

**Herrera, Daniel Alejandro**

*Aborto : ¿De qué se trata? ¿De qué se habla?*

Documento publicado en *El Derecho. Suplemento de Política Criminal*. Nro. 11.163, 2004

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:

Herrera, D. A. (2004). *Aborto : ¿De qué se trata? ¿De qué se habla?* [en línea], *El Derecho, Suplemento de Política Criminal*, Nro. 11.163. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/aborto-de-que-se-trata.pdf> [Fecha de consulta:.....]

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

## **Aborto: ¿De qué se trata? ¿De qué se habla?**

*Por Herrera, Daniel Alejandro*

### **1. Cuestión: el mito del eterno retorno**

Quisiera referirme al hecho de que el tema del aborto y su posible despenalización se ha vuelto a instalar en nuestro país (como cada tanto sucede). Esta situación del eterno retorno de una cuestión que se ha convertido en paradigmática de la sociedad contemporánea, no es una exclusividad de nuestro país, sino que también se da periódicamente y por distintas circunstancias en casi todos los países.

Por su trascendencia y repercusión, como ejemplo podemos referirnos al intenso debate que se dio tanto dentro como fuera de los Estados Unidos de Norteamérica, en ocasión del famoso fallo dictado por la Corte Suprema en el caso "Roe vs. Wade" en el año 1973(1), donde como señala Ronald Dworkin *"declaró (por una votación de siete a dos) que la ley del aborto de Texas, que criminalizaba el aborto excepto cuando se practicara para salvar la vida de la madre era inconstitucional. Fue aún más lejos: dijo, en efecto, que cualquier ley estatal que con el fin de proteger al feto prohibiera el aborto durante los dos primeros trimestres de embarazo -es decir antes del séptimo mes- sería inconstitucional"*(2). Es importante destacar que la actora conocida bajo el nombre ficticio de Roe, como es de público conocimiento se arrepintió de su decisión y que su causa fuera motivo para la legalización de muchísimos abortos y por eso actualmente milita en organismos provida o antiabortistas.

Más adelante el mismo autor aclara que el voto de la mayoría redactado por el juez Blackmun *"declaró que una mujer embarazada tiene un derecho constitucional a la privacidad en materia de procreación, y que este derecho general incluye el derecho al aborto si ella y el médico deciden a favor del mismo. Añadió que las razones que pueda tener un Estado para anular este derecho criminalizando el aborto no constituían razones imperativas durante los dos primeros trimestres de embarazo, y concluyó que un estado no podía prohibir el aborto durante ese período. El juez Rehnquist, en su voto disidente, negó que las mujeres tuvieran un derecho constitucional específico a controlar su propia reproducción; dijo que tienen sólo un interés de libertad -sólo un interés protegido por el test de racionalidad, que es mucho más débil-. Aceptó que, incluso este interés, es suficientemente importante como para convertir en inconstitucional cualquier ley que prohíba el aborto que sea necesario para salvar la vida de la madre, pero declaró que son legítimos los objetivos que un Estado puede perseguir al prohibir el aborto practicado por otros motivos, incluso durante el primer período de embarazo, y que, por tanto, no sería*

*irracional la decisión de un Estado de prohibir el aborto para promover esos objetivos"(3).*

Volviendo a nuestro país, actualmente la cuestión no sólo alcanza al debate mediático, sino que también han llegado al poder legislativo, tanto nacional como de la Ciudad de Buenos Aires, sendos proyectos sobre la despenalización del aborto o la reglamentación de los supuestos de abortos no punibles fijados en el art. 86 del cód. penal.

En efecto, en primer lugar en el Congreso Nacional fue presentado en el año 2002 el Proyecto de ley nacional sobre la despenalización del aborto, elaborado por la Comisión Nacional de la Mujer del Partido Socialista y presentado por el Diputado Socialista Rubén Giustiniani, donde por una parte se propone derogar el art. 88 del cód. penal que penaliza a las mujeres que se provocan el aborto o consienten el mismo y por otra legaliza la práctica del aborto en tres casos: 1) Cuando exista un riesgo grave de salud física o psíquica para la mujer; 2) Si el embarazo proviene de una violación o estupro; 3) Cuando el diagnóstico médico certifique la inviabilidad de vida extrauterina del feto. En el mismo sentido se pronuncia el reciente proyecto presentado el 13 de agosto de 2004 por la senadora Vilma Ibarra.

En segundo lugar, en el ámbito local de la Ciudad de Buenos Aires, podemos citar el proyecto de la legisladora Suppa que en el marco de la ley de salud reproductiva de la Ciudad, pretende regular el procedimiento en los establecimientos asistenciales del Sistema de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de abortos no punibles contemplados en el art. 86 del cód. penal. En realidad el Proyecto de ley amplía las causas no punibles de aborto contempladas en el precitado art. 86, al autorizarlo en todos los casos en que el embarazo de la mujer se hubiera producido por violación, y en los supuestos de embarazo de un feto inviable. Más allá de la cuestión de fondo respecto del aborto, el proyecto es inconstitucional porque la legislatura local no tiene competencia para modificar la legislación nacional, como es el caso del Código Penal. La misma finalidad persigue el proyecto presentado por la legisladora Lubertino.

Como vimos, las modificaciones no solamente apuntan a la directa reforma de los artículos pertinentes del Código Penal, sino también se pretende hacerlas en forma indirecta mediante la reglamentación de la leyes de Salud Reproductiva, al regular los procedimientos que tienen que aplicar los establecimientos asistenciales (ampliándolo indebidamente) en los casos de abortos no punibles. De la misma manera y a futuro se abre otro frente de potencial riesgo por medio del actualmente discutido tema de la educación sexual en las escuelas de la Ciudad de Buenos Aires (con distintos matices según los proyectos), cuando en caso de que se apruebe el tema en la Legislatura, se reglamenten los

contenidos respecto de la anticoncepción, si no se distingue adecuadamente entre métodos anticonceptivos (cuyo juicio de valor excede el tema de este artículo) y métodos abortivos como el caso del dispositivo intrauterino (Diu) o la famosa píldora del día después que la Corte Suprema de la Nación calificó de abortiva (por impedir el anidamiento del óvulo ya fecundado) en el conocido fallo Portal de Belén (4).

