

VIGENCIA DE LA LEY DE ANTICONCEPCIÓN QUIRÚRGICA

El 29 de agosto de 2006 se publicó en el Boletín Oficial la Ley nacional N° 26.130, y entró en vigencia el 7 de septiembre de 2006 (conf. Art. 2 CC)

Esta norma regula el régimen para la realización de las prácticas médicas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en cualquier hospital o clínica de cualquier punto del país, sea público o privado.

La ley determina que todas las personas capaces y mayores de edad tienen derecho a acceder a estas prácticas de anticoncepción quirúrgica, previo consentimiento informado. Es decir, el o los médicos tratantes deben informar de manera clara, completa y adaptada a las necesidades del solicitante, las características y efectos de la intervención, y las posibilidades de acceder a otros métodos anticonceptivos no quirúrgicos. Asimismo debe dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la persona concerniente.

Es importante destacar que para la realización de estas prácticas no se requiere consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial, excepto en los casos de personas declaradas judicialmente incapaces y que tanto en el sector público como en el privado, la intervención quirúrgica debe realizarse sin costo alguno para el/la requirente.

Si el médico tratante decide no realizar la práctica amparándose en su derecho a la objeción de conciencia, la institución, pública o privada, debe disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata de tal forma de poder brindar el servicio solicitado.

Esta ley establece un derecho. El artículo 1º determina:

"Objeto. Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud".

De esta forma, toda persona mayor de edad podrá hacer valer su derecho en cualquier hospital o clínica del país. A partir de la ley 26130 todas las jurisdicciones locales tienen la obligación de garantizarlo.

¿Qué sucederá en las provincias que no tenían un régimen legal sobre anticoncepción quirúrgica? ¿Pueden sus habitantes requerir la realización de las prácticas?

No es necesario que estas provincias adhieran a la norma nacional para que las mujeres y varones que deseen realizarse estas prácticas puedan hacerlo en sus respectivas jurisdicciones. Todas las provincias están obligadas a realizar ligaduras y vasectomía, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la ley nacional.

¿Qué sucede en las provincias que tienen regímenes más restrictivos?

Las leyes provinciales de anticoncepción quirúrgica que actualmente establecen más requisitos o mayores condiciones que la ley nacional para la realización de estas prácticas quirúrgicas, deben ceder ante las disposiciones de la Ley 26.130 que protege de manera más amplia los derechos en juego (salud y autonomía reproductiva).

¿Y en las provincias que no tenían regulado el ejercicio de estos derechos pero ahora pretenden reglamentarlo?

Ninguna jurisdicción podría dictar normativa legal o reglamentaria que establezca más requisitos o condiciones que resulten restrictivos del ejercicio del derecho a acceder a las ligaduras o vasectomías.

Pueden reglamentar el derecho regulado en la ley nacional, pero nunca restringirlo.

Fundamentos

I. La constitución nacional establece un régimen federal de gobierno (art1 CN) esto implica que existe un reparto de competencias entre los gobiernos provinciales y el estado federal.

La regla general indica que las provincias conservan todo el poder no delegado en la Constitución Nacional al gobierno federal (art. 121)

“Dado que el artículo 121 está expresado en términos muy generales la distribución de atribuciones entre el Estado Federal y los estado locales emerge de varias normas de la Constitución Nacional. En primer lugar los artículos 75, 99, 116 y 117 contienen las competencias delegadas en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, respectivamente. Otras normas, en cambio, establecen las atribuciones expresamente reservadas por las provincias y la ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, los artículos 5º, 75 inciso 12, 122, 129. Finalmente, de la propia Constitución surgen competencias concurrentes que generan dificultades en la delimitación del ejercicio de las atribuciones respectivas por parte de los entes locales y el gobierno central”¹

Hay consenso sobre la existencia de atribuciones concurrentes entre la nación y las provincias en materia de “Poder de policía del bienestar”, esto es, el establecimiento e instrumentación de políticas tendientes a lograr una mejor calidad de vida para todos los ciudadanos, una más equitativa distribución de los recursos y de los ingresos, etc.

En efecto, *“Son poderes concurrentes los que autorizan la gestión de la Nación y las provincias sobre las mismas materias, especialmente el desarrollo y bienestar económico y social (art. 67, incios 16, 107, etc)”²*

El artículo 75 inciso 18 (antiguo 67 inciso 16, “cláusula del progreso”) encomendó al Estado Federal la instrumentación del bienestar general a través de políticas educativas, industriales, poblacionales, etc. Estas atribuciones también corresponden a los gobiernos locales en virtud de lo establecido sus artículos 121 y 123.

