Pontificia Universidad Católica Argentina
Biblioteca digital de la Universidad Catolica Argentina

Arias de Ronchietto, Catalina Elsa

El debate sobre la despenalización del aborto : antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible

Documento publicado en El Derecho, 228-669, 2008

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:

Arias de Ronchietto, Catalina E. (2008). El debate sobre la despenalización del aborto : antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible [en línea], *El Derecho*, 228-669. Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/debate-sobre-despenalizacion-aborto.pdf [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

El debate sobre la despenalización del aborto (1). Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible - [ED, (09/06/2008, nro 12.024)]

Por Arias de Ronchietto, Catalina Elsa

"El derecho a la inviolabilidad de la vida no admite grados, no puede tenerse un poco, o más o menos, o mucho, no puede ser sobrepasado por consideraciones de utilidad o conveniencia (...) de lo contrario, no estaríamos en presencia propiamente de derechos, sino de ’’meros edictos de tolerancia revocables’’" (Spaemann).

Carlos Ignacio Massini CorreasEl derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos (2)

Introducción

La cuestión a tratar se presenta compleja; abarca diversos ángulos de consideración pero, en realidad, lo parece por la forma en la que se la está presentando a la sociedad, a la opinión pública, porque el centro de la cuestión refulge nítido: el bien ético-jurídico tutelado es de tal envergadura que convoca conciencias con adhesión espontánea; invoca en cada uno de nosotros el resguardo ancestral del bien más valioso que poseemos y lo sabemos: la vida. Todos conocemos, igual que destellos, esos instantes de gratitud, de alborozo agradecido, de plenitud simplemente por la conciencia de estar vivos.

1

El bien jurídico tutelado: cada vida humana desde la concepción hasta la muerte natural

No obstante, desde hace unos años, estamos enfrentando los ardides y la violencia propios de una campaña ideológica(3) a favor de la despenalización del aborto; campaña que cunde merced a diversas estratagemas, cuya siembra más perniciosa es la confusión de los jóvenes. Centralmente, esto obliga en especial a procurar ofrecer un enfoque objetivo de la cuestión, como tal proporcionado a la entidad del bien agredido.

Por diversas vías se está propugnando en nuestro país la despenalización del delito de aborto. Se trata de inconstitucionales resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, proyectos de ley, protocolos a programas ministeriales y diversas políticas públicas. Hasta

ahora, con resultado adverso; pero la polémica al respecto ha resurgido ásperamente en nuestro país(4), como también en muchos otros, lo cual hace evidente la urgencia de afirmar nuestra identidad como Nación, proveniente de nuestra Constitución histórica, de nuestra cultura, y en la cuestión en cuanto a la defensa de la vida desde la concepción hasta la muerte natural, reconocida expresamente en textos constitucionales y legales, así como en fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia nacional. En suma, hasta ahora, nuestra identidad nacional ha sido ejercida sin fisuras de trascendencia.

El derecho argentino protege al por nacer y al por morir, con fundamento en el reconocimiento de su dignidad personal(5), que entroniza fin en sí misma a cada vida humana siempre; de persona nacida o por nacer, saludable o enferma. Lo expresa a partir del principio de razonabilidad (art. 28, CN 1853), el que es la criba para calificar de jurídica -de razonable- una conducta en alteridad, así como el resguardo de la igualdad de proporción. Puede ocurrir a veces que, tal como suele decirse, "el árbol no deje ver el bosque"; la circunstancia: un embarazo inesperado no permita reconocer la magnitud del bien a agraviar: la vida; además, la vida de otro, del hijo.

Es evidente: la muerte causada a otro de modo directo nunca es, no puede serlo, proporcionada a la dignidad humana. Quien agravia su propia dignidad es el homicida, el coautor, el cómplice, el apologista, el instigador -autores intelectuales que hay muchos-, porque la dignidad no se arrebata desde fuera, se degrada la propia por la suma violencia infringida a otro. Ninguna persona quiere -realmente- ser muerta por otra; lo saben bien los médicos psiquiatras al analizar la conducta del suicida.

El bien protegido, reiteramos, es el resguardo de la inviolabilidad de cada vida humana desde la concepción: desde el embrión unicelular -hoy, además, innegable evidencia experimental(6)-, hasta la muerte natural: la muerte personalísima, la que sucederá a cada uno de nosotros integrando nuestro misterio creatural.

El bien humano ético-jurídico a defender es el resguardo integral: penal, civil, constitucional, del derecho a la inviolabilidad de cada vida humana, por serlo; porque es fundamental. El derecho es uno, de modo que, desde todas sus ramas, entre ellas, la protección penal de la vida es irrenunciable: su enérgica advertencia está destinada a exaltar de modo especial el resguardo de los bienes fundamentales de la convivencia social de una Nación. La estrategia de "despenalizar el aborto" es la de dividir para mermar y reinar. Se lo está proponiendo nuevamente en nuestro país, pese al reconocimiento expreso y desde siempre en nuestro derecho, desde la Constitución histórica nacional, desde nuestra historia y cultura. Todo ello ratificado, además, en los tratados internacionales constitucionalizados por la reforma constitucional de 1994.

No obstante, sin importar que estas campañas muerdan el espíritu de las personas jóvenes(7), multiplicando los "subtemas" que alojan en esa carpa corruptora de variados

programas -inconstitucionales- llamados de "salud sexual y reproductiva", sus reglamentaciones y protocolos de todo rango ¿jurídico?, tendal bajo el cual cabe insondable decadencia: la denigración de la vida de la persona humana y de la sociedad.

