administrativo, Aborto, Validez.

PROTOCOLO PARA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO, ANÁLISIS JURÍDICO

Gisela de Grandis

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

ORCID: 0000-0002-3155-6285

Contacto: giseladegrandis@uca.edu.ar

Aprobado: 30 de octubre de 2023

Recibido: 2 de enero de 2024

Para citar este artículo:

De Grandis, Gisela. "Protocolo para la interrupción del embarazo, análisis jurídico". *Prudentia Iuris*, 97 (2024):

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.97.2024.2>

Resumen: El 31/05/2023 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución N° 1.063/2023 emitida por el Ministerio de Salud de la Nación Argentina que aprueba el Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo. Por tratarse de una resolución emanada de la Administración Pública, y debido a las características que presenta,

resulta relevante analizar su validez. La principal hipótesis que plantea este artículo es que dicha resolución constituye un acto administrativo, ahora bien, todo acto administrativo, para resultar válido, debe cumplir con los requisitos que la ley dispone como esenciales. La importancia de su análisis no solo radica en las serias contradicciones que presenta con el ordenamiento jurídico argentino, sino porque además todas las versiones anteriores han constituido el principal antecedente para la legalización del aborto en la República Argentina.

Palabras clave: Salud; Protocolo; Acto administrativo; Aborto; Validez.

Legal analysis of abortion protocol

Abstract: In May 2023, the Argentine Ministry of Health published the Abortion Protocol through 1063/2023 Resolution. This protocol is considered an administrative act since it is adopted by the Public Administration. However, it is essential to comply with all the necessary requirements established in the National Law of Administrative Procedure for an administrative act to be considered valid. It is particularly important to carry out in-depth legal analysis of its validity because not only does it exhibit serious contradictions with the Argentinian legal system but also because this protocol along with previous ones have been the main precedent for legal abortion in Argentina.

Keywords: *Health. Protocol. Administrative Act. Abortion. Validity.*

La via della legalizzazione dell'aborto in Argentina, da un atto amministrativo

Sommario: Il 31/05/2023 è stata pubblicata la Risoluzione 1063/2023 emessa dal Ministero della Salute della Nazione argentina, che approva il Protocollo per l'assistenza integrale alle persone con diritto all'interruzione volontaria e legale della gravidanza. Trattandosi di una delibera emessa dalla Pubblica Amministrazione e per le caratteristiche che presenta, è rilevante analizzare la validità. La nostra ipotesi principale è che si tratti di un atto amministrativo. Ora, per essere valido, qualsiasi atto amministrativo deve rispettare i requisiti che la legge stabilisce come essenziali. L'importanza della sua analisi non risiede solo nelle gravi contraddizioni che presenta con l'ordinamento giuridico argentino, ma anche perché tutte le versioni precedenti hanno costituito il principale antecedente per la legalizzazione dell'aborto nella Repubblica Argentina.

Parole chiave: Salute; Protocollo; Atto amministrativo; Aborto; Validità.

1. Introducción*

La legalización del aborto en la República Argentina ha comenzado mucho antes de la sanción de la Ley N° 27.610 el día 30/12/2020. Esto se debe a que, en la práctica clínica, el aborto fue una realidad que comenzó a suceder a partir de un proceso que comenzó en el año 2002. Precisamente en aquel año se creó el Programa de Salud Sexual y Reproductiva^[1] y en mayo del año siguiente, el Poder Ejecutivo, en ejercicio de sus facultades constitucionales, reglamentó dicho programa mediante el Decreto N° 1.282/2003. No obstante, parece pertinente destacar que el artículo 6° de aquel decreto dispone que los métodos y productos

anticonceptivos deberán ser de carácter reversibles, no abortivos y transitorios y para ello instituye a la ANMAT a que cada seis meses informe acerca de la aprobación y baja de los mismos^[2].

Sin embargo, en el año 2005, el Ministerio de Salud publicó una Guía para el mejoramiento de la atención posaborto, presentando al aborto como grave problema de salud pública y señalando que “la mitad de las gestaciones que ocurren en el mundo son indeseadas”^[3]. En otras palabras, la Guía publicada por el Ministerio de Salud introdujo el concepto de “personas deseadas o no deseadas”.

Tiempo después, en el año 2007 el Ministerio publicó una Guía técnica para la atención de los abortos no punibles^[4]. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico no poseía valor alguno, pues nunca fue aprobada, a pesar de haber sido utilizada por los efectores de salud.

La publicación de dicha guía estuvo rodeada de algunos fallos emblemáticos que podrían receptar la emotividad de la sociedad^[5] y perder así el juicio crítico que debe inundar al derecho.

Si bien no afirmaba que el aborto fuera un derecho, ha señalado que existen casos en que el aborto se encuentra permitido por ley^[6]. Debe tenerse presente que, en aquel momento, el aborto se encontraba tipificado como un delito en Argentina y no existía un permiso para abortar, sino que, en ciertas circunstancias, dicha conducta típica no sería punible.

También aquella guía afirmaba que no existía un método anticonceptivo ciento por ciento efectivo, así como también podía ocurrir ante situaciones en que las mujeres fueran víctimas de violaciones; ambas circunstancias llevaban a embarazos no deseados. Más aún, señalaba que el divorcio y otras crisis podrían ser la causa de transformar un embarazo deseado, en uno no deseado^[7]. Esto pareciera afirmar que ante un embarazo “no deseado” podría devenir un aborto. Resulta arbitrario que el derecho a vivir de un ser humano se relacione con la contingencia del deseo de un tercero y lo agrava aún más que el Estado ampare tal circunstancia.

Tres años más tarde, en el año 2010, el Ministerio de Salud publicó una nueva “Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles”^[8]. Esta guía, al igual que la anterior, no constituía un acto administrativo, por no reunir todos los elementos que exige la LNPA.

Si bien la guía conservó el mismo nombre que la anterior, en esta oportunidad presentó al aborto ya como un derecho: “[...] las mujeres que habitan nuestro país han sido impedidas de ejercer un derecho fundamental, que se encuentra reconocido desde el año 1921 en el artículo 86, segundo párrafo del Código Penal: el derecho de acceder a un aborto, frente a determinadas circunstancias que lo autorizan”^[9].

Afirmaba que, en el ejercicio de este derecho, se pondrían en juego numerosos derechos humanos tales como la igualdad, la autodeterminación, la privacidad, el principio de legalidad y la no discriminación. Enfatizando que “el derecho de las mujeres de acceder a los abortos previstos por el Código Penal constituye propiamente un derecho humano de orden constitucional”^[10]. Planteando,

incluso, que el Estado estaría obligado a garantizar el ejercicio real y efectivo del supuesto derecho al aborto^[11], en detrimento del derecho a la vida, del niño por nacer. Es de destacar cómo poco a poco, desde organismos estatales, aquello que desde siempre había sido un delito comenzó a convertirse en un derecho.

Consecuentemente, desde distintos ámbitos académicos, se ha trabajado en este sentido; así es que Paola Bergallo se propuso estudiar cómo algunos países –Colombia, España y México– atravesaron distintos procesos de reforma hasta llegar a la completa liberalización del aborto, y señala que ninguno de esos países hubiera podido evolucionar sin un período, a veces más largo, a veces más corto, en el que el modelo de permisos fuera accesible. Destacando “la importancia que ha tenido la regulación administrativa para la implementación efectiva de los permisos y el rol garantizador que jugó la normativa generada por los Ministerios de Salud, a veces con la refrenda presidencial, como en España o Colombia, para regular las condiciones de acceso y los establecimientos”^[12].