De esta manera la cuestión está planteada en los siguientes términos: aborto permitido o aborto prohibido. En otras palabras, frente a este dilema moral ¿qué es lo que debe primar? la libertad de elección de la mujer que proclaman los partidarios de la despenalización del aborto o la vida del niño por nacer que defienden los que sostienen el mantenimiento de la penalización del aborto a la que adherimos adelantando la tesis que pretendemos fundar.

## **2 . Los hechos: ¿De qué se trata?**

Antes de considerar los argumentos de las distintas posturas es conveniente precisar la realidad de los hechos, o sea, qué es un aborto y qué sucede cuando se practica el mismo.

Así pues, el Diccionario de la Real Academia española dice: *aborto*: (lat. *abortus*, de *ab* y *ortus*, privar nacimiento). Acción de abortar, cosa abortada. Médicamente, interrupción de la gestación antes que el feto sea viable (antes de los 180 días).

De la misma manera para el mismo diccionario: *feto* (lat. *fetus*) Anatómicamente, embrión producto de la concepción en los mamíferos, desde que ha adquirido la conformación característica de su especie (en monos y hombres, al tercer mes). Este embrión abortado. Por su parte, embrión (Gr. *embryon*) m. Biológico, rudimento de un organismo antes de desarrollarse. En el género humano, desde la concepción hasta el cuarto mes del embarazo.

En síntesis, según el diccionario el aborto sería la interrupción de la gestación antes que el feto sea viable (180 días). Por otra parte, el nuevo ser que surge a partir de la concepción y hasta aproximadamente el tercer mes se llama embrión y a partir de ese cuarto mes se lo denomina feto.

Por lo tanto, el comienzo de la vida del ser humano no depende de la determinación arbitraria ni de la moral, ni del derecho. Es una realidad biológica y por tanto es competencia de la biología (bio significa vida) conocer cuál es ese momento. La ética y el derecho se tienen que fundar sobre el dato biológico de la existencia de una vida humana. Ahora bien, biológicamente está comprobado que hay vida humana, y por ende un nuevo ser humano distinto de sus progenitores, desde el mismo instante de la concepción, o sea, desde el momento en que el espermatozoide penetra en el óvulo, en el cual queda constituido el embrión unicelular o cigoto.

Al respecto podemos citar a Angelo Serra y Roberto Colombo: "*El nivel fundamental de organización de la naturaleza viviente es la célula. Esta constituye el elemento más simple, pero esencial de la materia viviente, del cual es la unidad biológica de estructura, función y reproducción. Todos los seres vivientes, desde el más simple al más complejo, están constituidos por una o más células, y tienen origen en una o más células preexistentes. Si se excluye el caso más simple, el de los seres unicelulares (bacterias, algas azules, y muchos de los protozoos), en los cuales su única célula representa el único modo de existir desde la reproducción hasta la muerte, los seres vivientes multicelulares son identificados por los biólogos a través del reconocimiento de su forma de existencia individual, que los constituye y caracteriza a lo largo de toda su vida. Esta forma individual se denomina organismo. Es la forma de vida que representa la integración, la coordinación y la expresión última (fenotipo) de las estructuras y de las funciones del ser viviente, y que lo hace un ser singular y no otro de su especie. Aunque la forma plenamente desarrollada de un organismo (adulto) se completa únicamente en la fase madura de su ciclo vital, sin embargo, ésta ya existe desde el inicio del propio ciclo (generación) y constituye la base de la unidad de cada ser viviente para toda su vida. Cada organismo multicelular que se reproduce sexualmente inicia su ciclo vital como un organismo constituido temporalmente por una única célula (embrión unicelular o cigoto) y posteriormente por más células (embrión multicelular). Pero su estructura biológica, aparentemente simple, no confina al embrión unicelular como equivalente a ninguna de las células del cuerpo humano tomadas singularmente, ni al embrión multicelular como equivalente a algún grupo o masa de células. Desde el principio se trata ya de un organismo -y no de una célula o masa de células- por su incipiente ciclo vital que representa la expresión definida, en el espacio y en el tiempo, de la integración y de la coordinación de todas sus células, en diferentes niveles de progresiva organización morfo-funcional (células, tejidos, órganos y aparatos)"(5).*

En efecto, es pacíficamente aceptado en biología que a partir de concepción comienza el ciclo vital de un nuevo organismo que responde a los caracteres genéticos y morfológicos de un ser humano y se desarrolla por medio de un proceso continuo, donde cada etapa es necesaria, no pudiéndose prescindir de ninguna. Así, por ejemplo, es reconocido por el celebre informe Warnock dictado en el Reino Unido en 1984 por el Comité sobre fertilización humana y embriología que en su capítulo 11 dice: "*Mientras que, como se ha visto, la temporización de los diferentes períodos del desarrollo es crítica, apenas ha*

*comenzado el proceso, no hay ninguna particularidad del proceso de desarrollo que sea más importante que otra; todo forma parte de un proceso continuo, y si cada período no sucede normalmente, en el tiempo justo y en la secuencia correcta, el desarrollo ulterior cesa (...). Por eso, biológicamente no se puede identificar en el desarrollo del embrión un estadio singular al margen del cual el embrión in vitro no debería ser considerado con vida"(6).*

Sin perjuicio de lo dicho, y en evidente contradicción lógica con los fundamentos vertidos, agrega: "A pesar de nuestra división sobre este punto, la mayoría de nosotros recomienda que la legislación debería conceder que la investigación pueda conducirse sobre cualquier embrión obtenido mediante fertilización in vitro, cualquiera que sea su procedencia, hasta el término del día 14° de la fertilización"(7), incorporando el término pre-embrión(8), que constituye un verdadero eufemismo, dado que como se dijo anteriormente en el propio informe, toda etapa en el proceso de desarrollo del ciclo vital es necesaria e imprescindible (incluida la que va desde la concepción hasta el día 14) y en la cual ya se reconoce que ese organismo (humano) está vivo. De esta manera, se busca de forma arbitraria "legitimar" prácticas biomédicas que constituyen una manipulación de embriones humanos durante esos primeros 14 días.