Una precisión importante: estas "políticas públicas" no son requeridas en aras de la protección de mujeres agobiadas por la pobreza o la soledad, como suele ser invocado; ni aun por la deficiente educación de gran parte de la población de nuestro llamado tercer mundo, sino, al contrario, viene infiltrada desde asientos muy mullidos: sabido es que organismos internacionales condicionan sus subsidios para que la legislación local prevea, al menos, la despenalización del aborto. Así, tras las persianas cerradas de "consultorios" varios, incluso de los hospitales que se sostienen con la contribución de los ciudadanos que nos oponemos a la admisión jurídica del aborto, (...) todos serían "legales".

Por ello, en el caso de la persona por nacer, así denominada y reconocida en nuestro derecho(8), es un acto de corrupción pretender imponer desde el poder político (municipalidades, ministerios, legisladores) la despenalización de la conducta que consiste en "matar a otro", tipo penal del homicidio, máxime en indefensión absoluta y que debiera estar en el caso del aborto, agravado por el vínculo. No cabe duda de que la mujer que aborta sabe que mata a su hijo. Por lo dicho, sostengo y lo reitero aquí, que deberían preverse penas más severas para el delito de aborto. Volveré a este punto.

2

De delito a derecho, pócima posmoderna(9)

En Europa, continente en el que países como España, Italia, Francia han perdido la capacidad de recambio poblacional(10) ahora tratan de revertirlo ofreciendo alicientes en dinero a quienes tengan hijos; en abril de 2008, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha invitado a los Estados miembros a despenalizar el aborto y regularlo como un "derecho de la mujer a acceder a un aborto legal y seguro"(11).

Las "políticas públicas" que propugnan la despenalizacion son la antesala de la legalización. Son surtidas artimañas, el fondo en común de la estrategia pro aborto es corrosivo y materialista: lo impulsa el desprecio por la vida humana a la que pasa a evaluarse en función de "calidad". Son instrumentales: la implementación inconstitucional de normas de rango inferior liberalizando el aborto; resoluciones ministeriales en la Ciudad de Buenos Aires; ordenanzas municipales en Rosario; protocolos de instrucciones; guía de "procedimientos" para los médicos a los que bajo la apariencia de respetar la libertad de conciencia, trascendente derecho constitucional, se los amenaza en la realidad

con integrar los registros de objetores de conciencia, y así, tácitamente, condicionar sus nombramientos o su estabilidad en los hospitales públicos. También contribuyen los medios de comunicación social, que banalizan el sexo y la vida en familia.

Son normas inconstitucionales en razón de su materia, porque por la reconocida importancia del bien jurídico afectado: la vida humana cuyo resguardo reconoce fundamento anterior a la legislación positiva (art. 28, CN) su regulación pertenece a la legislación de fondo, atribución del Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, CN) y en razón de la existencia de textos de rango constitucional que expresamente consagran el derecho a la inviolabilidad de la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.

Son normas impuestas a sabiendas de que merecen tacha de inconstitucionalidad, pero también de que, "mientras tanto", infiltran en la conciencia colectiva su relativismo materialista; y experimentan con la sociedad a modo de ladina punta de lanza, siembran confusión, corrompen conciencias, esfuman la entidad del bien que agravian, y socavan su reconocimiento legal integral(12).

Otro tanto ocurre con las arbitrarias sentencias que han avalado abortos autodenominados "eugenésicos"(13), los que, curiosamente, surgieron de casos tan extraordinarios como secuenciados en su estratégica aparición pública: en 2005, 2006 y 2007(14).

3

Muy breve reseña de recientes leyes, protocolos

y declaraciones(15) a favor y en contra

del derecho a la vida

2007. Nicaragua. Código Penal. La Asociación Médica Nicaragüense lideró la posición científica de rechazo del aborto llamado "terapéutico". El 13-9-07, con sólo 3 votos en contra y 64 a favor, sin abstenciones, se penalizó todo tipo de aborto en el nuevo Código Penal.

2008. Italia, Roma, abril. Creciente polémica en Europa. "Aborto. Debates sobre la protección de los bebés prematuros". "Declaración de los directores de las clínicas de obstetricia de las universidades La Sapienza y Tor Vergara (públicas) y Campus Biomédico y Sacro Cuore (católicas) de Roma en la que afirman que si un feto naciera vivo tras la interrupción de un embarazo debe ser reanimado aunque la madre sea contraria, ya que prevalece el interés del neonato". "La capacidad de sobrevida del feto es un límite para el aborto, obliga a los médicos a salvar la vida del feto...", Buenos Aires, Fundar, Sevi, Gacetilla 241/08. Il diritto alla vita dei prematuri, di Carlo Bellieni, ...Rianimare tutte le volte che si può. Il numero dei salvati, tra le 22 e le 25 settinane, cresce continuamente, liberal, febbraio 2008(16).

2007. Argentina, Entre Rios. Se han presentado tres proyectos de reforma que solicitan el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural.

2008. Argentina, La Pampa, abril. Quedó firme el veto a la denominada "ley Peppino", que propugnaba el aborto no punible. Recurrirán al Superior Tribunal provincial demandando la inconstitucionalidad del veto (Notivida, año VII, nº 488).

En contracara: asamblea, leyes, protocolos, reforma constitucional a favor del aborto no punible, y de regular como "derecho de la mujer el acceso a un aborto legal y seguro":

2008. Consejo de Europa. Asamblea Parlamentaria, abril, antes citada.

2007. Portugal, Lisboa. "La despenalización del aborto ya es un hecho. Se promulgó la ley de despenalización del aborto aprobada por el referéndum de febrero, luego de una década de debates políticos" (La Nación, 11-4-07).

