



Papeles el tiempo de los derechos

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN CASOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE ARGENTINA

María Julieta Cena

UNC – CONICET

mjulietacena@gmail.com

Palabras clave: Objeción de conciencia. Salud sexual y – no - reproductiva. Interrupciones legales de embarazo. Derechos Humanos. Argentina- España.

Keywords: Conscientious objection Sexual and - non - reproductive health. Legal abortion. Human rights. Argentina- Spain

Número: 15

Año: 2018

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

**LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN CASOS DE
SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN EL MARCO
DE LOS DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS
CONSIDERACIONES SOBRE ARGENTINA**

María Julieta Cena

UNC – CONICET

mjulietaacena@gmail.com

RESUMEN:

Mediante la presente comunicación pretendo reflexionar sobre el contenido y alcance de la objeción de conciencia frente a casos de interrupciones legales de embarazo desde un enfoque de derechos humanos. A tales fines, buscaré profundizar en las nociones de la objeción de conciencia en el referido terreno, su relación con la concepción tradicional de la figura y su implementación como herramienta de presión que obstaculiza el acceso a la salud sexual y – no – reproductiva. De la misma manera analizaré el alcance de los derechos de salud sexual y – no - reproductiva conforme los lineamientos internacionales y de derechos humanos, la necesidad de reglamentaciones de la problemática y posibles respuestas. Por último, plantearé algunas consideraciones sobre la situación en Argentina, así como las posibles consecuencias, comparando con el estado de la problemática en España.

ABSTRACT:

Through this communication I intend to reflect on the content and scope of conscientious objection in cases of legal abortion from a human rights perspective. For that, I will seek to deepen the notions of the conscientious objection in the aforementioned field, its relationship with the traditional conception of the figure and its implementation as a tool of pressure that hinders access to sexual and non-reproductive health. Furthermore, I will analyze the scope of sexual and non-reproductive health rights in accordance with international and human rights guidelines, the need for regulation of the problem and possible responses. Finally, I will raise some considerations about the situation in Argentina, as well as its possible consequences, comparing it with the state of the problem in Spain.

I- INTRODUCCIÓN:

La objeción de conciencia (en adelante OC), es una construcción política – legal relacionada principalmente con las íntimas convicciones y la libertad religiosa, que en distintos momentos históricos ha respondido a diversas temáticas que cuestionaron las relaciones de poder (Puga y Vaggione, 2013; 94). Tanto el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en el caso de España, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) de Argentina, en su calidad de intérpretes últimos de las Constituciones

respectivas, le receptaron con disímiles alcance ¹, especialmente vinculado al servicio militar, y en algunos casos a la transfusión de sangre abriendo el camino a la noción de OC sanitaria.

En Argentina recientemente se recepta jurisprudencialmente la figura frente al aborto no punible (en adelante ANP), conforme lo establecido en el fallo “FAL. s/ Medida autosatisfactiva” ² (en adelante FAL), así como fue tratado por el TC en la Sentencia 53/85.³

De esta manera se observa una extensión significativa de la interpretación de esta figura en materia sanitaria y más precisamente en el terreno de la salud sexual y - no - reproductiva (en adelante SS/SR)⁴ (Alegre, 2009; 1) marcando el comienzo de una nueva etapa que exige ser analizada. Es que la OC en contextos de respeto al pluralismo religioso, se presenta como una herramienta democrática que permite la convivencia de sectores de cosmovisiones éticas diferentes. Pero en el marco de los derechos de SS/SR, la reconstrucción efectuada por las instituciones religiosas en términos de obligación para sus fieles (Puga y Vaggione, 2013; 104/105), así como otras características de la figura en este terreno, trae aparejada su ejercicio como estrategia política obligatoria, más que como un derecho ciudadano.⁵

¹Para ver un recuento de los casos y las diversas respuestas judiciales de la CSJN en Argentina véase: Padilla (2010; p.3/4) y Alegre (2009; p.7/8). Asimismo, para un recuento de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional de España: véase Capodiferro Cubero (2013; 53/69)

² En dicha resolución se precisa de manera definitiva la interpretación extensiva del art. 86 inc 1 y 2 del C.P. argentino. De esta manera, se pretendió culminar con años de inseguridad jurídica sobre el alcance de las causales de ANP y por consiguiente se fijan cuatro causales de despenalización: que el aborto sea practicado por el peligro en la vida o por riesgo de la salud de la mujer, o en virtud de que el embarazo que se pretende interrumpir sea producto de una violación o un atentado al pudor de mujer demente o idiota. Sentencia de la CSJN dictada con fecha 13/03/2012 Disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--medida-autosatisfactiva-fa12000021-2012-03-13/123456789-120-0002-1ots-eupmocsollaf> (última revisión el 04/10/17).

³ Sentencia del 11/04/1985. Disponible en: hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433

⁴En el presente trabajo pretendo analizar las prácticas de salud relacionada con los derechos sexuales y no reproductivos, por entender que las mismas requieren de una especificidad en función de su vinculación con el control del cuerpo y la sexualidad que no se inscriben en los márgenes de un proceso reproductivo (Brown, 2007; p.173/184), en particular en este caso, con relación a la utilización de la OC como una herramienta de presión.

⁵ Cabe resaltar que existen diversos documentos emanados de jerarquías religiosas que encomiendan los/as profesionales de la salud a realizar OC en casos de aborto. Tal es el caso de la encíclica de 1995 *Evangelium Vitae* determina los criterios “*sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana*”. En virtud de ello, en los apartados 73 y 74 se hace expresa mención de la OC planteada como una obligación moral. Disponible en http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html (última revisión 22/02/2017). Asimismo existen múltiples materiales periodísticos que dan cuenta del mandato. A modo de ejemplo, en la nota titulada: “Monseñor Zecca quiere que los médicos apelen a la OC” (Disponible en <http://www.eldiario24.com/nota.php?id=250977>. (última revisión 22/2/2017) se hace un llamado desde la Institución Católica a no cumplir con la manda judicial establecida en el caso “FAL”. De la misma

De esta manera, el contenido y alcance que los ordenamientos le otorguen a esta figura en casos de SS/SR, necesariamente incide en la implementación de políticas públicas pudiendo incluso (junto con otros factores legales e informales) obstaculizar el acceso al derecho a la salud (Alegre, 2009; 21.22).

Es menester resaltar que el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y desarrollo (El Cairo 1994)⁶ en el capítulo VII establece que la SS/SR se traduce en el derecho de las personas de gozar de un estado de bienestar físico y mental respecto a su salud reproductiva, y que se proyecta en el desarrollo de la vida y de las relaciones personales, mediante la capacidad de disfrutar de una sexualidad satisfactoria, sin riesgos, con la libertad de procrear decidiendo cuándo hacerlo y cuando no. De la misma manera, comprende el acceso sin trabas a bienes y servicios que garanticen su pleno disfrute (CIPD, 1994).

El presente trabajo se desarrolla desde el enfoque de DDSSRR en cuanto permiten entender las impugnaciones de SS/SR desde un enfoque de Derechos Humanos (en adelante DDHH) que posiciona al Estado como garante de las obligaciones internacionales contraídas en la materia (Peñas Defago, 2012; 197). Si bien los DDSSRR importan una gama de derechos más amplia ⁷y no solamente deben ser analizados bajo una óptica sanitaria, el objeto de la presente comunicación está limitado al análisis de la OC solo ante prácticas de SS/SR relacionadas con las interrupciones legales de embarazo (ILE).

La limitación responde al hecho de que tanto en Argentina como en España, en el mismo momento que se permiten las ILE se prevé la posibilidad de objetar como un derecho. Cabe resaltar que la situación argentina es disímil a la española atento a que no contamos con una normativa general que contemple la situación, sino que la CSNJ, en oportunidad de interpretar las causales de ANP del art. 86 del C.P. en el precedente “FAL”, realizó una serie de exhortaciones a los diversos órganos del Estado argentino a

manera, el actual Papa Francisco categóricamente afirmó que negar la procedencia de la OC, es negar un DDHH. Disponible en: <http://www.cronica.com.ar/article/details/43843/la-objecion-de-conciencia-es-un-derecho> (última revisión 22/02/2017). En la misma línea, consultado el Obispo de San Francisco como representante de la Iglesia Católica, con relación a la incorporación de la objeción de conciencia en el proyecto de ley de libertad religiosa resaltó su importancia como perteneciente al núcleo fundamental de los DDHH. Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/argentina-proyecto-sobre-libertad-religiosa-permitiria-objecion-de-conciencia-ante-aborto-41054/> (última revisión 24/07/2017).