En el año 2015, el Ministerio de Salud publicó el Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo. Ese Protocolo fue publicado como una segunda edición, es decir, la primera edición era la reformada Guía técnica del año 2010, que conservó el nombre de la guía del año 2007. Este cambio en los nombres no es casual, pues, como veremos más adelante, existen diferencias entre una guía clínica y un protocolo.

En el año 2016, el Ministerio de Salud realizó una modificación al Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo^[13].

Si bien no es el propósito de este trabajo analizar aquel Protocolo, señalaremos dos puntos que resultan de singular importancia y han sido útiles para el dictado de la Resolución N° 1/2019 del Ministerio de Salud de la Nación que a nuestro juicio ha sido la antesala a la legalización del aborto en la República Argentina.

El primer capítulo del Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo fue denominado: “Interrupción legal del embarazo: derechos de las personas y obligaciones del sistema de salud: Promover en el país el derecho que tienen mujeres, niñas, adolescentes y toda persona con capacidad de gestar, dada la posibilidad de los varones trans de quedar enmarcados en las causales del artículo 86 inc. 2° del CP, les asiste el derecho a recibir la misma atención que las mujeres, adolescentes y niñas”^[14].

Señalaba que “la interrupción del embarazo es un procedimiento sumamente seguro, si es practicado con los instrumentos y en las condiciones adecuadas, y que en los países donde el aborto está permitido por la ley y el personal de salud está capacitado para ofrecer servicios seguros, la tasa de mortalidad por estas prácticas es baja, de 0,2 a 2,0 muertes por cada 100.000 abortos; en esas regiones, inclusive, la mortalidad relacionada con el embarazo es significativamente más alta; 9,0 muertes por cada 100.000 nacidos vivos”^[15].

Dicho de otro modo, el Ministerio de Salud argentino afirmaba en aquel Protocolo del año 2016 que la mortalidad por llevar adelante un embarazo sería más alta que la mortalidad por practicarse un aborto. Asimismo, en un trabajo acerca de mortalidad materna, María Elena Critto señala que las mujeres en edad reproductiva tienen mayores posibilidades de morir por enfermedades

transmisibles como tumores o causas externas que por embarazo, parto o puerperio^[16].

Además, no podemos dejar de mencionar que el 9 de agosto de 2018, el Senado de la Nación rechazó el proyecto que pretendía lograr la legalización del aborto en la República Argentina. No obstante, el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, mediante la Secretaría de Salud, actualizó el Protocolo, aprobándolo mediante la Resolución IF-2019-103067035-APN-DSSYR#MSYDS, que luego fuera derogado por el Decreto N° 785/2019.

Entre los fundamentos de la derogación del Protocolo podemos mencionar cuestiones de jerarquía y procedimiento.

En el mes de diciembre del año 2019, el Ministerio de Salud de la Nación dictó la Resolución N° 1/2019 que aprobaba ese Protocolo del año 2016, como una segunda edición del año 2019, sin embargo, ambos Protocolos serían idénticos.

La mencionada resolución intentaba dar un marco de legalidad a la práctica abortiva, incorporando supuestas recomendaciones internacionales y reforzando la importancia del acceso rápido a la atención integral^[17].

Es de destacar que, durante la vigencia de esa resolución, desde el Ministerio de Salud de la Nación, se trabajó en capacitaciones permanentes para darlo a conocer y así confundir a los profesionales de la salud acerca de su validez jurídica.

Finalmente, luego de la sanción de la Ley N° 27.610 que regula el acceso al aborto en la República Argentina, el Ministerio de Salud de la Nación dictó la Resolución N° 1.535/2021, destacando que “la interrupción del embarazo es una política de salud pública, dentro del conjunto de políticas necesarias para garantizar la salud sexual y reproductiva de las niñas, adolescentes, mujeres y otras personas con capacidad de gestar y, con ella, sus derechos humanos”^[18].

No obstante, no podemos dejar de mencionar la gran contradicción que aquel fundamento expresa con el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Pues no existe tratado internacional en el que la República Argentina sea parte que reconozca como un derecho dar muerte al concebido aún no nacido.

En este orden de ideas, en el mes de diciembre del año 2022, el Ministerio de Salud de la Nación publicó la segunda edición del Protocolo. Dicho Protocolo fue aprobado mediante la Resolución N° 1.063/2023.

Y por todo ello resulta relevante realizar un análisis acerca de la validez del Protocolo que pretende avanzar en la construcción de un marco legal erróneo contrario al ordenamiento jurídico argentino.

De hecho, hoy los profesionales de la salud se encuentran en una trampa para el ejercicio de su profesión, pues el Protocolo genera graves tensiones con derechos garantizados en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Para cumplir con el objetivo planteado, en primer lugar, se presentará el concepto de protocolo y se analizarán los elementos esenciales del acto administrativo, deteniéndose especialmente en el objeto, para demostrar la grave contradicción que presenta con el ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, atentaría contra la validez del acto.

1.1. Protocolo de actuación clínica. Concepto. Naturaleza jurídica

Los Protocolos clínicos de actuación médica contienen la secuencia de actividades que se deben desarrollar sobre determinados grupos de pacientes con iguales patologías, en un segmento limitado o acotado del dispositivo asistencial^[19]. Se diferencian de las Guías de práctica clínica porque estas resultan más flexibles, suelen ser realizadas por un grupo de trabajo interdisciplinario y contienen recomendaciones basadas en evidencia científica.

Por su parte, los Protocolos de actuación clínica definen el manejo del cuidado de los pacientes para situaciones o condiciones específicas. Así, por ejemplo, podría escribirse un protocolo que indique el manejo de un paciente sondado con sonda nasogástrica, que describa cómo debe ser cuidado y detalle el procedimiento para insertar o quitar la sonda.

También pueden escribirse protocolos para categorías de grupos de pacientes, por ejemplo, cuidados en maternidad, en este caso describirán atención prenatal, atención posparto, atención de emergencia como preeclampsia, parto prematuro, etcétera.

El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la terapia que considera más beneficiosa para el paciente, siempre que sea aceptada por la comunidad científica. Dicho de otro modo, debe existir evidencia científica de la terapia escogida. Entonces, parecería razonable que si un profesional se apartase de un protocolo de actuación clínica sin una justificación válida^[20], pueda esto generarle algún tipo de responsabilidad.

Acorde con lo señalado, podemos mencionar un caso en que ha sido condenado un hospital por mala praxis médica, que se configuró, entre otras cosas, porque los médicos no procedieron según los protocolos vigentes^[21].

Por lo tanto, debe quedar claro que cualquier protocolo debe contar con aval de la comunidad científica, o dicho de otro modo debe existir profusa evidencia científica respecto del tratamiento indicado, así como también la libertad del médico en optar por un tratamiento u otro, quien deberá contar con el mismo aval.

Ahora bien, nos resta determinar cuál es su naturaleza jurídica. Partiendo del presupuesto de que los Protocolos de actuación clínica son dictados por el Ministerio de Salud, en el ámbito de su competencia, como veremos más adelante, podemos afirmar entonces que se trata de un acto administrativo^[22].

Julio Rodolfo Comadira define al acto administrativo como “una declaración emitida por un órgano estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen exorbitante, productora de efectos jurídicos directos o individuales respecto de terceros”^[23]. Ahora bien, para resultar un acto válido debe cumplir con los requisitos establecidos por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo^[24] (LNPA), a saber: competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y forma.

En las siguientes líneas analizaremos los elementos de modo de determinar si el Protocolo constituye un acto administrativo válido. A los fines expositivos, al analizar los elementos esenciales que integran el acto administrativo, alteraremos el orden en que están enunciados en la LNPA.