Al respecto podemos citar la autorizada opinión del profesor Lejeune, quien fuera Doctor en Medicina y en Ciencias, Profesor de Genética Fundamental y jefe de Departamento de Citogenética del Hospital des enfants Malades y descubridor de la trisomía del cromosoma 21, que origina el síndrome de Down: "*Pre-embrión: tal palabra no tiene significado. No es necesario instaurar una subdivisión denominada 'pre-embrión', pues no hay nada anterior al embrión; en el estadio precedente al embrión no hay más que un espermatozoide y un óvulo; esa entidad se convierte en un cigoto; y cuando el cigoto se divide, se convierte en embrión. Cuando existe la primera célula, todo -absolutamente todo- lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar (...) Cuando un espermatozoide fecunda al óvulo, produce 'la célula más especializada del mundo', especializada para lo que ninguna otra célula tendrá jamás las instrucciones durante la vida del individuo que acaba de crearse. Ningún científico ha emitido jamás la opinión de que un embrión pueda ser objeto de propiedad. Desde su concepción, un hombre es un hombre"(9).*

En otras palabras, mediante el recurso de no nombrar a las cosas por su nombre, embrión humano, o más bien, ser humano en estado embrionario, se inventa una palabra (pre-embrión) que por una parte no dice nada, ni especifica el estatuto biológico del viviente que designa y por otra oculta la verdadera entidad biológica del nuevo ser humano y de su estado, como ha sido probado por los más serios estudios biológicos y genéticos.

En consecuencia, siempre y en todos los casos el aborto es el aniquilamiento de una vida humana, pues en la fusión de los gametos (con la fusión cromosómica) comienza a operar como una unidad, una nueva célula humana (cigoto), dotada de una nueva y exclusiva estructura informacional que constituye un organismo vivo (un viviente), siendo la base de su desarrollo posterior. Desde ese mismo instante simultáneamente queda constituido el código genético (genotipo) y comienza el ciclo vital con la interacción del genotipo con el ambiente físico, químico y biológico (fenotipo). Todo lo que sucede a partir de ese instante es parte del desarrollo de un único e idéntico ser. Por lo tanto, no se puede distinguir entre individualidad genética estática e individualidad fenotípica o de desarrollo, pues necesariamente van juntas, siendo justamente la forma dinámica diacrónica o fenotipo (que se deriva y contiene al genotipo como forma estática sincrónica) lo que constituye la individualidad, o sea, la existencia de un nuevo individuo de la especie humana (*homo sapiens*) con su propia identidad, sin perjuicio del posible desdoblamiento futuro en el caso de los gemelos monocigóticos(10). La concepción (y lo que sucede a partir de ella) es un acontecimiento que puede ser verificado empíricamente por la ciencia moderna (*Estatuto biológico del ser humano en estado embrionario*).

Ahora bien, no podemos pedirle a la biología que tenga una respuesta a todos los problemas que surgen a partir de esta constatación, pues hay determinados elementos del estatuto del embrión humano (por ejemplo, la presencia de un alma espiritual) que no pueden ser verificados empíricamente por las ciencias positivas como la biología, por no formar parte de su objeto, ni ser accesible a su método. Por otra parte, tampoco es comprobable por las mismas ciencias positivas (por idénticas razones) la inexistencia de un alma espiritual. En consecuencia, es competencia de la filosofía (y la Teología) discernir a partir del dato biológico, cuál es el estatuto ontológico del embrión humano y desde cuándo podemos hablar en el nuevo ser humano de la presencia de un alma espiritual.

Tampoco es competencia de la biología determinar si el embrión humano es persona, cuya respuesta en el plano ontológico es requerida a la Filosofía como vimos, sin perjuicio de la consideración moral y jurídica sobre el estatuto de persona de todo ser humano. En efecto, así como la filosofía considera este estatuto en el plano del ser, por el cual el hombre es persona en tanto es una sustancia individual de naturaleza racional, según la clásica definición de Boecio; la moral y el derecho lo consideran en el plano del deber ser en que se dan ambas ciencias prácticas y así determinan cómo debe ser tratado y reconocido moral y jurídicamente el hombre.

Como el presente pretende ser un artículo escrito desde la perspectiva del jurista, dejaremos de lado (por exceder el objeto del mismo) el estatuto ontológico del embrión humano, para limitarnos al status jurídico del mismo, lo que también requiere una consideración moral dada la ineludible vinculación entre ambas disciplinas.

### 3. *El derecho: ¿De qué se trata también?*

En consecuencia, teniendo en cuenta el hecho biológico descrito (de la presencia de una nueva vida humana desde el mismo instante de la concepción) y, sin perjuicio de la consideración filosófica pertinente, desde el punto de vista jurídico corresponde que el ser humano en estado embrionario o fetal deba ser tratado y reconocido como persona y como tal como sujeto de derecho, portador de determinados bienes humanos que le pertenecen por el solo hecho de ser humano (entre ellos el bien básico y primario de la vida) y por tanto objeto de debido reconocimiento, garantía y tutela por el resto de la comunidad.

Esta perspectiva es coincidente en este punto con la consideración moral del estatuto del embrión humano, tal como lo refleja la Instrucción "*Donum vitae*" sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, publicada el 22 de febrero de 1987 por la Sagrada Congregación para la doctrina de la Fe: "*Por tanto, el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. 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 humana, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida*"(11) (*Estatuto moral y jurídico del ser humano en estado embrionario*).

