ANÁLISIS DEL PROTOCOLO DE ABORTOS NO PUNIBLES 2019

Por Centro de Bioética, Persona y Familia

con la colaboración de PRODECI

Asociación para la Promoción de los Derechos Civiles

15 de diciembre de 2019

Por Res. 1-2019 (B.O. 13-12-2019) el Ministro de Salud del nuevo gobierno de la Argentina aprobó el "Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo" (2da Edición 2019). El nuevo texto sigue casi textualmente la anterior versión aprobada por la resolución 3158-2019 de la Secretaría de Salud del anterior gobierno y que había sido derogada por Decreto 785-2019.

El protocolo de la Resolución 1/2019, además de lo dicho, reconoce como antecedentes ediciones de los años 2007, 2010 y 2015, aunque ninguna de esas versiones estaba avalada por una Resolución ministerial. El protocolo, que conforma el Anexo 1 de la resolución, consta de 79 páginas y merece numerosas críticas por violentar derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. En este breve comentario nos concentraremos en algunos de los problemas centrales del Protocolo, que sintéticamente son:

1. Tergiversa el Código Penal en la causal "salud"
2. Invoca como fundamento una ley que excluye el aborto
3. Obliga a ofrecer el aborto a toda embarazada
4. Coarta la libertad de los médicos y los responsabiliza por mayores daños
5. Promueve el aborto a simple demanda
6. Promueve el aborto hasta el final del embarazo
7. Limita la objeción de conciencia, discrimina a los trabajadores y restringe su carrera profesional
8. Retacea información para el consentimiento e incumple de la ley de derechos del paciente

9. Manipula los resultados de la ecografía
10. Promueve el aborto a través de medicamentos no autorizados en Argentina
11. Interpreta la causal "violación" del Código Penal contra el principio *pro persona*
12. Desconoce las disposiciones del Código Civil y Comercial sobre capacidad de las personas menores de edad y responsabilidad parental
13. Impone una premura por abortar
14. Invisibiliza a la persona por nacer
15. Violenta el derecho a la vida
16. Avasalla las facultades provinciales en materia de salud, como también las de los Colegios profesionales.
17. Declama un inexistente "principio de no judicialización"
18. Otros problemas

A continuación, desarrollamos cada uno de esos argumentos:

1) Tergiversa el Código Penal en la causal "salud": la Resolución invoca como fundamento el artículo 86 del Código Penal, pero tergiversa su contenido pues en referencia a la denominada causal "salud" el Protocolo deliberadamente omite transcribir todas las condiciones que establece el actual art. 86 inciso 1 del Código Penal para los casos de abortos no punibles (ver p. 12, 14, 15 y 16, por ejemplo). En efecto, dispone ese artículo del Código Penal que no es punible el aborto realizado por médico diplomado "Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios". Pues bien, en todas las menciones a esta causal, tanto de la Resolución como del Protocolo, se omite consignar que el "peligro" para la vida o la salud de la madre no debe poder ser "evitado por otros medios". Esta segunda frase del Código es decisiva y tiene por finalidad señalar que en estos casos el aborto es último recurso y hay que extremar todos los medios para salvar las dos vidas. Más allá de que nosotros entendemos que el artículo sólo es constitucional si se aplica a los casos de abortos indirectos, el Protocolo realiza una flagrante omisión que es improcedente en una norma de rango inferior, como es una resolución ministerial. A modo de ejemplo, podemos citar la p. 16 donde el Protocolo ignora abiertamente esa condición cuando dice que la causal salud: "No requiere la constatación de una enfermedad y, en este sentido, no debe exigirse tampoco que el peligro sea de una intensidad determinada. Bastará con la potencialidad de afectación de la salud para determinar el encuadre como causal de no punibilidad para el aborto. El concepto de peligro no exige la configuración de un daño, sino su posible ocurrencia" (p. 16).