2. La causa como elemento esencial del acto administrativo

A diferencia de lo que sucede en el derecho privado, en cuyo ámbito la causa es referida al origen o fin de las obligaciones, en la LNPA se vincula a los hechos y antecedentes que dieron lugar al acto^[25].

Como acertadamente señala el profesor Coviello, en un Estado de Derecho es impensable que los actos de los poderes públicos se puedan fundar en la nuda voluntad de las autoridades, o que tengan un falso o caprichoso sustento. La causa y el contenido de todo accionar estatal solo puede sustentarse en el orden jurídico, en la verdad y en el cumplimiento de los fines públicos a los que deben orientar su actuación los gobernantes. “La causa del acto administrativo constituye, luego de la competencia, el elemento fundamental que abre el camino al resto de los componentes esenciales”^[26].

Su importancia radica en que da razón al acto. En este punto es importante subrayar que no se trata de cualquier argumento alejado de la realidad de los hechos. Es decir, la causa del acto administrativo se compone de antecedentes fácticos que motivan al acto. Es por esta razón que preferimos comenzar por este elemento.

Resulta el camino de inicio que desemboca en el objeto, y por ello, ambos están sustancialmente vinculados, porque una falla en la causa provoca, justamente, una mala consecuencia jurídica en el objeto^[27].

Hechas las consideraciones atinentes a su definición, examinaremos los antecedentes fácticos que dieron lugar al dictado del Protocolo.

Los fundamentos que se citan para dictar la Resolución N° 1.063/2023 para aprobar el Protocolo en estudio –que no son otra cosa que la causa que da lugar al acto administrativo– parten de premisas falsas, como analizaremos más adelante.

En primer lugar, se funda en que la Ley N° 27.610 se enmarca en derechos consagrados en distintos tratados internacionales con rango constitucional. Señalando que dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre del año 2015, “se encuentra el objetivo de garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades, que incluye la meta específica de garantizar, para 2030, el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva”^[28].

En segundo lugar, refiere que se han tomado como antecedentes en consideración el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” (2021), aprobado por la Resolución del Ministerio de Salud N° 1.535/2021; el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” del año 2019, derogado por el Decreto N° 785/2019; su homónimo del año 2015, el que, a su vez, había tomado como base las dos ediciones de la “Guía técnica para la atención integral de abortos no pubibiles” de 2007 y 2010; y el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”, segunda edición, 2019^[29].

No es el propósito de este trabajo analizar las versiones anteriores al dictado del Protocolo en estudio, pero vale la pena recordar que las versiones anteriores del dictado de la Ley N° 27.610 pretendían regular una práctica que era sancionada

por el Código Penal. Como ya se dijo, en el Código Penal del año 1921, no existía una autorización para abortar, sino que dicha conducta no resultaba punible, que es algo diferente.

Finalmente funda su dictado en que el Protocolo debe ser actualizado cuando los estándares clínicos y el avance del progreso científico introduzcan nuevas evidencias.

Hasta aquí se puede observar una vez más que existe una voluntad por parte de la Administración Pública de apartarse de su tradición política y legislativa en cuanto a la protección de la vida del niño por nacer. Y como acertadamente nos enseña el Profesor Coviello, la causa y el objeto se encuentran íntimamente relacionados. Por ello, en el siguiente capítulo analizaremos la grave contradicción que posee el Protocolo con el orden jurídico argentino.

3. El objeto del acto administrativo a luz del ordenamiento jurídico argentino

El artículo 7º, inciso c, de la LNPA dispone: “[...] el objeto debe ser cierto, física y jurídicamente posible, debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos”^[30].

La Cámara Nacional en lo Civil ha sostenido que el contenido u objeto del acto administrativo consiste en la resolución o medida concreta que, mediante el acto, adopta la autoridad, y que sus atributos son certeza, licitud, posibilidad física y moralidad, aunque no lo define^[31].

El aspecto del objeto del acto que interesa en lo atinente al Protocolo en análisis se relaciona con su licitud. Pues como ya se ha dicho, presenta graves contradicciones con el ordenamiento jurídico argentino.

Ahora bien, partiendo de que el orden jurídico comprende el ordenamiento jurídico positivo, desde la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos que gozan de su jerarquía, los otros tratados internacionales, las leyes, los reglamentos, comprendiendo como inteligentemente señala el profesor Pedro Coviello, también, “todo aquello que constituya norma interna de la propia Administración, en la medida en que por construir una autolimitación estatal, se tornó en fuente de derecho, y finalmente no es posible dejar de lado los principios generales del derecho, que en el derecho administrativo revisten una gran importancia, quizás más que en otras ramas del derecho. Sin lugar a duda se debe incluir la moralidad dentro del espectro del objeto del acto administrativo”^[32].

En verdad, el objeto como elemento del acto administrativo mereció poco tratamiento, quizá por su aparente obviedad, sin embargo –y especialmente en el análisis del Protocolo–, resulta de particular importancia, por lo que decide y por su contradicción con el ordenamiento jurídico argentino.

3.1. El objeto en el Protocolo y su contradicción con el ordenamiento jurídico argentino

En las siguientes líneas desarrollaremos la contradicción que presenta con el ordenamiento jurídico argentino en cuanto a lo que el Protocolo decide. La importancia de su análisis radica en que el derecho afectado es ni más ni menos que el derecho a la vida del niño por nacer. Derecho que se encuentra garantizado en la Constitución de la Nación Argentina, cuyo artículo 75, inciso 22, enumera varias declaraciones, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional^[33]; por lo tanto, la legislación nacional debe ajustarse a lo que estos dispongan, por el principio de jerarquía constitucional.

En este orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en el artículo 1º, inc. 2º, que “[...] persona es todo ser humano”; y en el artículo 4º, inc. 1º: “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”.

Asimismo, la CN, en el artículo 75, inciso 23, último párrafo, dispone que corresponde al Congreso de la Nación “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Una mención especial merece la Convención de los Derechos del Niño, que resulta una pieza normativa revolucionaria, en lo que se refiere al reconocimiento de los niños, como acreedores de derechos respecto de sus padres, la sociedad, el Estado y las organizaciones internacionales. En efecto, incorporó al término de niño como categoría jurídica operativa. Su contenido consiste en una enunciación de derechos, tales como: a la vida, a la salud, a la primacía de su interés, a la identidad, entre muchos otros^[34].

Si bien la Convención fue incorporada a la legislación argentina en el año 1990, hay que mencionar también que la reforma constitucional de 1994 la incorporó al artículo 75, inciso 22, otorgándole jerarquía constitucional.

Resulta evidente que la convención reformadora ha querido jerarquizar especialmente la protección de los niños. Se debe agregar que la República Argentina realizó una declaración unilateral, en virtud de la cual declaró que debe interpretarse por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años^[35].

Más aún, el preámbulo de la convención dispone que “[...] el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”^[36]. Este punto es claro y preciso; en efecto, señala que el niño merece protección legal “antes y después de su nacimiento”, sin distinción.

Es por todo esto que afirmamos que el Estado no tiene derecho a autorizar que un ser humano mate a otro, el Estado tiene la obligación de cuidar y garantizar el derecho a la vida de todos sus habitantes. El derecho a la vida es el derecho fundamental de cada ser humano y anterior al propio Estado, resultando una grave arbitrariedad que un tercero determine quiénes poseen derecho a la vida y quiénes no.