⁶ Disponible en http://www.unfpa.org.mx/publicaciones/PoA_sp.pdf (última revisión 11/10/2017)

⁷ Entre los que podemos mencionar el derecho a la igualdad, no discriminación, acceso a la educación sexual y a la información, todo vinculado con el respeto a la dignidad humana, el derecho a la libertad y seguridad de las personas, derecho a la intimidad y estar libre de violencia, la vida y la salud, entre otros.

los fines de evitar la obstaculización al acceso de ANP. De manera expresa encomienda a las distintas jurisdicciones a crear protocolos de ANP en los términos delineados en la sentencia en cuestión, agregando que los mismos deben contemplar el derecho de OC de los/as profesionales de la salud, con la limitación de que esta figura no entorpezca ni agrave el acceso a la práctica. Todo lo cual posiciona nuevamente a dicha figura en el debate jurídico, ahora en este terreno.

De esta manera, el escenario analizado es el representado entre un/a profesional de la salud – incluso el establecimiento sanitario - que se abstiene a la realización de la práctica de ILE y la persona que pretende ver garantizado su derecho a la salud, más precisamente a la SS/SR.

Lo expuesto debe ser considerado en el marco del monopolio del saber que recae en cabeza de los/as profesionales de la salud, toda vez que son los/as únicos/as autorizados/as legalmente para efectuar las ILE, y por lo tanto su negativa a realizar el procedimiento es susceptible de repercutir de manera gravosa en el ejercicio del derecho a la SS/SR.

II.- LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS.

La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) enfatiza por un lado, el derecho a la libre decisión y, por otro, especifica la necesidad de eliminar toda forma de coacción en relación a la salud (Montaño, 1996; 8). De esta manera, el Programa de Acción aprobado en la precitada Conferencia, establece en el marco de los DDSSRR que:

La salud reproductiva es un estado general de bienestar, físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. (CIPD 7.2:1994; 53)

Posteriormente, plantea como objetivo de la salud sexual “...el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento en materia de reproducción y enfermedades de transmisión sexual” (CIPD 7.2:1994:54). En virtud de lo expuesto, la atención y ejercicio de la SS/SR, se traduce en el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyan a evitar y resolver la afectación de estos derechos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N°22⁸ (en adelante OG N°22) ratifica lo expuesto, al afirmar que la SS/SR forma parte del derecho a la salud consagrado en el art. 12 del Pacto de DESC, por el cual los Estados partes se han comprometido a garantizar el acceso a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de tanto salud física como mental, incluida la salud sexual y –no – reproductiva.

En Argentina, la primera normativa local que incorpora la noción de SS/SR es el Decreto Nacional N°1282/2003 que reglamenta el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (ley 25.673). Dicha reglamentación esboza un concepto de SS/SR⁹ basándose en informes de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS). De esta manera hace referencia al derecho de planificación familiar como *“un modo de pensar y vivir adoptado voluntariamente por individuos y parejas, que se basa en conocimientos, actitudes y decisiones tomadas con sentido de responsabilidad, con el objeto de promover la salud y el bienestar de la familia y contribuir así en forma eficaz al desarrollo del país.”* Igualmente, proyecta de dicho derecho sobre el acceso a la información, educación y servicios de salud vinculados. Por otro lado, caracteriza a la salud reproductiva como *“un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos.”*

En España la recepción legal del enfoque se plasma en la ley 2/2010, más precisamente en el art. 2 en cuanto al momento de estipular los conceptos de salud, salud sexual y salud reproductiva recepta las nociones de los organismos y convenciones internacionales enunciadas.¹⁰

Es así como la articulación del concepto de DDHH con derechos de la mujer, y de autonomía e integridad física y psíquica con SS/SR en el marco de los DDSSRR, obliga

⁸ Disponible en:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FGC%2F22&Lang=es (última Revisión 11/10/2017)

⁹ Disponible en <http://www.msal.gob.ar/saludsexual/ley.php> (última revisión 06/10/2017)

¹⁰ **Artículo 2. Definiciones.** A los efectos de lo dispuesto en esta Ley se aplicarán las siguientes definiciones: a) Salud: el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. b) Salud sexual: el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia. c) Salud reproductiva: la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514> (última revisión 06/10/17)

a los Estados a promover y facilitar acciones multisectoriales, que deben traducirse en reformas del sistema de salud, judicial, educativo, entre otros (Montaño, 1996; 8)¹¹.

Cabe recordar que en Argentina, con relación al aborto, existe normativamente el modelo denominado “*de permisos o indicaciones*”. De esta manera el ordenamiento argentino criminaliza durante todo el embarazo su interrupción, pero lo despenaliza frente a determinadas circunstancias especificadas en el art. 86 del C.P. Pese a ello, en la práctica – y conforme a las problemáticas propias del modelo mencionado – los obstáculos legales han girado en torno a la inseguridad jurídica por la indeterminación interpretativa del alcance de las indicaciones, y a los procedimientos administrativos para su acceso, todo lo cual ha derivado en muchas oportunidades en la judicialización de las mismas (Bergallo, 2011; 11/27).¹²:

En el ordenamiento español la ley 2/2010, con relación al aborto, importó el paso del sistema de indicaciones al sistema de plazos que se traduce en una garantía mayor de satisfacción de la SS/SR. Asimismo, el preámbulo de la norma expresamente establece que se implementaron las consideraciones vertidas por el TC en su sentencia 53/85 en cuanto a ponderación de derechos y en especial en relación a la OC. Es dable destacar que la referida ley fue impugnada judicialmente por el Partido Popular, encontrándose aún pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad alegando

¹¹Si bien la obligación internacional de Argentina comienza con la ratificación de la Convención Americana de DDHH – año 1984 – y la posterior incorporación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – año 1986 – consideramos que la jerarquización de ellos en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN, así como la implementación de los diversos tratados internacionales relativos a los DDSSRR, han aportado elementos socio-jurídicos trascendentes en cuanto a la exigibilidad y visibilización de los derechos de SS/SR, por lo cual la Reforma Constitucional adquiere relevancia a estos efectos.

¹²Cabe destacar que, en el año 2011 el Comité de DDHH de Naciones Unidas ¹²emitió un dictamen condenatorio contra el Estado Argentino en la causa denominada “L.M.R”. Causa por la cual el Estado Argentino fue demandado a raíz de los diversos obstáculos instrumentados cuando, en el año 2006, la madre de “L.M.R.” solicitó una intervención de ANP ya que su hija, teniendo un retraso madurativo, había quedado embarazada producto de violaciones interfamiliares. En esta oportunidad, y conforme lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité concluyó que Argentina había violado el referido tratado. A tales fines argumentó que la negativa de las autoridades médicas y judiciales a autorizar el aborto, y así como los hechos y circunstancias que rodearon el caso, vulneraron los artículos 3 (garantía a hombres y mujeres de igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos), 7 (derecho a no ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 17 (respeto a la vida privada) y 2 tercer párrafo (obligación de respetar y garantizar los derechos del pacto) al obstaculizar que una mujer con incapacidad mental acceda al derecho de ANP. Es decir, se estableció que el Estado Argentino cometió tratos crueles, inhumanos y degradantes, al forzar a una mujer a continuar con un embarazo producto de una violación, a la vez que ello tuvo injerencias arbitrarias e ilegales en la vida privada y familiar de L.M.R. y violentó su derecho a la igualdad y no discriminación. Dictamen [CCPR/C/101/D/1608/2007](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F101%2FD%2F1608%2F2007&Lang=es) Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F101%2FD%2F1608%2F2007&Lang=es (última revisión 06/10/2017).

diversos argumentos, dentro de los cuales se encuentra la manifestación de que no se prevé de manera adecuada el “derecho a la objeción de conciencia”.¹³

De la misma forma en Argentina, a partir del fallo “FAL”, la problemática en cuanto a la OC ha tomado nuevo auge, ya que si bien estableció los criterios sobre las causales de ANP, previó la incorporación en el procedimiento de una figura cuestionada en el marco de los DDSSRR.¹⁴ De esta manera, siguiendo a Foucault (2009), el mecanismo legal representado en el delito penal ya no persigue el accionar propio de la figura del aborto en los casos legalmente previstos, sino que la OC actúa como un mecanismo de seguridad que persigue el control social. Es así que las regulaciones ineficientes al no determinar restrictivamente esta figura, son funcionales a este tipo de control que proviene principalmente de sectores conservadores de la sociedad.