2) Invoca como fundamento una ley que excluye el aborto: el protocolo invoca como su fundamento la ley 25673 de Salud Sexual y Procreación Responsable (p. 10). Sin embargo, esta ley expresamente excluye los "métodos" abortivos (art. 6.b Ley 25673).

3) Obliga a ofrecer el aborto a toda embarazada: el Protocolo se empeña en direccionar la conducta del médico para que se limite a proponer y realizar el aborto. La redacción del Protocolo pretende obligar a todo médico que atiende a una mujer embarazada a ofrecer el aborto como una simple elección. De esta manera, no se trata simplemente de regular

casos excepcionales de no punibilidad, sino de convertir al aborto en un procedimiento rutinario ofrecido sistemáticamente en la primera entrevista. Ello surge con claridad de la p. 30 cuando expresamente dice: "Si bien es posible que sea la mujer la que se acerque para solicitar la ILE, en muchos casos es el equipo de salud el que detecta que la persona que está atendiendo presenta alguna de las causales que le dan derecho a solicitar la práctica. En estos casos, el/la profesional interviniente debe ofrecer a la persona que consulta una consejería o derivarla donde pueda realizarla, para que ella pueda decidir, informada y autónomamente, si desea continuar o no con el embarazo. Asimismo, si ella lo decide, se debe disponer la realización de la ILE lo antes posible". Luego enumera una serie tan amplia de situaciones posibles, entre otras, que en los hechos siempre se ofrecerá el aborto a las embarazadas. Ello también surge del flujograma de modelo de atención en situaciones ILE de p. 32. Esta obligación se desprende de todo el protocolo, como cuando afirma que "todo el personal de los efectores de salud... es responsable de garantizar y no obstruir el derecho a interrumpir un embarazo" (p. 10). O en p. 26 cuando dice: "Todas/os los/as profesionales, aunque objeten, están obligados/as a cumplir con el deber de informar sobre el derecho a acceder a una ILE...". Incluso, en p. 31 afirma que "si [el médico] detecta a una persona que cursa un embarazo no planificado pero que no se encuadra en las causales para realizar una ILE, se recomienda realizar una consejería en reducción de riesgos y daños para evitar situaciones de abortos inseguros y la consecuente morbimortalidad materna". Y en negrita afirma: "Es esencial identificar precozmente a las personas que presentan un embarazo en el contexto de las causales de ILE, realizar una consejería adecuada y, en los casos en los que la decisión sea interrumpir la gestación, acompañar la decisión y no demorar la práctica" (p. 31).

4) Coarta la libertad de los médicos y los responsabiliza por mayores daños: la obligación de ofrecer el aborto a toda embarazada se refuerza porque el Protocolo amenaza a los médicos con juicios de responsabilidad civil, penal o administrativa (p. 24 y 25). Entonces, si el médico no ofrece el aborto, podría llegar a ser pasible de un reclamo por haber perdido la chance de abortar, como si se tratara de un pretendido derecho. Todo ello configura una coerción sobre la libertad de los profesionales de la salud, que no solo viola sus deberes deontológicos y el juramento hipocrático, sino que además atenta contra las libertades más básicas. No se puede ejercer una profesión bajo amenaza. El caso Rodríguez Lastra es demostrativo de esta situación.

Estas consideraciones son válidas aun para aquellos médicos que cumplen funciones en hospitales públicos y que, en razón de su condición de agentes públicos, están sujetos a un deber genérico de obediencia respecto de sus superiores jerárquicos. Es, pues, indiscutible que en aquellos ámbitos en los que los agentes públicos realizan funciones estrictamente técnicas (como los médicos), su actuación debe guiarse exclusivamente por sus conocimientos científicos, siendo inconcebible que algún superior pueda impartirles órdenes sobre cómo conducirse en esos campos. En consecuencia, sea que pertenezca al sector público o al privado, el médico conserva siempre la facultad de proponer el tratamiento que considere más adecuado. Es propio de su oficio no quedar constreñido a aplicar, compulsivamente, una terapia determinada frente al caso que se le presenta.