En el caso de la persona por nacer, dicha obligación del Estado cobra mayor relevancia, por la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el niño antes de su nacimiento; así como también porque corresponde al Estado garantizar y legislar conforme al interés superior del niño. Del principio de protección del interés superior del menor de edad deriva el principio de reconocimiento de la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción y el principio del reconocimiento del derecho a nacer, crecer y educarse en familia con prioridad de la familia de origen^[37].

Sentadas las bases en las que nuestro ordenamiento protege la vida del niño por nacer, no podemos soslayar la sanción de la Ley N° 27.610 que autoriza a dar muerte al no nacido, ya sea sin causa hasta la semana catorce de gestación y fuera de ese plazo si el embarazo fuere resultado de una violación o si estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante^[38].

Como hemos visto, el ordenamiento jurídico argentino hasta la sanción de la Ley N° 26.510 ha protegido muy especialmente la vida del no nacido y a pesar de la sanción de dicha norma su protección constitucional sigue siendo insoslayable.

Dicho todo esto veremos algunos puntos centrales en que el Protocolo regula apartándose incluso de la propia Ley N° 27.610 y en profunda contradicción con el orden jurídico argentino, tales como: el concepto de salud, el consentimiento informado, la información sanitaria y la objeción de conciencia.

a. Concepto de salud y el problema de los plazos

El Protocolo, partiendo de la tradicional definición de salud de la Organización Mundial de la Salud –como el estado de completo bienestar físico, psíquico y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades–, realiza un análisis sesgado, apartándose incluso de la Ley N° 27.610.

A diferencia del Protocolo que se había aprobado mediante la Resolución N° 1.535/2021, en el que simplemente resaltaba que el embarazo en menores de quince años implicaba un riesgo aumentado para su salud física y/o mental^[39], la edición en análisis interpreta a la causal salud como el riesgo de afectación al bienestar físico, mental o social, pretendiendo disponer que un embarazo podría legalmente ser interrumpido cuando cualquiera de estas dimensiones de la salud estuviere en riesgo^[40].

Lo cual resulta peligroso y ciertamente una grave contradicción con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, pues el derecho a la vida que encuentra una fuerte protección en dichos instrumentos y tan solo el riesgo de afectación habilitaría la muerte del niño por nacer, situación completamente desproporcionada en cuanto a derechos afectados.

Más aún, podemos observar la contradicción con lo normado en el Código Civil y Comercial en lo relativo a la indemnización por daños, en que el daño, para ser indemnizable, debe ser cierto y determinado. El daño hipotético sin que se haya determinado el hecho generador no resulta indemnizable.

De igual importancia, debemos mencionar lo dispuesto por el artículo 86, inciso 2° del Código Penal, que indica que no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante si estuviera en riesgo la vida o la salud de la persona gestante. Si bien antes de la reforma que introdujo la Ley N° 27.610, el Código utilizaba peligro, diferencia, aunque sutil es una diferencia, pues el peligro denota un riesgo inminente de sufrir algún mal, en cambio el riesgo

indica la contingencia de proximidad de un daño. Esta reforma ha receptado las interpretaciones de protocolos anteriores^[41].

Ahora bien, el Decreto N° 14/2021 que reglamenta la Ley N° 27.610 observó la palabra integral, dicho decreto fue publicado el 15/01/2021 y la modificación del Protocolo es posterior, por lo tanto, el Ministerio de Salud de la Nación, a través de la resolución que aprueba el Protocolo, estaría ejerciendo una función que le estaría vedada.

Siguiendo con la interpretación del concepto de salud el Protocolo avanza respecto a las cuestiones de salud mental y social expresando que una adecuada interpretación de la causal salud supone entender, además, su vinculación con los conceptos de bienestar y determinantes sociales de la salud^[42], en franca contradicción con el decreto reglamentario ya mencionado.

Este último aspecto de interpretación resulta una novedad respecto de las ediciones anteriores. Cuando hacemos referencia a los determinantes sociales de la salud, no es otra cosa que incluir como un riesgo y entonces autorizar el delito de aborto a las condiciones socioeconómicas de la persona gestante.

Por lo tanto, el Ministerio de Salud no solo pretende ejercer una atribución que es típica del Poder Judicial, sino que lo hace erróneamente, pues son los jueces quienes deben interpretar las normas y negarles esa función; sería afirmar que el acto del juez es mecánico limitado a la aplicación de la norma. Interpretar es investigar el sentido más adecuado de una disposición a fin de su aplicación a un caso de la vida real^[43].

b. Consentimiento informado

La Ley N° 26.529 que regula los derechos de los pacientes define al consentimiento informado como la declaración de voluntad que realiza el paciente luego de recibir información clara, precisa y adecuada para entonces suscribir un consentimiento informado válido^[44].

Entre otras cosas, aquella norma dispone que el paciente debe ser informado acerca de los riesgos y beneficios de la práctica. Sin embargo, el Protocolo propone un modelo de consentimiento informado en que la persona gestante no recibe información acerca de los riesgos, consecuencias de la realización de la práctica, complicaciones, cuáles son los riesgos de las drogas utilizadas para el aborto medicamentoso^[45].

Sabido es que la Ley de Derechos del Paciente enumera una cantidad de derechos y además dispone que resultan esenciales^[46], entre los cuales se encuentra la información sanitaria. En consecuencia, si la persona gestante recibe información incompleta no estaría suscribiendo un consentimiento informado válido.

Por lo tanto, el consentimiento informado que el Ministerio de Salud dispuso en el Protocolo no cumple con los derechos esenciales que se le deben garantizar a todo paciente usuario de los servicios de salud en contradicción con la Ley de Derechos del Paciente.

c. Información sanitaria

La información sanitaria resulta un punto trascendente respecto no solo a la validez del consentimiento informado, sino también al derecho a la autodeterminación de los pacientes. En efecto, el consentimiento informado no

es otra cosa que la expresión de la autonomía de la voluntad del paciente a partir de la información sanitaria recibida. Y precisamente es por ello por lo que la información sanitaria reviste un carácter tan relevante en la relación médico-paciente.

Dicho de otro modo, y en palabras de Vallespinos, la información constituye un presupuesto necesario para una debida formación del consentimiento en la que el profesional tiene el deber de informar, dar a conocer, aconsejar, advertir al paciente a fin de contribuir a la formación de un consentimiento libre^[47].

Tal es así, que si la mujer no recibe una información clara y oportuna no estaría tomando una decisión libre y, por lo tanto, si sufre alguna de las consecuencias posibles de la realización del aborto, el médico podría quedar incluso en una situación de mala praxis con la consecuente responsabilidad profesional.

d. La especial situación de la persona menor de edad

Al respecto el Protocolo remite al artículo 26 del Código Civil y Comercial y la Resolución N° 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación.

El problema en esta remisión es una vieja discusión desde la sanción del nuevo Código Civil y Comercial respecto a qué se entiende por tratamientos invasivos, y si bien la mentada Resolución N° 65/2015 tuvo como propósito aclarar este punto, en la práctica clínica los profesionales de la salud encuentran obstáculos para determinar ello frente al caso concreto. Además, en este sentido se presenta otro problema, pues un aborto, desde el punto de vista médico, no es un tratamiento^[48].

De lo dicho hasta aquí, mucho menos podría inferirse entonces que la interrupción del embarazo, sea voluntaria o legal, constituiría un tratamiento no invasivo. Este punto no es menor a la hora de la suscripción del consentimiento informado de la persona menor de edad.