En este contexto, la regulación de asuntos tales como la educación y la salud siempre fue entendida como una atribución concurrente. Tan es así que durante la década del 90 y antes de que se dictara la ley nacional de salud sexual y procreación responsable, o la ley de anticoncepción quirúrgica, casi todas las provincias argentinas dictaron su propia normativa en la materia: crearon programas o sistemas, determinaron sus objetivos, establecieron las prestaciones a las cuales podrían acceder sus habitantes, regularon la incorporación de la educación sexual, etc.

Así, podemos afirmar que la ley 26130 fue dictada en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional al Congreso de la Nación por el artículo 75 inciso 18, facultad que pueden ejercer concurrentemente las jurisdicciones locales³.

¹ Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 2º ed. La Ley, 2003, pág. 852.

² Frías Pedro, El Federalismo Argentino, Introducción al Derecho Público Provincial. Ed. De Palma, 1980. pág. 37.

³ El diputado Comelli de Neuquén fue más allá e insinuó que la norma constituiría legislación de fondo (art. 75 inciso inciso 12), resultando facultad excluyente del Congreso legislar sobre este tema, razón por la cual no correspondía la adhesión de las provincias. Afirmando que se trata de una atribución excluyente del Congreso por tratarse de legislación de fondo es la única manera de impedir que las provincias regulen sobre el tema, pero si adoptáramos esta postura sería dificultoso defender la constitucionalidad de la normativa provincial que en forma previa a la ley 26130 reguló las prácticas en numerosas jurisdicciones. Otros, diputados, como Recalde –Provincia de Buenos Aires- entendieron que la facultad de legislar sobre salud pública es propia del Congreso, aunque no afirmaron que fuera excluyente. Las diputadas M Rodríguez, por Buenos Aires y Ríos, por Tierra del Fuego afirmaron que se trataba de una ley de orden público, que reconocía un derecho que debería ser garantizado, incluso en el orden provincial.

Por lo tanto, una primera conclusión es que la ley rige para todo el territorio del país y para ello, no requiere adhesión provincial. La adhesión únicamente deviene necesaria en aquellos supuestos en que las provincias pretenden aplicar en su territorio, normas que por su materia no podría ser emitidas más que para regir en el ámbito federal, o lo que es igual, normas que no podrían ser dictadas por el Congreso de la Nación porque versan sobre materias no delegadas por las provincias (por ejemplo, la ley nacional de tránsito)⁴.

II. La existencia misma de competencias concurrentes en la Constitución Nacional genera inconvenientes a la hora de determinar qué norma prevalece en caso de que la Nación y las provincias dicten reglas sobre una misma materia que resulten contradictorias.

En principio, el hecho de que el Congreso de la Nación haya regulado el derecho a acceder a la anticoncepción quirúrgica no impide que las provincias también lo hagan. La cuestión es establecer qué contenido puede tener la regulación provincial y qué norma prevalece en casos de contradicción.

Gelli explica que en el caso “Boto” la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que las provincias podían ejercer la atribución concurrente excepto que 1) el Congreso prohibiese de modo inequívoco y con base en la cláusula del progreso el ejercicio de la misma atribución o 2) en caso de no existir tal veda inequívoca, se demostrase que la puesta en ejercicio de la atribución local, dificultaba o impedía el cumplimiento de los propósitos contenidos en la normativa federal⁵.

*“Así pues, conforme la doctrina de “Boto”, cuando se trata de conflictos suscitados por el ejercicio de facultades concurrentes entre el Estado Federal y los estados locales en materia de poder de policía, prevalecen las primeras si la aplicación de las segundas interfieren con los objetivos de la normativa dictada por el Congreso Federal. El precedente, si bien perfilado muy estrictamente para el caso concreto, muestra una de las atenuaciones del federalismo, producida por las transformaciones en el modo de prestar los servicios sociales y sus requerimientos económicos...”*⁶

En el caso de la reglamentación del acceso igualitario a la anticoncepción quirúrgica no se da el supuesto descrito en el punto 1): el Congreso de la Nación no prohibió inequívocamente a las provincias ejercer la atribución concurrente.

Esto implica que la cuestión deba analizarse en el marco de lo establecido en el punto 2): toda legislación local existente que dificulte o impida el cumplimiento de los propósitos contenidos en la normativa debe ceder ante las previsiones de la ley 26130.

