

Pucheta, Leonardo L.

Dos modelos radicalmente opuestos. El aborto en el marco del debate legislativo en la Argentina: implicancias ético-jurídicas

Vida y Ética. Año 15, N° 1, Junio 2014

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Pucheta, Leonardo L. "Dos modelos radicalmente opuestos : el aborto en el marco del debate legislativo en la Argentina: implicancias ético-jurídicas" [en línea]. *Vida y Ética*, año 15, n° 1 (2014). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/dos-modelos-radicalmente-opuestos.pdf> [Fecha de consulta:.....]

DOS MODELOS RADICALMENTE OPUESTOS

EL ABORTO EN EL MARCO
DEL DEBATE LEGISLATIVO
EN LA ARGENTINA:
IMPLICANCIAS ÉTICO-
JURÍDICAS

Dr. Leonardo L. Pucheta

- Abogado, Pontificia Universidad Católica Argentina, (UCA)
- Magíster en Ética Biomédica en el Instituto de Bioética, UCA
- Profesor asistente de Bioderecho en la Facultad de Derecho, UCA
- Miembro del Centro de Bioética, Persona y Familia

Palabras clave

- Aborto
- Legislación vigente
- Constitución Nacional
- Derechos Humanos

Key words

- Abortion
- Current legislation
- National Constitution
- Human Rights

RESUMEN [1]

El objetivo de estas breves reflexiones es analizar la problemática del aborto desde una perspectiva estrictamente jurídica, partiendo de la normativa vigente en nuestro país y de algunas tendencias internacionales relevantes. A su vez, se analizarán los argumentos más recurrentes en el debate legislativo nacional, para lo cual se empleará la siguiente metodología: primero se repasará sucintamente el escenario del cual partimos, la legislación vigente y el estado de la cuestión a nivel judicial. Luego, nos referiremos a los argumentos más habitualmente utilizados en el ámbito legislativo. Finalmente, se propondrán algunas reflexiones de fondo que contribuirán a comprender dos modelos de respuesta posibles frente a la problemática del aborto en Argentina.

ABSTRACT

The aim of these brief remarks is to analyze abortion from a strictly legal perspective, based on the legal system in force in our country and on some of the major international trends. Likewise, the arguments mostly used at the national legislative debate will be discussed using the following methodology: firstly, we will briefly review the basic premises where we will start our analysis, the current law and regulations and the approach towards the issue at the jurisprudence level. Secondly, we will refer to the position usually taken by the legislative power. Finally, some substantial reflections will be proposed to help understand two possible answers to the abortion issue in Argentina.

INTRODUCCIÓN

Como se sostuvo, el drama del aborto exige enfoques concretos que, si bien no implican desatender las innumerables

variables que cada caso concreto presenta, favorecen una discusión seria y sincera, la cual debiera caracterizar el intercambio de opiniones y de argumentos en el ámbito parlamentario, en la medida en

[1] Las presentes reflexiones fueron planteadas en el contexto de las Jornadas Interdisciplinarias de Ética: "Bioética: Problemáticas ético-morales del inicio de la vida humana", organizadas conjuntamente por el Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y el Instituto Universitario ISEDET, entre los meses de junio y noviembre de 2013. Esta ponencia junto con las demás exposiciones, aportadas por los especialistas que han sido convocados en el marco de las diferentes jornadas, se encuentran publicadas en el libro *Nuevos Desafíos en el Inicio de la Vida Humana*. Perspectivas ecuménicas en Bioética (Inicio de la Vida Humana - Fertilización asistida - Aborto).

que aquel se presenta como una representación de la sociedad y de la forma en que ésta debería encarar tan compleja situación, ofreciendo un ejemplo de seriedad, real tolerancia y humildad. El orden de los apartados que a continuación se desarrollarán fue elegido en la inteligencia de que ayudará a comprender los argumentos esgrimidos en su real dimensión, su impacto en el ordenamiento jurídico argentino y en el día a día de los habitantes de nuestro país, en particular de los más vulnerables.

1. ESCENARIO DEL CUAL PARTIMOS: EL ABORTO ESTÁ PROHIBIDO EN ARGENTINA

A modo de primera aproximación a la problemática del aborto, desde el Derecho luce pertinente partir de la regulación penal de la cuestión, en tanto el aborto es calificado en nuestro ordenamiento jurídico como un delito. El aborto se encuentra regulado en los artículos 85 a 88 del Código Penal.