Además, la introducción de ciertas médicas que trae aparejada la ILE –como ser la provisión de misoprostol para uso domiciliario- crea nuevos y mayores peligros para la salud de la mujer, con la consecuente responsabilidad del profesional que prescribió tal tratamiento o medicamento. Indefectiblemente, con el transcurso del tiempo esto se traducirá en mayor cantidad de juicios por responsabilidad civil y penal, aumento de las primas de las pólizas de seguro de mala praxis, amén de los mayores costos al sistema de salud que la promoción de estas prácticas conllevan, con su consecuente impacto fiscal.

5) Promueve el aborto a simple demanda: Tan amplia es la interpretación de la causal "salud" que incorpora el protocolo que, en los hechos, conduce a un aborto a demanda. En efecto, la afectación de la salud no se mide objetivamente, sino desde la subjetividad de la requirente. Así, en p. 16 se afirma que "la decisión de la mujer sobre qué tipo de peligro está dispuesta a correr debe ser el factor determinante en la decisión de requerir la realización de una ILE". Y la otra puerta por la que se pretende legitimar el aborto a simple requerimiento de la mujer es por la vía de la salud "social", de modo que cualquier situación de adversidad daría lugar a la posibilidad de invocar la causal de "no punibilidad". A modo de ejemplo, en p. 15 se incluye los casos de "inequidades en las condiciones de vida, limitaciones a la autonomía, etc.". Todo ello significa ignorar la clara disposición del Código Penal ya citada que considera no punible el aborto sólo si el peligro para la vida o la salud "no puede ser evitado por otros medios" (art. 86 inciso 1). El Ministerio de Salud carece de atribuciones para legislar y ampliar los supuestos de no punibilidad.

6) Promueve el aborto hasta el final del embarazo: el capítulo dedicado a los procedimientos para hacer el aborto incluye referencias a cómo hacer un aborto incluso luego de la semana 28 (p. 45, nota al pie).

7) Limita la objeción de conciencia, discrimina a los trabajadores y restringe su carrera profesional: el Protocolo reconoce la objeción de conciencia solo individual y de forma muy restrictiva para las libertades de los médicos. Establece que los profesionales están obligados a informar sobre la existencia del pretendido derecho a abortar (p. 26) y además dispone que "no podrá ejercerse la objeción de conciencia si no existiera un/a profesional disponible para realizar la práctica de forma oportuna, tal y como lo establecen las leyes de derechos del paciente y de ejercicio de la medicina (Ley 26.529, artículo 2.a; Ley 17.132, artículo 19.2)" (p. 26). "Tampoco podrá ejercerse objeción en los casos de emergencia, cuando la práctica deba realizarse de forma urgente, pues pondría en riesgo la vida o salud de la paciente" (p. 26). Todo ello conduce a que, en los hechos, los objetores se vean forzados a violentar su conciencia y realizar abortos cuando se presenten las circunstancias aludidas por las normas citadas. Según el protocolo la objeción "es individual" (p. 26). "Todos los efectores de salud en condiciones de practicar ILE deberán garantizar su realización en los casos con derecho a acceder a la misma. Asimismo, deberán contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a las personas en relación a esta práctica (CSJN, 2012, considerando 29)". En los hechos, esta obligación que se pretende imponer a todos los hospitales para que realicen abortos es contraria a la libertad de asociación y a la libertad

de conciencia, de pensamiento y de religión, pues las instituciones privadas también tienen derecho a establecer en sus idearios los valores que las inspiran y ninguna ley las obliga ni podría obligarlas a realizar abortos. Pretender que un protocolo sea obligatorio para las instituciones de salud contradice la regla del art. 19 de la Constitución Nacional. Además, no se contempla la objeción de quienes realizan actos que son necesarios para la realización del aborto y podrían estar cooperando con esta práctica contraria a la vida. En efecto, dice el Protocolo que "puede ser invocada respecto a realizar la práctica concreta del aborto, pero no para las acciones necesarias para garantizar la atención integral, sean previas o posteriores al aborto (por ejemplo: ecografías, toma de tensión arterial, informes médicos o psicológicos, etc.)" (p. 26). Este punto ha sido objeto de numerosos estudios que se relacionan con el problema de la conciencia y la cooperación con el mal.