2008. Argentina, Buenos Aires. "Se reabrió la discusión sobre el aborto". Proyecto de ley, autora la diputada Marino, y Proyecto de ley, autora la diputada Ausburger y otros. Aunados, están aguardando ser sometidos a debate en el Congreso Nacional. Proponen: la ampliación de las causales de aborto no punible. Es evidente que tiende a la despenalización en general, y luego, la legalización del aborto (La Nación, Buenos Aires, 19-3-08).

2008. Argentina, La Plata. Está vigente desde hace un año un protocolo de procedimiento para los casos de abortos no punibles previstos en el Código Penal. Sin autorización judicial y exigiendo la fijación de un plazo para resolver si se concreta o no el

aborto. Registro de objetores de conciencia.

2008. Argentina, Entre Ríos. Se sancionó la ley 9768 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución provincial, la norma específica y los artículos que no se pueden modificar, y enumera también los temas habilitados. Deliberan desde enero por un plazo de 120 días corridos prorrogables. Entre los temas habilitados están los denominados "derechos sexuales" y "reproductivos": anticoncepción, aborto, esterilización, etcétera, se "conviertan" en derechos humanos de rango constitucional como ocurrió en Neuquén.

Mención de fallos relacionados de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación (CS)

2001. CS, 2001-1-11, "T. S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (anencefalia)(17). Este importante fallo, si bien limitado al caso concreto, ha hecho pública la medida del resguardo jurídico de la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción hasta el de su muerte natural, por el Tribunal, intérprete final de la Constitución. Tribunal que votó dividido: en mayoría de cinco votos autorizando la inducción al parto prematuro, y en minoría de dos, oponiéndose. Sin unanimidad, pero fue expresa y común la voluntad de apartar al Supremo Tribunal de quienes pretendían propiciar, con apoyo en ella, la apertura de la justificación del aborto denominado "terapeútico", y aun, del aborto lisa y llanamente. También quedó clara la voluntad del Tribunal de hacer respetar resguardos legales expresos e indubitables; por ello, la autorización judicial se limita estrictamente a la inducción al parto prematuro, porque cuando acontece en circunstancias espontáneas el niño está en condiciones de sobrevivir.

2003. Argentina, Ciudad de Buenos Aires. Ley 1044, regla el procedimiento a seguir en casos de anencefalia "o... patología incompatible con la vida", permite adelantar el parto si el feto ha alcanzado las 24 semanas de gestación, consentimiento informado. Inconstitucional por la materia, pero, mientras tanto...

2002. CS, caso "Portal de Belén". La CS ratifico el reconocimiento de la protección de la vida desde la concepción, al hacer lugar al amparo presentado por la ONG solicitando la prohibición de la fabricación, distribución y comercialización de la denominada "píldora de anticoncepción de emergencia", expresando: "...que los aludidos pactos internacionales

resguardan la vida desde el momento de la concepción", y que "en efecto todo método que impida el anidamiento debería ser considerado abortivo"(18).

2007. Imputación judicial a dos laboratorios por "alterar sus prospectos y no advertir sobre el efecto abortivo: impide la implantación del óvulo fecundado" (Biotenk y Monteverde); ambos comercializan en el país.

2007. Argentina. Políticas públicas. "La píldora de anticoncepción de emergencia se reparte gratis en todo el país", Buenos Aires, La Nación.

2008. Chile, abril. "El Tribunal Constitucional prohibió distribuir la píldora llamada ''del día después'' por su efecto abortivo"(19).

Juan Fernando Segovia, en su ya citada conferencia: Posmodernidad, derecho y cultura. El aborto, inquiere: ¿Qué consecuencias trae el relativismo de la modernidad tardía? Por lo pronto, lo penetra todo...". Advierte: "Los derechos reproductivos incluyen categorías nuevas que reformulan antiguas reinvindicaciones feministas (...) ahora la demanda del aborto legal es abarcada en la más amplia petición de anticonceptivos para no abortar"(20).

5

2005-2007. Argentina. Llamativa sucesión

de abortos practicados con autorización judicial

Es llamativa la arbitrariedad de las sentencias que, consecuentes con las políticas públicas implementadas, han avalado abortos denominados "eugenésicos"(21), los que curiosamente surgieron, como ya se destacó, de casos insólitamente secuenciados en su aparición pública: en 2005, 2006 y 2007.

A fines de 2007, un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos autorizó a los médicos para que procediesen a practicar el aborto a una joven de 19 años, quien padece una incapacidad madurativa severa y fue víctima de abuso sexual con

acceso carnal, tal como había sido solicitado por su madre como su representante legal. Si bien cada caso tiene connotaciones particulares, los que han antecedido a éste, y los que seguramente seguirán en este orden de conflictos, admiten con leves variantes las mismas observaciones que publiqué(22), entonces máxime dada la llamativa ausencia de fundamentación suficiente de las respectivas sentencias, por lo que expongo las mismas objeciones respecto de todas ellas.

