UCA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Biblioteca digital
de la Universidad Católica Argentina

**Mallol, Alicia Elina**

# *Análisis del fallo de la S.C.J.N. sobre abortos no punibles. Una mirada desde la Bioética personalista*

Vida y Ética. Año 15, Nº 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:

Mallol, Alicia Elina. "Análisis del fallo de la S.C.J.N. sobre abortos no punibles : una mirada desde la Bioética personalista" [en línea]. *Vida y Ética,* año 15, nº 1 (2014). Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/analisis-fallo-scjn-abortos.pdf
[Fecha de consulta:.....]

# ANÁLISIS DEL FALLO DE LA S.C.J.N. SOBRE ABORTOS NO PUNIBLES. UNA MIRADA DESDE LA BIOÉTICA PERSONALISTA


## Mg. Dra. Alicia Elina Mallol

- Médica egresada de la Facultad de Ciencias Médicas de la U.N.Cuyo
- Magíster en Ética Biomédica en el Instituto de Bioética, Facultad de Ciencias Médicas, UCA
- Especialista en Tocoginecología con Subespecialidad en Ginecología Infantojuvenil
- Pasantías por diversos Servicios de Ginecología y Endocrinología en Francia
- Médica del Servicio de Ginecología Infantojuvenil del Hospital Humberto Notti
- Especialista en Docencia Universitaria



**Palabras clave**

- Aborto no punible
- Violencia sexual
- Derecho al aborto
- Responsabilidad profesional

**Key words**

- Non punishable abortion
- Sexual violence
- Abortion right
- Professional responsibility

## RESUMEN [1]

**En el presente trabajo se analiza el Fallo de la SCJN sobre abortos no punibles, del 13 de marzo de 2012. La importancia está en que la Corte hace una interpretación amplia del artículo 86 del Código Penal, autorizando el aborto en mujeres víctimas de violación y porque se expide para que "el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro". Después de analizar el Fallo y aplicar los principios de la Bioética Personalista Ontológicamente Fundada a los casos de abortos practicados en pacientes violadas, la autora hace un juicio crítico de los dilemas éticos que se le plantean, constatando que lo propuesto por la SCJN no es "lícito y benéfico para el bien del hombre". Concluye que el aborto es un atentado directo contra la vida inocente, por lo que las mujeres víctimas de violencia sexual no tienen "derecho" a interrumpir su embarazo. La obligación del Estado y de los profesionales de la salud es cuidar la vida y la salud, tanto de la madre como del hijo.**

## ABSTRACT

**This work analyses the judgment on legal abortion passed by the SCJN (Argentina´s Supreme Court of Justice) on March 13th, 2012. This judgment constitutes a remarkable fact because the Supreme Court puts forward a wider interpretation of article 86 of the Criminal Code, by which victims of rape are authorized to interrupt pregnancy; it is also relevant because it "expresses the position taken by the Court, setting a precedent to solve similar cases in the future". After analyzing the Judgment and applying the Personalist Bioethics Ontologically Grounded Principles to abortions performed to raped patients, the authoress takes under consideration the ethic dilemmas she faces and asserts that the position taken by the Supreme Court "is neither legal nor in the best interest of humanity". She concludes that abortion constitutes a direct attack against an innocent life, so women victims of sexual violence do not have the "right" to put an end to pregnancy. The obligation of the State and the health care professionals involved is to take care of both the mother and the child.**


[1] El presente trabajo es una síntesis de la tesis realizada por la autora para obtener el título de Magíster en Ética Biomédica, que dicta el Instituto de Bioética de la Facultad de Ciencias Médicas de la UCA, aprobada el 3 de abril de 2014. El director de este trabajo fue el Pbro. Mg. Ricardo Poblete. La versión completa puede consultarse en el Instituto de Bioética.

## INTRODUCCIÓN

El día 13 de marzo de 2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió un histórico Fallo sobre el alcance del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal Argentino, artículo que hace referencia a las causas de no punibilidad del aborto. Consideramos que es de gran importancia por las consecuencias que puede tener, ya que la propia Corte manifestó que lo emitió con el fin de que el criterio del Tribunal fuera expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudieran presentarse en el futuro.

Haremos el análisis del mismo desde la mirada de la Bioética Personalista ontológicamente fundada. Para ello dividiremos el trabajo en cuatro partes.

En la primera parte haremos un análisis del Fallo. Presentaremos la situación que lo precedió y le dio origen. Luego veremos las distintas interpretaciones que se hacen de los incisos 1º y 2º del artículo 86 y cuál fue la interpretación que hizo el Tribunal de la SCJN. Haremos referencia a las exhortaciones hechas a los profesionales de la salud, a las autoridades nacionales y provinciales y por último, expondremos algunos dilemas éticos que se nos plantearon después del análisis.

En la segunda parte presentaremos los fundamentos de la Bioética Personalista ontológicamente fundada. Desarrollaremos el tema de la ontología de la persona humana, para ver si al embrión y al feto los podemos reconocer como tales. Finalmente, expondremos las bases de la Bioética Personalista y sus principios.

En la tercera parte aplicaremos cada uno de estos principios a los casos de abortos practicados en pacientes embarazadas como consecuencia de una violación.

En la cuarta parte, basándonos en los puntos desarrollados en la segunda y tercera parte del trabajo, trataremos de hacer, a la luz de la Bioética Personalista, un juicio crítico de los dilemas éticos planteados al final de la primera parte, para ver si lo que está propuesto en el Fallo es "lícito y benéfico para el bien del hombre". [2]

Cerraremos el trabajo con una conclusión.

[2] SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética I.* Fundamentos y ética biomédica, Trad. Pablo Cervera Barranco y col, Madrid, BAC, 2009, p. 74.

## PRIMERA PARTE

## ANÁLISIS DEL FALLO DEL TRIBUNAL DE LA SCJN DEL 13 DE MARZO DE 2012 SOBRE ABORTOS NO PUNIBLES

### I.1. Situación que precedió y dio origen al fallo

El 3 de diciembre de 2009, A.F. denunció a su esposo O.C, ante el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, por la violación de su hija A.G, de 15 años de edad. El 23 de diciembre del mismo año, se extendió un certificado médico que dio cuenta del embarazo de 7 semanas de A.G (A fs. 60). [3] El 14 de enero de 2010 A.F., en representación de su hija A.G, solicitó a la justicia penal de la Provincia de Chubut la interrupción del embarazo de la niña, considerando que la situación encuadraba dentro de los incisos 1º y 2º del artículo 86 del Código Penal Argentino (A fs. 83). [4]

Para una mayor comprensión, consideramos importante aclarar que el artículo 86 está incluido en el Título I del Libro Segundo del Código Penal Argentino, que trata de los delitos contra las personas y más precisamente, en el Capítulo I que se ocupa de los delitos contra la vida. Los artículos 85 al 88 hacen referencia a la práctica del aborto. El artículo 86, que es el que nos ocupa, declara:

> "Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.
> El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:
> 1º) 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.
> 2º) 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".

El juez penal consideró que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada por A.F. y ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. La fiscalía declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido. El 22 de enero de

[3] "FUENTES, Aurora Luisa s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" Expte. N. 21.912-F-2010, p.5 [en línea], disponible en: <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/Argentina/fallo-abortocomodoro.pdf>.
[4] Ibíd., p. 6.

2010 A.F. presentó la solicitud a la justicia de familia, la que fue rechazada tanto en la primera instancia [5] como en la cámara. [6]

El 8 de marzo de 2010 el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, admitió que era innecesaria la autorización judicial de la práctica abortiva, [7] aunque la concedió para concluir la controversia planteada en el caso. Admitió la solicitud de la señora A.F, revocando la decisión de la instancia anterior y consideró que el caso encuadraba en el supuesto de "aborto no punible" previsto en la primera parte el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal. [8] El aborto de la niña A.G. se realizó en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew, el 11 de marzo de 2010, [9] a las 20 semanas de gestación.

Aunque ya se había llevado a cabo la práctica del aborto, considerando la gravedad institucional que presentaba el caso, el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut, en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, interpuesto un recurso extraordinario en representación del nasciturus. Consideró que, dada la interpretación que se había hecho del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, al no haberse restringido la autorización de la práctica del aborto al caso de víctima violada idiota o demente, se había desconocido el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción. [10]

La señora Defensora General de la Nación asumió la representación de la niña A.G. y confirmó la sentencia apelada, pues consideró que "todos los casos de embarazo en víctimas de violaciones debían ser considerados como abortos no punibles", teniendo en cuenta la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante según el artículo 86, inciso 1º, del Código Penal. [11] La Defensora

[5] "F. A. Luisa s/ medida autosatisfactiva", Expte. Nº 17/2.010, Juzgado de Familia N. 3, Comodoro Rivadavia [en línea], disponible en: < http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/Argentina/AG-1Instancia.pdf>.
[6] Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia [en línea], disponible en: <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/Argentina/AG-2Instancia.pdf>.
[7] FUENTES, Aurora Luisa s/..., op.cit., p. 73.
[8] Ibíd., p. 77
[9] Fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre abortos no punibles, Buenos Aires, 13 de marzo de 2012, considerando 2, p. 2 [en línea], disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/om/img/f259.pdf>.
[10] Ibíd., considerando 3, pp. 2-3.
[11] Ibíd., considerando 4, p. 4.

Pública de Menores e Incapaces en representación del nasciturus, solicitó que se revocara la sentencia recurrida. [12]

Finalmente la causa fue remitida al Procurador Fiscal, quien opinó que correspondía declarar improcedente el recurso extraordinario, dado que la práctica médica autorizada que el recurrente pretendía evitar con su recurso extraordinario, ya se había efectivizado y que la controversia que se intentaba traer a su conocimiento se había reducido a una cuestión abstracta. [13]

Por último, la SCJN consideró que, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la presente, es muy difícil que, en la práctica, lleguen a estudio de la Corte las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas y que "resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas". [14] En consecuencia, consideró que "se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro". [15]

Ya que el motivo por el cual el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut interpuso el recurso extraordinario fue la interpretación que se hizo del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal Argentino, por lo que consideró que se comprometieron preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía, es que vamos a presentar a continuación las diferentes interpretaciones de los incisos 1º y 2º del mencionado artículo y cuál es la interpretación que del mismo hizo la SCJN para dictar su sentencia.

### I.2. Interpretaciones del inciso 1º y 2º del artículo 86 del Código Penal Argentino

Durante décadas se viene debatiendo sobre el alcance de los incisos 1º y 2º del artículo 86 del Código Penal Argentino. Algunas tesis hacen una interpretación amplia y otras restrictiva de los mismos.

[12] Ídem.
[13] Ministerio Público, Procuración General de la Nación. F, A L s/medida autosatisfactiva. S.C. F. 259, L.XLVI [en línea], disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2011/ECasal/abril/F_A_L__F_259_L_XLVI.pdf>.
[14] Fallo..., Ibíd., considerando 5, 2º párrafo, p. 5.
[15] Ídem.

### *I.2.1.Interpretaciones del inciso 1º del artículo 86 del Código Penal Argentino*

> "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".

Con respecto al peligro para la vida o la salud de la madre, los que están a favor de la interpretación restrictiva consideran que el peligro debe ser grave como para permitir el acceso al aborto no punible. [16]

Los que adhieren a la interpretación amplia consideran que el inciso 1º no califica el grado de peligro que debe correr la vida o la salud de la mujer "así, la existencia del mero peligro es suficiente para que el aborto pueda ser practicado sin sanción penal alguna". [17]

Tampoco existe acuerdo en cuanto al alcance del término "salud". Una interpretación restrictiva de este concepto incluye solamente el peligro para la salud física, mientras que la interpretación más amplia acepta también el peligro para la salud psíquica de la madre. [18] Siguiendo esta postura amplia, algunos incluyen el aborto practicado cuando corre peligro la salud social de la mujer. [19]

La segunda parte del inciso 1º aclara que "este peligro no puede ser evitado por otros medios". En lo que respecta a la aplicación del principio en materia de aborto, el Magisterio Pontificio es realista en la consideración de tal posibilidad y así lo señala el Papa Pío XII:

> "Si la salvación de la futura madre, independientemente de su estado de embarazo, requiriese urgente una intervención quirúrgica u otra aplicación terapéutica que tuviera como consecuencia secundaria, en ningún momento querida, ni intentada, pero inevitable, la muerte del feto, tal acto no podría ya llamarse un atentado directo contra la vida inocente. En estas condiciones, la operación puede ser lícita, como otras intervenciones médicas semejantes, siempre que se trate de un bien del alto

[16] MAFFÍA, Diana, *Aborto no punible: ¿Qué dice la ley argentina?*, Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, Universidad de Buenos Aires, p. 3 [en línea], disponible en: <http://dianamaffia.com.ar/archivos/Aborto-no-punible.-Qu%C3%A9-dice-la-ley.pdf>.

[17] LUNA, Florencia y col, *Aborto por motivos terapéuticos*: artículo 86 inciso 1 del Código Penal Argentino, Buenos Aires, FLACSO-CEDES, 2006, p. 32 [en línea], disponible en: <http://bioetica.flacso.org.ar/img/pdf/Aborto-por-motivos-terapeuticos.pdf>.

[18] Ibíd., p. 33.

[19] FAERMAN, Romina, "Algunos debates constitucionales sobre el aborto", *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, Firenze, 2008 [en línea], disponible en: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/faerman.htm>.

valor como es la vida y no sea posible diferirla hasta el nacimiento del niño ni recurrir a otro remedio eficaz". [20]

### *I.2.2. Interpretaciones del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal Argentino*

"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".

También encontramos dos interpretaciones para este inciso, una restrictiva y otra amplia:

"Lo cierto es que la redacción del art. 86 inc. 2º del código penal es ambigua y admite, al menos preliminarmente, ambas interpretaciones. Esta ambigüedad ha generado el desarrollo de dos posiciones encontradas sobre el alcance de esta norma, sosteniéndose diferentes argumentos a favor de una y otra". [21]

La interpretación restrictiva considera que la no punibilidad del aborto sería tenida en cuenta solamente en el caso de que la víctima de la violación o del atentado al pudor fuera una *mujer* idiota o demente. [22] La interpretación amplia acepta dos situaciones diferentes para la no punibilidad del aborto [23]: una, que el embarazo provenga de una violación de cualquier mujer y otra, que el embarazo sea producto de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Solo en esta segunda situación sería necesario el consentimiento del representante legal para realizar el aborto. En el primer caso, hablamos de aborto sentimental, llamado también humanitario o ético y en el segundo, de aborto eugenésico. [24] "El fundamento de esta causal es de tipo étnico-eugenésico, presuponiéndose que el niño por nacer heredaría las incapacidades biológicas de la madre". [25]

[20] LOPEZ, Medrano y col, *Pío XII y las Ciencias Médicas*, Buenos Aires, Guadalupe, 1961, p. 119.
[21] ALONSO, Juan Pablo, "Violación, aborto y las palabras de la ley". *Pensar en Derecho*, p. 303 [en línea], disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/violacion-aborto-y-las-palabras-de-la-ley.pdf>.
[22] MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Protocolo de atención integral de los abortos no punibles de Buenos Aires*. Resolución Ministerial n. 3146/12 [en línea], disponible en: <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Pol%C3%ACticas_Publicas/Protocolos%20de%20Atenci%C3%B3n/bsaspcia-2012.pdf>.
[23] Ibíd. Véase también: MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*. Buenos Aires, junio 2010 [en línea], disponible en:<http://www.msal.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-web.pdf>.
[24] ALONSO, Juan Pablo, "Violación, aborto..., op. cit., p. 304.
[25] Ídem.

### I.3. Interpretación del artículo 86, inciso 2º del Código Penal Argentino hecha por la SCJN

Continuaremos con el análisis del Fallo para exponer cuál es la interpretación hecha por la Corte cuya finalidad es que "el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro". [26]

Acogiéndose al artículo 14, inciso 3 de la ley 48, la Corte considera necesaria su intervención dado que "los agravios del apelante suscitan una cuestión federal, al plantear que el tribunal superior de la causa ha comprometido preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía al interpretar el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal". [27]

Al considerar que "la esencia de los agravios traídos a discusión por el recurrente radica en última instancia en la interpretación que se hace de la normativa constitucional y convencional", [28] la SCJN responde a aquellos con una "construcción argumental que permite armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales". [29]

Aplicando los principios hermenéuticos de interpretación sentados por la propia Corte desde antiguo, la misma entiende que "corresponde realizar una interpretación amplia del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal". [30] A partir del considerando 9, la SCJN trata de dar argumentos que avalan su interpretación.

En el considerando 14 la Corte concluye que "de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal" [31] y recuerda que "existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio" que efectuara el mismo. [32]

[26] Fallo..., Ibíd., considerando 5, 2º párrafo, p.5.
[27] Ibíd., considerando 6, p. 6.
[28] Ibíd., considerando 7, p. 6.
[29] Ídem.
[30] Ibíd., considerando 8, p. 7.
[31] Ibíd., considerando 14, p. 13.
[32] Ídem.

La Corte manifiesta que "los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (...) conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma". [33] El Tribunal interpreta que no puede admitirse reducir la autorización de la interrupción de los embarazos solo a los supuestos que son consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental, ya que esto implicaría establecer una distinción irrazonable de trato entre dos víctima de análogo delito que se encuentran en igual situación y que no responde a ningún criterio válido de diferenciación.