Tanto en España (ante la dilación de la reglamentación posterior sobre OC a pesar de lo dispuesto en la ley 2/2010) como en Argentina (en virtud de la ausencia de una normativa general) jurisdicciones locales reglamentaron la OC en casos de ILE. Es así que ante las normativas que pretendieron regular de manera más precisa la ejecución de la OC, los sectores conservadores activaron diversas estrategias judiciales a los fines de recurrir su aplicación ¹⁵.

La diferencia en ambos casos radica en que en Argentina los efectos del control de constitucionalidad difuso y el sistema de gobierno federal han sido los argumentos en virtud de los cuales las provincias receptaron de manera muy disímil lo exhortado por la CSJN respecto a los procedimientos para ANP, en particular en cuanto al alcance de la OC. De esta manera, las reglamentaciones varían desde la recepción de la OC individual hasta la procedencia de la institucional, la obligación – o no – del derecho de información, diversos y antagónicos sistemas de sustitución y reemplazos, entre otros. Esto no solo impacta en la seguridad jurídica, sino que también dotan a la figura de

¹³ Véase <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-10822#analisis> (última revisión 11/10/17)

¹⁴ “...deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de OC sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio.” (Considerando 29 del Voto de la mayoría).

¹⁵ En España Diputados del Grupo Parlamentario Popular interpusieron Recurso de Inconstitucionalidad 825-2011 contra la Ley Foral de Navarra 16/2010 bajo los argumentos de que las comunidades autónomas no tenían competencia para reglamentar sobre salud, y que la OC no se encontraba garantizada atento a haber previsto la creación del registro de profesionales objetores en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. El mismo fue resuelto mediante Sentencia 151/2014 de fecha 25 de septiembre de 2014 Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-11020 (última revisión 10/10/17) En Argentina los movimientos feministas también dieron uso a la herramienta judicial y por consiguiente iniciaron acciones contra los protocolos que no cumplieren con las directrices de la CSJN.

lineamientos imprecisos, que ponen en juego la garantía del acceso permanente a las intervenciones en el territorio Argentino y son el marco propicio para su ejercicio abusivo y discrecional¹⁶.

III.- LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FRENTE A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA:

Existen al menos tres mecanismos que interpelan al derecho desde su incumplimiento: la desobediencia civil, la OC y la resistencia. La doctrina parece bastante conteste en aceptar la desobediencia civil y la OC como herramientas a través de las cuales se canaliza la protesta con relación a las decisiones, siendo un poco más controvertido el tema de la resistencia al derecho.¹⁷

Adentrándonos en la conceptualización de la OC, Rawls (1971; 410) entiende que la misma radica en: *no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa. Es objeción ya que es una orden que se nos dirige a nosotros, y, dada la naturaleza de la situación, su aceptación por nuestra parte es conocida por las autoridades.*

Así, la OC en su concepción tradicional, no es una forma de apelar al sentido de justicia de la mayoría – como sería el caso de la desobediencia civil - sino rehusarse a cumplir una orden o deber con la convicción de que no existen bases para una comprensión mutua, fundada en principios políticos, religiosos o de otra clase, pero siempre individuales. Sin embargo, mediante este instrumento no se deberían perseguir fines políticos ni de imitación, sino simplemente la abstención de la realización de esa obligación, para preservar la propia libertad individual.

¹⁶ Para mayor información sobre el estado de los protocolos provinciales véase el informe presentado por Amnistía Internacional ante el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) disponible en https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2016/10/INT_CEDAW_NGO_ARG_25378_S.pdf?utm_source=Mujeres+%2F+G%C3%A9nero&utm_campaign=d0c8cb02e6-EMAIL_CAMPAIGN_2016_11_18&utm_medium=email&utm_term=0_2cfaeaf8d6-d0c8cb02e6-86367693 (última revisión 11/10/2017). Recientemente la Provincia de Entre Ríos se ha adherido al Protocolo Nacional. Mediante Resolución del Ministerio de Salud Provincial N°2.883 del 29 de agosto de 2017.

¹⁷ Cabe aclarar que existe una forma más radical de oposición a las decisiones políticas, y en particular al derecho, que es justamente la resistencia al mismo. En términos generales, cuando existe opresión, y no se encuentran satisfechos ni garantizados los derechos básicos, los sujetos (aquí existen divergencias sobre si solo los excluidos pueden resistir o esto puede ser expansivo a quienes apoyen la resistencia) tienen el derecho a resistir ordenes o cumplimiento de normativas (Gargarella, 2005; p.13/48). Por cuestiones de brevedad no me detendré en el análisis de este tipo de instrumento, más manifiesto mi coincidencia con la posición planteada.

Desde la premisa de que en sistemas democráticos las leyes están pronunciadas por las mayorías - no solo en términos cuantitativos sino, y en especial, en términos cualitativos de poder – y en función de ello, aquellas son la expresión de las ideas y preferencias culturales y religiosas mayoritarias (Nussbaum, 2011; 30) cabe reflexionar cuál es el alcance de la OC de un sector mayoritario que fue representado en la toma de decisiones de procesos deliberativos, como la sanción de una ley.

Es que, si seguimos el criterio tradicional analizado de esta figura, y por consiguiente sostenemos que la obediencia de las normas es un problema para las minorías (Rawls, 1971; p.405/410), no parece posible arrojar la misma respuesta cuando la desobediencia proviene de sectores de poder mayoritarios. Lo expuesto nos ocupa, en tanto que la capacidad política para generar legislación de quienes objetan prácticas de SS/SR, los/as sitúa más cerca de las mayorías que de las minorías en sentido posicional y relacional (Puga y Vaggione, 2013)¹⁸.

Al mismo tiempo, cabe resaltar que la OC en el terreno de la SS/SR, y más precisamente en casos de ILE, tiene como origen mandatos religiosos. Mandatos que, contexto sociopolítico como los de España o Argentina, constituye un fuerte poder e influencia en la toma de decisiones.¹⁹ Estas circunstancias, nos plantea la necesidad de cuestionarnos si la OC en la actualidad frente a casos de SS/SR, configura – o no - las condiciones teóricamente desarrolladas para su procedencia, y si en este sentido es dable todavía entenderla como un acto que aporta a la democracia.