Nuestro ordenamiento jurídico constitucionalmente reconoce el estatuto personal del ser humano desde el momento mismo de la concepción y garantiza los derechos fundamentales que surgen de él. En efecto, la Constitución Nacional vigente incorpora a la misma con jerarquía constitucional (Constitución dispersa) los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), entre los que se encuentra: 1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 1 establece que "persona es todo ser humano", para luego reconocer en el art. 4° que "*toda persona tiene derecho a que se respete su vida...a partir del momento de la concepción*"; 2) la Convención de los Derechos del Niño, en la cual la República Argentina expresó una reserva donde dice que entiende por niño "*todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad*" (conf. art. 2 de la ley 23.849 [EDLA, 1990-203] ratificatoria de la Convención); 3) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce la personalidad jurídica del niño por nacer cuando en el art. 6°, inc. 5° prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez. Por otra parte, el propio texto constitucional en el art. 75, inc. 23 nos ofrece una primera definición del término niño, cuando establece que será facultad del Congreso Nacional dictar un régimen de seguridad social especial e

integral en protección del niño en situación de desamparo, "*desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia, y de la madre...*". Antes de la reforma de 1994, la vida era considerada un derecho implícito (art. 33, Constitución Nacional) desde la concepción hasta la muerte. Sin lugar a dudas, para la Constitución el niño por nacer (desde la concepción) goza de plena personalidad jurídica.

Este status de persona del embrión humano ha sido expresamente reconocido en el ya citado caso "*Portal de Belén*" donde la Corte expresamente dice: "*se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo. Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia los hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación*"(12).

Por su parte, el Código Civil de la República Argentina, define la persona física y el comienzo de su existencia: El art. 70 establece que "*desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas*" y en el mismo sentido, el art. 63 establece que "*son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*". El art. 264 regula el instituto de la patria potestad, estableciendo que es el "*conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado*". El art. 51 establece que "*todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*". El art. 54 incluye a las personas por nacer entre los incapaces de hecho que serán representados legalmente por sus padres o tutores conforme lo dispuesto por el art. 57. Del juego de estos artículos resulta indudable que el Código Civil argentino reconoce que el ser humano es persona desde su concepción.

Sobre la base de este contexto el Código Penal tipifica el delito de aborto dentro de los delitos contra la vida humana en los arts. 86 a 88. O sea, que justamente el bien jurídico protegido por la legislación penal es la vida humana en todas sus manifestaciones y estados y en todos y cada uno de los seres humanos.

En suma, el ser humano en estado embrionario o fetal, desde el momento mismo de su

concepción y durante todo el proceso vital de gestación hasta su nacimiento, y con fundamento en su ser natural humano goza de todos los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, tratados internacionales incorporados a la misma y legislación de fondo vigente. De la misma manera que en él ámbito de cada provincia goza de los derechos y garantías reconocidos en las respectivas Constituciones provinciales. Además también es titular de los específicos derechos del niño reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño incorporado a nuestra Constitución conforme art. 75, inc. 22, ley 23.849, ratificatoria de la Convención.

#### **4. Los argumentos: ¿De qué se habla?**

Después de haber visto la realidad de los hechos, o sea de qué se trata el aborto, y el derecho vigente en nuestro país, nos queda por ver cuáles son los argumentos que se esgrimen para fundar las posiciones que se toman frente a esta cuestión. Ahora bien, no siempre lo que se habla coincide con la realidad del problema a considerar, pues en muchos casos los argumentos no se fundan en el dato objetivo necesario para saber de qué se trata la aporía a resolver, sino que se lo tergiversa para acomodarlo a la postura que se pretende defender por la vía argumentativa.

Comenzando por analizar los argumentos que se utilizan para defender un "derecho al aborto" o su despenalización, vemos que son de distinta índole y van desde la negación del status humano del embrión y del estatuto de persona, hasta el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, el derecho a la privacidad y a la no intromisión del Estado en el ámbito de una decisión estrictamente personal, el riesgo para la salud y vida de la madre, los abortos en caso de violación, etcétera.

Dado que no disponemos de suficiente espacio para analizar todas y cada una de las argumentaciones que se exponen, seleccionaremos algunas que son troncales o más importantes, empezando por la que está en la base de toda la argumentación abortista, que es la primera que expusimos en el párrafo anterior: la negación del status humano del embrión, o sea, que biológicamente estemos en presencia de un ser humano en los primeros estadios de su desarrollo embrional, de lo que se sigue la negación del status moral y jurídico de persona. Esto es así porque todas las otras argumentaciones explícita o implícitamente suponen esta negación, pues de lo contrario se reconocería que se está eliminando una vida ajena, en otras palabras, que se está matando a otro.

##### **4.1. Primer argumento pro-abortista: el embrión en los primeros estadios de su**

*desarrollo no sería todavía un ser humano, por lo tanto no puede ser considerado (moral y jurídicamente) una persona.*

Al respecto por ejemplo dice la filósofa partidaria del aborto Judith Jarvis Thomson: *"la oposición al aborto descansa, en su mayoría, sobre la premisa de que el feto es un ser humano, una persona, desde el momento de la concepción. Esta premisa está razonada, pero, a mi entender, indebidamente. Tomemos, por ejemplo, el razonamiento más frecuente. Se nos pide que advirtamos que el desarrollo del ser humano desde la concepción, a través del nacimiento, hasta la infancia, es continuo; y en seguida se dice que el hecho de trazar una línea, de elegir un momento en ese desarrollo y decir 'hasta esta línea, el feto no es persona, detrás de la línea lo es' es tomar una decisión arbitraria, decisión para la que no puede darse una razón lógica. Se llega a la conclusión de que el feto es, o, al menos, de que deberíamos decir que es, una persona desde el momento de la concepción. Pero esta conclusión no es lógica. Podría decirse algo similar sobre el desarrollo de una bellota hasta convertirse en roble, y no se llega a la conclusión de que las bellotas sean robles, o de que deberíamos decir que lo son. Los razonamientos de este tipo reciben a veces el nombre de 'razonamientos escurridizos (...)' Sin embargo, me inclino a estar de acuerdo con que la perspectiva de trazar una línea en el desarrollo del feto es bastante turbia. Me inclino a creer también que probablemente estamos de acuerdo en que el feto se ha convertido en un ser humano bastante antes del nacimiento. Es, en realidad, sorprendente el averiguar lo temprano que comienza a adquirir características humanas. En la décima semana, por ejemplo, ya tiene cara, brazos, piernas y dedos; tiene órganos internos y se puede detectar actividad cerebral. Pero, por otro lado, pienso que la premisa es falsa, que el feto no es persona desde el momento de la concepción. Un óvulo recién fecundado, un grupo de células recién implantado, no es más persona de lo que una bellota es un roble"*(13).

