

Aborto: el modelo de asesoramiento

El camino intermedio entre la liberalización y el sistema de permisos

Gabriel Adriásola*

Resumen

Introducción: esta contribución propone romper con la dicotomía –en materia de aborto– entre los sistemas de “solución de los plazos” (libre decisión de la embarazada dentro de un plazo fijado legalmente, generalmente las primeras 12 semanas de gestación) y el sistema o modelo de indicaciones o permisos (causales que permiten la interrupción voluntaria del embarazo [IVE] previamente establecidas por la ley). Actualmente, esta dicotomía se revela como insuficiente para justificar o fundamentar una legislación legalizadora de la IVE, y por ello es necesario construir un “camino intermedio”. Ese “camino intermedio” pretende conciliar el interés de la embarazada y el interés del embrión en desarrollarse como una vida humana potencial”. El análisis que aborda este artículo se enmarca, sin perjuicio de su generalidad, en el contexto de propuestas despenalizadoras del aborto que se encuentran a estudio del Parlamento uruguayo.

Objetivo: se trata de demostrar que la legalización de la IVE no es un tema relacionado a los derechos humanos de la embarazada ni al “derecho” del embrión a la vida. Es más, el debate acerca del estatuto jurídico del embrión solo conduce a empantanar una solución.

La polarización del debate solo puede superarse mediante un razonamiento basado en el pragmatismo. De ahí que no puede abordarse el problema del aborto sin reconocer que quien

tiene la última palabra sobre el destino del embrión es la embarazada, y sin el concurso de su responsabilidad, todo esfuerzo del Estado para tutelar el embrión resulta estéril. Y ello porque existe en el aborto un fenómeno de “unicidad” entre el interés del embrión y el interés del plan de vida de la embarazada que convierte en simbólica cualquier prohibición penal. Conclusiones: si el abordaje de la IVE solo es posible apelando a la responsabilidad de la madre como reconocimiento pragmático y en nada vinculado a sus derechos humanos, la legalización de la IVE solo puede darse en el marco de un modelo de asesoramiento, es más, el aborto lícito debe condicionarse en su realización a que se enmarque en el modelo previsto en la Ordenanza 369 del Ministerio de Salud Pública (MSP) y la Ley 18.426 de Salud Sexual y Reproductiva. Es la única vía para que se ensayan caminos de información sobre alternativas a la IVE y que la embarazada pueda adoptar una decisión con toda la información disponible. En ese sentido, la IVE no es un mero acto resolutivo de una situación no deseada o incluso terapéutico, sino el proceso de reconocimiento de la decisión de la embarazada en el marco de un modelo de asesoramiento integral.

Palabras clave: ABORTO, ABORTO LEGAL

Keywords: ABORTION; ABORTION, LEGAL

* Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho del CLAEH, Ex Profesor de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay.
Correspondencia: Dr. Gabriel Adriásola. Correo electrónico: gadriásola@adriásolalaclavijo.com.

Recibido: 24-3-12
Aceptado: 25-4-12

Una necesaria toma de posición. Entre la solución de los plazos y el modelo de indicaciones

La muy probable sanción o discusión de una legislación despenalizadora del aborto en Uruguay (existe ya un proyecto con media sanción en el Senado de la República) hace necesario retomar el debate, esta vez desde una perspectiva orientada a la fundamentación con base en un determinado modelo.

En el año 2006, sostuve que la denominada solución de los plazos (despenalización del aborto en principio en las primeras 12 semanas de gestación) contradecía el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica en tanto este preveía la tutela de la vida desde la concepción (término que interpretaba, siguiendo a Gros Espiell, como anidación)⁽¹⁾. Bajo esa concepción, entendí que solo un sistema de “indicaciones” o “permisos” era compatible con esa disposición convencional y que bajo esas circunstancias podía también ser un modelo que permitiera una solución de consenso, en el marco de una legislación sanitaria y no penal, a un tema que estaba dividiendo a la sociedad. En síntesis, la tesis consistía en ampliar el elenco de permisos para interrumpir voluntariamente el embarazo, incluyendo, entre otros, el aborto adolescente, el aborto por multiparidad, etcétera.