"...Corresponde inquirir: i) ¿por qué no se designó curador ad litem a una persona distinta de la madre y curadora de la incapaz? Lo exige el Código Civil y normas concordantes. Evidentemente, la impulsaba un interés opuesto al derecho a la vida de su nieto(23); ii) ¿por qué se desestimó el recurso interpuesto por el padre y abuelo ofreciendo hacerse cargo de ambos?; iii) ¿por qué se desautorizó la negativa profesional por unanimidad de los médicos de Paraná a practicar el aborto? (otro tanto ocurrió en Mendoza y en La Plata); iv) ¿cómo se justificó que con el apoyo de funcionarios provinciales y nacionales, la joven fue llevada de Paraná, Entre Ríos, al Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil de Mar del Plata donde la sometieron a una intervención quirúrgica que no resiste ser calificada de profesional?; v) ¿por qué se desconoció al hijo-embrión su condición de paciente, igual que a su madre?; vi) ¿por qué no se permitió, con los debidos recaudos tal como había sido dispuesto en Primera Instancia, que el embarazo continuara su curso natural, y luego se hubiese dispuesto la tutela por su abuelo o la guarda preadoptiva del niño en desamparo? Se debe seguir propugnando la previsión legislativa de una guarda preadoptiva prenatal para estos casos, así como también para el de los miles de embriones crioconservados en nuestro país(24); vii) ¿por qué se impuso el aborto como si éste pudiese ser justificado como fin en sí mismo?; evidencia de la ideología que los anima: oscurantista concepción del embrión -cosa hoy que es una evidencia experimental que desde la fecundación del óvulo se trata de un individuo humano-; viii) ¿por qué en este caso tampoco se señaló nada respecto de la responsabilidad por negligencia de la curadora en el cuidado de la hija, al punto que fue abusada sexualmente, máxime que es sabido que en la mayoría de los casos el abusador es un varón de su entorno habitual?"(25).

En un caso muy similar, fallado por la sala I de la Suprema Corte de Mendoza(26) en 2006, quedó luego comprobado que el progenitor violador fue el concubino de la hermana de la incapaz. ¿Con qué cuidado era ejercido el deber de guarda de la representante legal que arguyó sobre la base de la conducta intachable de ella y de su familia?

Corresponde destacar también el demoledor efecto dominó(27) de las excepciones despenalizadoras sobre el resguardo jurídico integral del derecho a la vida, lo cual es ocultado porque, en realidad, se lo propicia. Esas excepciones "terapeúticas", "eugenésicas" que se pretenden ratificar y aun ampliar, son argüidas como actos de solidaridad reprimidos que reclaman sensibilidad y comprensión. Corresponde recordar las fuentes: el Informe que la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación presentó en 1919: "...es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza".

Es conocido el ejemplo de la vida de Ludwing van Beethoven, pero siempre merece ser recordado. Este músico de excepcional talento, benefactor de la humanidad fue el quinto hijo de padre sifilítico y madre tuberculosa; el mayor de sus hermanos nació ciego; el segundo, murió al poco tiempo de nacer; el tercero, sordomudo, y el cuarto, tuberculoso.

Se reclama solidaridad, compasión... ¿respecto de quién? No seguramente de quien aún no nacido, en indefensión absoluta; se propugna despenalizar el acto de darle muerte, para además, más adelante o ahora mismo, por iguales sinrazones, directamente legalizar -legitimar, permitir- el acto de darle muerte, la comisión del aborto, ese "dar muerte a otro"; son expresivas e inconstitucionales las muy bajas penas previstas para el delito de aborto en relación con el de homicidio. Alejandro Maresca, en el III Congreso Interuniversitario de Bioética, realizado en la Universidad de Mendoza, en octubre de 2006, expuso fundadas objeciones a este criterio legal(28). Máxime si se considera la pena de las figuras agravadas del homicidio, art. 80 (CPA): "Se impondrá reclusión o prisión perpetua, (...) al que matare: 1º. A su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son; 2º con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso; 3º (...); 4º por placer, codicia, odio racial o religioso...".

También debería ser reformado agravando la pena el art. 87 (CPA), la que es mucho menor que en el homicidio culposo. "Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo fuere notorio o le constare".

Por su parte, el art. 88 (CPA) exime de pena a la tentativa de la mujer(29). Preguntamos por qué. No corresponde que así sea; la tentativa para configurarse exige principio de ejecución. Uno de los más reiterados argumentos abortistas es el de que "la mujer tiene derecho a disponer de su propio cuerpo". Pero ¿con qué razón legitimar que disponga del cuerpo de otro, de la vida de su hijo?

6

La inconstitucionalidad de las excusas absolutorias previstas en el art. 86 del cód. penal argentino

El art. 86, 2ª parte, enuncia los dos supuestos de excusas absolutorias de la comisión del delito de aborto. La excusa absolutoria consiste en no aplicar la pena prevista para el delito, cuando por las circunstancias enunciadas, que deberán ser probadas; y el actuar profesional médico que deberá ser autorizado judicialmente, debe recordarse que está también prevista la actuación del Ministerio Público de Menores, garantía constitucional

del resguardo de los menores de edad e incapaces (arts. 54, 56, 59 y 264, cód. civil argentino).

Bajo intransferible responsabilidad médica profesional, calificada por la especialidad, en el diagnóstico y en el pronóstico de la salud de ambos pacientes, con autorización judicial que la respalde por haber comprobado la existencia efectiva de las excusas absolutorias y exigiendo el cumplimiento de los requisitos sobre los recaudos médicos, el Código Penal argentino (CPA) excepcionalmente exonera de la pena prevista al médico interviniente, a sus auxiliares, al director del nosocomio, a la propia abortante y/o a su representante legal en el caso de que sea menor de edad o incapaz. Así están enunciadas en el art. 86, 2ª parte (CPA): "...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".

Son previsiones de distintas circunstancias, pero ambas son inconstitucionales; siempre es antijurídica la conducta de causar a otro la muerte; de la persona por nacer en este caso de modo directo, además en indefensión absoluta.

Aun en el primer supuesto -excepcional, pero que puede ocasionar un concreto dilema médico, incluso dar lugar a objeción de conciencia (arts. 14, 33 y 28, CN)-, el artículo penal exige claramente que el peligro para la vida o la salud (física) de la madre sea tal; además, que no pueda ser evitado el aborto por otros medios, y que se resguarde en lo posible la vida del hijo por nacer; ya señalamos que actualmente es aún más exigible el deber médico por resultar posible, el cuidado de la vida y la salud de los bebes, aun de los sumamente prematuros(30).