La SCJN hace referencia a la dignidad de las personas reconocida en varias normas convencionales. Reconoce que de esta dignidad "se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente". [34] Considera que de este mismo principio se deriva un postulado "que impide exigirles a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar". [35] Continúa diciendo que todo embarazo acaecido en cualquier víctima de delito sexual es un ataque contra sus derechos más fundamentales, por lo que la pretensión de obligarlas a llevar a término el embarazo, resulta desproporcionada y contraria al postulado. Por lo tanto para ella, el "principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta solo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental". [36]

En el considerando 17, aplicando los principios de estricta legalidad y *pro homine,* la Corte recuerda que hay que "privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal", [37] por lo que ellos mismos obligan a adoptar la interpretación amplia del supuesto normativo. Expresa que la interpretación restrictiva de la norma amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega a toda otra víctima de una violación el derecho a acceder a la práctica del aborto.

Finalmente, no obstante las razones de la máxima jerarquía normativa

[33] Ibíd., considerando 15, 1º párrafo, p. 13.
[34] Ibíd., considerando 16, p. 15.
[35] Ibíd., considerando 16, p. 16.
[36] Ibíd., considerando 16, p. 15.
[37] Ibíd., considerando 17, p. 16.

expuestas en los considerandos precedentes, el Tribunal cree que es oportuno y necesario ampliar los términos de su pronunciamiento a favor de la interpretación amplia del artículo 86, inciso 2 del Código Penal y lo hace en el considerando 18.

La SCJN deja expresamente aclarado que su intervención es para esclarecer una antigua confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles, especialmente entre los profesionales de la salud, lo que lleva a condicionar la práctica de estos abortos a una autorización judicial, a la vista innecesaria y que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles. [38]

Aplicando las pautas interpretativas fijadas por la Corte actual que dice que "la primera fuente de exégesis de la ley es su letra", [39] se impone concluir que "no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima". [40]

Concluye la Corte que la interpretación amplia del artículo mencionado se confirma teniendo en cuenta que, al formularse esta norma se tradujo inadecuadamente el anteproyecto del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental que era denominado "profanación". Todo esto corrobora que cualquier víctima de violencia sexual puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales. [41]

## I.4. Exhortaciones hechas por la SCJN a los profesionales de la salud

### *I.4.1. No es necesaria la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación*

El Tribunal considera que la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación "además de ser innecesaria

[38] Ibíd., considerando 18, 1º y 2º párrafos, p. 17.
[39] Ibíd., considerando 18, 4º párrafo, p. 18.
[40] Ídem.
[41] Ibíd., considerando 18, 9º párrafo, p. 20.

e ilegal, es cuestionable, porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras". [42]

Llega a la conclusión de que "es una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales". [43] Se siente forzada a recordarles que, según el artículo 19 de la Constitución Nacional "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe", por lo que una mujer que se encuentre en las condiciones descriptas en el artículo 86, inciso 2º del Código Penal, "no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo (...), como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo". [44]

Por último, la SCJN advierte a los profesionales de la salud sobre la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida, por lo que insiste en que "es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico". [45]

### *I.4.2. No es necesaria la solicitud de consultas entre profesionales de la salud*

La Corte recuerda que el artículo 86 del Código Penal se refiere a "un médico con el consentimiento de la mujer encinta", por lo que esta circunstancia debe "aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar". [46]

Dado que la SCJN es el intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes y considera no punibles los abortos que se practiquen sobre quienes invocan ser víctimas de violación, [47] la Corte descarta la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prác-

[42] Ibíd., considerando 19, 2º párrafo, p. 21.
[43] Ibíd., considerando 19, 3º párrafo, p. 21.
[44] Ibíd., considerando 21, p. 22.
[45] Ibíd., considerando 22, p. 22.
[46] Ibíd., considerando 24, 1º párrafo, p. 23.
[47] Ibíd., considerando 24, 3º párrafo, p. 24.

ticas médicas en esos casos. Deja aclarado que "la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar". [48]

Recuerda el Tribunal que corresponde al Estado, como garante de la administración de la salud pública, poner a disposición de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. [49]

### *I.4.3 No son necesarias ni la denuncia ni la prueba de la violación para acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación*

Ya que no existen "reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación" [50] y respetando lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional ya mencionado, el Tribunal supone que solo es necesario que "la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante mediante una declaración jurada, que aquel ilícito es la causa del embarazo. Cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal". [51]

Coincidiendo con lo señalado por la OMS, [52] para la SCJN la exigencia de que las víctimas de violación tengan que elevar cargos contra su agresor u otro tipo de requisitos para calificar para el aborto, son para identificar casos fabricados y retrasan el cuidado necesario, aumentando la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado. [53]

## I.5. Exhortaciones hechas a las autoridades nacionales y provinciales

La SCJN entiende oportuno recordar que "distintos órganos de aplicación de

[48] Ibíd., considerando 24, 4º párrafo, p. 25.
[49] Ibíd., considerando 25, p. 25.
[50] Ibíd., considerando 27, 2º párrafo, p. 26.
[51] Ídem.
[52] OMS, *Aborto sin riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud,* Ginebra, 2003, p.86 [en línea], disponible en: <http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf>.
[53] Fallo..., Ibíd., considerando 27, 3º párrafo, p. 26.

los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial". [54] Por lo tanto, exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a "implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos" [55] y plantea los requisitos que los protocolos deben cumplir. Pide también que se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. [56]

Por último, el Tribunal solicita a los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones "implementar campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, para hacer conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación y capacitar a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa". [57]

El Fallo finaliza confirmando la sentencia apelada, incitando a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para la concreta atención de toda mujer embarazada víctima de violencia sexual y exhortando al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente. [58]

### I.6. Presentación de los dilemas éticos que se derivan del Fallo

Habiendo presentado en esta primera Parte del Trabajo el fallo del Tribunal de

[54] Ibíd., considerando 26, p. 25.
[55] Ibíd., considerando 29, p. 27.
[56] Ibíd., considerando 30, p. 28.
[57] Ibíd., considerando 31, 1º párrafo, p. 29.
[58] Ídem.

la SCJN sobre abortos no punibles, dejaremos esbozados algunos dilemas éticos que se nos han planteado después de analizarlo. Retomaremos este tema en la última Parte para hacer un juicio crítico de los mismos desde la mirada de la Bioética Personalista. 1) Interpretación amplia del inciso 2º del articulo 86 del Código Penal Argentino y su repercusión; 2) Responsabilidad del Estado Argentino frente a los poderes internacionales; 3) Exhortaciones hechas a los profesionales de la salud y a las autoridades nacionales y provinciales

## SEGUNDA PARTE

## FUNDAMENTOS DE LA BIOÉTICA PERSONALISTA

En la segunda parte del trabajo expondremos los fundamentos de la Bioética Personalista Ontológicamente fundada. Para ello desarrollaremos el tema de la ontología de la persona humana y veremos si el embrión y el feto pueden ser reconocidos como tales. Presentaremos a continuación las bases de la Bioética Personalista y sus principios, para aplicarlos, en la tercera parte, a las situaciones de abortos en embarazos producto de violación.

### II.1. Ontología de la persona humana

#### *II.1.1. Definición de persona humana*

Siguiendo la clásica definición de Boecio, persona es una "sustancia individual de naturaleza racional". [59] La "sustancia" hace referencia a lo que tiene el ser en sí, en oposición a los accidentes, por lo que "no es un mero sustrato estático, sino un principio dinámico del que proviene y se funda toda actividad". [60]

Abelardo Lobato interpreta a Santo Tomás de Aquino y nos dice que la substancia "excluye la dependencia en el ser, y rechaza cualquier reducción a alguno de los accidentes. No puede ser de otro, en otro, para otro, a no ser de modo relativo". [61]

La persona designa siempre lo singular o lo "individual", al hombre concreto existente. El término individual nos indi-

[59] BOECIO, *De Persona et Duabus Naturis*, ii, iii, in P.L., LXIV, 1342 sqq [en línea], disponible en: <http://ec.aciprensa.com/p/persona.htm>.
[60] LUKAC DE STIER, María Liliana, "Fundamentos filosóficos de la ética biomédica", *Instituto de Bioética – UCA*, Buenos Aires, 1999, p. 4.
[61] LOBATO, Abelardo, *La persona en Santo Tomás de Aquino* [en línea], disponible en: <http://www.mercaba.org/FICHAS/Alafa_org/la_persona_en_santo_tomas_de_aqu.htm>.

ca que "la persona no es el hombre universal, sino el hombre concreto, la sustancia primera". [62]

> "Individuo es lo indistinto en sí mismo, pero distinto de los demás. Por lo tanto, en cualquier naturaleza, persona significa lo que es distinto en aquella naturaleza, como en la naturaleza humana indica esta carne, estos huesos y esta alma, que son los principios que individualizan al hombre". [63]

El término "individual" también hace referencia a la *incomunicabilidad*. "Persona expresa formalmente la incomunicabilidad metafísica". [64] "A pesar de las aperturas que tenga, es ella misma intransferible: cada persona es ella y no las demás". [65] La persona humana es un individuo único, irrepetible e insustituible.

> "La persona nombra a cada individuo personal, lo propio y singular de cada hombre, su estrato más profundo, que no cambia en el transcurso de cada vida humana." [66]

Cuando decimos "de naturaleza racional" queremos afirmar que en el hombre hay potencias espirituales: inteligencia y voluntad. La persona implica el ser espiritual y aquí radica su dignidad en la escala del ser. "Ser persona significa ser libre y espiritual (...) esto es lo que lo distingue de todos los seres de la naturaleza". [67] La persona, entonces, empleada en un lenguaje ontológico, es el ser de naturaleza racional, inteligente y libre, capaz de ser dueño de sí y dueño de sus actos.

> "Únicamente la persona, en su actividad específica, posee el dominio activo sobre su propio acto, el poder de hacerlo o no, y el de ejecutar actos diferentes y hasta opuestos entre sí; que emana de la universalidad de su conocimiento, el cual engendra en la voluntad un poder de determinación, que rebasa la apetibilidad o bondad de los objetos o bienes concretos". [68]

[62] LUKAC DE STIER, María Liliana, "fundamentos..., op. cit., p. 4.
[63] S. Th. I, 29, 4.
[64] FORMENT, Eudaldo, "Primacía de la incomunicación de la persona", *Revista ARBIL, anotaciones de pensamiento y critica*, n. 61, Zaragoza [en línea], disponible en: <http://www.arbil.org/%2861%29form.htm>.
[65] CASTILLA Y CORTÁZAR, Blanca, "Consideraciones en torno a la noción de persona", XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra, *Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra*, 1997, p. 160 [en línea], disponible en: <http://hdl.handle.net/10171/5336>.
[66] FORMENT, Eudaldo, *Id a Tomás. Principios fundamentales del pensamiento de Santo Tomás,* 2da edición, Pamplona, Fundación Gratis Date, 2005, p. 58.
[67] STEIN, Edith, *La estructura de la persona humana*, Trad. José Mardomingo, Madrid, BAC, 2007, p. 94.
[68] DERISI, Octavio Nicolás, "Fenomenología y ontología de la persona", *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, tomo 1, Mendoza, Argentina, marzo-abril 1949, p. 289.

### *II.1.2. Unión sustancial de cuerpo y alma*

> "Debemos decir que la esencia o sustancia del hombre es una esencia o sustancia única, pero compuesta, cuyos componentes son al mismo tiempo el cuerpo y la inteligencia espiritual, o mejor, la materia de que está hecho el cuerpo y el principio espiritual, una de cuyas facultades es la inteligencia (...) El alma humana (...) es la forma sustancial de este cuerpo". [69]

Por lo tanto, la persona humana, "es el sujeto que resulta de la unión sustancial entre un cuerpo y un espíritu racional; un individuo de sustancia racional, es decir, una sustancia individual que tiene la racionalidad como su dimensión esencial". [70] El ser de la persona humana implica el cuerpo o materia en unidad substancial con un co-principio substancial espiritual o alma espiritual.

El hombre no es solo espíritu, como tampoco es solo cuerpo. La persona es un compuesto de materia y forma. Al hombre lo captamos como una unidad corporal-anímica. La experiencia de cada uno de nosotros da pruebas fehacientes de la dependencia de los fenómenos corporales respecto de los anímicos y viceversa. Como postula Edith Stein:

> "No podemos concebir la relación entre el cuerpo y el alma como si el cuerpo fuera lo realmente importante y el alma como algo que está meramente a su servicio. Se da más bien una unidad entre iguales, una materia formalizada vitalmente, cuya forma se manifiesta en la materia y simultáneamente se expresa interiormente en la actualidad de la vida anímica". [71]

Santo Tomás lo dice muy claramente:

> "Ya se demostró que sentir no es una operación exclusiva del alma. Así, pues, como sentir es una determinada operación del hombre, no la única, es evidente que el hombre no es solo alma, sino algo compuesto a partir del alma y del cuerpo". [72]

En el hombre hay una sola forma sustancial, que es el alma espiritual. Aunque en el desarrollo del individuo se hace evidente en un primer momento lo común a todo lo orgánico y más tarde se pone de manifiesto lo específicamente humano, "el alma espiritual existe desde el primer momento de la existencia humana, si

[69] MARITAIN, Jacques, *Ragione e ragioni, Saggi sparsi*, Vita e Pensiero, Milán, 1982, p. 90, citado en SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 136.
[70] SGRECCIA, Elio, "La bioética personalista", publicación del Instituto de Bioética, UCA, *Vida y Ética*, año 2, n. 2, Buenos Aires, (diciembre 2001), p. 10.
[71] STEIN, Edith, *La estructura de la...*, op. cit., p. 56.
[72] S.Th. I, q.75, a.4, c.

bien en esa primera fase aún no ha desplegado en actos una vida personal-espiritual". [73]

### II.2. El embrión humano ¿es persona?

En los últimos años se ha avanzado mucho en el estudio y conocimiento del misterio de la vida intrauterina, específicamente en el estudio del embrión humano, lo que ha llevado incluso a algunos científicos y médicos a tratarlo como paciente.

> "De un modo pragmático, la consideración de "embrión como un paciente" ha sido la consecuencia de tres tipos de hechos: 1. La adquisición de conocimientos sobre las primeras etapas del desarrollo embrionario. 2. La progresiva introducción de técnicas de diagnóstico y control embrionario. 3. El desarrollo de algunos recursos terapéuticos destinados a evitar pérdidas embrionarias". [74]

Desde el punto de vista biológico, la formación de un nuevo individuo de la especie humana comienza con la fecundación. Nos dice el profesor Carrera:

> "La fecundación es el proceso mediante el cual se forma un nuevo individuo a partir de los gametos masculino y femenino. La unión del ovocito y del espermatozoide, que conlleva la unión de los complementos cromosómicos haploides de cada uno de ellos, da lugar a un cigoto diploide (...) La penetración del espermatozoide en el ovocito provoca su activación, que se pone de manifiesto con una serie de cambios bioquímicos y morfológicos". [75]

Por lo tanto, desde el momento mismo de la fecundación se inicia la existencia de una nueva vida específicamente humana dotada de un código genético único e irrepetible, no idéntico ni al de la madre ni al del padre, que controla y fija irreversiblemente su desarrollo sucesivo. En este sentido expone Angelo Serra:

> "El recién concebido tiene su propia realidad biológica bien determinada: es un individuo totalmente humano en desarrollo, que autónomamente, momento a momento y sin discontinuidad alguna, constituye su propia forma ejecutando, por actividad intrínseca, un designio proyectado y programado en su mismo genoma". [76]

Existen pruebas de que el embrión es capaz de transmitir señales al organismo

[73] STEIN, Edith, *La estructura de la...*, op. cit., p. 160.
[74] CARRERA, José, KURJAK, Asim, *Medicina del embrión*, Barcelona, Masson, 1997, p. 3.
[75] Ibíd., pp. 9-10.
[76] SERRA, Angelo, "Il neo-conceptio alla luce degli attuali sviluppi della genética umana", *Medicina e Morale* 3, Italia, 1974, p. 130 citado en SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética...*, op. cit., p. 546.

materno desde muy pronto, siendo la producción de subunidad Beta de HCG una de ellas. [77] Los dos gametos, el femenino y el masculino, forman una nueva entidad biológica, es decir, una nueva vida individual que, como nos dice Elio Sgreccia "lleva en sí un nuevo *proyecto-programa individualizado*" [78] Lo importante a destacar es que "este nuevo programa *no es inerte*, ni 'ejecutado' por los órganos fisiológicos maternos, (...) sino que es un *nuevo proyecto* que se constituye a sí mismo y es en sí, el actor principal". [79]

La Pontificia Academia para la Vida resume los conceptos desarrollados hasta ahora:

> "Desde el punto de vista biológico, la formación y el desarrollo del ser humano aparece como un proceso continuo, coordinado y gradual desde la fertilización, con la cual se constituye un nuevo organismo humano dotado de capacidad intrínseca de desarrollarse autónomamente en un individuo adulto. [80]

Por lo que hemos visto hasta ahora, podemos concluir que el embrión humano es un individuo de la especie humana, que como tal, posee la capacidad intrínseca de desarrollarse y convertirse en un individuo adulto.