Bajo este modelo, el aborto continuaba criminalizado y el Estado establecía los “permisos” para realizar un aborto legal. La diferencia con respecto al sistema de eximientes previsto en el artículo 328 del Código Penal era que se proponía una legislación *ex ante* y dirigida al médico y no *ex post* dirigida al juez. Ese sistema podía materializarse creando comisiones intrahospitalarias que definieran si la situación de la usuaria encuadraba dentro del “permiso”, por supuesto que consagrando un elenco de indicaciones mucho más amplio que el tradicional.

Hoy percibo que esa visión dualista (“solución de los plazos” versus “sistema de indicaciones o permisos”) resulta en verdad maniqueísta y no contempla en toda su profundidad otras variables.

De ahí que parece necesario comenzar a trabajar, en el ámbito de un problema tan dilemático y que continúa dividiendo a la sociedad uruguaya, mediante una tercera vía, de un camino intermedio entre ambos sistemas. Dicha tercera vía es el “modelo de asesoramiento”.

El mismo, además, es el que ha venido perfilándose en diversas leyes aprobadas y –con ambigüedades– en algunos proyectos a estudio del Parlamento. Pero no es la intención al escribir este trabajo analizar las soluciones legislativas puntuales, sino establecer ciertas pautas para contribuir a salir del bloqueo dialéctico e ideológico que ha presidido todo debate sobre el aborto en Uruguay y abordar el mismo desde una perspectiva teórica. En este marco, el modelo de asesoramiento significa

complementar el instaurado por la Ordenanza 369 del MSP y luego por la Ley 18.426 de Salud Sexual y Reproductiva, con un sistema despenalizador que contempla los plazos como indicación y determinando permisos fuera del sistema de plazos. Esta tercera vía deja de lado la decisión de la embarazada como un valor en sí mismo y la encuadra –para no ser antijurídica– en el ámbito del modelo de prevención. En otras palabras, por la peculiaridad ontológica que plantea el aborto –y que se analizará en el numeral siguiente– la voluntad de la embarazada, enmarcada en el modelo de asesoramiento, pasa en definitiva a convertirse en una indicación más del sistema, junto a otras indicaciones específicas como pueden serlo el aborto terapéutico o eugenésico.

El modelo de “asesoramiento” y su fundamentación en el pragmatismo

El modelo de asesoramiento debe partir de una perspectiva pragmática y no de una postura ideológica. Debe también manejarse con datos de la realidad y renunciar a debates sin salida⁽²⁾.

En ese curso de análisis, lo primero a decir es que el resultado final no puede tener como punto de partida una toma de postura sobre el estatuto jurídico del embrión. Continuar con el debate sobre el comienzo de la vida es enriquecedor, pero está comprobado que desemboca en tesis irreconciliables que polarizan la discusión y empantanán cualquier solución consensuada.

Aun admitiendo que la vida humana comienza con la concepción (la posición más radical), ello resulta intrascendente como argumento para mantener la criminalidad del aborto por la imposibilidad ontológica del Estado de impedirlo. Y digo imposibilidad ontológica y no fáctica, pues no se trata de una incapacidad en sus mecanismos de control social, sino que las peculiaridades mismas del aborto provocan la imposibilidad de impedirlo mediante la coerción del derecho penal.

En otras palabras, cualquier abordaje del fenómeno del aborto que tenga como eje principal el estatuto jurídico del embrión está destinado al fracaso y al mantenimiento del *statu quo* legal y social.

La realidad demuestra que la criminalización primaria del aborto configura una legislación simbólica que además, con el advenimiento del aborto farmacológico, resulta totalmente inocua también en su función de prevención general.

Por supuesto que tampoco se debe caer en la “cosificación” del embrión y proclamar que el aborto es una cuestión ligada a los derechos humanos de la mujer. Esa tesis, que más que tesis se trata de una proclama sin sustento alguno, jamás puede fungir como argumento en beneficio de una solución despenalizadora.

El aborto como “conflicto” y no como “derecho”

Así, una primera constatación del modelo de asesoramiento parte del hecho de que la interrupción del embarazo en el sentido de lesión al interés del embrión y a diferencia de la protección a otros bienes jurídicos, solo puede ser evitada contando con la responsabilidad de la madre. En toda decisión de interrumpir la gravidez entran en conflicto dos intereses: el de la madre y el del embrión. La peculiaridad del caso es que la decisión sobre la prevalencia de un interés u otro no la tiene el Estado sino la propia mujer, ya que es ella quien tiene en sí misma el poder de disponer –legítima o ilegítimamente– del interés del embrión en beneficio de su interés de no continuar con el proceso de gravidez.