¹⁸Entiéndase “*mayorías posicionales*” como “*titulares de derechos parlamentarios*” y “*mayorías relacionales*” como “*expresión de una moralidad dominante*” (Puga, Vaggione,2013; p.114)

¹⁹ En el mes de Junio del corriente año, el Poder Ejecutivo argentino presentó para su tratamiento en la Cámara de Diputados, el proyecto de ley de libertad religiosa identificado como OO10-PE-2017 , el cual se pretendió tratar con una premura inusitada. En este aspecto es dable resaltar los dichos del Secretario de Culto de Argentina en cuanto manifestó que fueron las propias instituciones religiosas quienes solicitaron la incorporación de la OC (disponible en <http://www.lanacion.com.ar/2034472-el-gobierno-impulsa-una-ley-de-libertad-religiosa-y-regular-la-objeccion-de-conciencia>). La estrecha vinculación entre la presión política de la religión y la figura en cuestión, se desprende también del proyecto cuando se limita a categorizar a la OC como la fase negativa de la libertad religiosa, siendo que conceptualmente la figura también guarda fundamentos en otros derechos como la intimidad y la libertad pensamiento o de culto. De esta manera incluso llega a receptar en forma expresa la OC institucional. A tales fines cabe resaltar que la OC no posee una dimensión colectiva que pueda ser vinculada a todo un establecimiento sanitario. Por el contrario, la excepción solo puede ser habilitada de manera individual respecto a cada sujeto, de manera que determine si existe o no una colisión entre su íntima convicción y el mandato jurídico al que se encuentra obligado. Nadie distinto al obligado de manera particular, puede rechazar la realización de la práctica debida por la norma de reconocimiento (Capodiferro Cubero, 2015; 64;76). Por último, a los fines de su análisis es necesario contemplar la situación con los derechos de los/as pacientes en su relación con los/as profesionales e instituciones de salud, toda vez que la procedencia de la OC institucional conlleva a una actitud de discriminación, imposición moral, e incluso de incumplimiento de las responsabilidades profesionales en cuanto vulnera los derechos más elementales de colectivos históricos y sistemáticamente vulnerados. Analisis que no se desprende del proyecto de ley en cuestión.

A) Objetar el Aborto.

Existen diversas posturas en cuanto al contenido y alcance de la OC en el terreno de la SS/SR, y en particular en relación a los casos de ILE (Ariza Navarrete, 2012; 25/27), las que varían según la objeción sea entendida como un recurso de carácter excepcional o como una alternativa inmediata que resuelve problemas axiológicos en sociedades contemporáneas (Tavariño Caballero, 2014; 27/28).

Por un lado, quienes consideran que la OC es de procedencia excepcional y por tanto inadmisibles ante la relevancia de la SS/SR en el marco de los DDHH, se fundan en la calidad discriminatoria del instrumento jurídico al afectar mayormente a mujeres o personas trans con posibilidad de gestar, de bajos recursos. También tienen en cuenta el ejercicio monopólico de las prácticas que poseen los/as efectores de salud, advirtiendo que estos/as asumieron libremente una obligación de brindar asistencia cuando optaron por su profesión. Por ello afirman que la asimilación de la OC en SS/RR con la OC al servicio militar, es errónea ya que quienes proveen los servicios de salud son voluntarios, no conscriptos mientras que las mujeres o personas trans con órganos reproductivos femeninos, se ven obligadas tanto por la ley como por las políticas institucionales, a permanecer embarazadas en contra de su voluntad o recurrir a los sistemas clandestinos, lo que las hace conscriptas del estado o las instituciones (Dickens, 2009; 9; Alegre, 2009; 8/9). Cabe destacar que la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) en su Recomendación General N°35 de fecha 26/ 7/2017, establece que la penalización del aborto y la continuación forzada de un embarazo son formas de violencia por razón de género, susceptibles de constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante (punto 18)²⁰.

En este estado, y bajo la premisa de la OC como una excepción que requiere del reconocimiento normativo para su efectivización (y no un derecho general), es dable cuestionarse cuáles son los fundamentos sociales, jurídicos y políticos que motivan que la desobediencia a la norma se encuentre justificada frente a prácticas de SS/SR y no ante otros derechos, ni siquiera otros DDSSRR – ver por caso matrimonio igualitario

20

Disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en

y/o de personas del mismo sexo – aún cuando en prácticas de ILE encuentra en juego un derecho esencial como es la salud.

Por otro lado, quienes defienden la procedencia de la OC ante la SS/SR, sostienen que la misma guarda vinculación con las convicciones morales y por lo tanto no puede exigirse la realización de una acción a quien la considera injusta. Más aún cuando la OC es entendida como herramienta que tiende a reforzar los procesos democráticos y mecanismo de protección a la libertad. (Laserna Quinchía, 2010; 41/42). Estas corrientes le niegan carácter de derecho a las prácticas de SS/SR en particular, como a los DDSSRR en general, limitando la problemática a la órbita de legislación sanitaria local. Incluso exigen la constitucionalidad de la OC institucional en el marco de la “autonomía propia de los grupos religiosos”, afirmando que lo contrario importaría una discriminación por sus convicciones en contra de los/as objetores (Navarro Floria, 2010; 16/17).

Existe una posición alternativa que pretende conciliar las tensiones, aceptando la procedencia de la OC en SS/SR, pero limitada al cumplimiento de la garantía del acceso a la práctica. Ello en el entendimiento de que es la vía para que los intereses y los derechos en conflictos puedan ser protegidos, gestionando las resistencias de los/as efectores de salud pero asegurando las prestaciones en las mejores condiciones. En esta línea para que la OC proceda debe cumplir ciertos requisitos y deberes a los fines de garantizar que no entorpezca la asistencia sanitaria (Ariza Navarrete, 2012; 27; Tavariño Caballero, 2014; 32/33).

Ante esta situación, si es cierto que no basta la mera constatación de que la desobediencia de la obligación jurídica repercute en los derechos de terceras personas, sino que es necesario valorar la importancia de los intereses jurídicos protegidos y al grado de peligro a los que se somete a consecuencia de la infracción (Gascón Avellan, 1990, 228) la “ponderación de principios” se presenta como una teoría oportuna para profundizar en la temática y reflexionar sobre cual debe prevalecer frente a una hipótesis de conflicto como la que nos ocupa.

Siguiendo a Alexy (1993; 161) “*cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”. Esto aplicado a la tensión que nos ocupa entre libertad de conciencia, religión e intimidad frente a los derechos de igualdad, vida, salud y dignidad humana entre otros derechos interdependientes de la SS/SR, nos conduce a la conclusión de que las

restricciones que se puedan efectuar a la habilitación de la OC, importan una alta probabilidad de satisfacción de los derechos de SS/SR, más no así lo contrario.

Lo expuesto en cuanto la OC de los/as profesionales de la salud tiene una directa incidencia en la obstaculización al acceso de las ILE, y por consiguiente a la insatisfacción de los derechos de SS/SR. Es decir, la posibilidad jurídica y fáctica de la efectivización de las ILE y en consecuencia de los derechos de vida, salud, igualdad y dignidad, dependen de la restricción a la figura de la OC entendida como un derivado del principio de libertad de conciencia, intimidad y religión. Si bien la garantía de la OC como protección a las libertades individuales es de gran trascendencia en un Estado Democrático, esta no puede ser ejercida de manera absoluta y debe ser limitada en la ponderación cuando se interpone frente a derechos de quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad como sucede en el terreno de la SS/SR.

Es indudable que la libertad de conciencia y la libertad religiosa son derechos imprescindibles en el desarrollo de un Estado, pero en el caso de la OC – entendida como una derivación de los mencionados derechos – frente a la SS/SR requiere de un adecuado diseño de criterios que habiliten correctamente su admisión, ya sea por su carácter excepcional o por las consecuencias que acarrea. Es que si bien es cierto que la delimitación entre las condiciones que merecen respaldo jurídico y las que no, es extremadamente complicado (Nussbaum, 2011; 67) la tensión existente entre los derechos en juego, torna igual de urgente su definición en este marco.

Tal como he tratado de delinear, la OC ante casos de ILE tiene enormes repercusiones prácticas que implican la afectación a derechos de SS/SR mediante la inaccesibilidad a las prestaciones médicas por ser contrarias a la íntima convicción de los/las profesionales de la salud. Siguiendo a Nussbaum (2011; 81) podemos afirmar que vivir en democracia significa respetar decisiones con las que no siempre vamos a estar de acuerdo, pero justamente de eso se trata, de respetar los derechos de las personas a elegir estilos de vida y autodeterminación, y no de imponer o pretender exigir una moral sobre otra.