El artículo 85 del Código Penal establece que aquel que causare un aborto será reprimido con una pena de reclusión o prisión de un año a cuatro (si se obrare con el consentimiento de la mujer) o de

tres a diez años (si obrare sin el consentimiento de la mujer), y en ambos casos, las penas podrán agravarse si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

El artículo siguiente establece en su primera parte que "los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo" sufrirán, en adición, una inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

En el mismo artículo 86, en su segunda parte, se consigna que si el aborto fuere practicado por un médico diplomado y con el consentimiento de la mujer, el hecho no será punible si a) "si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios, o b) "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

A fin de no exceder el objeto de las presentes reflexiones no analizaremos los artículos 87 y 88 del mentado cuerpo legal [2] -que también refieren a la figura

[2] ARTICULO 87.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

ARTICULO 88.- Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

del aborto- ni las tradicionales disquisiciones respecto de la pertinencia de la redacción de los artículos reseñados. En cambio, nos limitaremos a señalar que, a pesar de lo expresado por algunos medios de comunicación, [3] el aborto en nuestro país se encuentra prohibido. El aborto es un delito que solo en las situaciones previstas en la segunda parte del artículo 86 se exime de sanción penal a quien lo cometiera. Dicha eximición no representa una legalización del aborto, sino una excepción a la aplicación de la pena. En el mismo sentido deberemos aclarar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico -tanto de orden interno como internacional- un derecho subjetivo al aborto.

2. PRECEDENTES DE LA CSJN: DOS MODELOS

Con el objeto de analizar el estado actual de la cuestión en nuestro país cabe destacar, además de la legislación vigente, cómo la ha tratado la jurisprudencia. Analizada la cuestión, intentaremos describir dos modos radicalmente opuestos de entender el aborto y el rol del derecho frente aquel, para lo que nos centraremos en dos casos emblemáticos que dan cuenta de dichas posturas enfrentadas en relación con el comienzo

de la existencia de la persona en general, y con el aborto en particular.

2.1 Portal de Belén

En marzo de 2002 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en un caso en el que se discutía el carácter abortivo de la llamada anticoncepción de emergencia (pastilla del día después). Dicho carácter dependía de la respuesta que se diera al interrogante que se había planteado en torno al momento exacto del comienzo de la existencia de la persona humana. En efecto, si el comienzo de la existencia era la unión del óvulo con el espermatozoide, uno de los modos de acción del fármaco ("modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación"), el aborto era un resultado posible.

Si, por el contrario, la existencia de la persona fuera posterior a la implantación en el endometrio, la consecuencia del uso del fármaco sería otra y así, también sería distinto el juicio de valor correspondiente.

En ese contexto, la CSJN aplicó uno de los principios rectores en materia de

[3] [En línea], disponible en: <http://www.clarin.com/sociedad/Fallo-historico-aborto-legal-violaciones_0_663533681.html> [Consulta: 08/11/13].

Derechos Humanos, el cual nutre de contenido a sub-principios de profunda raigambre constitucional que caracterizan diversas ramas del derecho argentino. Se trata del principio *in dubio pro homine*. Surge del fallo que "(...) el último de los efectos señalados **ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación** constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, **todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo (...)**". Y así, "(...) esta solución condice con el principio **pro homine** que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano (...)" [4] (la negrita nos pertenece).

Es decir, se estableció que aún si existieran dudas en el ámbito de las ciencias

biológicas respecto del momento exacto de comienzo de la existencia de la persona humana, ante la posibilidad de que una de las acciones del fármaco en cuestión impida la anidación y de esa forma, que continúe el proceso de gestación iniciado con la fecundación, no podría sino concluirse que el fármaco en cuestión tenía efectos abortivos. Ante la duda alegada, se optó por proteger la vida desde el primer instante.

Se afirmó, a su vez, que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional". [5]

2.2 Caso Fal

Ahora bien, el 13 de marzo de 2012 la CSJN volvió a expedirse, esta vez analizando los alcances de la causal de no punibilidad prevista en el inciso 2 de la segunda parte del artículo 86 del Código Penal [6] [7] en el contexto de una soli-

[4] Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo.