Y es precisamente esta peculiaridad la que contribuye al simbolismo de toda criminalización del aborto. Este se llevará inexorablemente a cabo si no se cuenta con el concurso o la responsabilidad de la madre. Se trata de un reconocimiento pragmático, pero que implica también aceptar un dato del ser. El Estado podrá intentar disuadir, asesorar sobre vías alternativas, asegurarse de que la decisión de la embarazada es fruto de la desesperación y la falta de apoyo y en tal caso revertirla, pero llegado el momento en que la mujer toma la decisión, el Estado carece del poder de impedir el curso que desembocará en la interrupción voluntaria del embarazo.

Ahí es donde el dilema se traslada precisamente al Estado. O mantiene la criminalización sumergiendo a la embarazada en el mercado clandestino con los consiguientes riesgos a su vida e integridad física, o directamente reconoce que ha prevalecido el interés del plan de vida de la mujer y toma su decisión como una indicación de aborto legalmente prevista.

Es que, como acertadamente dice Esser, “el reconocimiento pragmático juega un rol, en el sentido de que una protección efectiva de la vida aún no nacida solo es posible contando con la embarazada, si ella es consciente de la necesidad de la ponderación, lo cual tendrá que asumir en forma más seria cuanto más se le confíe a ella la decisión última”⁽³⁾. Esta afirmación de que el embrión solo puede ser protegido en su interés a desarrollarse, es imposible sin el concurso y consenso de la embarazada. Puede leerse de una manera más drástica: nada puede hacer el Estado para proteger al embrión sin ese concurso.

La experiencia indica que el sistema de reproche penal no funciona en el particular caso en que el conflicto entre bienes jurídicos e intereses presenta una unicidad indisoluble como sucede en el caso de la embarazada. Esta situación fue definida por el Tribunal Supremo Alemán como una “dualidad en la unidad”⁽³⁾. En definitiva, una unicidad que concentra en sí misma dos intere-

ses que de regla están llamados a coexistir pacíficamente pero que, muchas veces, pueden resultar contradictorios.

El interés del embrión (por ahora conceptual debido a su falta de conciencia) en proyectarse como ser humano completo, y el interés de la embarazada en seguir un determinado plan de vida, el que podrá o no contemplar o incluir el desarrollo del embrión.

Se trata, además, de un plan de vida en sentido amplio que trasciende la interrupción del embarazo no deseado, pues ese plan de vida puede contener o incluir un embarazo deseado y pretender ponerle fin –por ejemplo– debido a graves malformaciones del embrión. De este modo la decisión de la mujer en el marco de su plan de vida, prioriza la calidad de vida (suya, familiar o del futuro nacido) por sobre el interés del embrión.

Partiendo de esta unicidad señala Esser que: “Si en esta singular unicidad se pretende poder quitar la protección de la vida aún no nacida, en el mejor de los casos frente a la embarazada, que es la única parte en conflicto a considerar, reconociendo su inaceptable situación de excepción, entonces se nos plantea la pregunta, *quién* debe resolver este dilema realizando la ponderación indicada: *¿la embarazada misma o una instancia superior?* Aquí, el “camino intermedio” vota a favor de la responsabilidad última de la embarazada. Pero esto no en el sentido de “arbitrariedad”, sino en el sentido de la responsabilidad que se espera de la embarazada frente a la vida aún no nacida que también merece protección”⁽³⁾.

En este marco de análisis, la despenalización del aborto no se fundamenta en el reconocimiento de un derecho humano de la mujer ni tiene como base su autonomía. Tampoco puede fundarse en la prevalencia de la tutela al plan de vida de la mujer. En otras palabras, se debe superar la antítesis entre el derecho a la vida del embrión y el llamado derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, porque la mujer que pone fin a su embarazo no dispone de su propio cuerpo sino de un proyecto de vida que está contenido en su propio cuerpo. El derecho a disponer del propio cuerpo es un derecho anterior al embarazo y que nunca podría contener el interés del embrión.