Ahora bien, del análisis del Protocolo, el problema se presenta con la franja etaria de menores entre trece y dieciséis años, en que dispone que los adolescentes pueden consentir en forma autónoma, a menos que deba utilizarse para la práctica un procedimiento que implique un riesgo grave para su salud o su vida, y que entonces en este caso será necesaria la asistencia de sus progenitores, representantes legales, personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas allegadas o referentes afectivos^[49].

Igualmente, lo referente al consentimiento informado en menores merece un trabajo específico, no podemos dejar de señalar cómo el Protocolo se aparta del artículo 26 del Código Civil y Comercial para autorizar a cualquier otra persona a asistir al adolescente en su suscripción. En efecto, el artículo 26 es claro en cuanto a quiénes se encuentran autorizados en asistir al menor en la toma de decisiones: sus progenitores o representantes legales. El Protocolo termina colocando al menor en una situación de extrema vulnerabilidad.

Además, una adecuada información sanitaria debe contener, entre los riesgos de realización de la práctica, el de óbito, que aumenta aproximadamente al doble por cada dos semanas que el embarazo sobrepase la octava semana, esterilidad, embarazos extrauterinos, acretismo placentario, entre otras^[50].

Todo ello engloba las exigencias de un consentimiento informado válido, en que el paciente ha recibido información oportuna. Pues si la persona gestante en diez años descubre su esterilidad a causa del aborto practicado el daño será

irreversible y ello se traduce en la deficiente información recibida y una eventual responsabilidad médica.

e. Objeción de conciencia

Navarro Floria ha definido a la objeción de conciencia como el derecho de incumplir un mandato legal que resulta contrario a las convicciones éticas, morales o religiosas del objetor^[51].

Si bien el Protocolo reconoce tal derecho, dispone, para el caso de los efectores del sistema de salud pública, que en ninguno de sus niveles de complejidad pueden negarse por razones de la objeción de conciencia de su personal a brindar el acceso a la interrupción del embarazo, sea esta voluntaria o legal. Más aún, la prohíbe para aquellos casos en que la interrupción del embarazo se requiera de forma inmediata e impostergable y la derivación no pueda ser realizada oportunamente^[52].

Antes que nada, debemos recordar que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucional, por lo tanto, y conforme el artículo 28 de la CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Con acierto escribió María Angélica Gelli, comentando el artículo citado, “[...] De los *derechos* emergen el reconocimiento de los que se conciben propios de la persona humana y, por ello, anteriores a la formación del Estado [...]”^[53]. De modo que el artículo 28 irradia hacia todas las disposiciones constitucionales y normas el principio de limitación que se encuentra ínsito en dicho artículo^[54]. En consecuencia, no debe perderse de vista que un protocolo de actuación clínica ni siquiera es una ley en sentido formal.

Con respecto a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, conviene realizar algunas consideraciones, ante la aparente tensión que genera el dictado del Protocolo ante el ejercicio de la medicina y el derecho que poseen los profesionales de la salud a ejercer su derecho a la objeción de conciencia. Nos referiremos específicamente a la situación de aquellos profesionales que desarrollan su labor en hospitales públicos, porque consideramos que el sector privado posee el derecho de objeción de conciencia institucional^[55], se trata de instituciones que pueden tener un ideario y objetivos específicos y deben ser protegidas por el ordenamiento jurídico.

Los profesionales de la salud que prestan sus servicios en hospitales públicos se encuentran sujetos al régimen de empleo público de la jurisdicción a la que prestan sus servicios y, en esta especial circunstancia, se encuentra una tensión entre el deber de obediencia que pesa sobre un agente público y su derecho a la objeción de conciencia.

Como señala Ignacio de la Riva, el deber de obediencia de los profesionales de la salud que se desempeñan en el sector público se funda en el principio de jerarquía, propio de la Administración Pública, que garantiza el principio de unidad de acción.

Sin embargo, el deber de obediencia presupone determinados requisitos y guarda ciertos límites^[56]. En efecto, la postura extrema que pregona un deber de obediencia absoluta subestima la dignidad de la persona humana, y puede conducir al inferior jerárquico a ejecutar órdenes ilegítimas. Ahora bien, con

relación a los profesionales de la salud, se observa una particularidad, pues ellos prestan funciones estrictamente técnicas, por lo tanto, frente a cada caso que deba atender el profesional de la salud debe actuar guiado estrictamente por lo que le dicte la *Lex Artis* y la evidencia científica^[57].

En igual sentido, el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina, en el artículo 48, dispone: “El Equipo de Salud debe disponer de libertad en el ejercicio profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad. Ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional”.

Por su parte, la Ley N° 17.132 que regula el ejercicio de la medicina dispone en el artículo 19: “Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: inc. 2º: asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente”.

Por lo tanto, siempre el profesional de la salud conserva la facultad de proponer aquel tratamiento que considere más adecuado. Como señala Nicolás Lafferriere, refiriéndose a la objeción de conciencia ante el aborto, existen fundamentos desde la misma deontología médica para la objeción de conciencia, pues no configura un acto médico. Imponer una obligación general a un médico de realizar un aborto podría calificarse, en principio, como un atentado al sentido último de su profesión, al tratarse de profesionales que, por su peculiar vocación, están comprometidos humana y profesionalmente a la defensa de la vida^[58].

En definitiva, la objeción de conciencia frente al aborto se funda esencialmente en los fines de la ciencia médica, orientada a cuidar la vida humana en todas sus etapas. Además de hallarse generalmente aceptada en el derecho comparado^[59].

En este orden de ideas, el Protocolo, como ya dijimos, reconoce el derecho a la objeción de conciencia; sin embargo, dispone exigencias establecidas en el artículo 10 de la Ley N° 27.610. Así, pues, el Protocolo dispone que la objeción de conciencia debe ser ejercida al momento con anterioridad: “[...] En caso de que una persona profesional de la salud desee ejercer objeción de conciencia, debe notificar su voluntad previamente a las autoridades del o los establecimientos de salud en que se desempeñe (CSJN, 2012: considerando 29); es decir que solo puede ejercerse la objeción cuando haya declarado y notificado previamente a las autoridades pertinentes”^[60]. Este es un límite peligroso, pues como inteligentemente señala Bianchi, implicaría revelar un dato sensible que estaría protegido constitucionalmente y que podría dar lugar a discriminaciones^[61].

Asimismo, dispone el Protocolo que la objeción de conciencia estaría prohibida “[...] en aquellos casos en que la interrupción del embarazo se requiera de forma inmediata e impostergable para evitar un daño en la salud o en la vida de la persona gestante, en los que la derivación no pueda ser realizada oportunamente, o en la atención posaborto, todas las instituciones deben asegurar la provisión del servicio de forma inexcusable”^[62]. Dicha disposición no solo que no ha sido dispuesta en la propia ley, sino que se trata de una inconstitucionalidad, en palabras de Bianchi. Pues ello “implicaría que la práctica abortiva prevalece por sobre el derecho a objeción de conciencia”^[63].

También el Protocolo excluye la objeción de conciencia respecto de prácticas previas o posteriores al aborto, tales como realización de ecografías, toma de tensión arterial, informes médicos o psicológicos, derivación. Adherimos a la opinión de Ranieri y Calderone en cuanto resulta excesivo y en definitiva no sería otra cosa que obligar al objetor a colaborar con la práctica abortiva[64].

En resumen, la objeción de conciencia es un derecho constitucional, ni siquiera una ley podría obligar al médico a realizar un aborto; siendo profesionales con la calidad de empleados públicos que realizan funciones estrictamente técnicas no podrán ser constreñidos a realizar un aborto, porque conservan su independencia, que no encuentra otro límite que la propia *Lex Artis* y la evidencia científica.