> "A partir de los datos que el conocimiento científico pone a nuestra disposición se puede afirmar que el embrión humano en la fase de la pre-implantación es: a) un ser de la especie humana; b) un ser individual; c) un ser que posee en sí la finalidad de desarrollarse en cuanto persona humana y a la vez la capacidad intrínseca de realizar ese desarrollo". [81]

Ahora bien, ¿podemos llegar a la conclusión de que el embrión humano en la fase de pre implantación ya es realmente una persona? La Academia Pontificia para la Vida considera que:

> "Es obvio que, tratándose de una interpretación filosófica, la respuesta a esta pregunta no es de 'fe definida' y permanece abierta, en cualquier caso, a ulteriores consideraciones. Con todo, precisamente a partir de los datos biológicos de los que se dispone, no existe ninguna razón significativa que lleve a negar que el embrión es persona ya en esta fase. Naturalmente, eso presupone una interpretación del concepto de persona de tipo subs-

[77] DÍAZ PORTILLO, Jacobo y Col, *Aspectos Básicos de Bioquímica Clínica*, Madrid, Díaz de Santos, 1997, p 189.
[78] SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética...*, op. cit., p. 536.
[79] Ibíd., p. 537.
[80] PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *III Asamblea General. Comunicado Final*, 1997.
[81] PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *XII Asamblea General. Declaración Final*, 2006.

> tancial, es decir, referida a la misma naturaleza humana en cuanto tal, rica en potencialidades que se expresarán a lo largo de todo el desarrollo embrional y también después del nacimiento. [82]

La Instrucción Donum Vitae expone al respecto:

> "Ciertamente ningún dato experimental es por sí suficiente para reconocer un alma espiritual; sin embargo, los conocimientos científicos sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana: ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana? El magisterio no se ha comprometido expresamente con una afirmación de naturaleza filosófica pero repite de modo constante la condena moral de cualquier tipo de aborto procurado. Esta enseñanza permanece inmutada y es inmutable". [83]

La Instrucción *Dignitas Personae* ratifica lo expuesto:

> "Si la Instrucción Donum Vitæ no definió que el embrión es una persona, lo hizo para no pronunciarse explícitamente sobre una cuestión de índole filosófica. Sin embargo, puso de relieve que existe un nexo intrínseco entre la dimensión ontológica y el valor específico de todo ser humano. Aunque la presencia de un alma espiritual no se puede reconocer a partir de la observación de ningún dato experimental, las mismas conclusiones de la ciencia sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana: ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana?". [84]

Por lo tanto "el juicio, que es un acto de la mente humana, sobre la naturaleza personal del embrión humano, surge necesariamente de la evidencia del dato biológico". [85] Sabemos que "aquello por lo que un cuerpo ejerce su actividad es su forma sustancial (...); y el principio por el que un cuerpo tiene una determinada naturaleza, y por tanto también una determinada actividad, es la forma sustancial". [86] "La existencia del hombre es dada por la unión sustancial del alma espiritual con el cuerpo". [87] El alma espiritual, única forma sustancial del hombre, existe desde el momento que inicia la vida este nuevo ser. [88]

[82] Ídem.
[83] CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum Vitae* I, 1, 1987.
[84] CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas Personae* I, 5, 2008.
[85] PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *III Asamblea*..., op. cit.
[86] SGRECCIA Elio, *Manual de Bioética*..., op. cit., p. 144.
[87] Ibíd., p. 147.
[88] *La estructura de la*..., op. cit., p. 160.

> "(...), el acto existencial que hace realidad al cuerpo humano está constituido por el acto existencial mismo que hace realidad al alma: es un único acto existencial, no dos actos constitutivos sino uno y único; esto está implícito en la unidad de la forma". [89]

En párrafos anteriores Elio Sgreccia nos decía: "La persona humana es el sujeto que resulta de la unión sustancial entre un cuerpo y un espíritu racional; un individuo de sustancia racional, es decir, una sustancia individual que tiene la racionalidad como su dimensión esencial". [90] "No se puede sostener la distinción ontológica, es decir real, entre individuo humano, cualquiera sea su estado de desarrollo a partir de la fecundación y persona humana, cualquiera sea su estado de madurez intelectual". [91] El Código Civil ratifica lo dicho anteriormente en su artículo 51:

> "Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".

"Hacerse persona, entendido esto como posesión de un estatuto ontológico fundamental propio, no es un proceso, sino un evento o acto instantáneo, por el cual se ha establecido en el ser persona de una vez para siempre". [92] Este evento sucede en la fecundación.

Creemos que una reflexión final de Elio Sgreccia sintetiza lo expresado hasta ahora sobre el embrión humano y nos brinda razones suficientes para reconocerlo como persona desde el momento de la fecundación:

> "La formación de un nuevo organismo humano determina el salto cualitativo a nivel biológico y ontológico, que permanece hasta el final de su ciclo vital. En todos los estadios de su desarrollo es siempre la misma individualidad humana, con una unidad interna desde el primer momento de su constitución, en grado de dirigir de manera autosuficiente su propio desarrollo (...) Es por tanto una *sustancia*, un sujeto subsistente, por ello *existente per se*. Una sustancia cuya característica estructural y específica es la *racionalidad*, prescindiendo de la capacidad actual de ejercitarla". [93]

[89] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 146.
[90] SGRECCIA, Elio, "La bioética personalista"..., op. cit., p. 10.
[91] SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética...*, op. cit., p.145.
[92] Ibíd., p. 154.
[93] SGRECCIA, Elio, *El embrión humano en la fase de preimplantación*, Buenos Aires, AGAPE, 2008, p. 41.

## II.3. Bases de la Bioética Personalista y sus principios

### *II.3.1. Bases de la Bioética Personalista ontológicamente fundada*

El nacimiento de la Bioética se funda en la necesidad de que la ciencia biológica se plantee preguntas éticas; que el hombre se interrogue sobre la importancia moral de su intervención sobre la vida. Nos dice el Cardenal Sgreccia:

> "(...) la Bioética existe como intento de reflexión sistemática acerca de todas las intervenciones del hombre sobre los seres vivos; una reflexión que se plantea un objetivo específico y arduo: el de identificar valores y normas que guíen la actuación del hombre, la intervención de la ciencia y de la tecnología en la vida misma y en la biosfera". [94]

Estos valores son los que deben llevar a la persona a su realización como tal. La vida moral vivida rectamente debe llevarnos a la realización del fin de la persona: la felicidad. Podemos entender como valor ético todo lo que permite dar significado a la vida humana y este dependerá del concepto de persona humana que se tenga. Hay una estrecha relación entre antropología y ética: según el concepto de hombre que se tenga serán los valores, las normas y la ética en general. Por eso existen distintos modelos bioéticos de referencia desde los que se puede realizar la reflexión. Cada uno de ellos tiene una antropología de base diferente y, por consiguiente, una formulación diferente del juicio ético que ayude a discernir entre lo que es lícito y lo que no lo es. Entre estos modelos está el modelo bioético personalista.

Siguiendo las enseñanzas del Cardenal Sgreccia, vemos que se puede hablar de personalismo con un triple significado: el personalismo "*relacional*", que subraya el valor de la subjetividad y de la relación intersubjetiva; el personalismo "*hermenéutico*", que subraya el papel de la conciencia subjetiva al interpretar a la realidad según la propia precomprensión y el personalismo "*ontológico*", que, sin negar la importancia de la subjetividad relacional y de la conciencia, quiere subrayar que el fundamento de la misma subjetividad estriba en una existencia y una esencia constituida en la unidad cuerpo-espíritu. [95] Este es el personalismo al que adherimos y al que seguiremos en nuestro trabajo.

> "La actitud ética de respeto y cuidado de la vida y de la integridad del embrión, exigida

[94] SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*..., op. cit, p. 45.
[95] Ibíd., p. 70.

> por la presencia de un ser humano, que debe ser considerado como una persona, se apoya en una concepción unitaria del hombre, (*Corpore et anima unus*), que ha de ser reconocida desde el primer instante del organismo corpóreo: su dignidad personal". [96]

La perspectiva filosófica del "personalismo ontológicamente fundado" está en sintonía permanente con el pensamiento católico, sin cerrarse ni excluir al diálogo con otros enfoques. El primer Centro de Bioética con esta línea de pensamiento surgió en Italia en 1985, en la Universidad Católica del Sagrado Corazón. [97] El órgano oficial del Centro es la revista *Medicina e Morale*. En nuestro país sigue esta línea el Instituto de Bioética de la UCA (Pontificia Universidad Católica Argentina) y realiza publicaciones en la revista Vida y Ética.

El personalismo ontológicamente fundado considera que cada persona es única e irrepetible, que comienza su existencia como persona en el momento de la concepción y sigue siéndolo hasta el momento de la muerte, en que el alma se separa del cuerpo. La condición de persona es el fundamento ontológico-real que sustenta y da validez a los principios teóricos de la Bioética Personalista ontológicamente fundada, la que tiene como finalidad promover el bien íntegro de la persona humana. Por lo tanto, "desde el momento de la concepción hasta la muerte, en cualquier situación de sufrimiento o de salud, es la persona humana el punto de referencia y de medida entre lo lícito y lo ilícito". [98] La persona es siempre el fin y jamás el medio que justifique las acciones.

Podríamos resumir las propuestas teóricas de la Bioética Personalista ontológicamente fundada en cuatro puntos: a) dignidad de la persona humana, b) unitotalidad de cuerpo y espíritu, c) capacidad racional de conocer la realidad y la estructura de valores y d) capacidad de la inteligencia humana de ir desde el fenómeno al fundamento y de captar del ser el deber ser. [99]

La antropología personalista ontológicamente fundada es frecuentemente criticada pues se dice que es sostenida

[96] PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *III Asamblea General*..., op. cit.
[97] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 13.
[98] SPAGNOLO, Antonio, *Bioethic. Interdisciplinary Encyclopedia of Religion and Science*, Roma, Urbania University Press, 2002, citado en TAYLOR, Carol, "Personalismo: comparando y contrastando dos enfoques", publicación del Instituto de Bioética, UCA, *Vida y Ética*, año 5, n. 2, (diciembre 2004), p. 69.
[99] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 44.

solamente por aquellos que admiten un conocimiento superior al racional. A ello responde Sgreccia:

> "Hay que añadir que la antropología y la ética que proponemos no parten de la razón iluminada por la fe, ya que el discurso que surgiría sería solo útil para aquellos que profesan el mismo credo (...) A nuestro modo de ver, quien confunde la ontología y el personalismo ontológicamente fundado con la teología revelada manifiesta el desconocimiento del significado de la metafísica misma y de la teología". [100] (...) La vida humana es vida humana como tal para todos los hombres y la obligación de respetarla es deber del hombre en cuanto hombre, no solo en cuanto creyente; el creyente tendrá razones sobrenaturales para reforzar su convicción, pero estas razones no se deben usar para dispensar a todos los hombres de buena voluntad y de razón recta de reflexionar sobre los hechos humanos a la luz de la razón". [101]

En cuanto a la metodología de investigación e incluso de enseñanza de la Bioética Personalista, el Cardenal Sgreccia propone un método que define "triangular" [102] y que tiene tres puntos de enlace: En el punto "A" del triángulo se expone el hecho biomédico. El punto "B" es el punto de síntesis más propiamente antropológico y filosófico. Se analizan los valores que están en juego en relación con la vida, la integridad y la dignidad de la persona humana. A partir de este examen se determina qué valores hay que defender, cómo se deben regular la acción y los agentes en el plano individual y social. Es decir, se identifican principios y normas de conducta que deberán ser referidos al punto central que es el valor-persona y a los valores que se encuentran en ella, para ser jerarquizados armónicamente. En el punto "C" se busca la solución de los problemas éticos en relación con los conceptos y los valores fundamentales de la persona humana. Siempre hay que justificar las soluciones propuestas, por lo que se impone la confrontación con la antropología de referencia de manera dinámica y constante. La antropología ofrece un criterio de discriminación entre lo que es técnica y científicamente posible y lo que es lícito éticamente y también un criterio de juicio entre lo que está legalmente sancionado por las mayorías políticas y lo que es lícito y benéfico para el bien del hombre.

### *II.3.2. Principios de la Bioética Personalista*

En este apartado vamos a enunciar y desarrollar algunos principios y orienta-

[100] Ibíd., p. 31.
[101] Ibíd., p. 32.
[102] Ibíd., p. 73.

ciones de la Bioética Personalista concernientes a la intervención del hombre sobre la vida humana en el campo biomédico. La justificación de estos principios se deriva de todo lo que hemos expuesto en los párrafos anteriores.

*II.3.2.1. Principio de defensa de la vida física*

Cuando hablamos de la vida física hacemos referencia a la vida orgánica, fundamento de todo el desarrollo de la persona. La vida corporal del hombre no representa algo extrínseco, sino el valor fundamental de la persona misma. El cuerpo es fundamento, expresión e instrumento del alma humana espiritual-personal, [103] por lo que se debe entender que la vida corporal no agota toda la riqueza de la persona, la cual es también y ante todo, espíritu, y por eso trasciende como tal al cuerpo mismo y a la temporalidad.

Por lo tanto, "el respeto de la vida, así como su defensa y promoción, representan el primer imperativo ético del hombre para consigo mismo y para con los demás". [104] Incluso las cartas internacionales que se ocupan de los derechos humanos sitúan en primer plano el derecho a la vida y su inviolabilidad.

*II.3.2.2. Principio de libertad y responsabilidad*

> "Para ser libres se requiere estar vivos y por esto la vida es la condición indispensable para que todos y cada uno de nosotros podamos ejercer la libertad". [105]

Edith Stein ante la pregunta: ¿qué quiere decir libertad? responde: "quiere decir *yo puedo*". [106] El hombre, ante el juego de estímulos y respuestas no está entregado inerme, sino que puede hacerles frente o puede poner un veto a lo que sube dentro de él. El libre *yo* se puede decidir a hacer u omitir algo o a hacer esto o aquello; se siente llamado desde el interior a hacer esto y a omitir esto otro. Por eso hablamos de "poder" como libertad. [107]

> "El sujeto humano no solo tiene el poder de elegir, sino además la necesidad de hacerlo. El hombre no puede elegir por elegir, sino que debe elegir para alcanzar, si es posible, un bien, una realidad que le conviene, de la que precisamente siente necesidad". [108]

[103] STEIN, Edith, *La estructura de la*..., op. cit., p. 106.
[104] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 219.
[105] Ibíd., p. 222.
[106] STEIN, Edith, *La estructura de la*..., op. cit., p. 95.
[107] Ibíd., p. 97.
[108] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 200.

Todo acto libre comporta una responsabilidad moral. La responsabilidad consiste en la capacidad que tenemos de responder por nuestros propios actos libres y conscientes, así como de las consecuencias que se derivan de éstos. Nos dice Elio Sgreccia:

> "El término responsabilidad implica a su vez el concepto de 'valoración' de los bienes en cuestión ante la elección libre e implica igualmente la exigencia de 'tener que responder' ante la conciencia. La conciencia representa el conocimiento del valor ético de una determinada acción: es el lugar y el momento en que se resalta la conveniencia o inconveniencia del acto en el marco de referencia moral propio del sujeto y presente en el sujeto. No se trata de un sentimiento ni de una emoción (...); se trata de un juicio de la razón en relación con la idea del bien y del mal, un juicio referido al hecho concreto llevado a cabo por el sujeto que juzga o por otros". [109]

En la misma línea se expresa el Concilio Vaticano II:

> "En lo más profundo de su conciencia descubre el hombre la existencia de una ley que él no se dicta a sí mismo, pero a la cual debe obedecer, y cuya voz resuena, cuando es necesario, en los oídos de su corazón, advirtiéndole que debe amar y practicar el bien y que debe evitar el mal: haz esto, evita aquello. Porque el hombre tiene una ley escrita por Dios en su corazón, en cuya obediencia consiste la dignidad humana y por la cual será juzgado personalmente". [110]

"Así pues, actuando con fiel obediencia a los dictámenes de su propia conciencia moral, que rectamente busca el bien y se alimenta constantemente de la verdad conocida, toda persona expresa y realiza en profundidad su dignidad humana, edificándose a sí mismo y a la comunidad entera mediante sus opciones conscientes y libres". [111]

*II.3.2.3. Principio de totalidad o terapéutico*

> "La persona es un todo, una totalidad concreta. No es una parte, no se inserta en una totalidad más amplia, que se convertiría así en su fuente. El hombre como persona no es parte de un fragmento, sino totalidad y, en virtud de esto, es singular e irrepetible". [112]

"Es el 'alma' o forma vital la que hace del cuerpo humano un *organismo*". [113] El principio de totalidad o terapéutico

[109] Ibíd., p. 191.
[110] CONCILIO VATICANO II, *Constitución Pastoral Gaudium et Spes* 16, 1965.
[111] PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *XIII Asamblea General. Declaración Final*, 2007.
[112] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 175.
[113] STEIN, Edith, *La estructura de la...*, op. cit., p. 45.

depende de un principio fundamental y básico de la doctrina moral católica: Dios es el único que posee un dominio absoluto y pleno sobre el ser del hombre; somos propiedad de Él. [114]

El hombre puede disponer de los miembros de su cuerpo en la medida en que lo requiera el bien de toda su persona, es decir, para asegurar su propia vida o para evitar daños graves que de otra manera no se podrían eliminar. [115]

Este principio exige algunas consideraciones para poder aplicarse: a) que se trate de una intervención sobre la parte enferma o la que es causa directa del mal para salvar al organismo sano; b) que no existan otras maneras o medios para evitar la enfermedad; c) que haya una buena posibilidad, proporcionalmente alta, de éxito; d) y que se dé el consentimiento del paciente. [116] En estos casos, lo que está en juego es la integridad física más que la vida, pero también es un bien muy importante y es un valor personal que solo se puede poner en peligro si se favorece un bien superior al que está vinculado. [117]

*II.3.2.4. Principio de sociabilidad y subsidiariedad*

La vida y la salud de cada uno dependen de la ayuda de los demás.