Luego del embarazo nace el conflicto ético entre el interés del embrión y el interés del plan de vida de la embarazada. También desde una perspectiva ética se aborda el concepto de “dualidad en la unidad”. Dice Beatriz Firmenich que “mientras que esté en el cuerpo de una mujer, no se puede hablar de derechos como si el feto fuese una entidad independiente. No hay embrión sin útero materno como no hay embarazo si no hay embrión; hay una simbiosis absoluta entre madre y embrión”⁽⁴⁾.

Es necesario superar las etiquetas y aceptar, los partidarios de la legalización, que no es posible ni desde una

perspectiva legal ni bioética fundamentar la despenalización del aborto en conceptos relacionados a la libre disposición del propio cuerpo ni en una reafirmación de los derechos humanos de la embarazada pues el embrión tiene también derechos humanos.

Los detractores, por su parte, deberían entender que la construcción de un estatuto jurídico del embrión como un dogma absoluto en nada protege el interés del no nacido. Se trata de una bandera tan simbólica como la ley penal a la que morir aferrados. El interés del embrión continuará siendo lesionado porque, como se dijo, ese interés no puede ser protegido sin el concurso de la embarazada.

La decisión de finalizar el embarazo es inexorablemente de la madre porque ella lleva en simbiosis el interés del embrión y no existe posibilidad alguna de regular o impedir con eficacia su decisión de hacer prevalecer su interés. Una vez que la mujer embarazada tomó su decisión, el interés del embrión resulta ser un “bien jurídico irremediablemente perdido” y en consecuencia la política sanitaria debe estar orientada a que a esa pérdida no se sumen riesgos sobre la integridad física de la madre.

Partiendo de que la base ética de una legislación sobre aborto reside en la búsqueda de la responsabilidad de la madre, una legislación que despenaliza el aborto basada en la solución de los plazos no puede prescindir de un modelo de asesoramiento que persiga como objetivo el ejercicio de esa responsabilidad y que –en caso de que el interés de la madre prevalezca por propia decisión de esta– esa decisión, que en verdad constituye una indicación de interrupción del embarazo, sea adoptada en el marco de un sistema de consentimiento informado y asesoramiento cuyo principal objetivo no es asegurar la libre determinación de la mujer, sino asegurar que la elección de la madre de hacer prevalecer su propio interés por sobre el interés del embrión no desemboque en una interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de riesgo o mediante la toma de una decisión no informada, e incluso con el desconocimiento de las vías alternativas para la preservación de ambos intereses.

En ese sentido, una legislación legalizadora debería condicionar la validez de la decisión de interrumpir el embarazo a la participación de la mujer en el modelo de asesoramiento (en Uruguay –como se dijo– regulado por la Ley 18.426 y su remisión a la Ordenanza 369 del MSP)⁽⁵⁾. Y ello porque, si de lo que se trata es de admitir que la colisión de intereses solo depende de la responsabilidad de la embarazada, la mejor forma de proteger el interés del embrión en esa peculiar condición de “dualidad en la unidad” es que la madre tome una decisión asesorada de las alternativas a la interrupción y de las consecuencias de esta. Este modelo además ha incidido excesivamente sobre la mortalidad materna por abortos prac-

ticados en condiciones de riesgo, y su generalización efectiva a todos los centros sanitarios es un complemento ineludible de una legislación legalizadora y a la vez un presupuesto ineludible de un modelo descriminalizador basado en la decisión de la embarazada dentro de un plazo y en permisos como el aborto terapéutico y eugenésico.

El “aborto farmacológico”

El segundo eje conductor del análisis es el cambio sustancial provocado por el denominado aborto farmacológico. Hoy día, en la mayoría de los casos la prescripción de fármacos puede sustituir al aborto instrumental y provocar una interrupción del embarazo no deseado sin riesgos o con riesgos mínimos. En ese sentido, una legislación legalizadora no puede ignorar esta circunstancia y no puede estar orientada exclusivamente al aborto instrumental. En el actual marco médico, este debe ser la excepción y la regla el aborto farmacológico si lo que se desea es establecer un modelo de seguridad y evitación de riesgos.