Algunos autores van más allá y exigen la conciencia de sí mismo para reconocerle el status biológico de vida humana o ser humano y el consecuente status moral y jurídico de persona con derecho a la vida, como sostiene Michael Tooley en un artículo sobre aborto e infanticidio: *"Volvamos ahora a mi afirmación básica, sobre la exigencia de conciencia propia: Un organismo tiene derecho a la vida sólo si posee la idea de un 'yo' como sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales y cree que él mismo es tal entidad (...)* Esto completa mi visión de los principios morales básicos implícitos en la cuestión del aborto y el infanticidio. *Pero quiero comentar un punto práctico importante; en concreto en qué momento empieza a poseer un organismo la idea del 'yo' como sujeto continuo de experiencia y otros estados mentales, junto con la creencia de que es tal entidad continua. Desde luego es materia de investigación psicológica más detallada, pero la observación cotidiana deja claro, en mi opinión, que un niño recién nacido no posee la idea del 'yo' continuo más de la que posee el gatito. Si esto es así, el infanticidio realizado en un plazo corto después del nacimiento debe ser moralmente aceptable"*(14).

Comenzando por el argumento de Thomson, este puede dividirse en dos partes: 1) el argumento biológico: el embrión todavía no es un ser humano (sino un grupo de células) aunque está en camino de serlo; 2) el argumento ético-jurídico: el embrión no es una persona y por tanto no es o no debe ser tratado como sujeto de derecho.

Respecto al argumento biológico me remito a lo dicho anteriormente en el punto 2 sobre el estatuto biológico del ser humano en estado embrionario. Por su parte, en respuesta al argumento ético-jurídico, además de lo expuesto en el punto 3 sobre la consideración jurídica del embrión humano a la que también me remito, podemos citar al famoso filósofo del derecho contemporáneo John Finnis que explícitamente le contesta a Judith Thomson: *"He supuesto que el niño no nacido es, desde el momento de la concepción, una persona, y por tanto no debe ser discriminado con motivo de la edad, la apariencia u otros factores en la medida en que tales factores se consideren razonablemente irrelevantes cuando lo que importa es el respeto por los valores humanos básicos. Thomson argumenta contra este supuesto, pero en mi opinión no lo hace bien. Ella piensa (como Wertheimer, mutatis mutandi) que el argumento para considerar a un niño recién concebido como persona es escurridizo (pág. 9), igual que (supongo) decir que todos los hombres son barbudos porque no está clara la línea de separación entre tener barba y no tenerla. Más concretamente, piensa que un niño recién concebido es como una bellota, que, después de todo, no es un roble. Es descorazonador ver como se fía de este vago equívoco. Una bellota puede seguir siendo durante años lo mismo, simplemente una bellota. Si se planta, de ella saldrá un roble, un sistema biológico nuevo y dinámico que no tiene mucho que ver con la bellota, salvo que viene de ella y es capaz de producir otras nuevas (...) Con mayor razón pasa con la concepción del niño, que no es una mera germinación de una semilla. Dos células sexuales, cada una con sólo veintitrés cromosomas, se unen y de forma más o menos inmediata se funden para convertirse en una nueva célula con cuarenta y seis cromosomas, que dan lugar a una constitución genética única (no la del padre, ni la de la madre, ni una mera yuxtaposición de los dos), que a partir de ahí y durante toda su vida, por larga que sea, determinará sustancialmente los rasgos del individuo. Esta célula es la primera etapa en un sistema dinámico integral que no tiene mucho en común con las células sexuales femeninas y masculinas aisladas, salvo que surgió de ellas y en su momento producirá otras nuevas. Decir que este es el momento en que empieza la vida de una persona no es remontarnos desde la madurez, preguntando en cada punto cómo se puede trazar en él la línea. Es más bien señalar un límite perfecto como comienzo al que cada uno de nosotros se puede remontar y ver cómo, en un sentido muy inteligible, 'en mi comienzo está el fin'. Judith Thomson piensa que empezó a 'adquirir características humanas' 'alrededor de la décima semana' (cuando se hicieron visibles los dedos, etc.). No sé por qué pasa por alto la característica humana más distinta y radical de todas, el hecho de que la concibieron padres humanos"*(15).

En otras palabras, lo que afirma Finnis (y el sentido común) conforme al dato biológico, es que de la reproducción humana no sale un roble (como sí sucede a partir de la

germinación de la bellota), ni una lagartija, sino otro ser humano, por la sencilla razón de que cada ser engendra otro ser semejante a él, y por tanto es un ser humano desde el primer instante, por lo que es merecedor del respeto que se le debe a todo ser humano por el mero hecho de serlo, al considerarlo moral y jurídicamente como una persona. Al respecto volvemos a citar al Dr. Lejeune: *"cada individuo tiene un inicio exacto: el momento de la fecundación. La fecundación artificial lo demuestra. De ahí que el Dr. Edwards y el Dr. Steptoe, cuando volvieron a situar el embrión de Luisa Brown primera niña probeta del mundo- en el seno de la madre, estaban perfectamente seguros de que ese embrión no era ni un tumor, ni un animal, sino un ser humano en su extrema juventud. Después de más de mil casos de fecundación extracorpórea realizados en el mundo, una doble evidencia se impone: el embrión humano se desarrolla completamente por sí solo, por su propia virtud y está dotado de una increíble vitalidad"*(16).