> "El principio de *sociabilidad* compromete a todas y cada una de las personas en su propia realización del bien de sus semejantes. En el caso de la promoción de la vida y la salud, implica que todo ciudadano se comprometa en considerar su propia vida y la de los demás como un bien no solo personal, sino también social y comprometa a la comunidad a promover la vida y la salud de todos y cada uno, a fomentar el bien común promoviendo el bien de todos y cada uno". [118]

El principio de sociabilidad se confunde con el de subsidiariedad, por el cual la comunidad debe ayudar más donde haya mayor necesidad, cuidar más a quien esté más necesitado y gastar más con quien esté más enfermo, pero no debe suplantar o sustituir la libre iniciativa de los particulares, sino garantizar que ésta se lleve a cabo. [119]

El principio de *subsidiariedad* en su expresión actual tiene su origen en la

[114] CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA, Catecismo de la Iglesia Católica, 2da ed., Brasil, 2000, n. 2.280, p. 568.
[115] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 223.
[116] Ibíd., p. 224.
[117] Ídem.
[118] Ibíd., p. 226.
[119] Ibíd., pp. 226-227.

Doctrina Social Católica. Subsidio significa auxilio, ayuda o soporte y no sustitución. Fue formulado por el Papa Pio XI:

> "Como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyéndose un grave perjuicio y perturbación de recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a uña sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero sin destruirlos y absorberlos". [120]

El ser humano es un ser esencialmente social que necesita de los demás seres humanos, por lo que hay que evitar dos concepciones extremas dentro de la Sociedad: el individualismo extremo, que deja todo al individuo sin intervención del Estado y la postura extrema del totalitarismo, que considera que el Estado está facultado para hacer todo y, de esa manera los individuos perderían toda la eficacia de su iniciativa y de sus propios medios. El ser humano, por ser persona, es un fin en sí mismo y no debe ser considerado como un simple medio.

## TERCERA PARTE

## APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA PERSONALISTA A LOS CASOS DE ABORTOS EN EMBARAZOS PRODUCTO DE VIOLACIÓN

En la segunda parte presentamos las bases de la Bioética Personalista Ontológicamente fundada y los principios que se derivan de ella. En esta tercera parte aplicaremos estos mismos principios a los casos de abortos en pacientes embarazadas como consecuencia de una violación. Sabemos que toda opción ética puede ser considerada en su realidad objetiva o en su momento subjetivo. En el presente trabajo nos moveremos en el plano de la verdad y de los valores objetivos.

### III.1. Principio de defensa de la vida física

La línea divisoria de aguas en materia de aborto está dada por la respuesta a la pregunta sobre el 'status' antropológico y jurídico del ser humano en sus prime-

[120] PIO XI, *Carta Encíclica Quadragesimo Anno*, 79, 1931.

ros estadios del embarazo. Según la respuesta que se de a este problema, se abrirán claramente dos discursos: uno, que protege la vida humana desde la concepción, y el otro, que admite el derecho a destruirla. [121]

Hemos demostrado que el embrión es un individuo de la especie humana que comienza su existencia en el momento de la concepción. Bien dice el Cardenal Sgreccia que "el embrión es en potencia un niño, o un adulto, o un anciano, pero no es en potencia un individuo humano; éste lo es ya en acto". [122]

También dimos las bases filosóficas que justifican otorgar al embrión la categoría de persona y reconocer su dignidad. El Código Civil Argentino en su artículo 70 considera la existencia de la persona desde la concepción:

> "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

Tan es así que el artículo 74 del mismo Código nos dice que "si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados *como si* no hubiesen existido". "Como si" no es lo mismo que decir que no existió la persona.

Dado que el embrión y el feto son individuos de la especie humana y por tanto personas, éticamente estamos obligados a defenderlos y a respetar sus derechos, el primero de los cuales es el derecho a la vida física. En este sentido leemos en la primera parte de la Instrucción *Donum Vitae*, dedicada al respeto de los embriones humanos:

> "El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida". [123]

[121] MORELLI, Mariano, "La peligrosa pendiente que convierte los delitos en derechos", publicación del Instituto de Bioética, UCA, *Vida y Ética*, año 4, n. 2, (diciembre 2003), p. 69.
[122] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 559.
[123] CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum Vitae* I, 1.

SS Juan Pablo II prosigue en la misma línea en la Encíclica *Evangelium Vitae*. [124] Esta aseveración la encontramos también en la Declaración final de la XII Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida.

Los tratados internacionales ponen en evidencia el respeto que se tiene hacia la vida humana y dejan constancia de que el derecho a la vida es inherente a toda persona humana.

El Papa Juan Pablo II fue un firme defensor de la vida y de los derechos humanos y dejó plasmado este pensamiento muy claramente en su Encíclica *Evangelium Vitae*, aclarando que ante la norma moral que prohíbe la eliminación directa de un ser humano inocente *no hay privilegios ni excepciones para nadie.* [125]

El embrión humano, desde sus primeras etapas del desarrollo es un ser autónomo. "En un ambiente idóneo, el embrión se desarrolla por mecanismos auto-constructivos". [126] Es real que la autonomía que posee no es absoluta, pero es que ésta no se da ni siquiera después del nacimiento. Es frecuente encontrar argumentos para la eliminación directa de una vida humana dentro del vientre materno aduciendo que el embrión o el feto forman parte del cuerpo materno. Desde la mirada de la Bioética Personalista, por lo que hemos desarrollado anteriormente, decir "que el embrión es una porción de la madre es un error o una falsedad de carácter anticientífico". [127] Siguiendo a el Cardenal Sgreccia, "los eslóganes de que 'el embrión es parte del organismo materno', que 'el aborto intencionado es como cualquier otra intervención', o que 'la mujer tiene pleno derecho sobre su vientre', son una ofensa a la seriedad de la ciencia, más aún que a la moral". [128]

Según la ética Personalista, para valorar éticamente un acto hay que tener en cuenta la intencionalidad, su contenido objetivo y sus consecuencias. [129] "En el aborto intencionado, el acto en sí y la intención se unen para impedir el nacimiento de una vida humana en proceso

[124] JUAN PABLO II, *Carta encíclica Evangelium Vitae* 60, 1995.
[125] Ibíd., 57.
[126] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 539.
[127] Ídem.
[128] Ibíd., p. 547.
[129] Ibíd., p. 94.

de desarrollo". [130] Por lo tanto, cualquier atentado contra la vida física del embrión o del feto humano dentro o fuera del vientre materno es un acto moralmente ilícito, pues es un atentado directo contra la vida humana inocente y contra la persona. "En último análisis, el factor cronológico no incide en el valor ontológico". [131] Nadie tiene derecho a atentar directamente contra la vida de un ser humano inocente, cualquiera sea su estado evolutivo o la circunstancia que se presente.

> "El recién concebido ha de ser considerado en su valor humano e individual, cualquiera sea el modo como ha sido concebido (...) Ha de ser valorado en sí, y no quedar relativizado a la voluntad ajena (...) El valor ontológico de una individualidad no puede depender de factores externos a ella (...) El embrión tiene el valor propio de la persona humana: el aborto voluntario es un delito contra la vida personal, o mejor, contra la persona". [132]

Los que defienden el derecho al aborto no hacen referencia al derecho a la vida del embrión o del feto, sino que solo hablan del derecho a la vida de la mujer. Consideran que las muertes maternas relacionadas con el aborto están asociadas a la ilegalidad y la clandestinidad. [133] Piensan que "el acceso al aborto seguro y legal puede salvar la vida y facilitar la igualdad de las mujeres". [134]

> "Las restricciones legales al aborto tienen un impacto devastador sobre el derecho a la vida de las mujeres: el 13 por ciento de las 1.400 muertes maternas que se registran (...) Los gobiernos podrían salvar la vida de miles de mujeres cada año si aseguraran el acceso a servicios de aborto seguro". [135]

Sin embargo las estadísticas consultadas no demuestran lo mismo:

> "Campeones entre todas las categorías, Irlanda, donde el aborto directo está siempre prohibido, no registra más que una muerte materna cada 100.000 nacimientos (contra 8 en Francia y 1500 en Tchad). Entre los países africanos, el mejor ubicado, y por lejos, es la Isla Mauricio (15 por 100.000) donde el estatuto del niño por nacer está entre los más protegidos. África del Sur, un país de imagen más moderna pero donde las leyes son muy libres para el aborto, cuenta con 400 muertes maternas por 100.000.
>
> En América del Sur, donde las cifras varían entre 16 y 290 (en Bolivia) y 470 (en

[130] Ibíd., p. 552.
[131] Ídem.
[132] Ibíd., pp. 557-58.
[133] OMS, *Aborto sin riesgos: Guía técnica*..., op. cit., p. 7.
[134] HUMAN RIGHTS WATCH, *Derecho internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina*, julio de 2005, p. 1 [en línea], disponible en: <http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/2006/wrd0106/wrd0106sp.pdf>.
[135] Ibíd., pp. 8-9.

> Guyana), Chile, donde la vida del niño por nacer se beneficia de una protección constitucional, tiene el mejor score. En Guyana, el aborto es un 'derecho' casi sin restricciones desde 1995". [136]

Como se centran solo en los casos de muertes maternas relacionadas con la práctica del aborto, no tienen en cuenta que el hecho mismo del aborto implica la muerte intencionada de un ser humano inocente. [137] Al decir que el feto forma parte del cuerpo de la madre, consideran que el aborto es un derecho de la mujer. [138]

Desde la mirada de la Bioética Personalista comprobamos por la ciencia empírica que el feto no forma parte del cuerpo de la madre, sino que es un ser humano autónomo que se desarrolla dentro del vientre materno, por lo que creemos que la madre no tiene "derecho" a atentar directamente contra su vida. El Papa Juan Pablo II en la Encíclica *Evangelium Vitae* nos dice al respecto:

> "Está también en el plano cultural, social y político, donde presenta su aspecto más subversivo e inquietante en la tendencia, cada vez más frecuente, a interpretar estos delitos contra la vida como legítimas expresiones de la libertad individual, que deben reconocerse y ser protegidas como verdaderos y propios derechos". [139]

La mortalidad materna en el caso de los abortos provocados, está directamente relacionada con la práctica de un hecho inmoral. Estas muertes son lamentables y en absoluto deseadas. Creemos que son evitables y deben serlo, pero no convirtiendo en un "derecho" un acto ilícito e inmoral como es el aborto y promoviendo el acceso a los "servicios de abortos seguros", sino evitando la práctica del aborto en si y buscando otro tipo de apoyo y ayuda para las mujeres que se encuentran en situaciones tan difíciles. Nunca es lícito evitar la muerte de una persona dando muerte a otra inocente.

Lo que se demuestra al correr los años es que con el pretexto de disminuir las muertes maternas promoviendo el "aborto seguro" van aumentando las muertes de niños abortados intencionalmente. [140] Para poner un ejemplo, el INED

[136] AVORTEMENTIVG.COM, *Le lien mortalité maternelle - avortement légal contesté* [en línea], disponible en <http://www.avortementivg.com/content/monde/le-lien-mortalit%C3%A9-maternelle-avortement-l%C3%A9gal-contest%C3%A9>.
[137] JUAN PABLO II, *Carta encíclica...*, op. cit., 58.
[138] HUMAN RIGHTS WATCH, op. cit., p. 1.
[139] JUAN PABLO II, op. cit., 18.
[140] CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, "La santé des femmes en France. Les grossesses non désirées et le recours à l'IVG", *Avis et rapports du Conseil Economique, Social et Environnemental*, n. 16, Francia, 2010, p. 28 [en línea], disponible en: <http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/10092716pdf-951d.pdf>.

(Instituto Nacional de Estudios Demográficos) nos muestra que Francia, de tener una cifra de 206596 abortos provocados en el año 2002, pasó a tener 209291 en el año 2011. [141]

### III.2. Principio de libertad y responsabilidad

Vimos en el capítulo referido a la ontología de la persona humana que por su voluntad, la persona libre se puede decidir a hacer u omitir algo; se siente llamada desde el interior a hacer esto y omitir esto otro. [142]

La libertad es inherente al hombre, es un dato fundamental originario de la existencia humana. El Cardenal Joseph Ratzinger nos recuerda que la libertad es para el Bien y que el conocimiento de la verdad es condición necesaria para ella. [143] La libertad encuentra su verdadero sentido en la elección del bien moral. [144]

Todos los actos humanos presuponen la libertad. Cuando el hombre actúa no tiene solo una conciencia psicológica, un cierto conocimiento de la acción que está realizando, sino que tiene además conciencia moral, es decir, tiene conocimiento de la adecuación del acto con la dignidad de su propia condición de persona humana. Nos dice María Elena Lugo: "Es la conciencia de la persona la que discierne el bien y la que, en virtud de tal discernimiento, juzga y decide la acción que realizará". [145] SS Juan Pablo II expresa que existe una verdad universal sobre el bien, que la razón humana puede conocer y que por la conciencia, que es un acto de la inteligencia de la persona, el hombre puede "aplicar el conocimiento universal del bien en una determinada situación y expresar así un juicio sobre la conducta recta que hay que elegir aquí y ahora". [146] No comparte la idea de la ética individualista que cree que cada uno puede encontrarse ante "su verdad", distinta de la de los demás y fijar, de modo autónomo, los criterios del bien y del mal. [147]

Por esto la libertad enfrenta al hombre con su responsabilidad. El individuo

[141] Ver: <http://www.ined.fr/fr/france/avortements_contraception/avortements/>.
[142] DERISI, Octavio Nicolás, op. cit., p. 289.
[143] CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Libertatis Conscientia*, 26, 1986.
[144] Ibíd., 27.
[145] LUGO, M. Elena, "Bioética integral. Persona como objeto y persona como sujeto", publicación del Instituto de Bioética, UCA, *Vida y Ética*, año 5, n. 2, (diciembre 2004), p. 167.
[146] JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Veritatis Splendor* 32, 1993.
[147] Ídem.

humano no puede remitir su propia libertad-responsabilidad a ningún otro. Cada individuo es dueño de sus actos. [148] Para que un individuo pueda asumir la responsabilidad de un acto moral es necesario que cuente con libertad para actuar conforme a sus preceptos morales, sin coacciones. [149]

Cuando hablamos de libertad, inmediatamente surge el concepto de "derechos":

> "En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanan inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto". [150]

En la misma línea continúa el Cardenal Joseph Ratzinger:

> "Existe una exigencia de orden moral que se ha expresado en la formulación de los derechos del hombre. Algunos de éstos tienen por objeto lo que se ha convenido en llamar 'las libertades', es decir, las formas de reconocer a cada ser humano su carácter de persona responsable de sí misma y de su destino transcendente, así como la inviolabilidad de su conciencia". [151]

Pero no debemos olvidar que, a cada derecho le corresponde también el deber de respetarlo. [152] La Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, en su artículo 32.2 nos dice: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

### *III.2.1. Libertad y responsabilidad materna*

Los promotores y defensores del derecho al aborto en mujeres víctimas de violación hacen referencia a los derechos vulnerados de la madre. Sostienen que son los derechos sexuales y reproductivos los que están en juego y que debe priorizarse el derecho de la madre a la privacidad, a la intimidad, a decidir sobre su propio cuerpo, a la libertad de conciencia. [153] Sin embargo, vimos que el ejercicio res-

[148] JUAN XXIII, *Carta Encíclica Pacem in Terris* 34, 1963.
[149] CONCILIO VATICANO II, op. cit., 17.
[150] JUAN XXIII, op. cit., 9.
[151] CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, op. cit., 32.
[152] JUAN XXIII, op. cit., 30,
[153] MORELLI, Mariano, "La peligrosa pendiente que convierte..., op. cit., p. 76.

ponsable de los derechos humanos exige que toda persona respete los de las demás.

En el aborto provocado, se da muerte deliberada a un ser humano inocente, privándolo del derecho a la vida, base y fundamento de todos los otros derechos humanos. Nadie tiene "derecho" a privar de la vida a un ser humano inocente. La madre no puede disponer de la vida de su hijo, por lo tanto, es responsable de su muerte, aunque éste haya sido concebido contra su voluntad y después de un acto de violencia. El respeto debido a la dignidad de todo ser humano es el fundamento de la libertad y de la responsabilidad. Por triste y difícil que sea la situación de una mujer embarazada como consecuencia de una violación, está en juego la vida y la dignidad del ser humano en etapa de desarrollo.