Este cambio sustancial mueve a preguntarse si el factor minimización del daño continúa vigente como fundamento. En otras palabras, si en la mayoría de los casos el aborto farmacológico sustituye al aborto –instrumental o invasivo–, su justificación en el riesgo de muertes maternas parecería desaparecer. Sin embargo, aun en estas circunstancias, continuar con la criminalización determina que muchas embarazadas carezcan de acceso al fármaco (comercializado en el mercado clandestino ante la imposibilidad de prescripción médica), o accedan a fármacos vencidos o adulterados, desembocando en abortos de riesgo. En el mismo sentido, el citado fenómeno de la dualidad en la unidad y el concepto de concurso necesario de la embarazada a la hora de proteger los intereses del embrión, no desaparecen como justificación de la legalización aun cuando esta –en la mayoría de los casos– derive en abortos farmacológicos, pero practicados dentro del sistema de salud.

La necesaria conciliación con el “interés” del embrión

Seguidamente, una legislación que despenalice el aborto en las primeras 12 semanas bajo el modelo de asesoramiento, no asegura de por sí la desaparición del aborto clandestino. Si no subsiste la criminalización del aborto practicado fuera de las exigencias de asesoramiento, condiciones y plazos previstos en ese tipo de legislación, se generaría la impunidad del aborto clandestino, ya que una legislación despenalizadora bajo el modelo de asesoramiento no significa la desaparición del aborto fuera del mismo.

De este modo, si la ley reconoce como indicación de interrupción del embarazo la decisión de la mujer en las

primeras 12 semanas y otras indicaciones fuera de ese plazo, se debe definir el tratamiento a la embarazada que interrumpe el embarazo fuera del sistema de plazos e indicaciones que prevé la ley. Es por ello que se considera a la decisión informada y tomada dentro del modelo de asesoramiento una indicación más. Si la decisión de la embarazada desborda los límites de esa indicación legal, debe entonces prevalecer el interés del embrión. En efecto, la indicación demuestra que ese interés aparece como “relegable”, pero es una relegación relativa y no absoluta. En determinadas circunstancias y fuera de determinadas condiciones, el interés del embrión deberá prevalecer por sobre el plan de vida de la embarazada.

En esta hipótesis, la solución dada por la Corte Suprema de Estados Unidos, en Roe versus Wade, es que en el último período del embarazo los estados pueden prohibir la realización de un aborto. Se trata de una decisión de política criminal, pero si la finalización del embarazo es encarada no como un derecho de la mujer sino como una prevalencia del interés de la mujer por sobre el interés del embrión, debería establecerse un momento en que el interés del embrión prevalece por sobre el de la mujer. Asimismo, aun cuando se propusiera un sistema de impunidad absoluta de la mujer –lo que no parece aconsejable con la necesidad de tutelar también el interés del embrión–, tampoco debería despenalizarse la conducta de quienes practican el aborto fuera del sistema de plazos, indicaciones y asesoramiento que configura este modelo, sea por métodos invasivos o farmacológicos.

En efecto, una ley descriminalizadora no necesariamente elimina las clínicas clandestinas o el tráfico ilícito de fármacos idóneos para dar fin al embarazo. En consecuencia, si el asesoramiento debiera ser el eje medular del abordaje al problema del aborto, la impunidad de quienes practican un aborto fuera del sistema carece de justificación.

La aplicación del modelo a los menores

El problema se agudiza cuando se trata de aplicar el modelo de asesoramiento a las embarazadas menores⁽⁶⁾, que pretenden mantener la confidencialidad frente a sus representantes legales o en aquellos casos de discrepancia entre la menor y sus representantes legales. Las legislaciones que optan por requerir el consentimiento de por lo menos uno de sus representantes legales y en caso de ausencia de consenso entre la menor y sus representantes acudir a la vía judicial no contemplan, a mi entender, una solución adecuada. En primer lugar, porque desconocen el concepto de “adolescencia madura” o “madurez progresiva”, pero también –y no se trata de un aspecto menor– se desconoce el derecho a la confidencialidad médica de que goza el menor.

En Uruguay, la Ley 18.426 estableció claramente mediante la incorporación de un artículo 11 bis al Código de la Niñez y la Adolescencia que: “Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a la información y acceso a los servicios de salud, inclusive los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes respetar la confidencialidad de la consulta y ofrecerle las mejores formas de atención y tratamiento cuando corresponda.

De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder, se adopten en concurrencia con sus padres u otros referentes adultos de su confianza, debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes”.

El tercer inciso de la norma dice: “En caso de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables del mismo en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes, quien a tales efectos deberá recabar la opinión del niño, niña o adolescente, siempre que sea posible”.