Además, el Protocolo en cuestión resulta violatorio del principio de no discriminación al trabajador, receptado en el artículo 17 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. Al dividir a los trabajadores entre "objetores" y "no objetores" de conciencia en forma previa a la práctica médica, se crea una categoría "sospechosa", *prima facie*, de inconstitucionalidad, violatoria de la garantía de igualdad consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

A su vez, esta categorización de los trabajadores podría restringir el progreso de sus carreras profesionales y erigirse en una práctica discriminatoria que impida la igualdad de oportunidades de empleo, violentando lo dispuesto en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la Argentina. Siendo la observancia del Protocolo obligatoria para todos los profesionales de la salud, aquellos que se declaren objetores estarán en desventaja respecto de quienes no lo hicieren, por cuanto sus empleadores entenderán a la objeción de conciencia como un hándicap.

Para peor, el Protocolo no prevé la confidencialidad del registro o manifestación de la objeción de conciencia, violando de ese modo lo dispuesto en la Ley 25.326 de Protección Datos Personales. Conforme las definiciones de esta norma, la manifestación de la objeción de conciencia es un dato *sensible* (art. 2) que debe ser resguardado en confidencialidad (art. 10), aun después de finalizada la relación entre el profesional de la salud y la institución que lo hubiere contratado.

8) Retacea información para el consentimiento e incumple de la ley de derechos del paciente: el Protocolo incumple las normas vigentes sobre consentimiento informado. Según el art. 5 inciso e) de la ley 26.529 de Derechos del Paciente, el consentimiento se brinda luego de recibir información respecto a "la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto". También se deben informar "Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados" (art. 5.f). Pues bien, en el modelo de consentimiento informado incluido en el Anexo del Protocolo (p. 74) no se hace mención a esos "procedimientos alternativos". En realidad, a lo largo de todo el Protocolo, se insiste en que el único contenido que informa el médico es el referido a la realización del aborto y no se ofrece ninguna alternativa. Así, estamos ante una manipulación de la información que se brinda a la mujer y que condiciona su decisión. El Protocolo induce al aborto y ello conducirá a problemas legales derivados de vicios en el consentimiento e

incumplimiento de la normativa vigente. Además, en p. 19 al hablar del consentimiento, el Protocolo afirma que la firma del consentimiento "podrá emitirse en cualquier formato (braille, manuscrito, digital, audio, etc.)". Ello contradice la ley de derechos del paciente que establece que para intervenciones invasivas se requiere consentimiento escrito (art. 7 ley 26529).

9) Manipula los resultados de la ecografía: en la misma línea de retacear información y direccionar a la mujer para que solo pueda decidir el aborto, el Protocolo dispone sobre la ecografía que: "se deberá explicar a la usuaria su derecho a solicitar no ver las imágenes ni escuchar los sonidos. En caso de realizarse la ecografía, solo se compartirán con la persona la imagen o el sonido de los latidos si ella lo solicita expresamente. Si no lo hace, es de suma importancia tomar los recaudos necesarios para que aquello no suceda. A su vez, si es posible, facilitar distintas áreas donde se puedan evaluar separadas aquellas mujeres que buscan una interrupción de aquellas que reciben cuidados prenatales" (p. 38).

10) Promueve el aborto a través de medicamentos no autorizados en Argentina: el Protocolo promueve el aborto medicamentoso por dos procedimientos: a) por misoprostol solo; b) por mifepristona y misoprostol. Sin embargo, la mifepristona no ha sido aprobada ni registrada por ANMAT (p. 43). En el mismo sentido, se brindan confusas referencias al misoprostol y su autorización por ANMAT (p. 42), desconociendo los problemas que ha generado el abuso de esa droga para causar abortos.