Por su parte el argumento de Tooley va mucho más allá y al establecer que el status de ser humano tiene que ver con la conciencia que tenga de sí mismo, no solamente desconoce este status en el embrión, sino también en el niño recién nacido, e incluso habría que extenderlo a los enfermos mentales, terminales o que pierden este sentido de conciencia por el deterioro propio de la vejez, o temporalmente por estar simplemente dormidos. Este también es el argumento de autores famosos como Engelhardt(17) y Singer(18), donde este último incluso distingue entre seres de otras especies que son personas (monos antropomorfos) y seres humanos que no lo son (sin conciencia), por lo que concluye que es más grave matar a un chimpancé que a un ser humano gravemente discapacitado que no es una persona. Desde luego, todo lo dicho tanto en el plano biológico como ético-jurídico para refutar el argumento anterior es aplicable a este caso, a lo que podemos agregar que una postura como esta se presta para la eliminación sistemática de seres humanos por la sola razón de que carecen temporal o permanentemente de conciencia de sí mismos.

#### **4.2. Segundo argumento pro-abortista: La mujer tiene derecho a decidir sobre su cuerpo**

En el mismo libro acerca del debate sobre el aborto del que tomamos las citas de Thomson, Tooley y Finnis, Wertheimer Roger, describe la posición liberal pro-abortista en los siguientes términos: *"Para un liberal extremo el feto es siempre sólo **pars viscerum matris**, como un apéndice, y se puede destruir siempre que se pida antes de su nacimiento. En efecto, este punto de vista niega que el aborto necesite nunca una justificación. Un punto de vista moderado es que hasta que puede sobrevivir por sí solo se podría destruir el feto si es el resultado de unas relaciones criminales, o si la salud física o mental de la madre o el niño tuvieran posibilidades de ser gravemente perjudicadas"*(19).

Nadie discute que no sólo la mujer, sino cualquier ser humano tiene derecho (aunque no absoluto) a decidir sobre su propio cuerpo (en materia de atención médica por ejemplo se requiere el consentimiento del paciente -o en su defecto de los familiares- para la realización de ciertas prácticas médicas invasivas del cuerpo humano). De alguna manera mi cuerpo soy yo, pues es un elemento constitutivo (junto con el alma a la que está unida substancialmente) del ser humano. El hombre no es espíritu puro, sino que también es cuerpo, por eso no es ni un alma espiritual encarcelada en un cuerpo, como tampoco es sólo materia, sino que es una unidad sustancial de cuerpo y alma, o sea, cuerpo animado y alma incorporada.

El problema es que en el caso del aborto la mujer no decide sobre su cuerpo, o más bien, no decide solamente sobre su cuerpo (que indudablemente está involucrado cuando está embarazada), sino que decide sobre el cuerpo, el ser o la vida de otro. En consecuencia, este argumento no es autónomo, sino que supone con carácter previo la afirmación de que el feto no es un ser humano distinto a la mujer que lo concibió y lo está gestando (*pars viscerum matris*), por lo que de caer el primer argumento como quedó demostrado en el punto anterior, necesariamente cae también este.

Incluso la misma mujer que ha experimentado en carne propia lo que es estar embarazada, reconoce que además de ella hay algo más que vive y se mueve en su seno. Así lo admite por ejemplo la profesora Catharine MacKinnon de la Facultad de Derecho de Michigan, destacada abogada feminista, que sin reconocer que el feto sea una persona o que tenga que ser tratado como una persona, señala que tampoco se identifica totalmente con el cuerpo de la mujer: "*En mi opinión y según la experiencia de muchas mujeres embarazadas, el feto es una forma humana de vida. Está vivo (...) Más que una parte del cuerpo pero menos que una persona, dónde ésta es en gran parte qué es. Desde el punto de vista de la mujer embarazada, es al mismo tiempo yo y no yo. El feto 'es' la mujer embarazada en el sentido de que está en ella y es de ella, y es más de ella que de cualquier otro. Él 'no es' ella en el sentido de que ella no es todo lo que hay allí*"(20).

**4.3. Tercer argumento pro-abortista:** *El derecho de abortar es parte del derecho a la intimidad de la mujer y por tanto estaría fuera del alcance de la ley penal por lo menos en los dos primeros trimestres de la gestación.*

Como vimos este es el argumento que utilizó el juez Blackmun para fundar el voto de la mayoría en la sentencia del famoso caso "Roe vs. Wade" en 1973 (Por su parte el juez Rehnquist, actual presidente de la Corte redactó el voto de la minoría en sentido contrario), por el que declaró que una mujer embarazada tiene un derecho constitucional a

la privacidad en materia de procreación, y que este derecho general incluye el derecho al aborto si ella y el médico deciden a favor del mismo. Añadió que las razones que pueda tener un estado para anular este derecho criminalizando el aborto no constituían razones imperativas durante los dos primeros trimestres de embarazo, y concluyó que un estado no podía prohibir el aborto durante ese período(21).

En realidad, tampoco es un argumento autónomo, porque supone previamente la negación del carácter de persona en el sentido al que se refiere la Constitución de los Estados Unidos que en su decimocuarta enmienda dispone que ningún estado negará a ninguna persona la igualitaria protección de la ley. Por lo tanto, antes de fundar el derecho de privacidad tuvo que considerar si el feto era o no persona desde el punto de vista constitucional, y si se le hubiera reconocido tal carácter, se encontraría justificada la penalización del aborto que establecía la ley de Texas que fue declarada inconstitucional por el mencionado fallo.

Como ya vimos que el primer argumento es falso, porque quedó demostrado que el embrión-feto es un ser humano distinto a su madre y que debe ser tratado y respetado como persona moral y jurídicamente, tampoco se podría aplicar el segundo argumento (el derecho de privacidad en el caso del aborto) porque carecería de sustento.

Esto no significa que no exista un derecho a la privacidad, en cuanto tiene que existir una esfera íntima de la persona que esté fuera del alcance de la regulación del Estado y especialmente en materia penal, pero en este caso (del aborto) no se da porque además de la privacidad de la mujer, se encuentra involucrada la vida y los derechos de otro ser humano. Por eso, si bien es cierto que el derecho no abarca toda la amplitud del campo moral y las acciones privadas tienen que estar exentas del juicio de los magistrados (como señala el principio de reserva establecido por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional), también lo es que el derecho sería más bien un mínimo de ética exigible públicamente y que sin lugar a dudas, la protección de la vida humana en cualquiera de sus manifestaciones y estados es parte nuclear de dicho mínimo.