> "Cuando una mujer está embarazada, ya no se habla de una vida, sino de dos, la de la madre y la de su hijo o hija en gestación, y ambas deben ser preservadas y respetadas". [154]

La mujer tiene derecho a ser protegida, a ser cuidada y contenida, a ser ayudada en esta dolorosa situación, pero no tiene potestad para terminar con la vida de un ser humano inocente. Sin desconocer las dificultades que eventualmente podría acarrear un embarazo en estas condiciones, no hay razón alguna que pueda darnos el derecho a disponer de la vida de un ser inocente e indefenso en el seno materno. [155]

Hay que tener cuidado también cuando se habla de "derechos de la madre". Hay mujeres, entre ellas niñas y adolescentes que, bajo el pretendido derecho a abortar, son forzadas por sus padres, sus parejas o los propios responsables del acto de violencia que originó el embarazo, a terminar con la vida del niño. [156] En este sentido también nos recuerda Juan Pablo II:

> "No se pueden olvidar las presiones que a veces provienen de un contexto más amplio de familiares y amigos. No raramente la mujer está sometida a presiones tan fuertes que se siente psicológicamente obligada a ceder al aborto: no hay duda de que en este caso la responsabilidad moral afecta particularmente a quienes directa o indirectamente la han forzado a abortar". [157]

[154] CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA. *Declaración del Episcopado en defensa de la vida: de la madre y del hijo*, 26 de agosto de 2011 [en línea], disponible en: <http://www.es.catholic.net/abogadoscatolicos/429/2805/articulo.php?id=51718>.
[155] JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Evangelium Vitae,* 20.
[156] KOCH, Elard, *Aborto y violencia contra la mujer: una verdad incómoda*, publicado el 8 abril 2013 [en línea], disponible en: <http://www.chileb.cl/perspectiva/aborto-y-violencia-contra-la-mujer-una-verdad-incomoda/>.
[157] JUAN PABLO II, op. cit., 59.

### *III.2.2. Libertad y responsabilidad del médico*

> "Es peculiar la responsabilidad confiada a todo el personal sanitario: médicos, farmacéuticos, enfermeros, capellanes, religiosos y religiosas, personal administrativo y voluntarios. Su profesión les exige ser custodios y servidores de la vida humana. (...) Su responsabilidad ha crecido hoy enormemente y encuentra su inspiración más profunda y su apoyo más fuerte precisamente en la intrínseca e imprescindible dimensión ética de la profesión sanitaria, como ya reconocía el antiguo y siempre actual juramento de Hipócrates, según el cual se exige a cada médico el compromiso de respetar absolutamente la vida humana y su carácter sagrado". [158]

El médico hace un juramento en el momento de recibir su Título profesional habilitante:

> "(...) No daré una medicina mortal a nadie que la pida, ni haré sugerencias a este respecto. De modo similar, no daré a ninguna mujer un remedio abortivo" (...). [159]

En la versión del juramento hipocrático de la Convención de Ginebra leemos:

> "(...) practicaré mi profesión con conciencia y dignidad; la salud de los pacientes será mi primer objetivo (...) mantendré el máximo respeto por la vida humana desde el momento de la concepción; incluso bajo amenaza, no usaré mis conocimientos médicos en contra de las leyes de humanidad (...)".

En 1952 se adoptó una declaración especial para los estudiantes de medicina que se graduasen en la Hebrew University:

> "(...) Tendréis en el mayor aprecio la vida del hombre desde que es concebido en el vientre de su madre, y su bienestar constituirá vuestro primer objetivo (...)".

El Manifiesto de la Christian Medical Fellowship de 1975 nos dice:

> "En relación con la vida humana: 1. Reconocer que Dios es el creador, el Mantenedor y el Señor de toda vida (...) 4. Mantener el más profundo respeto por la vida humana individual desde su comienzo hasta su fin, incluyendo al no nacido, al que necesita ayuda, al inválido y al anciano (...)".

El Código Internacional de Ética Medica de la World Medical Association, adoptado por la World Medical Association en su Asamblea General en Ginebra en 1948 nos recuerda:

[158] Ibíd., 89.
[159] Códigos de ética Médica [en línea], disponible en: <http://www.colmed5.org.ar/Codigoetica/codigosetica2.htm#HIPOCRATICO>.

"El médico debe mantener siempre las más altas normas de conducta profesional. No debe permitir dejarse influir por meros motivos de beneficio personal. Se condenan como no éticas las siguientes prácticas: (...) b) Tomar parte en cualquier plan de cuidados médicos en el que el médico no tenga independencia profesional completa (...) El médico siempre debe tener en mente la importancia que posee preservar la vida humana desde la concepción. El aborto terapéutico solo debe realizarse si lo permiten la conciencia del médico y las leyes nacionales".

En el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina leemos:

Artículo 48: "El Equipo de Salud debe disponer de libertad en el ejercicio profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad. Ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional" y artículo 480: "Las instituciones y organizaciones asistenciales (públicas, obras sociales, prepagas, privadas, etc.) respetarán la libertad de conciencia de los profesionales, cuando planteadas las excepciones y cumplimentados los requisitos legales previstos, deba cumplimentarse el aborto". [160]

El médico es una persona libre y autónoma, y no puede ser obligado, en su práctica profesional, a realizar actos que vayan en contra de su conciencia, aunque puedan estar escritos en una ley. [161] Nos dice el Cardenal Sgreccia: "Cuando una ley aprueba una conducta moralmente ilícita se convierte, por eso mismo, en una ley negativa que pervierte el juicio ético, especialmente en un hecho de valor primario como es la vida". [162] Por lo tanto, el médico tiene el derecho y el deber de negarse a practicar un aborto en pacientes víctimas de violación, amparado en la objeción de conciencia. [163]

En la práctica médica siempre se habla del embarazo como un binomio madre-hijo, lo que da a entender a las claras que se trata de dos personas. El médico tiene el deber y la responsabilidad de cuidar la salud de ambos. [164]

Consideramos que el médico que hace su objeción de conciencia y se niega a practicar un aborto, no debe ser excluido del equipo de salud. Además, debe permitírsele recibir en la consulta a pacientes embarazadas víctimas de violación que

[160] HURTADO, HOYO Elías y col, *Código de Ética para el equipo de Salud*, 2da Ed., CABA, AMA-Sociedad de Ética en Medicina, 2011.
[161] JUAN PABLO II, op. cit., 74.
[162] SGRECCIA Elio, op. cit., p. 549.
[163] PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *XIII Asamblea General...,* op. cit., 6.
[164] PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS, *Carta de los Agentes Sanitarios*, 1, 1995.

desean practicarse un aborto. Si bien el médico objetor de conciencia, por ese mismo motivo, no llevará adelante la práctica, puede perfectamente hablar con la paciente, asesorarla, orientarla, brindar sus consejos y ayudarla para que, actuando de manera verdaderamente libre, la paciente pueda revertir la decisión.

### *III.2.3. Responsabilidad del Estado*

Hemos visto cómo a nivel Nacional e Internacional, se protege la vida del niño desde el momento de la concepción, por lo que el Estado debe respetar los derechos del niño y adoptar todas las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Los Estados y sus funcionarios deben proteger y garantizar toda vida humana desde la concepción, ya que una actitud contraria implicaría una violación del derecho humano más fundamental, y un claro incumplimiento de los Tratados Internacionales que así lo disponen. Esto lo repite muy claramente la Convención de los Derechos del Niño, la que, en su artículo 6 nos dice:

> "1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

Recordemos que esta Convención fue ratificada por nuestro país en su Ley 23.849, en la que aclara que, para la República Argentina "niño es todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad". La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en su artículo 19 expresa que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

El artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". En el preámbulo se proclama que todos los pueblos y naciones deben esforzarse para que tanto los individuos como las instituciones promuevan el respeto de todos los derechos y libertades recogidas en tal Declaración y asegurar su reconocimiento y aplicación universal y efectiva.

El Papa Juan XXIII nos recuerda que "tutelar el campo intangible de los derechos de 1a persona humana y hacerle lle-

vadero el cumplimiento de sus deberes debe ser oficio esencial de todo poder público" [165] y que "es además deber de quienes están a la cabeza del país trabajar positivamente para crear un estado de cosas que permita y facilite al ciudadano la defensa de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones". [166] Está en consonancia con lo referido por su Santidad Juan Pablo II:

> "Los deberes fundamentales de los poderes públicos consisten sobre todo en reconocer, respetar, armonizar, tutelar y promover aquellos derechos, y en contribuir por consiguiente a hacer más fácil el cumplimiento de los respectivos deberes". [167]

Ya vimos que el aborto en nuestro país es un delito y que, para aquellos que aceptan la interpretación amplia del artículo 86 del Código Penal Argentino, el aborto practicado en pacientes víctimas de una violación está dentro de los criterios de no punibilidad. Que una conducta sea "no punible" no supone que sea legal, ni que el Estado deba protegerla, sino que, en determinadas circunstancias, el Estado reconoce que no se han dado las condiciones para la imposición de penas a ese determinado comportamiento. [168]

Al respecto se pronuncia SS Juan Pablo II:

> "(...) la ley civil debe asegurar a todos los miembros de la sociedad el respeto de algunos derechos fundamentales, que pertenecen originariamente a la persona y que toda ley positiva debe reconocer y garantizar. Entre ellos el primero y fundamental es el derecho inviolable de cada ser humano inocente a la vida. Si la autoridad pública puede, a veces, renunciar a reprimir aquello que provocaría, de estar prohibido, un daño más grave, sin embargo, nunca puede aceptar legitimar, como derecho de los individuos, aunque éstos fueran la mayoría de los miembros de la sociedad, la ofensa infligida a otras personas mediante la negación de un derecho suyo tan fundamental como el de la vida. [169]

Pone de manifiesto que:

> "Una de las características propias de los atentados actuales contra la vida humana consiste en la tendencia a exigir su legitimación jurídica, como si fuesen derechos que el Estado, al menos en ciertas condiciones, debe reconocer a los ciudadanos y, por consiguiente, la tendencia a pretender su realización con la asistencia segura y gratuita de médicos y agentes sanitarios". [170]

[165] JUAN XXIII, op. cit., 60.
[166] Ibíd., 63.
[167] JUAN PABLO II, op. cit., 71,72.
[168] LAFERRIERE, Jorge Nicolás y otros, *La vida, primer derecho humano*, Buenos Aires, Educa, 2010, p. 14.
[169] JUAN PABLO II, op. cit., 71.
[170] Ibíd., 68.

Siguiendo las enseñanzas de Juan Pablo II podemos concluir que:

> "Ninguna circunstancia, ninguna finalidad, ninguna ley del mundo podrá jamás hacer lícito un acto que es intrínsecamente ilícito, por ser contrario a la Ley de Dios, escrita en el corazón de cada hombre, reconocible por la misma razón, y proclamada por la Iglesia". [171] "El aborto va más allá de la responsabilidad de las personas concretas y del daño que se les provoca, asumiendo una dimensión fuertemente social: es una herida gravísima causada a la sociedad y a su cultura por quienes deberían ser sus constructores y defensores. (...) La responsabilidad implica también a los legisladores que han promovido y aprobado leyes que amparan el aborto y, en la medida en que haya dependido de ellos, los administradores de las estructuras sanitarias utilizadas para practicar abortos." [172]

Debemos recordar que los poderes internacionales no pueden exigir a los Países promulgar leyes que vayan en contra de los derechos fundamentales de las personas.

> "La autoridad mundial debe proteger los derechos de la persona humana. Así como no se puede juzgar del bien común de una nación sin tener en cuenta a la persona humana, lo mismo debe decirse del bien común general; por lo que la autoridad pública mundial ha de tender principalmente a que los derechos de la persona humana se reconozcan, se tengan en el debido honor, se conserven incólumes y se aumenten en realidad." [173]

Pero no solo es responsabilidad del Estado reconocer y respetar los derechos del niño, sino también ocuparse de la mujer embarazada, brindándole todos los servicios de salud que necesite. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 nos dice que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

Esto se debe lograr a través de servicios adecuados de salud para la madre y el niño, que abarquen las esferas física, psicológica y social. No es aceptable la teoría de que para salvaguardar la salud de la madre haya que atentar contra la vida del hijo. [174]

### III. 3. Principio de totalidad o terapéutico

Desde la mirada de la Bioética Personalista, el principio de totalidad o

[171] Ibíd., 62.
[172] Ibíd., 59.
[173] JUAN XXIII, op. cit., 139.
[174] ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, *Declaración del 30 de septiembre de 2010* [en línea], disponible en: <http://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/02.php>.

terapéutico se aplica con el fin de salvaguardar la vida humana o la integridad física de la persona. Recordemos que este principio requiere algunas condiciones para ser aplicado. [175]

Cuando, para salvar al todo y la vida misma del sujeto, se debe intervenir incluso mutilando una parte del organismo, se sigue aplicando el principio de inviolabilidad de la vida. [176] Sin embargo, en el caso del aborto practicado en pacientes embarazadas como consecuencia de una violación, no estaríamos aplicando los principios de defensa de la vida física ni de totalidad o terapéutico. Hemos demostrado que el feto no es una parte del organismo materno, sino un ser humano único e irrepetible, una persona autónoma, por lo que no estaríamos mutilando una parte del organismo, sino que, en realidad, estamos procurando la muerte directa e intencional de un ser humano inocente pretendiendo proteger la vida o la salud de la mujer.

Todos los organismos Nacionales e Internacionales que promueven el aborto en casos de violación lo hacen por considerar que la práctica de abortos en condiciones peligrosas contribuye a un aumento en las tasas de mortalidad materna. Está explicitado en las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos hechas a Perú, Gambia y Argentina. Llama la atención que solo en las observaciones hechas a Irlanda no aclaren que el aborto en condiciones clandestinas favorece el aumento de la mortalidad materna. Quizás porque justamente Irlanda y Chile, que son los países con mayores restricciones al acceso al aborto, tienen las tasas más bajas de mortalidad materna.

> "Ambos países se encuentran entre las naciones más seguras del mundo para ser madre en sus respectivos continentes. En el caso de Chile, excluyendo muertes por causas no obstétricas, también llamadas causas indirectas, el año 2010 ocurrieron 30 muertes con una razón de mortalidad de 11,9 por 100,000 nacidos vivos. Esto sitúa al país sólo tras Canadá en el continente americano y con más baja mortalidad materna que Estados Unidos. En Irlanda, el mismo año se registraron tres muertes maternas con 74.976 nacidos vivos y una razón de mortalidad de cuatro por 100,000 nacidos vivos, situando a ese país entre los cinco países con más baja mortalidad de Europa". [177]

[175] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 224.
[176] Ibíd., p. 223.
[177] KOCH, Elard, *Chile, Irlanda y el aborto*. Publicado el 18 marzo 2013 [en línea], disponible en <http://www.chileb.cl/perspectiva/chile-irlanda-y-el-aborto/>.

Por el contrario, hay países donde el aborto legal no tiene restricciones y sin embargo tienen tasas más elevadas. Esto iría en contra de los motivos de preocupación de los Comités de Derechos Humanos. El 11 de julio de 2013 Irlanda aprobó, después de un acalorado y extenso debate, el aborto en caso de que el embarazo ponga en riesgo la vida de la madre, incluido como motivo la amenaza de suicidio y esto fue ampliamente publicado en distintos periódicos del mundo. Para introducir la práctica "legal" del aborto no pudieron dar como argumento el aumento de muertes maternas por abortos practicados en condiciones clandestinas.

En definitiva, el motivo que se aduce para realizar la práctica del aborto en pacientes víctimas de una violación es el para nosotros mal llamado "terapéutico", es decir, para evitar la muerte de la madre, si ésta practica el aborto en condiciones clandestinas. Se están incluyendo también causas de orden psicológico, considerando que estas situaciones podrían inducir a la madre al suicidio.

A continuación desarrollaremos las cuatro condiciones que se requieren para aplicar el principio de totalidad o terapéutico y demostraremos que, desde la reflexión de la Bioética Personalista, no podemos aplicar este principio al caso de mujeres embarazadas como consecuencia de una violación.

### *III.3.1. Que la intervención sea sobre la parte enferma o causante directa del mal para salvar el organismo sano*

Es evidente que lo que hay que "extirpar" para procurar salvar al organismo sano es la parte enferma del mismo, la causa directa del mal. En el caso de los embarazos en mujeres víctimas de violación no es el niño la parte enferma ni el causante directo del mal, por lo que la muerte directa e intencional del niño a través del aborto, no podemos considerarla una medida terapéutica. [178]

La Declaración de Dublín sobre Salud Materna de Septiembre de 2012 expresa:

> "Como investigadores y médicos experimentados en Ginecología y Obstetricia, afirmamos que el aborto inducido, la destrucción deliberada del no nacido, no es médicamente necesario para salvar la vida de una mujer. Sostenemos que existe una diferencia fundamental entre el aborto y los tratamientos necesarios que se llevan a cabo para salvar la vida de la madre, aún si aquellos tratamientos dan como resultado

[178] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 554.

> la pérdida de la vida del niño no nacido. Confirmamos que la prohibición del aborto no afecta, de ninguna manera, la disponibilidad de un cuidado óptimo de la mujer embarazada".