4. La competencia del Ministerio de Salud para el dictado de Protocolos de actuación clínica

Podemos definir a la competencia –como elemento esencial del acto administrativo– como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano, en este caso ese órgano es el Ministerio de Salud de la Nación Argentina.

Conforme al artículo 3º de la LNPA: “[...] la competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la CN, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que una norma expresa disponga lo contrario”.

Paralelamente, el artículo 100 de la CN dispone que la competencia de los ministros será establecida por una ley especial. En virtud de dicha norma es que fue sancionada la Ley N° 22.520 que tiene por objeto crear los distintos ministerios cuya función principal es la de asistir al Presidente de la Nación. La misma ley dispone cuál es la competencia de cada uno de ellos.

Como ya habíamos dicho, el Protocolo pretende construir un marco legal a pesar de las serias contradicciones que presenta con el ordenamiento jurídico, además de crear una grave confusión en los equipos de salud que, a través de supuestas responsabilidades profesionales e internacionales, deben realizar prácticas que ni siquiera se encuentran reguladas en la propia ley, que regula el acceso al aborto en la República Argentina, como lo es el caso del aborto por salud social.

Veamos, la Ley N° 27.610 regula el acceso al aborto en forma voluntaria hasta la semana catorce de gestación y vencido ese plazo la madre solo podrá acceder si el embarazo fuere producto de una violación o si estuviere en peligro la vida o su salud. En este último punto no debemos perder de vista que al momento de su promulgación el Poder Ejecutivo ha vetado la palabra “integral”. De ello se desprende que el espíritu de la norma ha sido limitar el aborto a demanda después del plazo establecido.

Además, realiza una diferencia entre interrupción voluntaria y legal, la misma radica en que la primera se trataría hasta la semana catorce inclusive de gestación, mientras que en la segunda quedarían incluidos aquellos abortos que se realizan pasado ese plazo, y es precisamente allí, después de la semana catorce de gestación, donde la competencia del Ministerio de Salud de la Nación excedería sus

facultades en la regulación del acceso al aborto que regula el Protocolo. En efecto, contradice normas de rango superior, como hemos visto.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que responsabiliza al personal de salud de garantizar y no obstruir el derecho a interrumpir un embarazo, además de ser garantes del acceso a la interrupción voluntaria y legal del embarazo^[65].

5. Breves comentarios acerca del procedimiento, finalidad y la forma que rodean a la validez extrínseca del Protocolo

La LNPA (art. 7º, inc. d) dispone antes que la Administración emita el acto, dé cumplimiento a los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico; y, sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considera también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.

Si bien la ley no precisa cuál sería el criterio en cada caso que permitirá establecer la esencialidad del acto, sin embargo, dispone con claridad que el dictamen proveniente de los servicios esenciales resulta esencial, cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. Al respecto, escribe Comadira que, “si bien la ley no lo menciona expresamente en este inciso, el debido proceso adjetivo como reglamentación procedimental administrativa de la garantía de defensa consagrada por el artículo 18, CN, es, sin duda, una especie de procedimiento insoslayable cuando los derechos particulares puedan resultar afectados”^[66].

Al momento de la redacción del presente trabajo no hemos podido acceder al expediente que se inició para el dictado de la resolución que aprueba el Protocolo.

La finalidad, también enunciada por la LNPA (art. 7º, inc. f), como elemento esencial del acto, señala Comadira, es que esta debe surgir de las normas que otorgan facultades pertinentes al órgano emisor, sin que pueda perseguir encubiertamente otros fines distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto, y no excluye la prohibición de perseguir manifiestamente otros fines que los normativamente fijados para el acto^[67].

En nuestra opinión, pareciera que el Ministerio de Salud pretende instalar una práctica más allá de lo dispuesto por la Ley N° 27.610 e incluso contrariando el orden jurídico argentino.

Escribía Comadira que el fin al que debe propender todo acto administrativo es el bien común, considerado no como una simple suma de intereses individuales coincidentes, sino como conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a los individuos el logro más pleno y fácil de su propia perfección^[68].

Asimismo, el artículo 7º, último párrafo, de la LNPA, exige que las medidas que el acto involucre sean proporcionalmente adecuadas a su finalidad. Si bien, como enseñó Fiorini, “la razonabilidad no proviene, en rigor, de la ley, sino que es inherente a la juricidad que sustenta la aplicación de la norma, cabe sostener que, con esta cláusula la ley recoge, específicamente, para el acto administrativo, la garantía de razonabilidad cuyo sustento genérico deviene de la Constitución

Nacional, por lo que se puede afirmar junto a Marienhoff, que lo irrazonable es, por tanto, inconstitucional”^[69].

Es por todo esto que queda de manifiesto que existe una finalidad desviada, irrazonable y por lo tanto inconstitucional. El Protocolo en los casos de IVE amplía la causal salud, como ya hemos visto; interpreta falazmente el artículo 26 del Código Civil y Comercial autorizando a que el consentimiento informado sea suscripto por el menor en compañía de una persona de su confianza^[70]. Más aún, el Protocolo, en caso de violación, dispone que la denuncia debe efectuarse cuando quien niña, niño o adolescente se encuentre preparado para enfrentar un proceso penal^[71], todo ello en franca contradicción con el artículo 30 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que dispone el deber de comunicar que pesa sobre establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de sus derechos bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad ante dicha omisión.

Finalmente, podemos afirmar que la Resolución N° 1.063/2023 cumpliría con los requisitos extrínsecos requeridos en la LNPA. En efecto, ha sido emitida por escrito con la correspondiente publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina. Sin embargo, intrínsecamente, el acto resulta nulo de nulidad absoluta por su objeto.

6. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos demostrado que la naturaleza jurídica de los protocolos de actuación clínica constituye un acto administrativo y también hemos demostrado que el Protocolo en estudio es un acto administrativo nulo y de nulidad absoluta por su grave contradicción con el ordenamiento jurídico argentino.

Como se ha visto, puede advertirse que los antecedentes que dieron origen al Protocolo desde la primera guía publicada en el año 2005 se han fundado en la nuda voluntad de las autoridades, pues el marco legal en que pretenden instaurarse ha sido contrario al ordenamiento jurídico, llegándose a afirmar que la mitad de las gestaciones que ocurren en el mundo resultan indeseadas, como si tal circunstancia habilitara a exigir al Estado que dé muerte a un ser humano, apartándose así de la verdad y del cumplimiento de los fines públicos que deben orientar la actuación de los gobernantes.

Ciertamente guía tras guía, protocolo tras protocolo, se ha ido avanzando en la vulneración del derecho a la vida del no nacido, al punto que a partir del año 2010 se llegó a afirmar que el aborto sería un derecho.

Sin lugar a dudas los determinantes sociales de la salud son utilizados por la Administración Pública para recurrir al aborto y así no cumplir con el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional, en cuanto a que resulta más fácil ofrecer el aborto que proteger la maternidad vulnerable.

Así, pues, el Ministerio de Salud ha excedido ampliamente sus facultades al regular la instrumentación de la práctica, en cuanto a la ampliación de causales, apartándose así de lo dispuesto en la propia ley de interrupción del embarazo y su decreto reglamentario, además de proponer un consentimiento informado que

no cumple con su función respecto a la de informar al paciente para que tome una decisión verdaderamente autónoma.

En resumen, se puede considerar que las guías y protocolos que se fueron publicando han constituido el camino para la legalización del aborto en la República Argentina, rompiendo así con la tradición que caracterizó al país en cuanto a la protección del derecho a la vida del no nacido desde el momento mismo de la concepción.