A su vez, el Decreto Reglamentario de la Ley No. 18.335, dictado en septiembre de 2010, establece en su artículo 31 que “los adolescentes tienen derecho a que se guarde confidencialidad también respecto de sus familiares, incluyendo a sus padres, tutores u otros responsables, de los datos relativos a su salud que contenga su historia clínica, salvo que a juicio del profesional de la salud actuante o de la Dirección Técnica del servicio de salud exista riesgo grave para la salud del usuario, paciente o terceros”.

Una legislación basada en el modelo de asesoramiento que desconozca el derecho del adolescente maduro a la confidencialidad entraña el riesgo de expulsar al adolescente del modelo. En una primera hipótesis, el conflicto se planteará en aquellos casos en que la menor pida la confidencialidad de su decisión de interrumpir el embarazo aun frente a sus representantes legales (padres o tutores).

En este contexto, es claro que el primer paso a seguir será que en todos los casos el médico intentará convencer al menor de interiorizar a sus padres de la situación y tomar una decisión en conjunto.

No obstante, queda subsistente el problema de que la menor pida la confidencialidad de su decisión ya sea por temor a un conflicto de intereses con sus padres o porque no desea que estos se enteren de su embarazo y su decisión de abortar.

Bajo esta óptica, la solución preferible sería dejar a la evaluación del médico y el equipo, en el marco del sis-

tema de asesoramiento instaurado por la Ordenanza 369 y la Ley 18.426, la evaluación de si la menor ha tomado una decisión madura y en tal caso tratarla como mayor. Y es que en el caso de las menores maduras, la violación a su derecho a la confidencialidad puede empujarlas a no ingresar al sistema de asesoramiento y volcarse al mercado clandestino. Esta consecuencia puede ser particularmente grave en el caso de adolescentes en situación de vulnerabilidad o angustia económica.

Este modelo se contrapone a los denominados “modelos restrictivos” en materia de aborto adolescente. En efecto, los sistemas restrictivos se caracterizan por adoptar soluciones en tres niveles: a) leyes que obligan al médico a notificar a los padres de la menor que expresa su voluntad de realizar un aborto; b) leyes que exigen el consentimiento escrito de los padres, y c) leyes que cuando la menor no quiere involucrar a los padres se sustituye el consentimiento de ellos por el de un juez⁽⁷⁾.

Este tipo de sistemas han sido objeto de diversas críticas. Con respecto al sistema de notificación a los representantes legales se ha señalado que “las jóvenes que no se lo dicen o no pueden decírselo a sus padres, frecuentemente tienen razones importantes como una historia de alcoholismo en la familia, de abuso emocional o físico, o de incesto. La participación de esos padres podría invitar a más abusos de la adolescente o de otro miembro de la familia. En vez de hablar con sus padres –por cualquier razón que fuere– algunas jóvenes recurren a abortos peligrosos e ilegales o tratan de hacerse el aborto a sí mismas. Al hacerlo, corren peligro de graves heridas y muerte, o en algunos casos de cargos criminales”⁽⁷⁾.

En el mismo sentido “al colocar obstáculos en el camino de las adolescentes, las leyes restrictivas tienen el efecto de crear demoras adicionales para mujeres que ya tienen dificultad en buscar atención rápida. Cuando las adolescentes saben que el doctor está obligado por la ley a hablar con sus padres antes de proporcionarle servicios de salud, están menos dispuestas a obtener atención a la salud relacionada con la actividad sexual”⁽⁷⁾.

La sustitución del consentimiento de los padres por la intervención judicial también ha sido objeto de críticas: “Ir a un tribunal suele ser intimidante aun para los adultos más sofisticados, quienes generalmente tienen un abogado que los represente. Una adolescente embarazada que busca una excepción jurídica, no solo tiene que buscar a un juez, sino que tiene que navegar un sistema legal confuso y encarar preguntas intensas, a veces sentenciosas y a menudo traumáticas hechas por desconocidos. Ciertamente, las adolescentes más pobres, más jóvenes y con menos experiencia son las menos capaces de usar las excepciones judiciales, por lo cual tienen la mayor probabilidad de convertirse en madres adolescentes o en víctimas de un aborto ilegal”⁽⁷⁾.