**4.4. Cuarto argumento pro-abortista:** *el aborto debe ser permitido cuando está en riesgo la vida o salud de la madre.*

Dentro de la argumentación pro-abortista que gira en torno al problema de la vida o salud de la madre, tenemos que distinguir entre los casos del llamado aborto terapéutico y del aborto clandestino, lo que requiere consideraciones de distinto tipo.

4.4.1. *Aborto terapéutico*: es el caso contemplado por el primer inciso del art. 86 del cód. penal, de aborto no punible, si es realizado cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre. Sin perjuicio de lo determinado por la norma es pertinente hacer algunas consideraciones de orden moral.

En primer lugar, no es moralmente lícito eliminar en forma directa una vida para salvar otra, en este caso ni la vida del hijo para salvar la de la madre, ni la vida de la madre para salvar la del hijo. En consecuencia, es un deber moral e hipocrático en el caso del médico hacer todo el esfuerzo para salvar la vida de ambos, pues una cosa es aceptar la muerte como final natural de una vida y otra muy distinta es provocarla aunque sea para salvar otra(22). Por otra parte, el avance de la ciencia médica y el desarrollo de la tecnología en materia de salud ha disminuido a niveles muy bajos, los supuestos en que se pueda dar la disyuntiva planteada. También *"se dice -afirma Basso- que la madre ejerce el derecho de legítima defensa contra el niño. Pero este argumento no se puede admitir, pues el niño no es ni puede ser un injusto agresor; para poder hablar de injusticia es necesario que el acto sea moralmente malo y que quien lo realice sea psicológicamente responsable; estas condiciones aquí no caben de ninguna manera"*(23).

En segundo lugar, distinta es la situación en la que el aborto no querido se produzca en forma indirecta al intentar salvar la vida de la madre. Se trataría de un caso de aplicación de lo que se conoce en moral como el principio de la causa del doble efecto, que Santo Tomás de Aquino expresa de la siguiente manera: *"Nada se opone a que una misma acción tenga dos efectos, de los que uno es intentado y otro queda fuera de la intención. Ahora bien, las acciones morales reciben su especie de lo que está en la intención y no de lo que es ajeno a ella, ya que esto le es accidental"*(24).

En lo que respecta a la aplicación del principio en materia de aborto, señala 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 valor como es la vida y no sea posible diferirla hasta el nacimiento del niño ni recurrir a otro remedio eficaz"*(25).

4.4.2. *Aborto clandestino*: otro de los argumentos que suelen utilizarse para justificar la

despenalización del aborto, es que su penalización hace que muchas mujeres recurran a abortos clandestinos, realizados sin las medidas técnico-médicas, ni de afección necesarias con grave riesgo para la salud y vida de la madre. Ahora bien, este es el mismo argumento que se utiliza para "legalizar" la comercialización de la droga, o sea, que ante la constatación de la repetición de hechos delictivos, en lugar de prevenir o reprimir según el caso, se recurre a la despenalización de la conducta, lo que es coincidente con una visión abolicionista o minimalista del Derecho Penal. En otras palabras, es lo mismo que si dijéramos que dado que existe la trata de blancas, en lugar de perseguirla, lo mejor sería despenalizarla a fin de "blanquear" la situación (con perdón de lo paradójico de la expresión), para que puedan tener cobertura social.

En el caso del aborto clandestino lo que hay que hacer es justamente lo contrario, o sea, por una parte prevención y contención con la mujer (especialmente en aquellos casos potenciales de riesgo) para que no recurra al mismo y por otra perseguir y reprimir a quienes realizan esta práctica ilegal y criminal de la medicina.

**4.5. Quinto argumento pro-abortista:** *el aborto debe ser permitido cuando el embarazo es resultado de una violación.*

En nuestro ordenamiento positivo, sólo está contemplado como no punible el aborto en caso de violación, cuando se trate de una mujer demente o idiota, con previo consentimiento de su representante legal (art. 86, inc. 2º, cód. penal), siendo un objetivo de los movimientos pro-abortistas extenderlo para todos los casos de violación. Al respecto podemos volver a citar a Thomson: *"Así que mi opinión es que (...) aún imaginando el caso en que una mujer embarazada como resultado de una violación, debería permitir que el no nacido usase de su cuerpo durante la hora que necesita, no deberíamos sacar la conclusión de que tiene derecho a ese uso; deberíamos sacar la conclusión de que si se niega, es egocéntrica, cruel, despreciable, pero no injusta"*(26).

Nuevamente este argumento presupone que el feto no es un ser humano, porque sino se estaría reconociendo un crimen. En consecuencia, me remito a lo dicho cuando tratamos el primer argumento respecto al status humano del embrión-feto y como ya dijimos caído este argumento caen los demás que se apoyan en él.

También de la última parte del argumento de Thomson se desprendería que en caso de aborto por violación puede haber algún reproche de tipo moral, pero no jurídico, pues no se le puede exigir a la mujer que le "preste" al feto su cuerpo durante nueve meses para poder

vivir. Ya hemos señalado en su momento que el derecho era un mínimo de moralidad exigible públicamente y que por tanto no todo lo reprochable moralmente, lo es jurídicamente, pero también dijimos, que la protección de la vida humana en todas sus manifestaciones y estados forma parte central de dicho mínimo y por tanto, aunque la mujer no consintió voluntariamente la relación sexual que dio origen al embarazo, la protección de la vida que naturalmente lleva en su seno puede no sólo moral, sino también jurídicamente obligarla a llevar dicho embarazo a término.

Sin duda que la mujer violada no es culpable de la situación, sino por el contrario es la víctima, pero la agresión injusta sufrida no se repara con otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es el bebé, sino más bien con una atención y contención de la mujer violada que la ayude a superar ese trance, y en caso que no quiera al bebé hijo de su violador, lo dé a luz y lo entregue para su adopción. Lo que no se puede hacer en ningún caso, es confundir el agresor y considerar de esta manera al bebé inocente, además de al violador culpable y para colmo condenarlo a muerte a diferencia del violador que aún en caso de ser condenado no perdería la vida. Sobre la inocencia del feto nos remitimos a la cita de Basso en la nota 24.