[5] CSJN Fallos F. 259. XLVI, 13/03/2012.

[6] "(...) El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

[7] Vale destacar algunas afirmaciones del fallo comentado: "(...) Se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos (...); "(...) Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación (...); "(...) El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades (...); "(...) no habría distinción científicamente válida entre los términos "embrión" o "preembrión", denominados seres humanos tempranos o pequeñas personas (...)".

cidad de terminación de un embarazo resultado de una violación.

En esta oportunidad no destacaremos las numerosas críticas que ha merecido el pronunciamiento del máximo tribunal, [8] nos limitaremos a enunciar algunas de sus conclusiones.

A diferencia del caso Portal de Belén, la CSJN no discutió el momento de comienzo de la existencia de la persona ni la titularidad del derecho a la vida, sino que se limitó a interpretar de forma amplia la causal de no punibilidad prevista en el artículo en discusión, entendiendo que el aborto realizado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer (o de sus representantes en caso de no poder ésta manifestarlo válidamente) no debe ser penado si el embarazo fuera producto de una violación.

En este caso la Corte destacó también el principio *pro homine* pero aplicándolo de forma contradictoria. Sobre el tema

hemos sostenido que "consideramos que los principios *pro homine* y de dignidad humana son utilizados de forma restrictiva por la Corte Suprema, pues son solo mencionados en relación con la mujer víctima del delito de violación. Una aplicación amplia de tales principios exige necesariamente contemplar a los otros sujetos involucrados en el terrible escenario que pretende regular: las personas por nacer". [9]

También alude a dos principios rectores en materia de DDHH, el de no discriminación y el de igualdad ante la ley, pero establece también un orden de prelación arbitrario y contradictorio, admitiendo que no todos los concebidos son iguales ni gozan de los mismos derechos humanos. Cabría plantearse una discriminación en atención al origen de la concepción.

Asimismo, se refiere a la dignidad de la persona y a la inviolabilidad de la vida, lo que luce muy difícilmente relacionado con las prácticas abortivas.

[8] Ver por ejemplo: MARRAMA, Silvia, *De tutelado a condenado a muerte: una interpretación regresiva del derecho a la vida*. SIRO M. A. DE MARTINI, *La Corte Suprema no puede obligar a un médico a matar*. ALONSO, Juan Esteban, *¿Puede un médico matar?* MARTÍNEZ, Francisco José Franco, *Más allá de la ley, más cerca de la filosofía. El aborto no punible: un fallo positivista sin legitimidad ética. La necesidad de una justificación axiológica en los conflictos de derechos*. CALVI, Marisa, *Las cosas por su nombre*. CASANOVA, María Paula, *El derecho a decidir sobre el propio cuerpo*. SCALA, Jorge, *La tragedia de encaramar "ciegos ideológicos" en el Poder Judicial*. GARGIULO, Lilian y RADAKOFF DE DOLDÁN, Diana, *El fallo de la Corte que invisibiliza los delitos sexuales: ¿protección o desamparo?*, BACH DE CHAZAL, Ricardo, *Caso "F, A. L." Cuando la injusticia es suprema*. ZABALETA, Daniela, *Cuando la Justicia no hace justicia*.

[9] PUCHETA, Leonardo L., *In dubio pro homine y dignidad humana*. A propósito de la interpretación de la CS sobre los alcances del art. 86, inc. 2º, del Cód. Penal. EDCrim, 247-876 (Publicado en 2012).

Como adelantamos, en la comparación de los dos precedentes de la CSJN citados encontramos dos posturas opuestas que distan de brindar claridad a la compleja problemática del aborto. Por un lado, Portal de Belén establece que la persona por nacer es titular, desde el momento de la unión de los gametos femenino y masculino, de un derecho natural, preexistente a la legislación positiva y por tanto, absoluto, no pasible de restricción estatal. Para arribar a tal conclusión, el tribunal echó mano del principio *in dubio pro homine*, fijando un criterio interesante en la tensa relación entre derecho y ciencias biológicas. [10]

Por otro lado, F.A.L. consignó que poco importa desde qué momento el ser humano merece protección jurídica y así, tampoco es relevante si el *nasciturus* es titular del derecho a la vida, el cual sería de carácter relativo, pudiendo ceder en determinadas situaciones.