El segundo supuesto de excusa absolutoria del artículo penal citado es fruto confeso de la ideología eugenésica, que lo impuso al momento de la sanción del Código Penal(31). Se funda en la cosificación y desprecio de la condición humana de la vida del enfermo mental, y desconoce a designio la dignidad de la persona por nacer, inocente de modo absoluto de sus circunstancias. También debe advertirse que la ideología eugenésica una vez implementada, tal como la historia lo atestigua, crece a modo de incendio y no reconoce límite alguno, multiplicando sus víctimas. Ello se evidencia en la relación entre aborto e infanticidio; entre eugenesia y eutanasia(32).

Ambos incisos del art. 86, CPA, debieran ser derogados por inconstitucionales, en tanto son inaplicables. Todo lo contrario de la pretensión de convalidarlos, y más aún, de ampliarlos, como sin embargo se pretende en el proyecto "de aborto no punible", aprobado por la Comisión de Salud Pública de la H. Cámara de Diputados de la Nación,

en curso ya citado, o de otros que ya han perdido estado parlamentario..., pero que insistirán.

Todos pretenden sortear, en el plano del derecho positivo, el hecho técnico-jurídico de que el art. 86 del cód. penal ha devenido inaplicable en función de lo previsto expresamente en la reforma constitucional de 1994, en los tratados constitucionalizados, lo cual "explica" la elusión del deber judicial de fundamentar en los fallos de referencia para soslayar la evidente transgresión.

Entre ellos, debe ser exaltada la Declaración Argentina al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): "... Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad". También el art. 6º, CDN: "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".

También debe ser denunciada la índole corrupta y corruptora(33) de la intencionada confusión de la opinión pública en temas fundamentales, por ejemplo: i) sobre el momento en el que se inicia cada vida humana(34); ii) sobre la distinción técnico-jurídica entre exención de pena y licitud de una conducta para lograr, finalmente, sancionar su legalización, desdeñando el criterio de nuestra sociedad que en su gran mayoría valora la vida humana como don que se recibe y se protege en la familia(35), por las ciencias médicas, las ciencias jurídicas, sociales y políticas.

7

El atropello al ejercicio profesional de las ciencias médicas

Los fallos judiciales mencionados tienen en común también el antecedente de haber ignorado, atropellándola, la negativa de los profesionales, consultados en primer término, a practicar el aborto por razones de ciencia y de conciencia médica.

El hijo-embrión es otro respecto de su madre y es otro paciente respecto del médico, de

allí que en todo conflicto deberán ser considerados dos sujetos, dos pacientes: la madre uno y el hijo-embrión, otro. Ante dos sujetos es arbitrario elegir causar la muerte de una persona humana -siempre fin en sí misma- como "solución" del dilema que sea. Es arbitrario colocar por ley positiva en cabeza de alguien un derecho a la vida "atenuado", relativizado, subordinado al de otro sujeto o a diversas circunstancias. Tan injusta es una solución basada en la exclusiva defensa de la madre, como la que se centrase excluyentemente en el hijo-embrión.

Debe ser recordado que, respecto de la intervención abortiva, la Academia Nacional de Medicina, en 1994, ha advertido: "... el daño es inherente al procedimiento mismo por la interrupción intempestiva y artificial del embarazo"(36).

8

El daño irreparable

Nicolás Lafferriere ha señalado con razón que "...quitar la vida a una persona no tiene retorno y ello no puede ser desconocido. La salud de la madre, la tranquilidad económica de una familia, (...) pueden encontrar remedios alternativos, mientras que la vida no puede ser devuelta al por nacer. El derecho a la vida es el sustento de los demás derechos. Sin derecho a la vida no se puede ejercer ningún otro derecho. De allí se desprende su carácter de inviolable e indisponible. Cuando la vida se convierte en un recurso, la sociedad pierde parámetros objetivos, ya no garantiza la igualdad fundamental de todos y la convivencia queda sometida a la regla del más fuerte"(37).

El aborto está tipificado como delito porque causa un daño irreparable, definitivo a un bien jurídico fundamental: la vida humana(38). No se funda, por cierto, sólo en razones éticas o religiosas las que, sin duda, junto a otros importantes factores culturales, inciden en esta cuestión tanto como lo hacen en toda otra apreciación jurídica como tal, a partir del reconocimiento del derecho como ciencia práctica.

La determinación que califica como antijurídico al acto de causar muerte por aborto proviene de un hecho incontrastable, provisto por la naturaleza misma de la realidad en juego; antes de la práctica abortiva, el niño está vivo; luego está muerto. Se le ha quitado la vida. "...Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", así concluye el art. 4º del Pacto San José de Costa Rica que en el Preámbulo, clave interpretativa del mismo, expresa: "...reconociendo derechos esenciales del hombre (...) que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".

9

La despenalización del aborto es la ilegítima antesala de su legalización

En la ideología eugenésica y en el materialismo relativista que la inspira no se admiten límites objetivos, fundantes, razonables, jurídicos; todo en ella es arbitraria discriminación, violenta audacia. Lo corroboran estos casos en comentario: a las propias progenitoras enfermas se les impuso, abusivamente, una intervención quirúrgica a la que no hubieran sometido a un animal.