La libertad de conciencia y religiosa son procedentes e incluso deseables, siempre y cuando no afecten el “*interés nacional de orden superior*”, es decir que no vulnere “*la vida, la salud y la integralidad corporal*” entre otras (Nussbaum 2011; 76/78). La situación de vida, salud e integralidad corporal en la que se encuentran quienes solicitan una práctica de ILE, marcan un primer límite en la procedencia de la OC. De la misma manera, en virtud de los derechos de SS/SR en juego, las observaciones de los

organismos internacionales de DDHH, el orden público cuestionado, así como las divergencias que guarda con la figura clásica la OC en SS/SR, nos conduce a concluir que la misma debe tender a ceder a los fines de no afectar derechos mediante el incumplimiento de una obligación legal. Hecho que conforme lo he referenciado, no se cumple de manera acabada en Argentina.

Como lo enunciara, quienes sostienen la procedencia irrestricta de la OC en casos de ILE, se fundan en un supuesto carácter de derecho fundamental de la figura por su relación con los deberes y libertades religiosas y de conciencia. En la práctica, lo expuesto se traduce en un mecanismo de presión tendiente a desarticular políticas públicas en el terreno de la SS/SR, políticas que, en la mayoría de los casos, consideran injustas (Ariza Navarrete, 2012; 26). De esta manera se busca simultáneamente transformar la legislación vigente, aspirando que la posición moral de quién objeta se convierta en ley universal. Es que el hecho de que la objeción ética o moral se traduzca en la realidad como un obstáculo al acceso de la SS/SR, da como resultado una afectación de derechos de terceros/as e importa un acto de discriminación a colectivos históricamente marginados que les obliga a recurrir a los sistemas clandestinos para hacer efectivos su derecho a la salud o en su caso la judicialización. Por ello la OC en este terreno, implica una afectación directa de derechos a personas que sufren injusticias, tanto en términos de redistribución como de reconocimiento y/o participación (Fraser, 2006; 25/39).

Es decir, la OC en el terreno de la SS/SR en general y de las ILE en particular, tiene una fuerza expansiva mayor, es mucho más público, en tanto afecta más a la sociedad, y modifica las circunstancias en las cuales se la entendía en los términos tradicionales

Debemos recordar que la justificación de la OC es la protección de la libertad individual y la esfera íntima de quién objeta, más no es el “naciturus”. Lo que se debería salvaguardar con esta figura no es la vida, sino las concepciones éticas, morales y religiosas de quién la alega que, en ciertas condiciones y bajo ciertos lineamientos, le permitiría liberarse de cumplir con una manda legal. Pese a ello, en el terreno de la SS/SR, la OC se orienta a la protección del “por nacer” bajo la concepción de que debe servir como un mecanismo para evitar que se lleven a cabo este tipo de intervenciones.

Teniendo en cuenta las diferencias entre la OC en su concepción clásica con la planteada ante casos de ILE en cuanto al bien jurídico protegido, la intención de imitación y de obstaculización a la realización de la práctica, así como la relación de sumisión y obediencia y el poder mayoritario que poseen los/as actores de la misma en

la toma de decisiones, ¿podemos seguir sosteniendo la asimilación de la OC en SS/SR con la OC en sus términos tradicionales? ¿Es efectivamente una figura emancipadora del poder estatal o una herramienta de presión de ciertos sectores amparados por la libertad religiosa o de conciencia? ²¹.

b) Los registros de objetores

Aunque considero necesario reflexionar sobre la existencia de otras soluciones y/o alternativas que logren garantizar la satisfacción de los derechos de SS/SR en general y en particular respecto al acceso a las ILE, a los fines del presente me limito a analizar la creación de los registros de objetores como respuestas estatales que, ante la problemática, arbitraron en algunas jurisdicciones argentinas y españolas. Es así que aquellas provincias argentinas que han pretendido regular de manera más acabada la temática con la finalidad de garantizar la prestación del servicio de salud, incorporaron la figura de los registro con una intención organizativa, pero estos también han sido sistematizados de diversas maneras, incluso no se han llegado a implementar.

Si bien el PN – como única reglamentación nacional del ordenamiento argentino en la materia- no prevé la registración, algunas provincias lo han incorporado. Este es el caso de provincias como Río Negro, La Pampa, Buenos Aires, Mendoza, Santa Cruz y Santa Fe, que con diversos alcances, prevén para la procedencia de la OC la inscripción en un Registro.

Por ejemplo, la provincia de Buenos Aires no cuenta con un registro general sino que su normativa prevé que cada institución sanitaria pública cuente con su propio registro. Lo expuesto no sólo es ineficaz para un control general por parte del Estado, sino que a su vez no prevé la posibilidad de conocimiento previo por parte de las usuarias del sistema de salud, como tampoco la forma de disposición de los recursos humanos y materiales que garanticen la asistencia continua.

Similar alcance tiene la reglamentación implementada en Misiones (Resolución N°3378/2013), en cuanto determina que la declaración de OC deberá ser realizada por escrito y archivada por el hospital en un registro. También prevé que debe mantener dicha calidad, tanto en su actividad pública como en la privada. Esta última distinción es generalizada en todas las reglamentaciones sobre la figura, ya que mediante ello se

²¹ En esta línea se ha identificado a la OC frente a prácticas de ANP con actos de rebelión, y por consiguiente exige una carga de justificación mayor (Alegre, 2009; p.26/29).

pretende la verificación de genuinidad de la existencia de condiciones morales que entran en conflicto con la práctica.

Conviene subrayar que, respecto a la eficacia de los registros, el informe elaborado en el año 2015 por la Asociación por los Derechos Civiles sobre el acceso al ANP en Argentina, da cuenta de que los mismos tienen una operatividad insuficiente aún en los casos en donde existe la reglamentación ²².

Ahora bien, quienes defienden la procedencia de la OC en el terreno de la SS/SR denuncian que la creación de registros colisiona con el derecho a la intimidad y la libertad religiosa y de culto. En Argentina este argumento fue receptado por la provincia de La Pampa y en mérito de ello establece una suerte de confidencialidad de los mismos.

En este estado, y a los fines de analizar la situación en España, cabe reiterar la inconstitucionalidad interpuesta en contra la ley foral 16/2010 Navarra. Los argumentos centrales de quienes recurrían radicaban en la afirmación de que el art. 19.2 de la ley 2/2010 no habilitaba la reglamentación por parte de las comunidades autónomas, y que la creación de un registro de objetores/as vulneraría el “derecho fundamental” de la OC como elemento esencial para el ejercicio de la libertad ideológica y de conciencia (art. 16.1 Constitución España). El TC mediante Sentencia N° 151/2014 concluyó que la organización de los servicios sanitarios corresponde a las comunidades forales, y que la desigualdad que alegan los/as recurrentes no se confirma, toda vez que el Estado Nacional regula el contenido primario del derecho a la OC garantizando el acceso en todo el territorio. Con relación a la vulneración de derechos que importaría la creación de registros, sostiene que la mera inscripción en los mismos no vulnera “per se” el derecho a la protección de los datos personales – derecho que parece ser posicionado en orden jerárquico mayor al de la intimidad –. Pese a ello, el apartado que posibilitaba que terceras personas puedan acceder a la información fue declarado inconstitucional. Por otro lado, el voto en disidencia considera que la creación del registro no supera el juicio

²² El referido informe fue elaborado en virtud de las respuestas obtenidas por diversas jurisdicciones provinciales. La provincia de Mendoza informó que a la fecha de la solicitud se encontraban registrados 51 profesionales, de los cuales 35 estaban especializados en tocoginecología. De la misma manera el Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Cruz informó que contaban con registro y se encontraban registrados 40 médicos. Por último, las Provincias de Tierra del Fuego y Santa Fe solo brindaron información relativa a la existencia de registros. Por su parte, Catamarca y Misiones dieron cuenta de la ausencia de registros, mientras que la mayoría de las Provincias no brindaron información al respecto. Cabe aclarar que en el caso de la Provincia de Río Negro, la creación del registro es de fecha posterior a la elaboración del referido informe. Disponible en: <http://despenalizacion.org.ar/pdf/publicaciones/ADC-Acceso-al-ANP-no-punible-Marzo-2015.pdf> (última revisión 10/10/2017)

de proporcionalidad ya que implica un sacrificio injustificado del derecho fundamental a la OC al desalentar su ejercicio.