Idéntica conclusión cabe para las jurisdicciones que pretendan reglamentar la ley 26130 o dictar normativa propia sobre anticoncepción quirúrgica existiendo ya la primera norma.

Del otro lado, los diputados Aguad y Bullrich –por Córdoba y CABA, respectivamente- insistieron con que la adhesión resultaba necesaria ya que se estaban imponiendo cargas a los presupuestos provinciales. Sin embargo el cumplimiento de las leyes federales o de fondo puede acarrear mayores gastos presupuestarios a las provincias y no por ello se requiere la adhesión. (ver versión taquigráfica provisional de la sesión del 28/6/06 en www.diputados.gov.ar)

⁴ Cabría preguntarse entonces por qué la ley 25673 requería la adhesión de las provincias. Tal vez porque al crear un programa de gobierno su vigencia en las provincias implica la modificación de la estructura organizativa del poder ejecutivo, lo que es atribución no delegada por las provincias al gobierno federal (art. 122).

⁵ CSJN, “Boto Armando c/Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros”, JA 9/12/98, citado por Gelli, op. cit. pág. 853/4

⁶ Gelli, op. cit. pág. 855.

Ninguna regla existente o que se planea dictar una vez vigente la ley 26130 puede establecer requisitos o condiciones que dificulten o limiten el acceso al derecho regulado en la norma nacional.

Por otra parte cabe destacar que las leyes de ejercicio de la medicina provinciales que restringen la realización de las prácticas y que fueron dictadas en ejercicio de atribuciones reservadas (art. 123 CN) también son desplazadas por la ley nacional dictada en ejercicio de facultades concurrentes.

Si el objeto de la norma es permitir el acceso gratuito y equitativo a la anticoncepción quirúrgica con solo prestar consentimiento informado y ser mayor de 21 años, las provincias no pueden establecerse otros requisitos o condiciones que restrinjan el derecho y si éstos ya están previstos en normas provinciales anteriores a la ley 26130 – o la normativa provincial prohíbe la realización de la práctica a los médicos matriculados-, estas normas deben tenerse por no escritas, ceder ante la ley nacional.

Esta es la manera de respetar la supremacía del derecho federal plasmada en el artículo 31 de la CN, según el cual *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales..”*⁷.

Podemos afirmar también que *“...el techo federal que dimana de la legislación del congreso dictada en consecuencia de la constitución no siempre inhibe las competencias provinciales, con lo que la regla sería la siguiente: la relación de subordinación impide que el constitucionalismo provincial invadir la materia legislada por el congreso, o resultarle contrario; pero en cuanto sin incurrir en interferencia ni en violación, facilite, promueva y desarrolle las mejores posibilidades de su aplicación en jurisdicción local por todos los órganos del gobierno provincial, no es inconstitucional, o al menos, goza de una presunción de constitucionalidad...”*⁸

III. En los puntos anteriores desarrollamos argumentos en favor de la vigencia de la ley 26130 en el ámbito de todo el país sin necesidad de adhesión, y en pos de su preeminencia, en términos generales, por sobre la normativa local que ya contemplaba la anticoncepción quirúrgica, argumentos basados sobre todo en razones vinculadas con la forma en que se distribuye el poder entre la Nación y las provincias en nuestra Constitución Nacional.

Sin embargo, existen algunas razones adicionales vinculadas con la atribución para reglamentar los derechos constitucionales que nos llevan a las mismas conclusiones.

La ley 26130 regula derechos, derechos constitucionales, derechos contemplados en los textos de los tratados internacionales que ostentan jerarquía constitucional.

La norma amplía y regula el acceso a los derechos sexuales y reproductivos.

⁷ Bidart Campos aclara que “no cualquier ley del Congreso, por el solo hecho de emanar de él, comparte la supremacía federal, ya que solamente tienen esa virtud las que –respetando el diagrama divisorio de las competencias federal y provinciales- recaen ortodoxamente en materias a las que alcanza la competencia del congreso –sea que se trate de leyes federales, o de leyes de derecho común, o de las que tocan facultades concurrentes-. Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Tomo V. El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial. Ed. Ediar 1992, pag. 18

⁸ Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Tomo V. El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial. Ed. Ediar 1992, pag. 20.

Podemos afirmar que la ley reglamenta el derecho a la salud, en uno de sus aspectos - la salud reproductiva-, y el ejercicio del derecho a la autonomía personal, particularmente de la autonomía reproductiva.