Pío XII condenó como ilícito todo aborto directo, es decir, todo acto que tienda directamente a destruir la vida humana aún no nacida, tanto si tal destrucción se entiende como fin o solo como medio para el fin. [179] La misma enseñanza nos transmite SS Juan Pablo II en la Encíclica *Evangelium Vita*e.

> "Declaro que el aborto directo, es decir, querido como fin o como medio, es siempre un desorden moral grave, en cuanto eliminación deliberada de un ser humano inocente". [180]

Lo que se llama "aborto terapéutico" consiste, por lo tanto, en practicar un aborto pensando que la continuación del embarazo comporta graves riesgos para la vida o la salud de la madre. Es eliminar al hijo para proteger la vida o la salud de la madre. Es claramente un aborto directo, y desde ese punto de vista es ilícito. Bien lo señala el Cardenal Elio Sgreccia:

> "Es deber del médico sostener la vida tanto de la madre como la del niño y proporcionar todos los medios terapéuticos para que ambos se salven. Entre estos medios no existe el de dar muerte directamente, que no es ni un acto médico ni un acto ético. (...) La vida inocente no puede ser suprimida directamente por ninguna razón, al ser un valor trascendente, ni directamente sacrificada a favor de otros, aunque sea para salvar a alguien". [181]

Distinto es el caso del llamado "aborto indirecto", cuando este se produce como consecuencia indirecta de un acto en sí no abortivo. La Iglesia enseña que "cuando el aborto viene como consecuencia prevista pero no intencionada ni querida, simplemente tolerada, de un acto terapéutico inevitable para la salud de la madre, éste es moralmente legítimo". [182]

Volviendo al caso de la mujer embarazada como consecuencia de una violación, es absolutamente comprensible que, al enterarse de que está embarazada, esté desesperada, angustiada y que desee "huir" de esa situación. Muchos creen que la solución "mágica" está en la

[179] PÍO XII, *Discurso del Santo Padre al Congreso de la Unión Católica Italiana de Obstétricas*, 29 de octubre de 1951 [en línea], disponible en: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/speeches/1951/documents/hf_p-xii_spe_19511029_ostetriche_sp.html>.
[180] JUAN PABLO II, op. cit., 62.
[181] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 571.
[182] PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS, op. cit., 142.

realización de un aborto, pensando que al eliminar al niño, todo se soluciona, como si fuera el niño el responsable de la situación.

El niño no es parte enferma de la madre o causante directo del mal; él es un ser inocente. Es otra circunstancia la que causó la angustia de la madre. La mujer seguramente ha estado sometida durante años a una violencia sexual que ha pasado inadvertida o que se ha silenciado dentro del entorno familiar. Muchas veces sale a la luz el antecedente de un abuso sexual de años de perpetración cuando la niña o la adolescente quedan embarazadas.

En estas circunstancias el embarazo en sí mismo es normal y la madre no corre peligro de vida o de salud. El verdadero peligro para la salud o la vida de la madre se presenta cuando se realiza la interrupción del embarazo, no solo de manera clandestina, sino incluso cuando es legal y se practica bajo vigilancia médica. [183] Por ese mismo motivo, el Ministerio de Salud de Francia, por ejemplo, obliga a dar información correcta a las pacientes que quieren someterse a un aborto:

> "Este acto médico no es trivial y puede traer riesgos o complicaciones (...) En el transcurso de la primer visita (...) el médico debe informar a la mujer los riesgos y los efectos secundarios posibles de la interrupción voluntaria del embarazo (esta obligación de información está mencionada claramente en la página 5 del documento-guía del Ministerio de Salud)". [184]

Hay personas que proponen el "aborto terapéutico" como medio para evitar una afectación en la salud mental de la madre. Una revisión reciente de la literatura, después de examinar los treinta artículos de investigación publicados entre 1995 y 2011, nos muestra que el aborto puede estar relacionado con trastornos mentales posteriores. [185] Los resultados más estudiados fueron la depresión, los trastornos de ansiedad (por ejemplo, trastorno de estrés postraumático) y el abuso de sustancias. En siete artículos se comparó el aborto frente a embarazos no deseados que terminaron en el parto: en cuatro estudios (57%) se encontró un riesgo mayor de

[183] THONNEAU, Patrick Fernand, *Mortalité maternelle et avortements dans les pays en développement*, p. 8 [en línea], disponible en: <http://www.jsieurope.org/safem/collect/safem/pdf/s2959f/s2959f.pdf>.
[184] SOS-IVG, *IVG en France. L'IVG et la loi* [en línea], disponible en: <http://www.ivg.net/droits-des-femmes/ivg-en-france>.
[185] BELLIENI, Carlos, BUONOCORE, Giuseppe, "Abortion and subsequent mental health: Review of the literature", *Psychiatry and Clinical Neurosciences*, Volume 67, Issue 5, July 2013, pp. 301-310.

trastornos en los grupos de aborto y en tres, no hallaron diferencias en ambos grupos. Sin embargo, ninguno demostró que hubiera una mayor incidencia de trastornos en las pacientes que continuaron con su embarazo. La conclusión de los autores es que la pérdida fetal parece exponer a las mujeres a un mayor riesgo de trastornos mentales. En relación al riesgo de suicidio hay estudios que demuestran una mayor incidencia de suicidios en las mujeres que se procuraron un aborto en relación a las que llegaron al parto. [186]

Las experiencias de abuso en la infancia son factores de riesgo importantes, tanto para el embarazo como para la ideación suicida. [187] Hay datos que revelan que se ha visto incrementada la relación entre la violencia de pareja y la severidad de la ideación suicida. [188] Por lo tanto, inducir a practicar un aborto a una paciente violada o abusada con el fin de evitar un daño para su salud mental o la muerte por un intento de suicidio, no tiene asidero científico sólido.

### *III.3.2. Que no existan otras maneras o medios para evitar la enfermedad*

Por lo que hemos expuesto, el motivo por el cual se promociona el aborto en mujeres víctimas de violación es el aumento en la tasa de mortalidad materna asociada a las complicaciones por abortos clandestinos o el riesgo de suicidio. En ambos casos existen maneras para evitar estas complicaciones, diferentes al aborto.

Chile demostró ser el país con menor tasa de mortalidad materna en América Latina, pese a ser uno de los países con leyes más restrictivas al aborto. [189] En lugar de intentar legalizar el aborto, sabiendo que eso lleva a la muerte intencional y deliberada de cientos y miles de niños, ¿no habría que profundizar en cuáles son los motivos por los que Chile e Irlanda tienen las tasas más bajas de mortalidad materna, siendo que el aborto no está permitido en esos países? Es evidente que existen otras alternativas para disminuir la mortalidad materna

[186] GISSLER M, HEMMINKI E, LÖNNQVIST J., "Suicides after pregnancy in Finland, 1987-94: register linkage study". *BMJ*. 313(7070), Dec 7, 1996, pp. 1431-4.
[187] ZAPATA, LB, KISSIN, DM, at coll, "Orphaned and abused youth are vulnerable to pregnancy and suicide risk". *Child Abuse Negl*. 37(5), May 2013, pp. 309-10.
[188] ELY, GE, NUGENT, WR, CEREL, J, VIMBBA, M, "The relationship between suicidal thinking and dating violence in a sample of adolescent abortion patients". *Crisis*, 32(5), 2011, pp. 246-53.
[189] ACIPRENSA, Chile demuestra que aborto no reduce mortalidad materna [en línea], disponible en: <http://www.aciprensa.com/noticias/chile-demuestra-que-aborto-no-reduce-mortalidad-materna/#.Ue5YU3_DC3Z>.

que no sea la legalización del aborto. Solo hay que buscarlas y aplicarlas.

¿Realmente hay un interés político e ideológico en disminuir la incidencia del aborto reconociendo que es un atentado directo a la vida humana y una violencia hacia la mujer? [190] ¿Qué se hace en materia de prevención del aborto?

"Prevenir es mucho más que un acto médico-sanitario. Se trata de incidir sobre la cultura, a través del rescate de valores sumergidos y la educación sobre éstos, la difusión de una concepción más sobria y solidaria de la vida, la información sobre hábitos de riesgo y educación respectiva para su modificación, la formación de un consenso político para obtener una legislación de apoyo. La posibilidad efectiva y eficaz de la prevención está ligada no solo y primariamente a las técnicas de ejecución, sino especialmente a las motivaciones que la sostienen y a su concreción y difusión cultural". [191]

En cuanto a la posibilidad de que la madre tenga un intento de suicidio por un estado depresivo, también es otro punto "evitable". En estas pacientes es fundamental el apoyo psicológico y social, no solamente la consulta médica. Se trata de una situación muy difícil y compleja para ser manejada por un solo profesional. El abordaje de estas pacientes debe ser interdisciplinario para abarcar todas las esferas: física, psicológica y social y ayudarlas a lograr el más alto grado posible de salud. [192]

### *III.3.3. Que exista una alta probabilidad de éxito*

Cuando hablamos de aborto, ¿de qué éxito hablamos? La muerte directa, intencional y segura del niño sano e inocente a través de la práctica del aborto ¿es un éxito?

Si la "alta probabilidad de éxito" hace referencia a la disminución de las muertes maternas relacionadas con la práctica del aborto, ya dijimos que no es lícito, de ninguna manera, hacerlo a través de la muerte del niño aún no nacido. Igualmente, recordemos que, aún en países donde el aborto es legal, como por ejemplo Francia, se acepta que no es una intervención banal, sino que implica riesgos para la vida o la salud de la madre, aunque se realice el aborto en un medio

[190] KOCH, Elard, *Aborto y violencia...*, op. cit.
[191] PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS, op. cit., 52.
[192] *Informe de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud.* Alma-Ata, 6-12 de septiembre de 1978.

adecuado y sea practicado por profesionales de la salud. [193]

### *III.3.4. Que se haga con el consentimiento del paciente*

La Ley de Derechos del Paciente Nº 26.529 en el artículo 5º del III Capítulo define al Consentimiento Informado como:

> "La declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, *información clara, precisa y adecuada* con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados".

Por lo tanto, para que la paciente que acude a la consulta solicitando la práctica del aborto pueda tomar una decisión verdaderamente libre, debe ser bien informada por el profesional. Esta información debe ser completa, explicando lo que significa el aborto, las posibles consecuencias para la salud o la vida de la madre y cuáles son las alternativas que se le pueden ofrecer. [194]

Dado que la mujer, al enterarse de que está embarazada como producto de una violación, atraviesa una situación tan difícil, consideramos muy importante que reciba apoyo y ayuda psicológica desde la primera consulta. Hay que evaluar si la paciente está psicológicamente en condiciones de tomar una decisión de semejante peso, como es la práctica de un aborto. La decisión debe ser realmente libre y la persona no debe estar presionada por la situación, por familiares, amigos o los medios de comunicación. Hay que tener en cuenta que hay momentos muy difíciles en los que el entendimiento se puede ofuscar y eso no ayuda a la toma de una decisión adecuada. Así lo informa el Centro Nacional de escucha anónima y gratuita de Francia:

> "Con demasiada frecuencia, en 'SOS-Interrupción voluntaria del embarazo', recibimos testimonios e incluso denuncias contra clínicas de IVE (Interrupción voluntaria del embarazo) que muestran que la mujer no ha podido hacer una verdadera elección libre y clara en las consultas pre-

[193] Cfr. nota 183.
[194] CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS, op. cit., 72.

> IVE. Las pacientes son a menudo 'apuradas' por los profesionales para 'volver en el tiempo' y 'para evitar problemas médicos de una IVE tardía', sin tener en cuenta a la persona en toda su dimensión humana y psicológica, con sus dudas y preguntas". [195]

La mujer que acude al profesional en estas circunstancias lo hace para pedir ayuda. Es muy común que inicialmente crea que la práctica del aborto sea la solución a su problema. Sin embargo, cuando la relación médico-paciente se funda en la confianza, después de un diálogo prolongado y profundo, es muy probable que la paciente se de cuenta que matar al niño no sea la verdadera solución. Esto no significa obligar a la paciente a tomar otra decisión, sino ayudarla a tomar la más apropiada.

Por lo tanto, para los profesionales de la salud es muy importante ayudar a la mujer a que tome la decisión según su conciencia moral, es decir, que sea consciente del valor moral de la acción que pretende realizar. [196]

### III.4. Principio de sociabilidad y subsidiariedad

Este principio implica la condición de la persona como ser social. El hombre es por su esencia un ser social, abierto a los demás. [197] La autonomía del ser humano no es absoluta, pues todos necesitamos de los demás para un crecimiento y desarrollo adecuado. [198] La persona está inserta en la sociedad y debe ser beneficiaria de toda la organización social, porque la misma sociedad se beneficia de la persona, de todo hombre y de todos los hombres.

En el caso que nos ocupa, es decir, el aborto en mujeres embarazadas víctimas de una violación, ¿cómo aplicaríamos el principio de sociabilidad?

> "En el caso de la promoción de la vida y la salud, implica que todo ciudadano se comprometa en considerar su propia vida y la de los demás como un bien no solo personal, sino también social y comprometa a la comunidad a promover la vida y la salud de todos y cada uno, a fomentar el bien común promoviendo el bien de todos y cada uno". [199]

[195] SOS-IVG, *Les consultations en centre IVG* [en línea], disponible en: <http://www.ivg.net/droits-des-femmes/les-consultations-en-centre-ivg >.
[196] JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Veritatis Splendor*, 61.
[197] CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, op. cit., 32.
[198] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 226.
[199] Ídem.

El Papa Juan Pablo II considera que negar el derecho a la vida es lo que se contrapone más directa e irreparablemente a la posibilidad de realizar el bien común. [200]

Vimos que por el principio subsidiariedad, la comunidad debe ayudar donde más se necesite y cuidar a quien esté más necesitado de cuidados. [201] Esto implica que sean ayudados aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos, que no tienen posibilidad de buscar lo necesario para su alimentación, su instrucción o su salud. Ayudarlos en las situaciones de conflicto, pero sin suplantar o sustituir sus decisiones finales. [202] La ayuda en estas situaciones tan complejas no consiste en promover y facilitar la eliminación de vidas humanas. Si así fuera, el principio de sociabilidad y subsidiariedad se volvería un contrasentido y pervertiría su significado. [203]

Muchas mujeres llegan a la práctica del aborto por sentirse desesperadas, presionadas, porque no han recibido la ayuda adecuada en una situación tan difícil. Ellas saben que es un ser humano el que se desarrolla dentro de ellas, de ahí la angustia y la desesperación que el embarazo les provoca. La mayoría no desea verdaderamente terminar con la vida del niño, sino ser ayudada para salir de la situación de violencia en la que se encuentra. Por eso es muy importante brindarles el apoyo adecuado, escucharlas, ayudarlas, contenerlas, acompañarlas, orientarlas hacia salidas alternativas que no incluyan la muerte del feto. Muchas de las mujeres que ante la desesperación inicial acuden al profesional para pedir un aborto, desisten al poco tiempo de esa idea y prosiguen el embarazo, quedándose con el hijo o dándolo luego en adopción. Por ese motivo, en países donde el aborto está legalizado dan siempre un tiempo de espera, después de la primer consulta al profesional, para que la mujer recapacite y tome la decisión correcta. [204] Se da este lapso de espera pues se ha visto que cuando se toma la decisión apresurada y no bien madurada de realizar un aborto, puede llevar a la madre a un posterior arrepentimiento, con importantes consecuencias de orden psicológico. [205]

[200] JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Evangelium Vitae*, 72.
[201] SGRECCIA, Elio, op. cit., pp. 226-227.
[202] PIO XI, op. cit., 79.
[203] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 227.
[204] SOS-IVG, *L'importance du délai de réflexion* [en línea], disponible en: <http://www.ivg.net/droits-des-femmes/limportance-du-d%C3%A9lai-de-r%C3%A9flexion>.
[205] ídem.

Este principio no solo compromete al Estado y a la Sociedad en general, sino también a las autoridades mundiales. [206] SS Juan Pablo II denuncia como responsabilidad grave del Estado favorecer la difusión de una mentalidad de permisivismo sexual y de menosprecio de la maternidad y la lucha sistemática por la legalización y la difusión del aborto en el mundo. [207]

En conclusión, la aplicación del principio de sociabilidad y subsidiariedad en el caso de mujeres embarazadas como producto de una violación o abuso sexual, no implica favorecer el acceso al aborto a través de los Servicios de Salud del Estado, ya que la vida de cada persona, es un bien para toda la Sociedad. Por el contrario, la vida y la salud del niño dependen de la ayuda de toda la sociedad.

Fomentar el bien común es promover el bien de todos y cada uno. En estas circunstancias tan dolorosas y difíciles, tanto la madre como el niño necesitan de los cuidados y apoyo del Sistema de Salud para encontrar juntos la solución más apropiada. Esta ayuda no es tal si implica la promoción y facilitación del acceso al aborto, ya que de esa manera no estamos promoviendo el bien común y no estamos ayudando a defender los derechos de todos, el primero de los cuales es el derecho a la vida.