Cabe resaltar que tanto en el caso de la Provincia de La Pampa, como en los argumentos vertidos por el TC en el precedente judicial, no existe una ponderación sobre la contra cara de la OC entendida como “derecho”, esto es: el derecho a la SS/SR de las mujeres y/o personas trans con posibilidad de gestar, en particular en cuanto al derecho a las ILE. Es que quién solicita estas prácticas debe poder conocer de antemano la posición moral e ideológica del/a profesional de la salud que le atiende. Asimismo, es dable recordar que el mandato legal impone la prestación de la intervención y la OC es un caso de excepción, por lo cual debe ser interpretada de manera restrictiva a los fines de evitar que mediante la misma se afecten los derechos de terceros/as.

Por otro lado, como caso antagónico en Argentina se sitúa la provincia de Santa Fe tiene disponible “*on line*” el registro de objetores. En dicho sitio web, las personas pueden buscar su médico tratante, conocer con antelación su posición frente a dichas prácticas y decidir si desean ser atendidas por estos/as profesionales.

El fundamento primordial de la registración radica por un lado en el derecho a la información del/la paciente, la posibilidad de control de la situación de los/as profesionales de la salud en cuanto a su posición homogénea al respecto tanto en el sistema de salud público como en el privado, así como la posibilidad organizativa tanto para los directores de los establecimientos como para el Estado. Es que de esta forma se puede tener un control que posibilite asegurar la existencia de recursos humanos para la realización permanente de las prácticas de ILE, ya que quienes no figuren en el listado no deben estar habilitados a negarse a realizar la práctica. Al mismo tiempo evitaría que quién objete se encuentre en una situación de urgencia que no pueda ser suplido por otro/a profesional, y en virtud de ello deba realizar de igual forma la intervención.

Otro punto a tener en cuenta a los fines de analizar la procedencia – o no – de la OC, es la oportunidad en la inscripción del/a objetor al registro correspondiente, - en caso de su existencia – o si la invocación como tal es suficiente para apartarse del cumplimiento de una manda legal.

Tanto la Ley 2/2010 como lo resuelto por la CSJN en el caso “FAL”, coincide en cuanto enuncia que quienes objeten deben manifestarlo al momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente. Es que, a la hora de contratar personal los establecimientos de salud deben poder conocer la posición de los/as profesionales al respecto, sin que ello

pueda ser entendido como acto de discriminación laboral, sino meramente organizativos para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de DDHH.

Es decir, es dable afirmar que debería existir una suerte de “acción afirmativa indirecta” para aquellos profesionales que sí están dispuestos a satisfacer los derechos de SS/SR.

En función de las características que tiene la OC en este terreno como obstaculizadoras de políticas públicas y reproductoras de un control efectuado por sectores conservadores que perpetúan la desigualdad y la discriminación de las mujeres (o personas trans con posibilidad de gestar) al acceso de la SS/SR, toma relevancia lo dispuesto en la OG N°22 en cuanto afirma que “*los Estados deben reconocer las normas sociales y estructuras de poder arraigadas que impidan el ejercicio de ese derecho en igualdad de condiciones, como los papeles asignados a cada género, que afectan a los determinantes sociales de la salud, y adoptar medidas para corregirlas*” (pr. 35) por lo cual, si es necesario, establecer medidas especiales de carácter temporal tendientes a garantizar el acceso permanente a la SS/SR.

c) La objeción de conciencia en el marco de los DDHH.

Adentrándonos en el enfoque de los DDHH, es menester recordar que a nivel internacional los organismos de DDHH entienden que la OC no reviste el carácter de un DDHH autónomo. Pese a ello, en caso de que la normativa local del Estado la incorpore, la misma debe ser regulada de manera tal que su ejercicio no obstaculice los derechos de los/as usuarios/as del sistema de salud.

Si bien en Argentina no hay una ley nacional que regule la OC en términos generales, ante casos de ANP se encuentra prevista específicamente en el Protocolo Nacional (en adelante PN) actualizado conforme las directrices establecidas por la CSJN en “FAL”. En dicha normativa se prevé la procedencia de la OC individual y no institucional, manifiesta la necesidad de notificación previa al establecimiento, la obligatoriedad de brindar información acabada sobre la práctica y remitir a la persona a otro profesional que sí la trate. De todas maneras el establecimiento debe garantizar la atención, por lo que de no existir en el mismo un agente de la salud no objetor, deben aún así realizar el procedimiento quién objete.

Como lo mencionara previamente, en Argentina las diversas reglamentaciones provinciales en materia sanitaria en general y en casos de ANP en particular, han receptado con diversos alcances el instrumento en cuestión. Como primer acercamiento

a la temática, es dable destacar que la mayoría de las jurisdicciones provinciales - así como el PN - le han dado a esta figura el carácter de “derecho”. En este punto cabe preguntarnos ¿cuáles son las consecuencias – simbólicas y jurídicas – que esta conceptualización de la OC es pasible de generar en el terreno de la SS/SR?. Máxime cuando es la contra cara de una práctica como el aborto, a la que se le cuestiona la calidad de derecho.

Cabe resaltar que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su OG N°22 (marzo del año 2016) manifiesta su preocupación por las continuas y graves violaciones a los derechos de SS/SR, estableciendo una serie de deberes y obligaciones a los Estados. Concretamente con relación a la OC el Comité establece que, cuando los estados partes permitan a los proveedores de salud invocar la OC, esta debe estar apropiadamente regulada para asegurarse de que no inhiba el acceso de cualquier persona al cuidado de su SS/SR, exigiendo que los establecimientos dispongan de profesionales dispuestos a proporcionar los servicios y que no se pueden abstener en situaciones de urgencia o emergencia. Asimismo, determina que cuando el Estado no adopta medidas suficientes y efectivas para impedir que terceras personas menoscaben el disfrute de los derechos de SS/SR su acceso y disponibilidad, el mismo está violando las obligaciones asumidas.

En Argentina, la mayoría de las normativas existentes en la materia – tanto nacional como provinciales - establecen la improcedencia de la objeción en casos de urgencia o de no contar con otro/a profesional dispuesto, pero de todas maneras no cumplen de manera acabada con las directivas fijadas por el Comité, ya que los mecanismos previstos carecen de eficacia.

Y es que la legislación interna no traduce de manera clara ni eficaz la mecánica o procedimientos que deben llevarse adelante para contar con profesionales que garanticen el acceso a los ANP de manera permanente. Por el contrario, la mayoría de las jurisdicciones tienen previsto en rasgos generales una especie de sistema de reemplazos que se asimilan más a formulas vagas que no garantizan la prestación efectiva y permanente de los bienes y servicios para la satisfacción de la SS/SR, máxime ante problemáticas que requieren de intervenciones ágiles y eficientes.

En este contexto, el Comité de DDHH de la Organización de Naciones Unidas²³ (117° período de sesiones desarrolladas entre el 20 de junio a 15 de Julio del año 2016)

²³ El Comité de DDHH examinó el quinto informe periódico presentado por Argentina (CCPR/C/ARG/5) en sus sesiones 3281^a y 3283^a (CCPR/C/SR.3281 y 3283), celebradas los días 29 y 30 de junio de 2016.

difundió sus observaciones finales sobre el cumplimiento del Estado Argentino del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta evaluación señaló algunos de los graves problemas de DDHH que requieren políticas concretas e iniciativas institucionales en virtud de las cuales el Estado Argentino deberá implementar las recomendaciones para materializar el compromiso suscripto. En concreto al tema que nos atañe, el Comité de DDHH encomienda al Estado Argentino asegurar el acceso a los servicios de salud reproductiva en todas las regiones del país y que las barreras legales, el ejercicio de la OC por parte de los trabajadores de la salud, o la falta de protocolos médicos, no obstaculicen ni obliguen a las mujeres a recurrir a abortos clandestino que ponen su vida y salud en riesgo.