11) Interpreta la causal "violación" del Código Penal contra el principio *pro persona*: el Protocolo también adopta la interpretación del segundo inciso del art. 86 inciso 2 CP que refiere a los casos de "embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente", ya que siguiendo al fallo FAL (CS, 13-3-2012), entiende que esta causal incluye todo caso de violación. En realidad, esta causal es inconstitucional por afectar el derecho a la vida de la persona por nacer. Pero sin perjuicio de ello, en caso de duda interpretativa, según los distintos tratados de derechos humanos, debe adoptarse la postura que sea más favorable a la persona. Por eso, creemos que no puede aceptarse esa interpretación amplia del art. 86.2 CP.

Igualmente, el Protocolo dispone que en los casos de violación contra niñas menores de edad "debe realizarse la comunicación de la situación de abuso o violación a los organismos de protección de derechos de cada jurisdicción (art. 9, ley 26.061)" (p. 18). En consecuencia, queda en evidencia que ya no es aplicable lo que recomienda la Corte Suprema en el caso FAL sobre la posibilidad de prescindir de la denuncia policial, ya que se trata de un delito de acción pública (art. 72 Código Penal, según ley 27455 del 2018).

12) Desconoce las disposiciones del Código Civil y Comercial sobre capacidad de las personas menores de edad y responsabilidad parental: la regulación de los abortos a realizar a niñas es violatoria de las disposiciones del Código Civil y Comercial. En efecto, el Protocolo invoca el art. 26 del Código Civil y Comercial pero luego lo desconoce y lo altera. Respecto de las menores de 13 años, el Protocolo afirma: "Todas las niñas, es decir menores de 13 años, podrán brindar su consentimiento con el acompañamiento de sus progenitores,

representantes legales, personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas "allegadas" o referentes afectivos. Estas/os deberán participar en conjunto con la niña en la toma de decisiones y deberán firmar ratificando el consentimiento informado de la niña. El principio de autonomía progresiva debe guiar el accionar del equipo de salud y de las/os adultas/os que la acompañan" (p. 21). Ahora bien, en ningún momento el Código Civil y Comercial habilita a otras personas distintas a los padres para intervenir en la toma de decisiones sobre la salud de las niñas. Por otra parte, las figuras de "personas allegadas" y "referentes afectivos", además de su notoria ambigüedad y falta de precisión, carecen de todo significado para nuestro ordenamiento jurídico.

Respecto a las niñas entre 13 y 16 años, el Protocolo pretende facultarlas para decidir por sí mismas invocando una resolución ministerial, cuando en realidad el aborto es un procedimiento invasivo y en tal supuesto el Código Civil y Comercial exige que la decisión sea tomada por la persona menor de edad y también por sus progenitores. Nuevamente en este punto el Protocolo altera las disposiciones del Código Civil, que tienen rango legal (y han de prevalecer, por tanto, sobre una mera resolución ministerial), y pretende legitimar "personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas "allegadas" o referentes afectivos" (p. 20). Es paradójico que cuando se trata de incentivar que las niñas decidan solas sobre el aborto sin que sus padres se enteren, el Protocolo asume que el aborto no es riesgoso, pero al mismo tiempo, para justificar que se le ofrezca el aborto a toda niña sostiene que "en las situaciones de embarazo en menores de 15 años debe considerarse siempre la posibilidad de acceso a ILE por riesgo para la salud o la vida" (p. 16).