## CUARTA PARTE

## JUICIO CRÍTICO DEL FALLO DESDE LA MIRADA DE LA BIOÉTICA PERSONALISTA ONTOLÓGICAMENTE FUNDADA

En la primera parte del trabajo hicimos un análisis del fallo del Tribunal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre abortos no punibles y planteamos algunos dilemas éticos derivados del mismo. En la segunda parte presentamos las bases de la Bioética Personalista y sus principios. En la tercera parte aplicamos estos principios a los casos de abortos en pacientes embarazadas como consecuencia de una violación. En esta cuarta parte, basándonos en los puntos desarrollados en la segunda y tercera parte del trabajo, haremos un juicio crítico sobre los dilemas éticos planteados en la primera parte, para ver si lo que está propuesto en el fallo es "lícito y benéfico para el bien del hombre". [208]

[206] JUAN XXIII, op. cit., 141.
[207] JUAN PABLO II, op. cit., 59.
[208] SGRECCIA Elio, op. cit., p. 74.

### IV.1. Interpretación amplia del artículo 86, inciso 2 del Código Penal Argentino

El aborto en nuestro país es un delito. Los incisos 1º y 2º del artículo 86 hablan de las excusas absolutorias del mismo. El problema central está en que la interpretación del citado artículo ha provocado desde siempre distintas posturas. [209] Según la interpretación que se haga de los incisos, tendremos dos o cuatro causales de "no punibilidad".

Si se hace una interpretación restrictiva de la norma, las causales serán dos: a) si se ha hecho para evitar un peligro "grave" para la vida o la salud de la madre, siempre y cuando este peligro no pueda evitarse por otros medios y b) si el embarazo proviene de un ataque a la integridad sexual de una mujer idiota o demente, siendo necesario en este caso, el consentimiento de su representante legal.

Si se hace una interpretación amplia, las causales serán cuatro [210]: a) si se ha hecho para evitar un peligro para la vida de la madre, siempre y cuando este no pueda evitarse por otros medios; b) si se ha hecho para evitar un peligro para la salud de la madre, siempre y cuando éste no pueda evitarse por otros medios; c) si el embarazo proviene de la violación hecha a cualquier mujer y d) si el embarazo es producto de una ataque a la integridad sexual de una mujer idiota a demente. Solamente en este cuarto caso, es necesario el consentimiento de su representante legal.

En el caso del Fallo que nos ocupa, el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut interpuesto un recurso extraordinario en representación del *nasciturus* pues hizo una interpretación restrictiva del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal. [211] Al no hallar una excusa absolutoria al delito del aborto practicado en una mujer violada "no idiota ni demente", consideró que no se respetó la vida del niño por nacer y, por lo tanto, que "el Tribunal Superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía". [212] Por el contrario, la SCJN hizo una interpretación amplia del inciso:

> "A través de un análisis global del plexo normativo fundamental involucrado y por aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación sentados por esta Corte

[209] ALONSO, Juan Pablo, "Violación, aborto..., op. cit., p. 302.
[210] MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, op. cit., p. 7.
[211] Fallo..., Ibíd., considerando 3, pp. 2-3.
[212] Ibíd., considerando 6, p. 6.

> desde antiguo, se entiende que corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal". [213]

La Corte considera que, después de analizar en los considerandos 9 al 13 "las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal". [214]

La lectura que hacemos de la conclusión del fallo es que, a pesar de existir un atentado directo contra la vida del niño por nacer, puede y debe practicarse el aborto en cualquier mujer, independientemente de su estado de salud mental, si el embarazo es producto de una violación.

El Tribunal presenta una serie de argumentos que lo llevan a expresar su parecer a favor de la interpretación amplia del artículo y son los que vamos a analizar a continuación.

### *IV.1.1. Argumentos semánticos y sintácticos*

> "De la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a "...(s)i el embarazo proviene de una violación ***o*** de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente" (énfasis agregado), previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza". [215]

"La mera lectura" del inciso 2 del artículo 86 a nosotros y a los que hacen una interpretación restrictiva del mismo nos lleva a pensar que realmente el legislador estipuló dos supuestos, pero haciendo referencia siempre a una mujer idiota o demente: el acceso carnal violento, al que llamamos "violación" (*stricto sensu*) y el acceso carnal no violento, al que llamamos "atentado al pudor" (violación *lato sensu*). [216] Por algo la SCJN al referirse al atentado al pudor cometido en una mujer con deficiencia mental lo considera una violación "impropia".

> "En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer 'idiota o demente'. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el 'atentado al pudor' no puede ser sino un

[213] Ibíd., considerando 8, p. 7.
[214] Ibíd., considerando 14, p. 13.
[215] Ibíd., considerando 18, 5º párrafo, p. 18.
[216] ALONSO, Juan Pablo, "Violación, aborto..., op. cit., p. 307.

> acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice 'violación' también se refiera al mismo tipo de víctima". [217]

En el mismo párrafo el Tribunal continúa diciendo:

> "Es evidente que por exclusión, 'violación' se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no 'idiotas ni dementes'. Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia)".

Si así fuera, ¿por qué aclara la segunda parte del inciso 2 que "en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto?" ¿No es necesario también el consentimiento de un representante legal en el caso de niñas no "idiotas ni dementes", menores de 13 años violadas? ¿Por qué el inciso 2 solo hace referencia a las mujeres "idiotas o dementes" y no incluye entonces a las menores de edad que no pueden consentir o cuyo consentimiento es inválido?

Consideramos que los argumentos sintácticos y semánticos presentados por la Corte no son suficientes para justificar la interpretación amplia del inciso 2 del artículo 86 y por lo tanto, no compartimos las expresiones tan categóricas del Tribunal tales como:

> "Así, de una aplicación, al particular, de las pautas interpretativas fijadas por esta Corte en cuanto a que 'la primera fuente de exégesis de la ley es su letra' (...) *se impone* concluir que (...) no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima", [218] o "(...) de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal *se evidencia que* el legislador (...) previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza", [219] u "(...) *obliga a distinguirlo*, desde la sola semántica, al caso de violación". [220]

### *IV.1.2. "Fines" del legislador*

Al redactar el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal, la intención del legisla-

[217] Fallo..., Ibíd., considerando18, 8º párrafo, p. 19.
[218] Ibíd., considerando 18, 4º párrafo, p. 18.
[219] Ibíd., considerando 18, 5º párrafo, p. 18.
[220] Ibíd., considerando 18, 6º párrafo, p. 19.

dor fue incluir como excusa absolutoria solamente a los abortos eugenésicos y no los sentimentales:

> "Una forma de determinar los 'fines' del legislador consiste en explorar la 'exposición de motivos' de la ley en cuestión. En el caso del art. 86 inc. 2º la discusión en la Cámara de Senadores giró, exclusivamente, en torno a razones de selección eugenésica 'a favor de la sociedad' y 'la pureza étnica'; sin referencia a la posibilidad de permitir el aborto por violación de una mujer sana ('ni demente, ni idiota'). [221] Resulta evidente que la intención del legislador del 1921 fue regular el aborto eugenésico de manera exclusiva, sin considerar al aborto "sentimental" (por violación a una mujer "sana") como causal de impunidad". [222]

Creemos que, si la intención del legislador fue exclusivamente eugenésica, más allá de que no compartamos dicha intención como excusa absolutoria, es evidente que el inciso 2 se refiere solamente al caso del acceso carnal violento (violación) o no violento (atentado al pudor) cometido en una mujer idiota o demente.

### *IV.1.3. Principios de hermenéutica*

Dijimos que la Corte utilizó principios de hermenéutica para argumentar la interpretación amplia del artículo 86 y así lo refiere en los considerandos 8 y 14 del Fallo.

#### *IV.1.3.1 Principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación*

> "(...) los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (...) conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma". [223] "(...) reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos solo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida". [224]

[221] ALONSO, Juan Pablo, "Violación, aborto..., op. cit., p. 316.
[222] Ibíd., p. 317.
[223] Ibíd., considerando 15, 1º párrafo, p. 13.
[224] Ibíd., considerando 15, 2º párrafo, p. 14.

El Tribunal está aceptando que toda mujer víctima de un delito sexual, independientemente del estado de salud mental, tiene derecho a la interrupción del embarazo. Aplica el principio de igualdad y no discriminación a las víctimas del mismo delito. Estamos totalmente de acuerdo en que todas las mujeres agredidas sexualmente, son iguales ante la ley y por lo tanto, tienen los mismos derechos, derecho a la misma protección. El Estado debe comprometerse a respetarlos y a garantizarlos. [225]

Lo que no estamos de acuerdo es que el aborto sea un derecho. Ya hemos desarrollado este punto al hablar del principio de libertad y responsabilidad. No aceptamos que exista un "derecho al aborto" pues nadie tiene "derecho" a privar de la vida a un ser humano inocente.

Los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal son excusas absolutorias al delito del aborto. Ya hemos desarrollado el tema del "aborto terapéutico", por lo que consideramos que de ninguna manera un aborto en una mujer embarazada como consecuencia de una violación puede ser considerado "terapéutico", [226] como se pretende hacer en el Fallo.

> Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia (fs. 153/169) como en la cámara (fs. 350/379 vta.), no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., "*presentaba síntomas depresivos... (e) ideas suicidas persistentes" y que "el embarazo e[ra] vivido como un evento extraño, invasivo... [E]n su mundo interno e [ra] imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre..." por lo que se estimó que "la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña] implica [ba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida*". [227]

Recordemos que el inciso 1 del artículo 86 dice: "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". Para aquellos que aceptan la interpretación amplia del artículo, bastaría la existencia del potencial peligro para la salud para que el aborto pudiera ser practicado sin sanción penal alguna. Siguiendo esta postura amplia, como el concepto de salud para

[225] Ibíd., considerando 15, 3º párrafo, p. 14.
[226] SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 224.
[227] Fallo..., Ibíd., considerando 1, 2º párrafo, p. 1.

la Organización Mundial de la Salud implica "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de afecciones o enfermedades", [228] no serían punibles los abortos practicados para impedir un peligro en la salud psíquica o el bienestar social de la mujer. Creemos que esta es una pendiente muy peligrosa.

Es evidente que un embarazo deseado y aceptado no va a terminar en un aborto provocado. La mujer que piensa en la posibilidad de practicarse un aborto es aquella que no acepta su embarazo, por diferentes motivos. Cualquier embarazo no deseado, puede ser un peligro para la salud psíquica de la madre o un atentado a su bienestar social, por lo que la práctica del aborto en cualquier embarazo no deseado, entraría dentro de las causales de no punibilidad. Si somos consecuentes con la idea de los que aceptan la interpretación amplia de la norma y aplicando los principios de igualdad y prohibición de toda discriminación, el aborto debería estar permitido en cualquier circunstancia. Esto está en total controversia con los artículos 85 y 86 del Código Penal.

Estamos de acuerdo con la SCJN con respecto al "deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada", [229] pero eso no significa que dentro de la atención médica integral esté incluida la muerte directa e intencional de vidas inocentes. Es otra la ayuda que debe brindar el Estado.

*IV.1.3.2. Principio de inviolabilidad de las personas*

En el Considerando 16, la Corte hace referencia a la dignidad de las personas y al principio de inviolabilidad que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente. Considera que la interpretación de este principio "impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar". [230] La conclusión a la que llega es que este principio "impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma".

[228] OMS, *Preguntas frecuentes* [en línea], disponible en: <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>.
[229] Fallo..., Ibíd., considerando 15, 3º párrafo, p. 14.
[230] Ibíd., considerando 16, p. 16.

Es evidente que el Tribunal no tiene en cuenta al feto cuando aplica los principios. Siempre los aplica a la mujer embarazada, pero no considera que en estos casos estamos ante dos personas: la madre y el niño. Hemos demostrado que el niño es persona desde la concepción y por ese motivo debe ser respetado como tal, ya que posee la misma dignidad de cualquier otra persona. A él también debemos aplicarle el principio de inviolabilidad de las personas que lo consagra como un fin en si mismo, por lo tanto no podemos atentar contra su vida directamente. Si aplicamos los principios de igualdad y no discriminación, tampoco le podemos exigir al niño "que realice, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar". ¿Quién se atreve a mensurar el valor de una vida humana aunque aún no haya nacido? El niño estaría obligado a dar su vida para evitar un peligro potencial en la salud de la madre. Es real que la madre involuntariamente fue sometida a un acto de violencia, pero el niño no es el responsable de ello, sino también la consecuencia del mismo.

*IV.1.3.3. Principios de estricta legalidad y pro homine*

> "El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre". [231]

El Tribunal da por sentado que el aborto en pacientes violadas es un derecho, ni siquiera una excusa absolutoria a un delito, por lo que considera que hacer una interpretación restrictiva ampliaría sustancialmente el alcance del castigo penal. [232]

Desde la mirada de la Bioética Personalista, estamos de acuerdo en que hay que "privilegiar la interpretación

[231] PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos* en ABREGU Martín, COURTIS Christian (compiladores) *"La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales"*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.
[232] Fallo..., Ibíd., considerando 17, p. 16.

legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal". [233] Hay que tomar siempre una decisión a favor de la persona. [234]

La interpretación amplia del inciso 2 del artículo 86 del C.P. niega el derecho a la vida del feto. Hace valer un derecho que para nosotros no existe, el derecho a la interrupción del embarazo en pacientes violadas. Tampoco aceptamos que exista "derecho al aborto" cuando el embarazo sea producto de una agresión sexual cometida contra una mujer "idiota o demente". Más allá de la situación dramática, se está procurando la muerte directa e intencional de un ser humano inocente. No creemos estar ante una colisión de derechos. Realmente existe el derecho a la vida del feto, pero no existe el derecho a suprimirla directa e intencionalmente.

En ningún artículo de la Constitución ni de los Tratados internacionales se habla de "derecho a atentar contra la vida de un inocente", sino que siempre se defiende el "derecho a la vida" como el primer y fundamental derecho humano.

### IV.2. Responsabilidad del Estado Argentino frente a los poderes internacionales

El Tribunal nos recuerda, que es pertinente que la SCJN trate el tema de los abortos no punibles, "puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional", [235] y que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles". [236]

Para ello trae a colación las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos hechas a la Argentina el 22/03/2010 [237] y el 29/03/11 [238] y las del Comité de los Derechos del Niño del 21/06/2010. [239]

[233] Ibíd., considerando 17, p. 16.
[234] TENEMBAUM, Mariela, LAVALLE, Agustín, *El principio pro homine y su aplicación por los tribunales superiores.* Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, Defensoría de casación. La Plata, 8 de marzo 2010, p. 1.
[235] Fallo..., Ibíd., considerando 6, p. 6.
[236] Ibíd., considerando 26, p. 25.
[237] Ver: <http://www.csjn.gov.ar/data/onuddhh2010-2014.pdf>.
[238] Ver: <http://www.ccprcentre.org/wp-content/uploads/2012/09/A.66.40_Vol.I_S.pdf>.
[239] Ver: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf>.

### *IV.2.1. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos hechas a la Argentina el 22 de marzo de 2010* [240]

Entre los principales motivos de preocupación y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos del 22/03/2010 figuran "la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo" y cita los artículos 3 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Concluye que "el Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas".

Consideramos que la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que hace el Comité no concuerda con lo que expresa el Pacto en su Preámbulo y en sus artículos 5 y 26. No hemos encontrado en ningún artículo del Pacto que se hable de derecho al aborto, sino solo derecho a la vida como lo refiere el artículo 6 y derechos del niño sin discriminación por nacimiento, como lo refiere el artículo 24.

No entendemos qué significa "el Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados". La decisión de evitar un embarazo es algo que atañe a la mujer, como lo indica la Declaración Universal de los Derechos Sexuales. El Estado podrá ayudar y ofrecer la atención clínica que cada mujer necesite, pero de allí a pasar a evitar embarazos no deseados promoviendo o haciendo efectiva la práctica del aborto es distinto. Una cosa es evitar un embarazo y otra muy diferente interrumpir un proceso ya iniciado.

¿Qué significa que "estas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas"? ¿Significa que el Estado debe promover y favorecer de manera "efectiva" la práctica del aborto, es decir, atentar directamente contra la vida de los niños no nacidos para que las mujeres no pongan en peligro sus vidas al cometer un acto delictivo? Ya vimos en la tercera parte al hablar de aborto terapéutico, que el verdadero peligro para la vida de la madre

[240] Creemos que hubo un error involuntario: La Corte en el Considerando 6º hace referencia al Comité de los Derechos del Niño, pero cita CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010, que corresponde a las Observaciones del Comité de Derechos Humanos.

está en relación con la práctica del aborto, no con la prosecución del embarazo.

### *IV.2.2. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos hechas a la Argentina el 29 de marzo de 2011*

El hecho expuesto y que motivó las observaciones del Comité hechas a la República Argentina fue la negativa de las autoridades médicas y judiciales a autorizar el aborto en LMR, una mujer de 20 años de edad, débil mental y violada por su tío. Se alegó que la paciente fue víctima por parte de Argentina de violaciones a los artículos 2, 3, 6, 7, 17 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En las observaciones el Comité considera que los hechos descritos configuran una violación del artículo 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto. Realmente no comprendemos por qué acusa a la Argentina de haber violado los artículos citados del Pacto. Podríamos decir, por el contrario, que al aceptar el aborto como un derecho de la mujer, estamos violando el artículo 2, párrafo 1 del Pacto. Aunque el feto no haya nacido es persona [241] y tiene derecho a que el Estado lo proteja, en virtud del artículo 6, párrafo 1 del Pacto que dice "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente."