Así también, el Comité de CEDAW en oportunidad de emitir las observaciones finales del año 2016 para Argentina (18 de noviembre de 2016) en cuanto a aborto consideró necesario que nuestro país estableciera criterios estrictos para evitar la utilización de la OC con el objetivo de restringir derechos²⁴.

Es que, con la debida contextualización de la problemática y mediante un enfoque igualitario, el ejercicio de la SS/SR adquiere preeminencia por sobre la OC y en este sentido es necesario revisar el alcance y regulación que el ordenamiento le concede a la OC, ya que ello impacta de lleno en su implementación y consecuencias.

En este sentido se ha expedido la OMS (2012) en cuanto resalta que la OC sin un claro procedimiento de sustitución o derivación, tiene altas probabilidades de aumentar los riesgos para la vida y la salud de quién requiere la práctica:

(...) mientras que las leyes de DDHH internacionales protegen el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, también estipulan que la libertad de manifestar la religión o las creencias propias podría estar sujeta a las limitaciones necesarias para proteger los DDHH fundamentales de otras personas (...) Por lo tanto, las leyes y las regulaciones no deben facultar a los proveedores y las instituciones para

En su 3295ª sesión (CCPR/C/SR.3295), celebrada el 11 de julio de 2016, el Comité aprobó las referenciadas observaciones finales. Disponible en

http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/07/CCPR_C_ARG_CO_5_24580_S.pdf última revisión 28/02/2017

²⁴ Disponible en: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/12/CEDAW_C_ARG_CO_7_25088_E.pdf(última revisión 11/10/17)

impedir el acceso de las mujeres a servicios de salud legales (...). (Informe “Aborto sin riesgos: Segunda edición guía técnica y de políticas para sistemas de salud” p. 96²⁵)

En virtud de ello, en la medida que la OC sea susceptible de articularse de modo tal que afecte derecho de terceras personas, es obligación de los Estados delinear las regulaciones necesarias para que su ejercicio no violente el orden público. Ahora bien, en este marco es menester observar la cuestión de competencias jurisdiccionales sobre la regulación de la materia que se encuentra en pugna en nuestro ordenamiento, y que en Argentina es el fundamento de las provinciales para apartarse de los estándares internacionales y regular discrecionalmente.

Es así que las jurisdicciones argentinas que dictaron sus propias y diversas regulaciones sobre la cuestión, lo hicieron fundadas en el sistema federal y la potestad de dictar sus propias normas²⁶. Por su parte, la CSJN resolvió mediante el precedente “FAL” que en virtud de las prácticas contra legem que se presentaban en las distintas provincias y que obstaculizaban el acceso a una intervención que no estaba prohibida, debía exhortar a las jurisdicciones a que implementen y hagan operativa la interpretación extensiva del art. 86 del C.P. Es que el C.P. como norma de fondo, es de alcance general en nuestro sistema normativo, y no podrían las provincias, so pretexto de regular la salud, alterar el alcance de una conducta que el Congreso Nacional ya determinó que no es delito.

A ello debe sumarse el hecho de que la competencia que guardan las provincias en función de la materia delegada y conservada en el sistema federal argentino, no puede generar normas que impliquen mayores limitaciones al acceso al derecho a la salud. Es decir, si bien las provincias conservan el poder de policía en materia sanitaria, los lineamientos sobre el derecho a la SS/SR, así como cuales acciones constituyen delitos y cuáles no, no pueden verse violentadas por las normativas provinciales sin que sea cuestionable su constitucionalidad.

Lo contrario importa una gravedad institucional de tal raigambre que no solo cercena la seguridad jurídica sino que a su vez, en el caso que nos ocupa, vulnera de manera directa el acceso a los derechos de SS/SR en función de la jurisdicción en la que se encuentre. Es que, aún en un sistema federal, la normativa interna local de las provincias debe ser coincidente con el sistema de salud nacional a los fines de que todas

²⁵ Disponible en http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77079/1/9789243548432_spa.pdf?ua=1 (última revisión 11/10/2017)

las jurisdicciones garanticen el acceso y ejercicio de la SS/SR y en consecuencia de los DDSSRR que gozan de raigambre constitucional (Méndez, 2011; 201/211), tal como lo exhorta la CSJN en su carácter de intérprete último de la CN.

Al respecto es dable mencionar que estos instrumentos, que no tienen fuerza normativa de ley, han sido incorporados al ordenamiento argentino mediante la Resolución N°1606/2006 del Ministerio de Salud de la Nación ²⁷ con la intención de estandarizar los procesos asistenciales. Es así que el fin de los protocolos y las guías, debería ser unificar los procedimientos, reducir los riesgos y mejorar la calidad del funcionamiento asistencial. De ninguna manera pueden reglamentar restringiendo el alcance del derecho a la salud en general, y en particular de la SS/SR, produciendo inequidad situacional y disparidad de criterios.

Cuando la CSJN mediante el precedente “FAL” encomienda la realización de protocolos, no habilita a las provincias a regular discrecionalmente el alcance de la OC en el terreno de la SS/SR. Por el contrario, exhorta a arbitrar los medios para la operatividad de los derechos de SS/SR bajo las pautas contempladas en el fallo en cuestión. Menos aún podrían determinar las jurisdicciones locales – so pretexto del federalismo - de manera tan disímil, la posibilidad de exceptuarse al cumplimiento de una norma, como es el caso de la OC (Deza, 2015; 79/85). Esto, en cuanto afecta de manera directa el ejercicio de los derechos de SS/SR y pone en juego las obligaciones internacionales contraídas por el Estado Argentino mediante la incorporación de los tratados de DDHH con jerarquía constitucional.

Los Estados son quiénes responden como garantes últimos a las obligaciones contraídas en materia de DDHH, y en particular ante vulneraciones al derecho a la salud y la SS/SR en particular. Lo expuesto posiciona a las jurisdicciones locales en una situación de deber con relación a las directrices e interpretaciones nacionales e internacionales, aún cuando la temática sea de competencia concurrente – tal como suceden en nuestro sistema federal-. Es que el enfoque de DDHH y los compromisos asumidos internacionalmente en la temática en cuestión, importan una obligación de garantía y protección, que compele a los gobiernos a tomar las medidas necesarias para

²⁷ Resolución de fecha 13/10/2006 disponible en:

http://www.msal.gov.ar/pngcam/resoluciones/msres1606_2006.pdf (última revisión 17/03/17)

que tanto en la legislación como en la práctica se incorporen los estándares internacionales.²⁸

Por su parte, en España, la Ley 2/2010 en el art. 19.2 contempla la OC y prevé que será articulada en una futura ley. Si bien se desarrollaron leyes reglamentarias posteriores respecto a ILE, (en especial con relación a los comités y a la toma de decisiones de las mujeres menores de edad) no se cuenta con una reglamentación nacional que otorgue respuestas acabadas a la problemática. De igual forma, la excepción contemplada en el precitado artículo último párrafo, lejos está de cumplir con los lineamientos internacionales en la materia²⁹

Es que la excepción de que en caso de que los sistema de salud no efectúen la ILE y por consiguiente la mujer deba conseguir un establecimiento que realice la práctica, es en sí misma inadecuada, toda vez que los servicios públicos deben garantizar la prestación en forma permanente y no dejar a las posibilidades de la mujer la asequibilidad al establecimiento.

En este orden de cosas, es menester resaltar que la OG N°22 en su apartado III, establece que los Estado deben adoptar el máximo de recursos posibles para lograr progresivamente medios concretos, que garanticen la prestación en cuanto a disponibilidad y accesibilidad física y geográfica de bienes, servicios, programas y recursos humanos capacitados. A los fines de que toda la población – en especial grupos en situación de marginación – accedan a la satisfacción de su derecho a la SS/SR.