Tal como debiera ser difundido con mayor ahínco por los medios de comunicación social, el derecho a la vida está reconocido en el derecho argentino como derecho anterior a toda la legislación positiva reglamentaria, y como tal, posterior y a cargo de resguardar el bien jurídico. Este reconocimiento, sin fisura alguna, permanentemente ratificado, proviene de la propia Constitución histórica nacional e integra nuestra identidad como Nación. Así lo expresa la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales constitucionalizados "en las condiciones de su vigencia", conforme lo dispone el art. 75, inc. 22, igualmente en el inc. 23, según la reforma constitucional de 1994, el Código Civil, el Código Penal y normas concordantes.

10

El principio ético-jurídico de razonabilidad

(art. 28, CN)

Dispone el art. 28, CN: "Los principios, garantías y derechos, reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Toda norma que altere el reconocimiento de los derechos reconocidos, así como excepcionar el resguardo del derecho fundamental a la inviolabilidad de cada vida humana, es pasible de tacha de arbitrariedad en el plano jurídico, y en el plano de la ética-política, de actos de corrupción.

Reflexión conclusiva

En el libro ¿Qué es la vida? La bioética a debate, Stanislaw Grygiel escribe: "... Una sociedad que niega a los hombres la posibilidad de plantear preguntas tan fundamentales y decisivas para la existencia sobre la identidad de su ser y por tanto sobre el sentido de su vida es una sociedad inmadura (...) es una sociedad que no se compromete a trabajar por la propia identidad y degenera en una masa (...). La masa pone en duda la identidad del niño concebido porque pone en duda la identidad de todos sus componentes"(39).

voces: Delitos contra la vida - aborto - bioética - persona - derechos humanos - constitución nacional - corte suprema de la nación - médico - tratados y convenios

1 - Los días 2 y 3 de junio pasado se realizaron en la Universidad Católica Argentina las Jornadas sobre Adopción y Familia, organizadas por el Departamento de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, integrando la autora del presente trabajo el Consejo Académico de las mismas.

2 - Massini Correas, Carlos I., El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos, en AA.VV., El derecho a la vida (Pamplona, EUNSA, 1998, pág. 204). Concluye: "...con lo que quedarían sin sentido todas las declaraciones de derechos y los hombres sujetos a la posibilidad de ser eliminados no bien su desaparición se presente como útil o conveniente".

3 - Massini Correas, Carlos Ignacio, El renacer de las ideologías. Ensayo sobre la génesis, estructura y recurrencia del ideologismo político, Mendoza, Idearium-UM, 1984. Define: "Ideologías son sistemas pretendidamente científicos de ideas políticas, que expresan una soteriología puramente inmanente". En la obra sostiene que las ideologías renacen, urgiendo la necesidad de regresar a la filosofía política clásica, al modo realista de considerar los negocios públicos, diametralmente distinto del ideológico, realismo que se corporizó en las obras de Cicerón, Tomás de Aquino, Vitoria, Burke, Toqueville (pág. 76). Subraya que "sólo han 'muerto' algunas ideologías concretas, no la mentalidad ideológica" (pág. 15). Para quienes seguimos acompañando y estudiando el pensamiento y la obra de Massini Correas, es especialmente interesante releer esta obra suya, hoy.

4 - En el texto, más adelante, se ofrece una breve reseña de las más recientes respuestas éticas y jurídicas a esta cuestión.

5 - Melendo, Tomás, Dignidad humana y bioética, Pamplona, EUNSA, 1999.

6 - Lejeune, Jerome, citado en Rodríguez Luño-López Mondejar, La fecundación in vitro, Madrid, Palabra, 1986. Curiosamente, así lo reconoce Roberto E. Nicholson, quien no obstante defiende el concepto de pre-embrion: "Es cierto que la vida humana comienza con la unión de los gametos (...) también es cierto que el avance de la mórula muestra que ese nucleo de células forma un conjunto único e irrepetible como afirmaba el genetista Lejeune...", prólogo en Arribere, Roberto; Coco, Roberto, Nacer bien, consideraciones científicas, éticas y legales del inicio de la vida, Fecunditas Instituto de Medicina Reproductiva, Buenos Aires, 2006. En defensa del concepto de pre-embrión, págs. 79, 83, 84, 85 y 99.

7 - Sería importante, en cambio, reglamentar otro derecho: el de que, representados por sus padres, los jóvenes puedan objetar en conciencia el recibir los contenidos de los programas con los que se procura adoctrinarlos en la bien denominada "cultura de la muerte". Conf. Berçaitz de Boggiano, Ana Lía, Libertad religiosa del menor. Jurisprudencia nacional e internacional sobre libertad religiosa, Buenos Aires, LL, 2006-71; Gelli, María Angélica, Comentario a la Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed. ampliada y actualizada, 2004, págs. 105-115.

8 - Borda, Guillermo A., Principio de la existencia de la persona humana; Mazzinghi, J., La interrupción del embarazo: el aborto; Fernández Sessarego, C., Apuntes sobre el daño a la persona; Borda, Alejandro, La capacidad; Arias De Ronchietto, C. E., Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial, en AA.VV., La persona humana, Guillermo A. Borda (director), Buenos Aires, La Ley, 2001.

9 - Subítulo inspirado en la incisiva conferencia pronunciada por Segovia, Juan Fernando, Posmodernidad, derecho y cultura. El aborto, en el Curso "Grandes Temas de Nuestro Tiempo", 2006, DICYT-UM, en prensa en Idearium-UM.

10 - La Nación, Buenos Aires, 6-4-08. En la primera plana, título: En la Argentina baja la natalidad en el país y la población envejece. Pronostican que dentro de 50 años habrá más ancianos que menores de 14 años, Bochatey, Alberto, Editorial, págs. 5-7; y Bioética personalista: caminos de diálogo a favor de una cultura de la vida, en "Vida y Ética", Instituto de Bioética, UCA, Buenos Aires, año 5, nº 2, 2004, págs. 229-234.