Agradecimientos

Este trabajo se realizó en el marco de una Beca de Perfeccionamiento Docente de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Un agradecimiento especial al Dr. Ignacio de La Riva.

Bibliografía

- Barrantes Freer, A., M. Jiménez Rodríguez, B. Rojas Mena & A. Vargas García. “Embarazo y aborto en adolescentes”. *Medicina Legal de Costa Rica*, 2003.
- Basset, Úrsula. “Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos de los Niños”. *El Derecho*, N° 12.043, 2008.
- Bergallo, Paola. “Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado”. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Fascículo 7, 2010, 1-28.
- Cassagne, J. C. “Sobre el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo (a propósito de la doctrina que pretende borrar la distinción entre nulidad y anulabilidad)”. *El Derecho*, 174-960, 1997.
- Coviello, Pedro José Jorge. “La causa y el objeto del acto administrativo”, 2015. Acceso el 2 de septiembre de 2018. <http://doctrinaderechoadministrativo.blogspot.com/2015/04/la-causa-y-el-objeto-del-acto.html>.
- Critto, María Elena. “Mortalidad materna, análisis comparado”. *Vida y Ética*. Buenos Aires, N° 1, 2018.
- De la Riva, Ignacio M. “La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos”. *El Derecho*, N° 14.741, 2019.
- Diccionario de Medicina Océano Mosby. Barcelona, versión en español traducida y adaptada de la obra original en inglés Mosby’s Medical, Nursing and Allied Health Dictionary.
- Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 3ª edición. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006.
- González García, Ginés. “Guía técnica para la atención de los abortos no punibles”. Ministerio de Salud de la Nación, Secretaría de Programas Sanitarios. Buenos Aires, 2007.
- Highton, Elena I. y Sandra M. Wierzba. *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2003.
- Lafferriere, Jorge Nicolás. “Aborto y Objeción de Conciencia”. En De Martini, Siro M. (edit.). *El médico frente al aborto*. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina, 2012, 28-38.
- Martínez Sagasta, C. “Estandarización de los Procesos Asistenciales”, 2006. Acceso el 16 de julio de 2017. <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/000000953cnt-epa.pdf>.

- Méndez Costa, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, 1ª edición. Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Ministerio de Salud de la Nación Argentina. “Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles”, 2010. Acceso el 16 de julio de 2017. <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000667cnt-Guia-tecnica-web.pdf>.
- Ministerio de Salud de la Nación Argentina. “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”, 2016. Acceso el 8 de julio de 2017. http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000875cnt-protocolo_ile_octubre%202016.pdf.
- Ministerio de Salud de la Nación Argentina. “Guía para el mejoramiento de la atención post-aborto”, 2005. Acceso el 5 de abril de 2020. <http://www.msal.gov.ar/plan-educacion-mortalidad/grafica/post-aborto/guia-post-aborto.pdf>.
- Ministerio de Salud de la Nación Argentina. “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”, 2019. Acceso el 16 de abril de 2020. <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001792cnt-protocolo-ILE-2019-2edicion.pdf>.
- Monte, María Eugenia. “Abortion Liberalization Demand in Argentina: Legal Discourses as Site of Power Struggle: A case Study on the Structural Case Portal de Belén vs. Córdoba (2012-2013)”. *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 5, N° 5, 2015, 1261-1290.
- Navarro Floria, Juan. “La libertad de creencias en la Argentina”, 2008, 75-120. Acceso el 30 de abril de 2020. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2010-10007500120_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESIASTICO_La_libertad_de_creencias_en_la_Argentina.
- Organización Panamericana de la Salud, 2020. Acceso el 20 de abril de 2020. https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=28:preguntas-frecuentes&Itemid=142.
- Ranieri de Cechini, Débora y Sofía Calderone. “La objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el aborto legal en Argentina”. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 12, N° 1, 2022.
- Reardon, David, Ney G. Philip, Scheuren Fritz, Cogle Jesse, Coleman Priscilla, Strahan Thomas. “Deaths Associated With Pregnancy Outcome: A record Linkage Study of Low Income Women”. *Southern Medical Journal*, vol. 95, N° 8, 2003, 834-841.
- Riccardi, María Soledad. “Recapitulación del Conversatorio sobre la objeción de conciencia frente al aborto: diálogos sobre un derecho fundamental”. *Forum*, N° 10, 2020.
- Schiavone, Miguel Ángel. “Aborto y Objeción de Conciencia”. En De Martini, Siro M. (edit.). *El médico frente al aborto*. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina, 2012, 39.
- Vallespinos, Gustavo C. *Tratado de Derecho a la Salud*, Tomo II, 1ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2023.

Notas

[1] Ley N° 25.673 de 2002.

[2] Decreto N° 1.282/2003

[3] Ministerio de Salud de la Nación Argentina, “Guía para el mejoramiento de la atención post-aborto” (2005), 6, acceso el 5 de abril de 2020, <http://www.msal.gov.ar/plan-reduccion-mortalidad/grafica/post-aborto/guia-post-aborto.pdf>.

[4] González García, Ginés, “Guía técnica para la atención de los abortos no punibles”, Ministerio de Salud de la Nación, Secretaría de Programas Sanitarios (Buenos Aires, 2007).

[5] Monte, María Eugenia, “Abortion Liberalization Demand in Argentine: Legal Discourses as Site of Power Struggle: A case Study on the Structural Case Portal de Belén vs. Córdoba (2012-2013)”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 5, N° 5 (2015), 1265.

[6] Ministerio de Salud de la Nación Argentina, “Guía para el mejoramiento de la atención post-aborto” (2005), 7, acceso el 5 de abril de 2020, <http://www.msal.gov.ar/plan-reduccion-mortalidad/grafica/post-aborto/guia-post-aborto.pdf>.

[7] *Ibid.*, 8-9.

[8] Ministerio de Salud de la Nación Argentina, “Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles” (2010), acceso el 16 de julio de 2017, <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/000000667cnt-Guia-tecnica-web.pdf>.

[9] Ministerio de Salud de la Nación Argentina, “Guía para el mejoramiento de la atención post-aborto” (2005), 5, acceso el 5 de abril de 2020, <http://www.msal.gov.ar/plan-reduccion-mortalidad/grafica/post-aborto/guia-post-aborto.pdf>.

[10] *Ibid.*

[11] *Ibid.*

[12] Bergallo, Paola, “Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Fascículo 7 (2010), 23.

[13] Ministerio de Salud de la Nación Argentina, “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” (2016), acceso el 8 de julio de 2017, http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/000000875cnt-protocolo_ile_octubre%202016.pdf.

[14] Bergallo, Paola, “Aborto y justicia reproductiva...”, 10.

[15] Ministerio de Salud de la Nación Argentina, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” (2019), 10-11, acceso el 16 de abril de 2020, <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001792cnt-protocolo-ILE-2019-2edicion.pdf>.

[16] Critto, M., “Mortalidad materna análisis comparado”, *Vida y Ética* (Buenos Aires, 2018), N° 1, 76-79.

[17] Resol-2019-1-APN-MS, 12/12/2019.

[18] Resol-2021-1535-APN-MS, 27/05/2021.

[19] Martínez Sagasta, C., “Estandarización de los Procesos Asistenciales” (2006), 12-15, acceso el 16 de julio de 2017, <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/000000953cnt-epa.pdf>.

[20] La validez de la justificación deberá analizarse a la luz de los principios de la *Lex Artis*.