Las consecuencias de lo afirmado son tan drásticas como inaceptables desde el

punto de vista constitucional. Lo resuelto por la CSJN en el caso F.A.L. pone en jaque al ordenamiento jurídico argentino, convirtiéndolo en un conjunto de normas incoherentes que dificultan regular con justicia las relaciones humanas y generando numerosas contradicciones con los instrumentos de Derechos Humanos que en nuestro país gozan de jerarquía constitucional.

Si el derecho a la vida no es absoluto, preexistente a la legislación positiva y al reconocimiento judicial, ¿qué garantías puede ofrecer el ordenamiento jurídico frente a los abusos del Estado o de grupos de poder? Si el Derecho positivo prescinde de los conocimientos científicos de base y se "autoabastece" limitándose a un análisis de legitimidad del órgano decisor o legislativo, ¿de qué forma podrá asegurarse que se reconozca el valor intrínseco de la vida humana? En este contexto ¿cómo podrán promoverse los derechos humanos? ¿Cómo se logrará armonizar el ordenamiento jurídico interno a los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley?

[10] El tema amerita un tratamiento más extenso y profundo que el que permite el objeto del presente, pero a modo de síntesis diremos que compartimos el criterio de la CSJN respecto de la competencia epistemológica del Derecho para resolver planteos propios de las Ciencias Biológicas. Ello en tanto son éstas últimas las que tienen por objeto de estudio la vida en sus distintos estadios de desarrollo y no así el primero, pero si las ciencias de base no logran dar respuestas a interrogantes que podrían tener efectos jurídicos, es el Derecho -como *ipsa res iusta*- el que debe tender a regular la cuestión, estableciendo -como mínimo- normas provisorias y protectorias que impidan posibles vulneraciones de derechos subjetivos.

Hasta aquí hemos caracterizado el punto de partida: en Argentina el aborto está prohibido, el aborto es un delito. Lo dicho, aunque no se ha tratado con la profundidad debida, es importante aclararlo porque en los proyectos de despenalización del aborto, tanto a nivel nacional, provincial como en la Ciudad de Buenos Aires -sean estos más o menos permisivos- se alude al fallo F.A.L. o a los mismos argumentos en él esgrimidos, para sostener que el aborto no se encontraría prohibido en nuestro país o incluso para afirmar la existencia de un derecho subjetivo al aborto.

3. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN NUESTRO PAÍS

3.1 Las estadísticas sobre aborto

Prácticamente todo debate actual sobre el aborto, sea en el ámbito académico, judicial, legislativo o mediático (sobre todo en los dos últimos) comienza con una referencia a datos estadísticos que desde el punto de vista metodológico lucen -cuanto menos- cuestionables.

En ese sentido, según un estudio científico realizado por investigadores de

Universidades de EEUU, México y Chile, la cantidad de abortos se encuentra sobreestimada. Se sostuvo que "este es el mejor ejemplo que demuestra que las metodologías utilizadas para estimar cifras de aborto inducido e indicadores asociados, como las tasas de mortalidad por aborto, necesitan de una constante reevaluación y escrutinio por parte de la comunidad científica a fin de proveer datos epidemiológicos confiables para ser utilizados en políticas públicas de cualquier región". [11]

Para atender con seriedad la cuestión debe acudirse como primera medida a la experiencia internacional, lo que implica analizar la legislación vigente en países representativos e indicadores fehacientes respecto de la cantidad de abortos realizados, de mortalidad materna y acceso a las prestaciones básicas de salud, entre otros.

Tanto Chile como Irlanda poseen las legislaciones más restrictivas del mundo en materia de aborto y presentan las tasas más bajas de mortalidad materna, siendo éstas prácticamente nulas.

El caso de España también resulta muy interesante. En este caso, la legislación es notoriamente permisiva y tal regulación

[11] ZEPEDA, A., "Fundamental discrepancies in abortion estimates and abortion-related mortality: A reevaluation of recent studies in Mexico with special reference to the International Classification of Diseases", *International Journal of Women's Health*, Vol. 4, 2012, pp. 613-623.