11 - Fundar. Servicio a la Vida. Gacetilla 245/08. Aborto: Asamblea europea

promueve la legalización del aborto.

12 - Spaemann, Robert, Sobre el concepto de dignidad humana, págs. 81-110; Possenti, Vittorio Sobre el estatuto ontológico del embrión humano, en El derecho a la vida, Pamplona, EUNSA, 1998, págs. 111-146.

13 - Arias De Ronchietto, Catalina Elsa, Aborto eugenésico: suma de arbitrariedades, en Doctrina Judicial, La Ley, año XXIII, nº 50, diciembre de 2007, nota sobre el fallo del Superior Tribunal de Entre Ríos de septiembre de 2007. El caso presenta connotaciones muy peculiares y que al mismo tiempo admiten paralelo con otros casos similares casi coétaneos: el Superior Tribunal prescindió del recurso interpuesto por el padre de la menor de edad embarazada oponiéndose al aborto y ofreciendo hacerse cargo del niño por nacer y de su hija. Asimismo, desoyó las fundadas razones de la negativa unánime de proceder a practicar el aborto de los médicos del Hospital Materno Infantil San Roque de Paraná. Y, por último, antes de que la sentencia quedase firme, con el notorio apoyo de funcionarios del Ministerio de Salud provincial y nacional, respectivamente, la joven fue llevada a Mar del Plata donde, en un hospital público, se dio muerte al niño en gestación de cuatro meses.

14 - Suprema Corte de Justicia de Mendoza, "G., A. R. en C., S. M. y otros", 22-8-06. Aclaración: El ministro de la SCJ Mza., Alejandro Pérez Hualde, declaró al diario mendocino "El Ciudadano", al regresar a Mendoza, que hubiese votado en contra, pero que a la fecha de la sentencia estaba fuera del país; conf. "O., M. V.", Cámara Civil y Comercial, Mar del Plata, sala II, 21-2-07.

15 - Por su trascendencia respecto del aborto denominado "eugenésico": UNESCO, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en el art. 2º, proclama: "a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas, b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad". Conf. Andorno, Roberto, La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano, en Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2001; Apuntes Jurídicos, Centro de estudiosos del derecho internacional y comparado, Mendoza, Coladic, año 5, nº 4, 2003, págs. 11-24; La Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina: hacia un encuadramiento jurídico de la bioética, en AA.VV., Edición homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, UNL, 2001, págs. 25-43.

16 - Agradezco al Dr. Nicolás Lafferriere esta información de fuente directa.

17 - Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias de la Salud. VII Simposio de Bioética, "?Aborto o inducción al parto? El fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional", 28 y 29 de mayo de 2001.

18 - Asimismo, el reciente caso "Sánchez", si bien en la justicia hace tiempo que se admite la indemnización por la muerte de una persona no nacida, es interesante que ese criterio haya sido ratificado por el Alto Tribunal, la vida de la persona por nacer, como vida de otro sujeto de derecho distinto de la madre. Se reconoció a la abuela el derecho a cobrar indemnización por la muerte de su nieta (ley 24.411), dado que estaba a punto de nacer cuando su hija fue muerta por las fuerzas de seguridad. No como heredera de quien no había nacido, sino por el criterio de la ley, por la que tenía derecho a reclamar una segunda indemnización. Universidad de Mendoza, 2008, Instituto de Derecho Civil "Profesor Dr. Guillermo A. Borda", FCJS-DICYT-UM, Curso Homenaje al Dr. Guillermo A. Borda a los 40 años de la ley 17.711, De Casás, Ignacio, expuso sobre el caso; conf. Boulin Victoria, Ignacio, A buen puerto por mal rumbo, Buenos Aires, La Ley, nº 186, 27-9-07.

19 - Solicitada del Instituto de Bioética, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, denunciando el carácter abortivo del fármaco "Píldora del día después: consideraciones legislativas, científicas y antropológicas", firmada por su Director: P. Lic. Mg. Alberto Bochatey, en La Nación 4-12-06.

20 - Segovia, Juan Fernando, su conferencia Posmodernidad, derecho y cultura. El aborto, en Curso..., cit.

21 - Vide la exhaustiva obra de Sambrizzi, Eduardo A., Derecho y eugenesia, Buenos Aires, EDUCA, 2004.

22 - Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, Aborto eugenésico..., cit. El caso presenta connotaciones peculiares, pero que admiten paralelo con otros casos similares casi coétaneos: el Superior Tribunal prescindió del recurso interpuesto por el padre de la menor de edad embarazada oponiéndose al aborto y ofreciendo hacerse cargo del niño por nacer y de su hija. Asimismo, desoyó las fundadas razones de la negativa unánime de proceder a practicar el aborto de los médicos del Hospital Materno Infantil San Roque de Paraná. Antes de que la sentencia quedase firme, con el apoyo de funcionarios del Ministerio de Salud provincial y nacional, respectivamente, la joven fue llevada a Mar del Plata donde, en un hospital público, se dio muerte al niño en gestación de cuatro meses.

23 - Basset, Úrsula C., Acerca de la nueva tendencia de que las abuelas pidan autorización para que sus hijas aborten a sus nietos. Consideraciones jurídicas sobre la grave ilegitimidad de estos procedimientos, ED, 224-833, Buenos Aires, 2007; La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos, en ED, 219-755, Buenos Aires, 2006.

24 - Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil: censo de ovocitos y embriones congelados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre, en El Derecho, nº 10.047, Buenos Aires, 2000; El derecho frente al congelamiento de óvulos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes, en El Derecho, nº 9762, Buenos Aires, 1999. Informe ante la Comisión Asuntos Legislativos del H. Senado de la Nación, agosto de 2006.