[21] Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II, 27 de marzo de 2015, Causa 8064/2003, “Q.M.M.S. c/ Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas y otro s/ daños y perjuicios”.

[22] Si bien no significa que todo acto por ser emanado del Ministerio de Salud supone un acto administrativo pues la Administración Pública puede dictar un reglamento, un acto interno, incluso una actuación material y ello no significa que se trate de un acto administrativo.

[23] Comadira, J. R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013), 385.

[24] Ley N° 19.549, de 1972.

[25] Comadira, J. R., Curso de Derecho Administrativo, 399-401

[26] Coviello, Pedro José Jorge, “La causa y el objeto del acto administrativo” (2015), 14, acceso el 2 de septiembre de 2018, <http://doctrinaderechoadministrativo.blogspot.com/2015/04/la-causa-y-el-objeto-del-acto.html>.

[27] Ibid., 15

[28] Resolución N° 1.063/2023, <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/287481/20230531>.

[29] Ley N° 19.549, de 1972.

[30] Ley N° 19.549, de 1972.

[31] Comadira, J. R., Curso de Derecho Administrativo, 401

[32] Coviello, Pedro José Jorge, “La causa y el objeto del acto administrativo”, 15.

[33] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por Ley N° 27.044).

[34] Basset, U., “Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos de los Niños”, *El Derecho*, N° 12.043 (2008).

[35] Algunos autores consideran que una declaración como la realizada por el Estado Argentino, conforme la Convención de Viena, no modificaría al tratado en cuestión. Pero en mi opinión, en este caso, deben tenerse en cuenta la aplicación de dos principios: el principio de buena fe para la interpretación de los tratados, resulta evidente que el legislador al incorporar dicho tratado al ordenamiento ha querido dar mayor protección al ser humano, y el principio pro homine, que informa a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos junto al principio de progresividad y no regresividad. Este aspecto ha sido analizado en mi exposición en la Honorable Cámara de Diputado en oportunidad del debate del Proyecto de Ley que intentaba legalizar el aborto, el 26/10/2018.

[36] Ley N° 23.849, de 1990.

[37] Méndez Costa, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, 1ª edición (Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006), 29.

[38] Cf. Ley N° 26.510, art. 4° y su Decreto Reglamentario DEPPA-2021-14-APN-PTE.

[39] Ministerio de Salud, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” (2021), 5, <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/244950/20210528>.

[40] Ministerio de Salud de la Nación, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” (2022), 26, <https://www.argentina.gob.ar/salud/sexual/acceso-la-interrupcion-del-embarazo-ive-ile>.

[41] Ver ediciones 2010, 2015 y 2019 de los Protocolos publicados por el Ministerio de Salud de la Nación Argentina.

[42] Ministerio de Salud de la Nación, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” (2022), 26, <https://www.argentina.gob.ar/salud/sexual/acceso-la-interrupcion-del-embarazo-ive-ile>.

[43] Soler, S., *Derecho Penal Argentino I* (Buenos Aires: TEA, 1999), 167-172.

[44] Ley N° 26.529, artículo 5°

[45] Ministerio de Salud de la Nación, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” (2022), Anexo I.

[46] Ley N° 26.529, artículo 2°.

[47] Vallespinos, Gustavo C., *Tratado de Derecho a la Salud*, Tomo II, 1ª edición (Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2023), 50-52.

[48] Según la RAE, tratamiento es el conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad, <https://dle.rae.es/tratamiento>.

[49] Ministerio de Salud de la Nación, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” (2022), 30.

[50] Barrantes Freer, A., Jiménez Rodríguez, M., Rojas Mena, B. & Vargas García, A., “Embarazo y aborto en adolescentes”, *Medicina Legal de Costa Rica*, 20(1) (2003), 80-102.

[51] Navarro Floria, J. G., *El derecho a la objeción de conciencia* (Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004), 25.

[52] Ministerio de Salud de la Nación, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” (2022), 39

[53] Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (Buenos Aires: Editorial La Ley, 3ª edición, 2006), 325.

[54] *Ibid.*, 325-326.

[55] Navarro Floria considera que no corresponde hablar de objeción de conciencia institucional, pues la objeción de conciencia es siempre individual y personal y las instituciones no tienen conciencia ni convicciones, sino que poseen un ideario, un proyecto institucional al cual responden y que guarda cierta analogía con la objeción de conciencia practicada por las personas, pero que en verdad se trataría de limitaciones al ámbito de aplicación de la ley. Cfr. Navarro Floria, 100. Asimismo, una interesante sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S.682 (2014), reconoce por votación mayoritaria que resulta inválido obligar a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto, a financiar métodos anticonceptivos que tienen efecto abortivo, reconociendo así la objeción de conciencia institucional.

[56] Cfr. de la Riva (2019). El autor señala que la obediencia es la forma práctica de hacerse efectiva la jerarquía, y quedaría vacía de contenido si el inferior jerárquico no estuviera obligado a cumplir con las órdenes e instrucciones impartidas por su superior. Sin embargo, es menester señalar que el deber de obediencia presupone determinados requisitos y guarda ciertos límites. Entre los requisitos que deben verificarse para que la obediencia sea exigible, los hay formales y sustanciales. De los primeros, según se desprende (en el ámbito nacional, Ley N° 25.164), para que el empleado esté compelido a cumplir una orden, esta debe ser impartida por quien tiene competencia para ello y respetando las formalidades del caso. Y respecto a los requisitos sustanciales, lo ordenado debe ser compatible con la función del agente, es decir, acorde a las exigencias del caso.

[57] De la Riva, Ignacio M., “La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos”, *El Derecho*, N° 14.741 (2019).

[58] Lafferriere, Jorge Nicolás, “Aborto y Objeción de Conciencia”, en De Martini, Siro M. (edit.), *El médico frente al aborto* (Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina, 2012), 29.

[59] Ranieri de Cechini, Débora y Sofía Calderone, Sofía, “La objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el aborto legal en Argentina”, *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 12, N° 1 (2022), 90.

[60] Ministerio de Salud de la Nación, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” (2022), 13, <https://www.argentina.gob.ar/salud/sexual/acceso-la-interrupcion-del-embarazo-ive-ile>.

[61] Riccardi, María Soledad, “Recapitulación del Conversatorio sobre la objeción de conciencia frente al aborto: diálogos sobre un derecho fundamental”, *Forum*, N° 10 (2020), 192-193.

[62] Ministerio de Salud de la Nación, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” (2022), 39, <https://www.argentina.gob.ar/salud/sexual/acceso-la-interrupcion-del-embarazo-ive-ile>.

[63] Riccardi, María Soledad, “Recapitulación...”, 193.

[64] Ranieri de Cechini, Débora y Calderone, Sofía, “La objeción de conciencia...”, 90.

[65] Ministerio de Salud de la Nación, “Protocolo para la atención de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” (2022), 13, <https://www.argentina.gob.ar/salud/sexual/acceso-la-interrupcion-del-embarazo-ive-ile>.

[66] Comadira, J. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 403

[67] *Ibid.*, 405.

[68] *Ibid.*, 405

[69] *Ibid.*, 406.

[70] Si bien la Resolución N° 65/2015 que merecería un análisis especial, también termina por dejar a los niñas, niños y adolescentes solos en la toma de decisiones toda vez que autoriza que el consentimiento informado sea suscripto por el menor con la asistencia de un referente afectivo. De modo tal que los padres pueden quedar excluidos del ejercicio de su responsabilidad parental, situación que el propio artículo 26 del CCyC no autoriza.

[71] Protocolo para la atención integral de personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo (IVE/ILE), 25.