ha repercutido negativamente en la cantidad de abortos realizados. Según ha trascendido, España se convirtió en el país de Europa con la mayor tasa de aumento de abortos, llegando a aumentar a razón de 48.000 abortos por año. [12] También se ha señalado que de acuerdo a datos publicados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno Español, "en los últimos 15 años la tasa de abortos se ha duplicado" (...) al referir que en 1996 esta fue de 5.96 por cada 1000 mujeres, en el 2002 de 9.60 por cada 1000 mujeres y en el 2011 de 12.44 por cada 1000 mujeres". [13]

En contraste, se ha señalado que "las tasas de aborto en Chile e Irlanda son en promedio 10 a 12 veces más bajas que las que ocurren en países con aborto legal como España", [14] de lo cual es dable extraer que "mientras la permisión legal

facilita el acceso e incrementa la incidencia del aborto electivo, la restricción legal dificulta el acceso y disminuye la incidencia del mismo". [15]

Ha sostenido el Centro de Bioética, Persona y Familia en su estudio titulado "Nuevas perspectivas sobre el problema del aborto" [16] que "la experiencia internacional demuestra que la legalización del aborto no soluciona la mortalidad materna. La respuesta consiste en mejorar el tratamiento de complicaciones obstétricas, los cuidados y controles prenatales y un acompañamiento sanitario, social, económico y psicológico de la mujer y su hijo por nacer, a fin de garantizarle a ambos el máximo nivel de salud". [17]

En Argentina, en oportunidad de debatir los protocolos de aborto no punible propuestos por la CSJN en el caso

[12] "España es el país de Europa en el que más aumenta el número de abortos" [en línea], disponible en: <<http://www.abc.es/sociedad/20130610/abci-aborto-espana-aumento-201306091955.html>> [consulta: 07/10/2013]. También puede consultarse: <<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/12/26/mujer/1356530172.html>>; <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/12/13/actualidad/1323774805_931621.html>; <<http://www.profesionalesetica.org/2012/12/el-ministerio-de-sanidad-presenta-el-aumento-del-aborto-en-2011-como-efecto-de-la-proteccion-de-los-derechos-de-la-mujer/>>.

[13] "Legalizar el aborto es promoverlo (1era parte)" [en línea], disponible en: <http://blogs.eluniversal.com.mx/weblogs_detalle19375.html> [consulta: 07/10/13].

[14] Centro de Bioética, Persona y Familia. Chile, Irlanda y el aborto [en línea], disponible en: <<http://centrodebioetica.org/2013/03/chile-irlanda-y-el-aborto/>> [consulta: 07/11/13].

[15] Ídem.

[16] Centro de Bioética, Persona y Familia. Nuevas Perspectivas sobre el problema del aborto [en línea], disponible en: <<http://centrodebioetica.org/2011/09/nuevas-perspectivas-sobre-el-problema-del-aborto/>> [consulta: 07/11/13]. Recomendamos su lectura para una presentación detallada de los argumentos que solo presentamos muy sucintamente en el presente trabajo.

[17] Ídem.

F.A.L., -por ejemplo- se aludió casi exclusivamente a uno de los indicadores asociados: la mortalidad materna. Hemos participado en debates con legisladores porteños que utilizaban este argumento cuando en la Ciudad de Buenos Aires durante el 2012, por ejemplo, la mortalidad materna por aborto -según datos oficiales- fue nula.

3.2 Argumentos jurídicos

En el plano estrictamente jurídico los argumentos más habituales son las referencias al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y a los principios rectores del Sistema Universal de Derechos Humanos: la igualdad ante la ley y la no discriminación. Como se destacó, la CSJN no se privó de hacer uso antojadizo de tales principios, resultando en contradicciones insalvables que hacen peligrar la coherencia interna y externa del ordenamiento jurídico argentino.

A continuación, destacaremos algunas de las propuestas y los fundamentos del proyecto de ley 1.218-D-2012 sobre despenalización del aborto.

El artículo 1° consigna que "Toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional" y en sintonía, el

artículo 2° prevé que "toda mujer tiene derecho a acceder a la realización de la práctica del aborto en los servicios del sistema de salud, en las condiciones que determina la presente ley". El artículo 3°, establece que "Fuera del plazo establecido en el Art. 1° toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción del embarazo en los siguientes casos: a) Si el embarazo fuera producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud; b) Si estuviera en riesgo la salud o la vida de la mujer; c) Si existieran malformaciones fetales graves".