25 - Suprema Corte de Buenos Aires, en el caso de Guernica, el tío.

26 - Suprema Corte de Justicia de Mendoza, "G. A. R. en C., S. M. y otros", 22-8-06, Buenos Aires, La Ley, 30-8-06.

27 - Argentina, Río Negro. Legalización provincial de la eutanasia. Se sancionó la ley provincial 4264, publicada en enero de 2008 (B.O. Río Negro, nº 4582), que permite el retiro de los medios ordinarios para conservar la vida: hidratación y alimentación, solicitado por el paciente que por enfermedad o accidente se encuentre en estado terminal, o por sus representantes legales. Prevé la objeción de conciencia médica, creación de un registro de objetores pero todo establecimiento asistencial público o privado debe garantizar este "servicio" que se presenta como un "derecho". Notivida, año VIII, nº 491, 14-2-08. Véase la muy completa obra de Sambrizzi, Eduardo A., Derecho y Eutanasia, Buenos Aires, La Ley, 2005.

28 - Maresca, Alejandro Juan, conf. su conferencia El nasciturus es otro… pero no tanto, en el III Congreso Interuniversitario de Bioética, UCA-U. Austral, realizado en la Universidad de Mendoza, en octubre de 2006.

29 - Código Penal Argentino (CPA), art. 88: "Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible".

30 - Servicio a la vida Fundar, Sevi, Gacetilla 241/08, 2008, abril. Creciente polémica en Europa, "Aborto. Debates sobre la protección de los bebés prematuros". Declaración de los directores de las clínicas de obstetricia de las Universidades La Sapienza y Tor Vergara (públicas) y Campus Biomédico y Sacro Cuore (católicas) de Roma en la que afirman que si un feto naciera vivo tras la interrupción de un embarazo, debe ser reanimado aunque la madre sea contraria, ya que prevalece el interés del neonato. La capacidad de sobrevida del feto es un límite para el aborto, obliga a los médicos a salvar la vida del feto.

31 - Academia de Ciencias Morales y Políticas, Dictamen sobre las excusas absolutorias del artículo 86 del Código Penal, firmado por los Dres. Leonardo Mc. Lean; Hugo O. M. Obiglio, Alberto Rodríguez Varela, recuerdan que la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación fundó ese inciso en doctrinas eugenésicas y racistas en boga entonces, como consta en el Informe de 1919. Asimismo, muy precisamente, señalan cómo el proyecto de abortos no punibles aprobado recientemente empeora el ya inaplicable texto del art. 86 del CPA.

32 - Arias De Ronchietto, Catalina Elsa, No a la despenalización del aborto, la eugenesia o la eutanasia en Argentina, réplica publicada en Carta de lectores, Los Andes, Mendoza, 2-8-07.

33 - Código Penal de Nicaragua. No obstante, el alerta y la resistencia firme dan sus frutos. La Asociación Médica Nicaragüense lideró la posición científica de rechazo del aborto "terapéutico". El 13-9-07, con sólo 3 votos en contra y 64 a favor, sin abstenciones, se penalizó todo tipo de aborto en el nuevo Código Penal. Agradezco al Dr. Juan Fernando Segovia, esta información.

34 - Obiglio, Hugo O. M., Academia del Plata, en Cartas de lectores, La Nación, 31-7-05. "...la vida se inicia mucho antes de las 24 hs de penetrado el espermatozoide en el óvulo. Los procesos comienzan con el contacto de las membranas de ambas células paternas". Cita a Ostermeier (Nature, nº 429, 124 de 2004): "La presencia de ARNm del espermatozoide actúa como transmisor e intermediario de la información para la transferencia del ADN nuclear del citoplasma lo que marca los inicios de la actividad genética". Agrega: esto es que existe ya expresión genética lo que significa la existencia de una vida humana naciente dotada de una actividad continua y propia hecho comprobado ahora en forma biomolecular"; Serani Merlo, Alejandro, El viviente humano. Estudios biofilosóficos y antropológicos, Pamplona, EUNSA, 2000. Expresa, en su doble condición de médico y filósofo: "... no se puede afirmar la realidad humana de un sujeto sin a la vez afirmar su realidad personal (...) el surgimiento de la persona humana en la existencia al igual que para todo ente natural constituye un evento instantáneo y no un proceso, por más que el surgir de la vida suponga un proceso" (pág. 84). Afirmando que el cigoto humano es un individuo humano, desarrolla rebatiendo las objeciones a la humanidad del cigoto

(págs. 87-92).

35 - Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, prólogo de Guillermo A. Borda, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, 3ª ed., t. 1, pág. 12; Buenos Aires, La Ley, 4ª ed. actualizada y ampliada, t. 1, pág. 19, 2006. Define: "La familia es una institución basada en la naturaleza y entendida como sistema de normas, que tiene el fin de asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal, terreno y trascendente".

36 - Academia Nacional de Medicina, Boletín, vol. 72, 1994, pág. 450.

37 - Lafferriere, Jorge Nicolás, El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto, El Derecho, nº 11.380.

38 - En contra: Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Buenos Aires, Ediar, 2000; Singer, Peter, Ética práctica, Universidad de Monash, traducción de Rafael Herrera Bonet, Cambridge University Press, 2ª ed., 1995; Farrel, Martín, La ética del aborto y la eutanasia, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; Arribere, Roberto; Coco, Roberto, Nacer bien..., cit.

39 - Grygiel, Stanislaw, Para mirar al cielo. Vida, vida humana y persona, en Scola, Ángelo (coord.), ?Qué es la vida? La bioética a debate, Madrid, Encuentro, 1999, pág. 49.