El aspecto medular del sistema de notificación a los padres o de judicialización del proceso de toma de decisión es que literalmente elimina la confidencialidad médico-paciente para las adolescentes que han decidido finalizar un embarazo. La consecuencia de este tipo de legislación restrictiva puede agravar el problema en lugar de solucionarlo. Hasta hoy, la consulta en el modelo de asesoramiento es confidencial aun en el caso de adolescentes, decidiendo el equipo si involucra o no a los padres en función de las concretas circunstancias del caso.

Cabe recordar que la teoría del adolescente maduro ha sido recogida en el Decreto Reglamentario de la Ley No. 18.335 en materia de consentimiento informado. En efecto, el artículo 24 de este decreto establece que “de acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente, se propenderá a que las decisiones sobre la atención de su salud, incluyendo los métodos de prevención de la salud sexual, se adopten en concurrencia con sus padres u otros adultos de su confianza, debiendo respetarse en todos los casos la autonomía progresiva de los adolescentes. Sin perjuicio de lo previsto precedentemente, tratándose de adolescentes podrán efectuarse actos de atención a su salud con su consentimiento fundado y sin el consentimiento de los padres, tutores y otros responsables, si en función de su grado de madurez y evolución de sus facultades, el profesional de la salud actuante considera que el adolescente es suficientemente maduro para ejercer el derecho a consentir”. La norma deja a salvo la posibilidad de acudir al juez en caso de riesgo vital cuando no se llegue a un acuerdo con el niño o el adolescente o sus padres.

En definitiva, un sistema de notificación o de judicialización en los casos de aborto adolescente no se compadece con el valor *confidencialidad* ni con los desarrollos acerca del concepto de “adolescente maduro” y puede tener el efecto contrario al buscado. El concurso de los padres debe ser procurado por el médico pero no impuesto por ley. La notificación a los padres debe ser una decisión médica sobre la base de si se considera que existe justa causa para quebrantar el secreto profesional.

En otras palabras, las consideraciones ya realizadas acerca de la necesidad de la responsabilidad de la madre y sobre la prevalencia de intereses son trasladables al caso de la menor embarazada. La dualidad en la unidad se da en la adolescente madura con la misma intensidad que en la mujer mayor de edad. En función de ello, el argumento justificante de la decisión de interrumpir el embarazo por parte de una embarazada mayor de edad en nada difiere de una justificación de la IVE en una adolescente madura. Un sistema de notificación y eventual judicialización termina –como se dijo– expulsando a la adolescente del sistema, pues este se basa esencialmente en el secreto profesional^(2,5).

Summary

Introduction: The present contribution suggests breaking the abortion related dichotomy between the term solution system (free decision of the pregnant woman within a term set by the law – which is usually until 12 weeks of gestational age) and the prescribed or authorizations system or model (which provides for causes that allow for the voluntary interruption of pregnancy). Currently, the above mentioned dichotomy fails to justify or support a legal system that legalizes the voluntary interruption of pregnancy and for that reason we need to construct the point half-way between the two opposite ends. This point aims to reconcile the interest of the pregnant woman and the interest of the embryo in developing as a potential human life. Without prejudice of its general approach, the present analysis lies within the context of proposals for the legalization of abortion, currently under consideration of the Uruguayan Congress.

Objective: We aim to demonstrate that legalization of the voluntary interruption of pregnancy is not a matter of pregnant women's human rights or the embryo's right to life. Moreover, the debate regarding the embryo's legal status just results in difficulties to achieve a solution.

Polarization of the abortion debate can only be overcome by a pragmatic based reasoning. Therefore, one cannot refer to the problem of abortion without bearing in mind that the woman is the last person to make a decision on the embryos' fate, and therefore all efforts by the State to protect the embryo are sterile without her involvement. The reason for this is that abortion implies such a single and unified phenomenon between the embryo's interest and the interest of the pregnant woman's life plan that turns any legal prohibition into a mere symbolic entity.