No es ocioso recordar que *“los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel mas elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”*. (Párrafo 7, Programa de Acción de la IV Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994)

Como decíamos más arriba, estos derechos están reconocidos en la Constitución (art. 14, 16, 19, 33) y en los tratados internacionales incorporados a ella (PDCP, PDESC, CEDAW, CDN) y casi es obvio afirmar que la legislación provincial tampoco puede contradecirlos.

Es que en materia de derechos, el plexo constituido por la legislación federal (art. 31 CN) es un piso, pero nunca un techo: existe entre la nación y las provincias una competencia concurrente que permite a estas últimas reconocer otros derechos no contenidos en el plexo federal o desarrollar los ya previstos en forma más extensa.

Las provincias entonces pueden, a través de sus constituciones y de sus leyes completar, ampliar, superar y mejorar los derechos reconocidos por la normativa federal.

En este sentido, Bidart Campos propone extender una pauta interpretativa del derecho internacional de los derechos humanos al ámbito interno. Así afirma que el derecho internacional de los derechos humanos *“se esmera por alejar interpretaciones que computando tratados, puedan desconocer o disminuir derechos emanados de fuente interna, y si a la inversa, prescribe que ha de conferirse opción preferencial a la interna cuando incrementa el plexo de derechos, de modo equivalente se nos ha ocurrido que cuando e reparto competencial de la constitución entre estado federal y provincias deja al intérprete o al operador constitucional un margen suficiente e espacio o de duda acerca de cuál es al ámbito de competencia, se ha de dar prelación a la que optimiza mejor los derechos. De ser la competencia provincial la que depara ese mejor resultado, la duda habría de resolverse a su favor...”*⁹ A este criterio lo denomina como “la opción preferencial por la fuerte más favorable.

⁹ Bidart Campos, Germán, op. cit. pág. 145. Luego aclara que esta pauta interpretativa obviamente no resulta de aplicación para los casos en que las competencias del estado federal son excluyentes. Asimismo aclara que cuando están en pugna los derechos de dos partes, corresponde tener en cuenta otra pauta interpretativa, cual es, cuál es el valor o el interés de más alta jerarquía entre todos los que se vinculan con los derechos en conflicto. Es necesario ser cuidadosos con esta parte de la argumentación, no creo que en la caso de la regulación de la anticoncepción quirúrgica pueda hablarse de los derechos de dos partes en pugna, de un lado está el Estado, esgrimiendo no derechos sino su facultad de regular, sus potestades de permitir o prohibir, de ampliar o restringir el acceso a un derecho, y del otro lado, las personas y su derecho a la salud y a la autonomía.

En lo que hace a un aspecto concreto de la temática -al inclusión de la intervención necesaria de terceros en la decisión de efectuarse una ligadura o una vasectomía- probablemente encontremos quien asegure que sí existen derechos de otro sujeto en juego (los de la pareja o el marido) y que por lo tanto resulta indispensable determinar cuál es el interés preponderante para definir si se incluye o no esta intervención.

Es decir que, admitiendo la concurrencia de la jurisdicción federal y local en la regulación de los derechos constitucionales, las provincias pueden ampliar –nunca restringir o condicionar- el acceso a los derechos reproductivos, en este caso en particular, el acceso a la anticoncepción quirúrgica¹⁰.

Buenos Aires, Octubre 2006

Ante el derecho a la salud y a la autonomía reproductiva del miembro de la pareja que desee realizarse la práctica, ningún interés superior o preponderante puede esgrimirse -alguien tal vez intente apelar a la armonía y tranquilidad familiar, lo que no me parece suficiente-, mucho menos si en los hechos significa un poder de veto de un miembro de la pareja sobre el otro, y mucho menos aún si implica un poder de veto del marido sobre la decisión de la mujer (de ser así se trataría de un caso claro de discriminación). Ejemplo: la ley de Mendoza solo prevé las ligaduras y requiere consentimiento de ambos cónyuges, lo que en los hechos significa poner la decisión en cabeza del marido, disminuyendo los derechos de la mujer casada. La ley de Chaco prevé ligaduras y vasectomía, pero esta última solo en el supuesto de que no pueda realizarse una ligadura! De esta forma se condiciona el ejercicio de la autonomía reproductiva a los varones, se coloca a la mujer como principal responsable de la anticoncepción (lugar estereotipado si lo hay) y se protege la fertilidad masculina (otro estereotipo de género). Y los varones solteros?

¹⁰ Con esta argumentación también puede concluirse que las leyes de ejercicio de la medicina restrictivas de la práctica son desplazadas por la ley nacional.