La doctrina se ha ocupado de atacar el proyecto destacado en innumerables oportunidades, por lo que aquí nos ceñiremos a destacar que -desde ya- parte de una concepción relativa del derecho a la vida, en tanto no modifica las normas internas que rigen en materia de comienzo de la existencia de la persona. Igualmente, subsistiría sin resolver la evidente inconstitucionalidad de la medida pretendida, por cuanto de los tratados internacionales con jerarquía constitucional surge que desde la concepción (fecundación) la persona es titular del derecho a la vida.

Luego, del artículo 3° surge que podría accederse a prácticas abortivas durante todo el desarrollo del embarazo si fuera resultado de una violación, si

estuviera en riesgo la salud o la vida de la mujer o si el feto presentare alguna "malformación grave", omitiendo toda consideración de los serios problemas de salud que transitan las mujeres sometidas a tales prácticas y en especial, las que se encuentran en estadios avanzados de su embarazo. Asimismo, se advierte la finalidad eugenésica detrás de la pretensión de eliminación de personas por nacer con alguna discapacidad.

Luego, en el artículo 7° se exige a la mujer y al centro donde se realizará el aborto de solicitar autorización judicial previa, lo cual genera una serie de inconvenientes jurídicos que quedan sin respuesta. ¿Qué sucedería sin mediara oposición del padre de *nasciturus*? ¿Si la oposición fuere de la familia de la gestante?

En el artículo 8° se contempla el caso del aborto realizado a menores de catorce años, para el que se exige el "asentimiento de al menos uno de sus representantes legales o en su ausencia o inexistencia de su guardador de hecho". Ello dista de ser pacífico en torno al alcance atribuido a la manifestación de la voluntad de la menor y podría dar lugar a diversas situaciones conflictivas tales como la falta de consenso entre los representantes de la menor. El artículo 9° establece que si la gestante fuere incapaz, el consentimiento informado será suscripto por su representante legal.

Al analizar los fundamentos del proyecto se advierte que se citan los datos sobre mortalidad materna que surgen de la campaña nacional por el derecho al aborto legal, seguro y gratuito que antes destacamos.

A su vez, se menciona el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, el cual no objetamos salvo cuando dicha decisión implica consecuencias para terceros. Tal es el caso del aborto, del cual resulta la muerte del menor. El mentado derecho es encuadrado en el proyecto dentro del derecho a la salud integral de las mujeres, en el marco de la integralidad de los DDHH.

También se destacan problemáticas sociales de fondo como la pobreza y la incidencia de ésta en la realización de abortos clandestinos en las peores condiciones de higiene y seguridad. En este punto, aunque las cifras relativas a la cantidad de abortos son de difícil estimación, se citan datos que por mucho distan de representar la realidad. Sorprende que no se promuevan proyectos de ley que atiendan a las cuestiones de fondo, que son las que justifican las diferencias aludidas en el proyecto.

Del proyecto surgen también elementos de la que se ha dado en llamar ideología de género. Se menciona, por ejemplo, que "la penalización del aborto es

signo de un sistema patriarcal" y un "desconocimiento de la libertad y la autonomía de las mujeres respecto de su capacidad reproductiva".

Resulta interesante que el argumento esgrimido de fondo es que el aborto resuelve el embarazo no deseado. Al respecto se destaca que "(...) el aborto es la manera ancestral que tienen las mujeres para resolver el conflicto de un embarazo no deseado (...)". Más adelante, se explicitan las causas del embarazo no deseado señalando: las propias de la "*condición humana*: olvidos, irresponsabilidades, violencia, deseos inconscientes, violaciones, descuidos o errores individuales; *carencias sociales*: Educación sexual, cuestiones económicas y sociales y *fallas de anticonceptivos*."

Como se ve, el proyecto dista de estar suficientemente motivado en términos jurídicos, pretendiendo justificar la despenalización del aborto aludiendo a dudosos datos estadísticos, a realidades sociales que no son atacadas de fondo, a argumentos de orden ideológico y a otros poco serios como *deseos inconscientes* u olvidos. En este contexto, entendemos que para lograr un debate

serio y realmente representativo de la voluntad popular, deberían sincerarse los argumentos en juego y tratarlos con la necesaria solemnidad.