V.- REFLEXIONES FINALES CONCLUSION:

A partir de la recepción normativa y la implementación de políticas públicas relativas a la SS/SR, diversos obstáculos – tanto en Argentina como en España - han impedido el acceso a las ILE y por consiguiente a la satisfacción de los derechos de SS/SR. En este sentido, desde sectores religiosos se arbitraron mecanismos a tales fines,

²⁸ En este sentido lo disponen los art. 28 del PDESC y Convención Americana de DDHH, en virtud de los cuales el Estado Nacional no puede alegar la forma federal de gobierno para no garantizar los derechos dispuestos en los tratados internacionales de DDHH con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) e incumplir con las obligaciones asumidas. Lo expuesto no puede ser desconocido por las provincias, toda vez que las normativas internas en nuestro sistema de jerarquía legal, deben ser dictadas conforme la CN y los tratados de DDHH referenciados.

²⁹ Art. 19.2 “...*Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación...*”

en donde la OC ha tenido un papel trascendente como instrumento de confirmación del poder.

La OC como una construcción política – legal nos obliga a revisarla contextualizada en el tiempo y relaciones de fuerza en la que se encuentra inmersa, cuando se plantea ante casos de aborto. De esta manera he pretendido reflexionar sobre el alcance con el cual debe ser reconocida por el derecho (Puga, Vaggione, 2013; 131/132). Las características particulares que guarda la OC en el terreno de la SS/SR - sea en función de su pretensión de imitación, por la posibilidad de protección de mayorías en términos de poder, por la interposición frente a colectivos que reclaman impugnaciones de redistribución y reconocimiento o por las diversidades respecto a sus intenciones - , posicionan a este instrumento en una situación diferente a la concebida tradicionalmente y nos obliga a profundizar la procedencia – o no - de la misma desde un enfoque de DDHH que no olvide a la SS/SR como tal.

En este sentido, las deficientes y disímiles regulaciones sobre la problemática generan el marco propicio para su implementación en términos de herramienta de presión. Todo lo cual conduce a que la OC se proyecte como una regla arbitraria y discrecional que pone en juego a los derechos de SS/SR. Es que si en una sociedad democrática habilitamos la posibilidad a determinadas personas de exceptuarse al cumplimiento de específicas cargas legales producto de su profesión, es imprescindible que esta excepción sea interpretada de manera tal que no implique un ejercicio abusivo en detrimento de los derechos de terceras personas. Una regulación adecuada de la figura, fijando límites claros y precisos, se presenta como una medida urgente que debemos adoptar si pretendemos sostenerla evitando que su práctica obstaculice el ejercicio de derechos de otras personas.

Con respecto a la situación particular de Argentina, el estado actual no es compatible con las directrices que en materia de DDHH se han desarrollado sobre la cuestión. Lo expuesto en cuanto si bien la CSJN se pronunció en el fallo “FAL” (2012) realizando una interpretación extensiva del art. 86 del Código Penal inc. 1 y 2 y encomendando a las distintas jurisdicciones la adopción de medidas que impida la judicialización y restricción al acceso de los ANP, así como la disposición de un adecuado sistema que permita ejercer OC al personal sanitario, esto no es cumplido en forma acabada en la actualidad. Por el contrario, los obstáculos persisten al co existir diversas regulaciones provinciales que receptan de manera disímil tanto el alcance del art. 86 del Código Penal como la implementación de la figura de la OC. En virtud de lo

expuesto, cabe resaltar que tanto la CSJN como el gobierno nacional violentan el PDESC por omisión al no haber previsto el seguimiento, ni tomado las medidas necesarias para la plena efectividad del derecho a la SS/SR en todo el territorio de la Nación (pr. 55 OG N°22).

Es que el sistema de DDHH obliga a los Estados a adoptar los medios legislativos, administrativos, presupuestarios y judiciales – entre otros – que sean necesarios a los fines de evitar la violación abyecta de derechos elementales de la dignidad humana y cumplimentar con los compromisos asumidos internacionalmente.

Si pretendemos tomarnos en serio la libertad de conciencia y religiosa como la mejor manera de respetar las elecciones y las libertades, debemos evitar que la OC sea ejercida dañando a terceras personas y buscando imponer una ética individual por sobre la ética pública.

En virtud de lo expuesto, rescato la importancia de establecer criterios de procedencia generales, claros y precisos respecto a la OC en el terreno de la SS/SR, tendientes a evitar la disparidad de situación de las mujeres y/o personas trans con posibilidad de gestar, a lo largo de los territorio mediante la búsqueda del cumplimiento de las prácticas, debiendo detenernos a analizar la incorporación – o no – de herramientas como la creación de registros.

La obligación del Estado, en cuanto Estado de Derecho, de garantizar el derecho a la salud se proyecta en la satisfacción de las prestaciones de SS/SR. A ello es dable agregar que estas intervenciones requieren de inmediatez y premura por encontrarse en juego la salud física y psíquica, que no puede ser reparada posteriormente mediante acciones de responsabilidad. Por ello es tan imprescindible como urgente, la concreción y efectivización de políticas públicas que permitan un uso correcto de la OC, y eviten la vulneración de la SS/SR entendida como DDHH.

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alegre, M. (2009) “¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva” *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers*. Paper 66. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66/

Alexy, R. (1993) “Teoría de los derechos fundamentales” Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

Ariza Navarrete S. (2012) “Resistencia al acceso al aborto (no punible): la objeción de conciencia” en *Revista Derecho Penal Año I N°2 Ediciones Infojus*. (pp. 23/36)

Capodiferro Cubero, D. (2013) “La Objeción de conciencia: Estructura y pautas de ponderación” Barcelona. Bosch Editor.

----- (2015) “La objeción de conciencia a la interrupción del embarazo” Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Deza, S. (2015) “Gobierno del cuerpo de las mujeres: protocolos de aborto y objeción de conciencia” En *Perspectivas Bioéticas. Flacso Vol. N°37/38* (pp.79/99) Disponible en: <http://ojsbioetica.flacso.org.ar/index.php/pb/article/view/120/119>

_____ (2017) "Objeción de conciencia y aborto: creencias propias, violencias ajenas". En *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas. Universidad de Barcelona. Vol. N°39. (Pp. 24/52)*. Disponible en:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qHtyLqZ8RT0J:revistes.u b.edu/index.php/RBD/article/view/17713+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

Dickens, B (2009) “Servicios de salud reproductiva y el Derecho y ética de la objeción de conciencia” En *Revista Argentina de teoría jurídica. Universidad Torcuato di Tella. Vol. N°10. (pp 1/9.)*

Fraser, N. (2006) “La Justicia Social en la era de la Política de la Identidad: Redistribución, reconocimiento y participación.” En *Nancy Fraser y Axel Honneth ¿Redistribución o reconocimiento?* (p.17/88) Madrid. Ed. Morata.

Foucault, M. (2009) Seguridad, Territorio, Población. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica.

Gargarella, R. (2005) “El derecho a resistir el derecho”. Buenos Aires. Miño y Davila editores

Gascón Abellán, M. (1990). *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

Laserna Quinchía, M.J (2010) “Objeción de conciencia, un mecanismo de protección a la libertad: análisis histórico y aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano”.(Tesis de grado). Universidad CES. Disponible en: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/757/2/Objecion_conciencia.pdf

Menendez, V. (2008) “Iniciativas regulatorias para el acceso al ANP” En *Paola Bergallo (comp.) Aborto y justicia reproductiva.* (p.201/245) Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Del Puerto.

Navarro Floria, J. (2010) “Objeción de conciencia a la práctica del aborto en la República Argentina” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. Vol. N°23 (pp.1/31).*

Nussbaum, M. C. (2011) “Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto. Vivir en democracia implica respetar el derecho de las personas a elegir estilos de vida con los que no estoy de acuerdo (Entrevista de Daniel Gamper Sachse)”. Madrid. Katz Editores.

Puga, M. y Vaggione J.M. (2013) “La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos” en Marta Vassallo (comp) *Peripecias en la lucha por el derecho al aborto* Colección Religión Género y sexualidad. Vol. N° (p. 94-137).

Tavariño Caballero, R (2014) “Conflictos de Conciencia: La Objeción en el ejercicio de las Profesiones Sanitarias”. (*Tesis doctoral*) Universidad de Salamanca Facultad de Filosofía Departamento de Historia del Derecho y Filosofía Jurídica, Moral y Política