### *IV.2.3. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño hechas a la Argentina el 21 de junio de 2010*

> "El Comité expresa además preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal".

En relación a la mortalidad materna en la Argentina durante el año 2005 citamos el artículo de Elsa Andina, jefa de Departamento de Tocoginecología de la Maternidad Sardá, presentado en la Academia Nacional de Medicina en agosto de 2007:

> "En el año 2005 en Argentina, la tasa de mortalidad materna fue del 40/100.000 nacidos vivos; es decir que 279 mujeres murieron por causas relacionadas al embarazo, parto ó puerperio. A pesar de los compromisos asumidos a lo largo de los últimos 10 años, no se ha observado una disminución significativa de la tasa de mortalidad mater-

[241] Art. 70 del C.C.: Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (...)

> na (...) Las causas más frecuentes son las complicaciones del aborto (25.6%), las hemorragias postparto, las infecciones/sepsis y los trastornos hipertensivos derivados del embarazo. La mayoría de estas muertes se han producido en efectores públicos de salud y los principales factores de riesgo son la falta de condiciones obstétricas esenciales, de disponibilidad de profesionales capacitados y activos en servicio y de insumos necesarios para asistir una emergencia". [242]

Sin desmerecer el inestimable valor de cada vida humana, en el año 2005 murieron 71 mujeres a causa de las complicaciones del aborto. Vemos que el 74,4 % de las mujeres (208) murieron a causa de complicaciones del embarazo, parto y puerperio. La mayoría de estas complicaciones son prevenibles ya que vimos en el citado artículo que el principal factor de riesgo es "la falta de condiciones obstétricas esenciales, de disponibilidad de profesionales capacitados y activos en servicio y de insumos necesarios para asistir una emergencia". ¿No le preocupa esto al Comité? ¿Por qué solo hace referencia a "los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación"? ¿No le preocupa que en cada interrupción del embarazo se esté suprimiendo directa y deliberadamente la vida de un ser humano sino los prolongados procedimientos para impedirlo?

Aparentemente no, ya que en el apartado 59 si bien el Comité recomienda en el inciso c) que se "realice un estudio de los factores determinantes del elevado porcentaje y las tasas estables de mortalidad materna y neonatal, y *trate urgentemente de eliminarlos*", en el inciso d) sugiere que se "*adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto*, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas" y en el inciso e) que se "enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal".

La Academia Nacional de Medicina en su declaración del 30 de septiembre de 2010 nos recuerda que "la salud pública argentina necesita de propuestas que cuiden y protejan a la madre y a su hijo, a la vida de la mujer y a la del niño por nacer".

Creemos que, en el fondo, hay una intención definida del Comité de promocionar el aborto. Vemos que no hay un

[242] ANDINA, Elsa, *Análisis causa raíz de la mortalidad materna en Argentina.* Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires, Agosto, 2007 [en línea], disponible en: <http://www.errorenmedicina.anm.edu.ar/pdf/editorial30.pdf>.

reconocimiento del feto como persona, por lo que la eliminación de miles y millones de vidas humanas a través de la promoción del aborto no tiene ningún valor. Para salvar la vida de algunas mujeres, lo que se puede lograr por medio de otras intervenciones que no sea la práctica "legal" del aborto, se acepta y promociona la muerte intencional de los niños por nacer.

Por lo que hemos expuesto concluimos que de ninguna manera el Estado Argentino puede ser acusado de no cumplir con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al defender la vida del niño por nacer, sino muy por el contrario. Tampoco puede ser acusado de no cumplir con la Convención sobre los Derechos del Niño ya que en su Preámbulo nos recuerda que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" haciendo referencia a lo expresado en el IV Principio de la Declaración Universal de los Derechos del Niño que dice:

> "El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse con buena salud; con este fin deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal".

## IV.3. Exhortaciones hechas a los profesionales de la Salud

### *IV.3.1. Imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales*

La Corte nos recuerda que "por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional (...) *ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*". [243] También nos dice que "este Tribunal se ve en la necesidad de advertir a los profesionales de la salud la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida". [244]

Evidentemente el sentido de la SCJN es estimular a los profesionales de la salud a la realización de la práctica del aborto en pacientes víctimas de violación, por considerarla una práctica "legal". Para nosotros, el resultado de la

[243] Fallo..., Ibíd., considerando 20, p. 22.
[244] Ibíd., considerando 22, p. 22.

lectura es justamente lo contrario. "*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley*". La ley nos dice en el artículo 86 del Código Penal Argentino que el aborto es un delito y que existen algunas excusas absolutorias al mismo, entre las cuales, por todo lo que hemos expuesto anteriormente, no incluimos el aborto practicado en pacientes víctimas de una agresión sexual.

Por supuesto que el profesional de la salud no debe "eludir sus responsabilidades profesionales" cuando se enfrenta a una paciente que está en dichas situaciones. Dentro de sus responsabilidades está la asistencia del "binomio madre-hijo". El profesional tiene el deber y la responsabilidad de cuidar la salud de ambos. Recordemos las declaraciones de la Academia Nacional de Medicina:

> "(...) terminar deliberadamente con una vida humana incipiente es inaceptable. Representa un acto en contra de la vida, pues la única misión de cualquier médico es proteger y promover la vida humana, nunca destruirla. Esta convicción está guardada en la cultura mundial y muy notablemente en el Juramento Hipocrático". [245]

> "Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano. Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento". [246]

### *IV.3.2. No es necesario ningún trámite judicial para el acceso al aborto en mujeres embarazadas víctimas de violación*

En los considerandos 8, 18, 19, 21, 22 y 23 del fallo, el Tribunal insiste en dejar aclarado que, para la práctica del aborto en una mujer embarazada víctima de una violación no es necesario ningún trámite judicial.

Como vimos al referirnos a la interpretación del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal, las cosas no son tan claras como pretende mostrar la Corte. Este Tribunal ha llegado a la conclusión de que la interpretación amplia es la correcta y por lo tanto, al considerar que está permitido el aborto en pacientes víctimas de violación, su práctica no necesi-

[245] ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, *Declaración del 28 de julio de 1994* [en línea], disponible en: <http://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/25.php>.
[246] ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, *Declaración del 30 de septiembre de 2010* [en línea], disponible en: <http://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/02.php>.

taría ninguna autorización judicial. Nosotros no incluimos el aborto como una práctica "legal".

Si una paciente insiste en considerar que tiene "derecho" a interrumpir su embarazo, no le corresponde al profesional o a la Institución admitirlo, ya que está en juego la vida del niño. En el considerando 19 la SCJN considera que es contraproducente la judicialización. Es evidente que para ella son más importantes tanto el "derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras" antes que el derecho a la vida del no nacido.

### *IV.3.2. Evitar la solicitud de consultas entre profesionales de la salud*

En el considerando 24 la Corte cree necesario:

> "(...) aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar". [247] "(...) la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar". [248]

Parece que al Tribunal solo le interesa que se realice la interrupción del embarazo "de manera rápida, accesible y segura". [249] La Corte no debe olvidar que la causa del embarazo en estas pacientes es una agresión sexual, con todo lo que esto implica. El embarazo es "algo más" que se agrega al sufrimiento de las mujeres, sobre todo cuando se trata de niñas y adolescentes sometidas a un abuso sexual crónico. No solo es aconsejable, sino necesario el trabajo interdisciplinario en estos casos. [250]

En el Anexo de las "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" leemos:

> "Los profesionales deberán hacer todo lo posible por adoptar un enfoque interdisciplinario y cooperativo al ayudar a los niños, familiarizándose con la amplia variedad de servicios disponibles, como los de apoyo a las víctimas, promoción, asistencia econó-

[247] Fallo..., Ibíd., considerando 24, 1º párrafo, p. 23.
*[248]* Ibíd., considerando 24, 4º párrafo, pp. 24-25.
*[249]* Ibíd., considerando 25, p. 25.
[250] ONU, *Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, p. 51 [en línea], disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf>.

mica, orientación, educación, servicios de salud, jurídicos y sociales". [251]

La decisión de seguir con el embarazo o de interrumpirlo, aunque éste se haya originado de una manera tan traumática, no es banal ni para la paciente ni para el Médico. Por eso insistimos en la importancia que tiene el trabajo interdisciplinario con las pacientes que cursan un embarazo como consecuencia de una violación. De ninguna manera consideramos que la intervención de más de un profesional de la salud sea un impedimento de acceso a los servicios de salud incompatible con los derechos de las pacientes, sino muy por el contrario y creemos que es absolutamente necesario para que la mujer que consulta pueda tomar la decisión más adecuada.

### *IV.3.3. No son necesarias ni la denuncia ni la prueba de la violación, solo la declaración jurada ante el profesional tratante*

El Tribunal expresa en el considerando 27 que dado que el artículo 86, inciso 2, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación para acceder al aborto en caso de violación, tan solo es "necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo".

El abuso sexual está tipificado como delito contra la integridad sexual, en los artículos 119 y 120 del Código Penal Argentino. Muchas veces es difícil para el profesional de la salud hacer el diagnóstico de esta situación. [252] "La ausencia de indicadores físicos específicos no descarta la posibilidad de que haya ocurrido un abuso sexual". [253] Sin embargo, siguiendo la Clasificación de Muram y Adams de los hallazgos anogenitales en niños con sospecha de abuso sexual infantil, vemos que el embarazo pone en evidencia una situación de abuso y violencia, ya que la categoría 4 de la clasificación, que corresponde a *Hallazgos de certeza de abuso sexual infantil (evidencia definitiva)* incluye, entre otros, la presencia de espermatozoides o líquido seminal en el cuerpo de la niña y el embarazo por coito no consensuado. [254]

[251] Ibíd., art. 43, p. 62.
[252] PANTIN, Jorge, "Abuso Sexual Infantil. Reconocimiento y denuncia". *Cuadernos de Medicina Forense*. Año 2, n. 1, Mayo 2003, pp.13-18.
[253] INTEBI, Irene, *Valoración de sospechas de abuso sexual infantil* [en línea], disponible en: <http://www.servicios socialescantabria.org/uploads/documentos%20e%20informes/sospechasAbusoInfantil.pdf>.
[254] MINISTERIO DE SALUD DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, *Protocolo de Abuso Sexual Infanto-Juvenil*. Resolución 904/2008, Anexo [en línea], disponible en:
<http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos/articulo.asp?id=457>.

Cuando el profesional de la salud se encuentra ante una menor de 18 años, víctima de abuso sexual, debe hacer la denuncia, como lo indica la Resolución del Ministerio de Salud del Gobierno de la CABA N° 1.956-SSSS-06. [255] Es más, "si fuere funcionario, su incumplimiento lo hará pasible de sanción". [256] El Ministerio de Salud de la Nación establece:

> "Profesionales de la salud están obligados a denunciar: 1) en todos los casos cuando además de violación hay riesgo de vida o lesiones graves o gravísimas; 2) en los casos de menores de 18 años cuando se considere que la niña o niño esté en riesgo; 3) en los casos de menores de 18 años cuando se sospeche que los padres, tutores o familiares pueden estar involucrados en la violación o en el encubrimiento de la misma". [257]

Si la Suprema Corte considera que ante un embarazo en pacientes víctimas de violación hay un "riesgo de vida", no entendemos por qué desaconseja que se haga la denuncia. No estamos de acuerdo con lo que expresa el Tribunal en el 3er párrafo del considerando 27 que "estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros".

Creemos que la denuncia, además de ser obligatoria para los funcionarios públicos en las situaciones que expusimos, no es un requisito diseñado para identificar casos fabricados, sino que cumple dos finalidades: por un lado, "abre la posibilidad de que se condene a los agresores y permite hacer visible en la sociedad la existencia de la violencia sexual" [258] y por otro, se da fin a la situación de riesgo en que se encuentra la víctima, mediante la adopción de medidas de protección. [259] Así también lo indica el Protocolo anteriormente citado. [260]

Para la SCJN la posibilidad de que existan "casos fabricados" de violación aparece como hipotético y si bien lo considera un ilícito penal, "no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus

[255] Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infanto-Juvenil (ASAPMI) [en línea], disponible en: <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/legislacion/articulo.asp?id=503>.
[256] Ley 114 del Gobierno de la CABA, artículo 39.
[257] MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, *Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violaciones Sexuales*. Instructivo para equipos de salud, agosto 2011, punto 10, p. 24 [en línea], disponible en: <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/downloads/guias%20y%20cuadernillos/Protocolo_Violencia_Sexual.pdf>.
[258] Ibíd., punto 11.3, p. 24.
[259] SACROISKY, Ana Gloria, "Qué hacer cuando se sospecha que un niño es abusado sexualmente" *Arch. argent. pediatr.*, Vol.105, n. 4, Buenos Aires, jul-ago 2007.
[260] MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, op. cit., p. 25.

legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud". [261]

Por lo que fuimos exponiendo a lo largo del trabajo, queda claro que desde la Bioética Personalista no consideramos correcta la práctica del aborto como "legítimo derecho" en mujeres víctimas de delitos sexuales. Recordemos que el aborto es un atentando directo contra la vida de una persona. Aún en el caso de que se acepte la práctica del aborto en mujeres violadas, el hecho de "fabricar un caso de violación" es gravísimo ya que de esa manera se está solicitando la práctica de un aborto sin mediar ningún tipo de excusa absolutoria y por lo tanto estamos permitiendo y cometiendo un delito.

### IV.4. Exhortaciones hechas a las autoridades nacionales y provinciales

#### *IV. 4.1. Implementación de Protocolos Hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles* [262]

Creemos importante la implementación de Protocolos no solo Hospitalarios sino en todos los Centros de Atención Primaria de la Salud para la correcta atención y seguimiento de pacientes víctimas de violencia sexual, principalmente si se trata de niñas y adolescentes. Sin embargo, por todo lo expuesto hasta ahora, no compartimos con el Tribunal que en ellos se incluya la contemplación de la práctica del aborto en esas situaciones.

Insistimos en que el aborto practicado por los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos sigue siendo un delito según los artículos 85 y 86 del Código Penal. Según este último artículo, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible en ciertas y determinadas situaciones. Por lo tanto solo en esas situaciones puntuales los médicos que practiquen el aborto "serán excusados" de la pena del delito. No consideramos que sea lo mismo decir que los médicos deban "garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual" [263] a través de la práctica del aborto.

#### *IV.4.2. Implementación de campañas de información pública y capacitación de autoridades para hacer conocer los derechos de las víctimas de violación* [264]

Si las campañas de información pública y la capacitación a las autorida-

[261] Fallo..., Ibíd., considerando 28, p. 27.
[262] Ibíd., considerando 29, p. 27.
[263] Ibíd., considerando 29, p. 28.
[264] Ibíd., considerando 31, pp. 28-29.

des incluyen la promoción de la práctica del aborto como un derecho para las mujeres y una obligación para los profesionales de la salud, no estamos de acuerdo.

Sí creemos necesario hacer todo lo que esté de nuestra parte para evitar, en primer lugar, las situaciones de violencia causantes de estos embarazos y del sufrimiento de tantas niñas, adolescentes y adultas, víctimas de violencia en general y sexual en particular. En segundo lugar, para atender y acompañar a las mujeres embarazadas en estas difíciles circunstancias para que puedan hacer valer sus verdaderos derechos y los de los niños por nacer, ya que siempre tendremos en cuenta que se trata de la atención del "binomio madre-hijo".

## CONCLUSIÓN

Después de haber analizado el Fallo de la SCJN sobre abortos no punibles del 13 de marzo de 2012 desde la mirada de la Bioética Personalista Ontológicamente fundada hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. Consideramos que las mujeres víctimas de violencia sexual que, como consecuencia de la misma han quedado embarazadas, no tienen derecho a interrumpir su embarazo. El embrión y el feto son individuos de la especie humana y por tanto personas, por lo que ética y legalmente estamos obligados a defenderlos y a respetar sus derechos, el primero de los cuales es el derecho a la vida física. El aborto es un atentado directo contra la vida del niño aún no nacido.

2. Estamos de acuerdo en la implementación de Protocolos para la correcta atención y seguimiento de pacientes víctimas de violencia sexual. No compartimos con el Tribunal la idea de que en ellos se incluya como un derecho la práctica del aborto.

3. Coincidimos en la importancia de las campañas de información pública y de capacitación, tendientes a evitar las situaciones de violencia, con el fin de facilitar el acceso y hacer concreta la atención y acompañamiento de las mujeres embarazadas en estas difíciles circunstancias. No estamos de acuerdo en que las campañas incluyan la promoción de la práctica del aborto como un derecho para las mujeres y como una obligación para los profesionales de la salud.

4. No estamos de acuerdo en lo que dice la SCJN que, al estar permitido el aborto en cualquier paciente víctima de violación, su práctica no necesita de ninguna autorización judicial. Hemos demos-

trado que el aborto en nuestro país es un delito y no una práctica "legal". Si existe una excusa absolutoria al mismo no le corresponde al profesional emitir el juicio. El profesional tiene el deber y la responsabilidad de cuidar la salud de la madre y el niño. Si así no lo hiciera, estaría eludiendo sus responsabilidades profesionales.