4. TENDENCIAS DE DERECHO COMPARADO

A nivel internacional se advierten algunas tendencias interesantes. Históricamente, el análisis comparado de la legislación mundial mostraba una clara diferencia entre los países del hemisferio norte y el sur: mientras que los primeros eran favorables a la despenalización por casos o a la legalización del aborto, los últimos presentaban legislación restrictiva.

De todos modos, recientes novedades legislativas en Estados Unidos parecen indicar un cambio en dicha tendencia. A pesar del influyente precedente *Roe v. Wade*, "el cual permitía el acceso al aborto durante todo el embarazo, con limitaciones y requisitos diferenciales en virtud del trimestre del embarazo que se encontrare transitando la madre", [18] diversos estados han aprobado legislación restrictiva del aborto en los últimos años, ten-

[18] Centro de Bioética. Latido del corazón: Arkansas restringe el aborto [en línea], disponible en: <<http://centrodebioetica.org/2013/03/latido-del-corazon-arkansas-restringe-el-aborto/>>. Se sugiere ver también: A 40 años de *Roe v. Wade*: el aborto y un debate judicial aún pendiente [En línea], disponible en: <<http://centrodebioetica.org/2013/01/a-40-anos-de-ro-e-v-wade-el-aborto-y-un-debate-judicial-aun-pendiente/>> [consulta: 08/03/13].

dencia que se agudizó muy claramente en los dos últimos años. Entre otras, cabe destacar la ley del Estado de Arkansas denominada "Heartbeat Protection Act", la que prohíbe la realización de abortos desde las 12 semanas de gestación y obliga al médico tratante a realizar un estudio allí descripto a fin de detectar si el feto posee latido cardíaco.

Por otro lado, este año la Cámara de Representantes de los EE.UU. aprobó la que se ha dado en denominar "Pain-Capable Unborn Child Protection Act" (*Ley de Protección a los No Nacidos Capaces de Sufrir Dolor*), la cual establece que el aborto es ilegal desde la semana 20, ya que evidencia científica habría logrado demostrar que a partir de ese momento el *nasciturus* puede sentir dolor. [19] Los medios han advertido el

cambio de rumbo que señalamos [20] y según trascendió, se sumarían Dakota del Norte y Mississippi. [21] [22]

En Europa, según afirma el Comité de Ministros del Consejo de Europa, no existe consenso sobre cómo debe regularse la problemática del aborto. [23]

5. ALGUNAS REFLEXIONES

Cabría caracterizar dos modelos radicalmente opuestos para afrontar el tema del aborto. Existe un modelo que podríamos llamar *realista* y otro que podríamos denominar *de poder*.

Según el primero, la personalidad del concebido y la titularidad de sus dere-

[19] A pesar del rumbo señalado, el cual entendemos un progreso en relación con legislación más permisiva, la legislación del citado país dista de satisfacernos completamente, ya que ambas normas contienen definiciones muy importantes que permiten afirmar que el ordenamiento jurídico de EEUU adopta una interpretación relativa del derecho a la vida. Respecto de la *Ley de Protección a los No Nacidos Capaces de Sufrir Dolor* hemos sostenido que "(...) especialmente esclarecedoras parecen las definiciones de niño no nacido (*unborn child*) y de fertilización. Respecto del primer concepto se indica: "El término 'niño no nacido' refiere a un organismo individual de la especie homo sapiens, comenzando en la fertilización, hasta el nacimiento con vida (...) En cuanto a la fertilización, momento desde el que existiría el niño por nacer, se señala: "El término 'fertilización' significa la fusión del espermatozoide humano con un óvulo humano" [la traducción nos pertenece]. Aun así, la norma no establece una defensa absoluta de la vida humana desde el momento del comienzo de su existencia, sino solo desde que es posible acreditar los requisitos señalados.

[20] Ver: <<http://content.time.com/time/covers/0,16641,20130114,00.html>>.

[21] Ver: <<http://www.foxnews.com/politics/2013/01/31/arkansas-senate-passes-measure-to-ban-most-abortions/>>.

[22] Se ha sostenido también que recientes encuestas demuestran que la mayoría de los ciudadanos norteamericanos apoya legislación pro-vida, lo cual también representa un cambio de tendencia. Al respecto ver "La oposición al aborto llega a un máximo histórico en Estados Unidos" [En línea], disponible en: <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/23/actualidad/1337806753_106681.html>.