Igualmente, el Protocolo violenta el Código Civil y Comercial cuando afirma que ""Si existiera una negativa de progenitores, tutores o encargados de acompañar la decisión de la niña, podrá ser acompañada para brindar su consentimiento por otro/a referente afectivo" (p. 21). Este texto desconoce lo dispuesto por el art. 26 CCC en tanto establece que el conflicto entre la niña y sus padres "se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico" (art. 26 CCC). Y también ignora las claras disposiciones de los artículos 638 y 639 del Código Civil y Comercial sobre la responsabilidad parental y los derechos y obligaciones que ella implica, que a su vez tienen raigambre constitucional en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

13) Impone una premura por abortar: según el Protocolo, "el plazo entre la solicitud de la práctica y su realización, no debería ser mayor de 10 (diez) días corridos" (p. 25). Esa premura por abortar conspira contra otras disposiciones que, por ejemplo, permiten que el médico pueda hacer una interconsulta en los casos de salud psicosocial (p. 24).

14) Invisibiliza a la persona por nacer: a pesar de que según el Código Civil y Comercial la existencia de la persona comienza con la concepción (art. 19 CCC), el Protocolo se ocupa especialmente de evitar nombrar a la persona por nacer. Así, se usan eufemismos como "evacuación uterina" (p. 41, 44, 51, 52, 56, 58), "contenido uterino" (p. 51 y 55) u otros para designar al bebé. Es particularmente ofensiva la forma en que se refiere a los procedimientos de aborto (p. 39 y siguientes) y a las formas de disponer de los restos mortales de las personas en gestación.

15) Violenta el derecho a la vida: la resolución promueve acciones que violan los distintos Tratados que consagran el derecho a la vida que nuestro país reconoce desde la concepción. En especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, tal como se encuentra vigente por nuestro país a través de su aprobación por ley 23849, reconoce que el niño tiene derecho a la vida desde la concepción. Nos remitimos a la abundante bibliografía que existe al respecto.

16) Avasalla las facultades provinciales en materia de salud

Dentro del reparto de atribuciones plasmado en el texto constitucional, las provincias se reservan todo el poder no delegado en el gobierno federal (artículo 121). Tal es el caso de las facultades de policía, según lo ha declarado en reiteradas ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes (Fallos 239:343, entre muchos otros). La Corte reafirmado, además, ese criterio para cuanto concierne, específicamente, al sistema sanitario (Fallos 323:3229).

En el caso particular de las cuestiones que hacen a la salud, el Congreso nacional ha sido especialmente cuidadoso de no franquear el límite de sus atribuciones territoriales, tal como puede comprobarse a través del cotejo de diversas leyes vinculadas a la materia, como es el caso de la ley 17.132 (artículo 1°), la ley 25.929 (artículo 5°) y la ley 26.529 (artículo 22), por sólo citar algunos ejemplos.

En lo que hace, específicamente, al dictado de protocolos vinculados a los temas que aquí nos ocupan, sin perjuicio de las profundas críticas que nos merece el fallo, la Corte Suprema en el caso "FAL" no puede ser más explícita en cuanto al reconocimiento de que se trata de una materia reservada a los poderes locales. En efecto, en el punto 2) de la parte dispositiva de dicho fallo la Corte decidió "exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles".

Frente a tan clara tesitura, queda fuera de toda discusión que las autoridades del Ministerio de Salud de la Nación han obrado fuera de su competencia al emitir un Protocolo que, según consigna, "contiene lineamientos para la aplicación en diferentes contextos, tanto en instituciones públicas como privadas de todo el territorio argentino". Tal extralimitación se torna aún más ostensible ante la presencia de otros tantos protocolos dictados por diversas jurisdicciones locales, que a múltiples respectos consagran pautas diferentes a aquellas volcadas al Protocolo que motiva esta presentación.

Por esta misma razón, el Protocolo dictado a nivel nacional avasalla las facultades propias de los Colegios profesionales médicos, cuya creación y atribución de competencias corresponde a las provincias. Más aún, el Protocolo colisiona directamente con los intereses de estos Colegios, a quienes incumbe el asegurar el correcto y regular ejercicio de la profesión médica y el velar por el fiel cumplimiento de las normas de ética profesional, así como también el ejercicio del poder disciplinario sobre la matrícula.