Conclusions: If the approach to the voluntary interruption of pregnancy can only be achieved by appealing to the mother's responsibility as a pragmatic acknowledgement rather than in connection to her human rights, the legalization of the voluntary interruption of pregnancy is only possible within the framework of a counseling model. Furthermore, legal abortion needs to obligatorily observe the provisions of Regulation 369 of the Ministry of Public Health and Law N° 18.426 of Sexual and Reproductive Rights. This is the only way to construct pathways to provide information on alternatives to the voluntary interruption of pregnancy and for pregnant women to make a decision based on information. To that end, the voluntary interruption of pregnancy is not the mere solution to an unwanted situation or even a therapeutic resolution, but rather the process of acknowledging the pregnant woman's decision within the framework of comprehensive counseling.

Resumo

Introdução: esta contribuição propõe romper a dicotomia -em matéria de aborto- entre os sistemas de solução dos prazos (livre decisão da gestante dentro de um prazo fixado legalmente geralmente as primeiras doze semanas de gestação) e o sistema de modelo de indicações ou autorizações (causas que permitem a interrupção voluntaria de gestação (IVG) previamente estabelecidas por lei). Atualmente, esta dicotomia se revela como insuficiente para justificar ou fundamentar uma legislação legalizadora da IVG, e por isso é necessário construir um caminho intermediário. Esse caminho pretende conciliar o interesse da gestante e o interesse do embrião em desenvolver-se como uma vida humana potencial. A análise descrita neste artículo foi realizada, sem prejuízo de sua generalidade, no contexto das propostas despenalizadoras do aborto que estão sendo estudadas no Parlamento uruguaio.

Objetivo: busca-se demonstrar que a legalização da IVG não é um tema relacionado aos Direitos Humanos da gestante nem ao direito do embrião à vida. Além do mais, o debate sobre o estatuto jurídico do embrião leva somente a congestionar o caminho em busca de uma solução. A polarização do debate somente pode ser superada pela racionalização pragmática. Por isso não se pode abordar o problema do aborto sem reconhecer que quem tem a última palavra sobre o destino do embrião é a gestante, e sem considerar sua responsabilidade, todo esforço do Estado para tutelar o embrião será estéril. Isso porque no aborto existe um fenômeno de unicidade entre o interesse do embrião e o interesse do plano de vida da gestante que converte em simbólica qualquer proibição penal.

Conclusões: se a abordagem da IVG somente é possível apelando à responsabilidade da mãe como reconhecimento pragmático e não vinculado aos seus direitos humanos, a legalização da IVG somente se poderá realizar se for pensada no contexto de um modelo de assessoramento, ou melhor, a realização de um aborto lícito deve estar condicionada ao enquadramento no modelo previsto pela Ordenança 369 do Ministerio de Salud Pública e da Lei 18.426 de Saúde Sexual e Reprodutiva. É a única via para que se ofereçam caminhos de informação sobre alternativas à IVG e que a gestante possa tomar uma decisão com toda a informação disponível. Pensando dessa forma, a IVG não é simplesmente a resolução de uma situação desejada ou inclusive terapêutica, mas um processo de reconhecimento da decisão da gestante baseada em um modelo de assessoramento integral.

Bibliografía

1. Adriásola G. Aborto: posibilidad de un consenso social. Rev Med Urug 2006; 22(1): 6-16.

2. **Rodríguez Almada H, Rodríguez F, Berro Rovira G.** Aborto por indicación médica-legal: pautas para su práctica institucional en Uruguay (2009). Rev Méd Urug 2009; 25(4): 230-8.
3. **Esser A.** En busca del camino intermedio: entre fundamentalismo y arbitrariedad. La justicia uruguaya 2005; 132: 104.
4. La Máster en Bioética Firmenich expuso sobre despenalización del aborto. Disponible en:<http://noticias.fb.uner.edu.ar/noticias/la-m%C3%A1ster-en-bio%C3%A9tica-firmenich-expuso-sobre-despenalizaci%C3%B3n-del-aborto>. [Consulta: 6 de marzo de 2012].
5. **Briozzo L, comp.** Aborto en condiciones de riesgo en Uruguay: Iniciativas Sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo (ISCAPCR). La experiencia del modelo de reducción de daños en aborto inseguro. Montevideo: Dedos, 2008.
6. **Adriasola G.** Secreto médico, encubrimiento y omisión de denuncia. 2 ed. Montevideo: Carlos Álvarez, 2011: 211-40.
7. **National Abortion Federation.** Las mujeres adolescentes, el aborto y la ley. Disponible en: <http://www.prochoice.org/es/datos/adolescentes.html>. (Consulta: 8 abr 2011).