[23] Ver: <<http://centrodebioetica.org/2013/07/europa-no-hay-consenso-sobre-el-aborto/>>.

chos serán reconocidas por el Estado como una realidad objetiva previa a la legislación positiva y las sentencias judiciales. El derecho, así, sería traducción de estas realidades preexistentes y ajenas -eventualmente- al consenso y la opinión. Su validez no dependerá solamente de la observancia de las solemnidades de un proceso formal de elaboración, sino que anclarán en la realidad misma del ser del sujeto de derecho.

En el segundo modelo, en cambio, los derechos humanos serán otorgados por una suerte de concesión graciosa de quien detente el poder público, sea a través de su legislación o de la resolución de algún caso concreto en sede judicial. En este modelo, el derecho será concebido como la herramienta a través de la cual se expresa dicha concesión y su eficacia dependerá exclusivamente del consenso que se esgrime de base. En el ámbito internacional, el consenso surgirá de la negociación de los Estados.

Aunque los modelos son presentados en sus versiones más radicales, advertimos en los dos precedentes de la CSJN destacados y en los fundamentos esgrimidos en los proyectos de ley sobre el tema, dos posturas enfrentadas que generan serios perjuicios, en especial, a los sujetos más débiles de nuestra sociedad, al turno que ponen en jaque la coherencia del derecho argentino, su

consistencia respecto del derecho internacional de los derechos humanos y la finalidad misma del Derecho.

Entendemos que el dilema moral puede enfocarse desde distintas ópticas. Primero desde el sujeto involucrado, en cuyo caso el juicio moral es personal e ineludible. Luego, desde la sociedad en su conjunto, dónde cada uno aportará sus conocimientos y su experiencia para resolver la cuestión. Y, por último, existe una dimensión normativa que consiste en la adopción de una postura determinada frente a las problemáticas dilemáticas. En el manejo de la *res publica* la mentada dimensión normativa es la que toma mayor relevancia, pues se explicita en la resolución de conflictos en el ámbito judicial y en la formulación de normas de alcance general tendientes a regular la conducta y las relaciones humanas. En ese contexto, algunas conductas serán favorecidas en tanto encierren un valor positivo para el sujeto del derecho: el hombre, la sociedad, la familia, entre otras.

En sentido contrario, mediante la norma prohibitiva tiende a desalentar una conducta determinada, en la medida en que representa un mal para dicho sujeto. Entonces, si la norma jurídica tiende a regular la conducta humana, alentando algunas y desalentando otras, debe afirmarse un juicio previo a su dictado, un juicio moral sobre la conducta

en cuestión. En términos sencillos: si la conducta es "buena" estará permitida o alentada y, si en cambio, es "mala", se prohibirá. Ahora bien, para determinar la "bondad o maldad" de una realidad, de una conducta -por ejemplo- debe acudir a las disciplinas de fondo que la tengan como objeto. Es decir, para juzgar si determinado producto es bueno para curar animales deberá acudir a la veterinaria, si se desea analizar la bondad de una medida económica, la disciplina que debiera fundar el juicio es la economía. Del mismo modo, cuando afrontamos el drama del aborto y de toda la problemática en torno al comienzo de la existencia de la persona, debemos necesariamente acudir a la biología. Debemos repetir vehementemente que el derecho no se basta a sí mismo para resolver el momento exacto de la existencia de la persona humana. De lo contrario, el legislador o el juez, en el mejor de los casos, será quien atribuya la personalidad al ser humano y de ese modo, le *otorgará* sus derechos fundamentales.

Evidentemente, entendemos que es necesario adoptar una postura diferente, estableciendo un límite al poder estatal y reconociendo realidades preexistentes y no disponibles ni por las partes en una relación contractual, ni por los poderes públicos en el manejo de la cosa pública. Tal es el caso de la realidad biológica que debiera imponerse al derecho brindando contenido a las normas jurídicas que se dicten en las materias discutidas.

De fondo debemos procurar el rescate de la razón como herramienta de diálogo y como vehículo capaz de acercarnos a un respeto universal de la dignidad del ser humano y de sus derechos. Es necesario abandonar posturas ideologizadas y por tanto, deterministas e irracionales, para fundar con la mayor objetividad posible las normas que regularán las relaciones humanas, las que, a su vez, se constituirán como auténticas "guías" para la realización de cada individuo y de la sociedad en su conjunto.