En la sanción del Protocolo, los Colegios médicos de las distintas jurisdicciones no fueron consultados, pese a que entre sus facultades se cuenta la de colaborar con las autoridades, con informes, estudios, proyectos y demás trabajos relacionados con la profesión, la salud pública, las ciencias médico-sociales o la legislación en la materia (Decreto Ley 5413/58 de la Provincia de Buenos Aires de creación del colegio médico bonaerense).

17) Declama un inexistente "principio de no judicialización": En p. 13, el protocolo invoca un novedoso e hipotético "principio de no judicialización", que no solamente carece de todo respaldo en nuestro ordenamiento positivo, sino que resulta francamente contrario al "principio a la tutela judicial efectiva", de creciente auge, que tiene reconocimiento con rango constitucional a través de su consagración expresa en los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro Derecho con esa jerarquía a partir de la reforma de 1994 (cfr. los artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, y los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

18) Otros problemas: en p. 66 se afirma: "El aspirador Ipas AMEU Plus es un dispositivo reutilizable luego de ser sometido a esterilización o DAN por los procedimientos mencionados). Las cánulas Ipas EasyGrip®, por su parte, si bien están rotuladas para un solo uso (según la ANMAT las cánulas deben ser descartadas como desechos contaminados), el fabricante señala que pueden ser reutilizadas después de ser esterilizadas o sometidas a DAN, con alguna de las opciones descriptas en el apartado anterior. El número de veces que se puede reutilizar el aspirador o las cánulas varía de acuerdo con su uso y mantenimiento. Entre los motivos para desechar el aspirador se pueden señalar: el cilindro se puso quebradizo o agrietado; tiene depósitos minerales que impiden el movimiento del émbolo; las piezas de la válvula están agrietadas, dobladas o rotas; los botones están rotos; los brazos del émbolo no se aseguran en su lugar; el dispositivo ya no tiene la capacidad de conservar el vacío. Por su parte, las cánulas deben desecharse si se vuelven quebradizas, si están agrietadas, torcidas o dobladas, en especial en el sitio de la abertura, o si no se puede extraer el tejido al lavarlas".

En p. 14 cercena las facultades judiciales, cuando dispone que "ante cualquier solicitud de entrega de la Historia Clínica (incluyendo los pedidos de funcionarios/as judiciales o policiales) debe existir autorización previa y expresa de la persona usuaria".

Finalmente, no puede dejar de mencionarse la sugerente supresión del párrafo que figuraba en la versión anterior del protocolo, referido a las condiciones de venta del misoprostol, que decía: "Luego, en octubre de 2018, por la disposición 946, la ANMAT autorizó su venta en farmacias bajo receta archivada en las presentaciones de 4, 8 y 12 comprimidos" (ver p. 42). La eliminación de esa referencia coincide en el tiempo con la decisión de la Justicia suspender cautelarmente la norma en cuestión, fundada en la convicción del tribunal de que se trataría de una disposición "prima facie" inválida. Pese a que el propio Ministerio apeló, con carácter suspensivo, tal decisión cautelar, frente a la abrumadora evidencia de la nulidad de la disposición del ANMAT ha preferido omitir su cita en esta edición del protocolo.

El problema de fondo

En última instancia, el Protocolo pretende convertir en derecho lo que sigue siendo un caso de no punibilidad previsto en el Código Penal. Cuando el Código Penal señala que la conducta "no es punible" está indicando que por política criminal se considera que ese hecho sigue siendo un delito y por tanto un acto disvalioso, pero se renuncia a su persecución penal. Esta transformación de los casos de no punibilidad en supuestos derechos tiene como antecedente el fallo FAL de la Corte Suprema. Al respecto, además de las críticas que ha merecido ese fallo por afectar directamente el derecho a la vida, hay que señalar que toda sentencia judicial tiene un efecto vinculante en el caso concreto y no puede sustituir al legislador. Justamente, sorprende la premura en aprobar el protocolo luego de que hubiera un debate en el Congreso que culminó con el rechazo de un proyecto de ley de legalización del aborto el 8 de agosto de 2018.

***