## **5. Los argumentos segunda parte: *¿De qué se habla también?***

Hasta ahora hemos visto los argumentos pro-abortistas a favor de la despenalización o permisión del aborto y su réplica desde la posición antiabortista que aboga por su prohibición y mantenimiento de la penalización. A continuación abordaremos algunas argumentaciones que en teoría no se ubicarían en ninguna de las posiciones antagónicas, aunque en la práctica no se pueda decir lo mismo. Me refiero a la teoría del espacio libre de derecho de Arthur Kaufmann y la que establece el valor autónomo e intrínseco de la vida humana, de Ronald Dworkin.

### *5.1. La teoría del espacio libre de derecho (Kaufmann).*

Si bien esta doctrina es más antigua, últimamente ha sido reflatada por Arthur Kaufmann representante de la moderna hermenéutica jurídica, que dice: "*Espacio libre de derecho no significa jurídicamente no regulado, sino jurídicamente no valorado. No es posible desconocer, sin embargo, que la expresión 'libre de derecho' es bastante inapropiada y constituye, por tal razón motivo de confusiones. Casi todos los legos en materia jurídica se representan bajo 'espacio libre de derecho' un ámbito ajeno a cualquier regulación jurídica; esto no es sorprendente pues a ellos les es desconocida la*

*diferencia entre lo 'no punible' y lo 'no regulado penalmente' (...) Muy por el contrario, en el espacio libre de derecho se trata de acciones relevantes y reguladas jurídicamente, que pese a ello no pueden ser valoradas pertinentemente, ni en cuanto conformes a derecho, ni en tanto antijurídicas. A manera de caracterización de dicha conducta ambivalente se impuso la expresión, poco acertada de 'no prohibidas'. Correcto sería, más bien hablar de espacio libre de valoración jurídica. Esta expresión, mientras tanto no se ha podido imponer. El espacio libre de derecho se relaciona con los casos de necesidad (estado de necesidad, interrupción del embarazo, participación en el suicidio). Su regulación jurídica estriba en que la conducta correspondiente, conforme a la ley penal, bajo determinados supuestos, se declara 'no punible'. La pregunta acerca de lo que ha de entenderse por 'no punible' -no antijurídica, no culpable, etc.- no es regulada por el legislador, esto le queda reservado a la jurisprudencia y a la doctrina"(27).*

Por su parte, respecto de la aplicación de esta doctrina al caso puntual del aborto agrega: *"Si el orden jurídico se abstiene de cualquier valoración respecto a la interrupción no sancionada del embarazo (y de casos equivalentes) cesa, luego, la particularmente delicada discrepancia entre derecho y moral. Esta tolerancia frente a distintos puntos de vista, religiosos, morales, ideológicos; crea la posibilidad de que diferentes posiciones se puedan poner de acuerdo en una solución intermedia. Por esto han de abandonar, no obstante, su postura extrema. Quien levanta barricadas fundamentalistas no contribuye en absoluto a la mejoría de las relaciones (...) Para la realización del modelo 'no prohibido-no permitido' se requiere tan sólo un pequeño detalle: tolerancia. En primer lugar y, ante todo, tolerancia frente a la mujer embarazada, a la que no se puede tildar por decidir de manera diferente a lo que uno misma crea correcto. Pero también es necesaria la tolerancia frente al niño concebido y no nacido, que tiene un derecho a la vida. Finalmente, se debe ejercer, así mismo, tolerancia frente a los partidarios y a los enemigos del aborto. Jamás se podrán colocar todos en forma satisfactoria bajo una misma postura. Pero actuar responsablemente significa que todos estos puntos de vista han de ser tenidos en cuenta seriamente para la decisión"(28).*

Lo que en teoría puede ser neutro, en la práctica no lo es. Así podríamos contestar a la aparente neutralidad de la teoría del espacio libre de derecho (penal) con la creación de la categoría no prohibido-no permitido, o sea, no valorado jurídicamente, porque si en definitiva lo que prima es la decisión de la mujer embarazada que hay que respetar y tolerar aunque no la compartamos, en la práctica la teoría "no prohibido-no permitido", se transforma en "no prohibido-permitido" y no se diferencia del argumento que ya analizamos basado en la libre decisión de la mujer en el marco del derecho a la intimidad, tal como fuera resaltado en el fallo "Roe vs. Wade". En consecuencia, nos remitimos a los argumentos vertidos contra esa fundamentación (ver punto 4.3) que en los efectos prácticos serían aplicables también en este caso. A lo que podríamos agregar, que en el caso de que la mujer decida realizarse el aborto ¿en qué queda la tolerancia al derecho a la vida del concebido, no nacido? (que refiere el autor): tolerancia en los papeles, intolerancia en la realidad.

## 5.2. El valor autónomo e intrínseco de la vida humana (Dworkin).

En la conclusión de su libro *El dominio de la vida* que ya hemos citado, el autor sintetiza la tesis que desarrolló a lo largo del mismo y que en la parte pertinente transcribimos: *"Nos han persuadido de que la cuestión central es metafísica -la cuestión de si un feto es una persona- acerca de la cual ningún argumento puede ser decisivo, y ningún compromiso es aceptable debido a que, para unos, la pregunta es si los bebés pueden ser asesinados mientras que, para los otros, es si las mujeres deberían ser víctimas de una superstición religiosa. Cuando analizamos más minuciosamente lo que la gente realmente siente acerca del aborto podemos rechazar esta explicación, fatalmente engañosa. Casi ninguno de los que apoyan las leyes antiaborto cree realmente que un feto recién concebido sea una persona, y casi ninguno de los opositores a esas leyes realmente cree que el argumento en contra del aborto se apoye sólo en la superstición. El verdadero debate es muy distinto: estamos tan profundamente en desacuerdo porque todos asumimos seriamente un valor que nos unifica como seres humanos, la santidad o inviolabilidad, en cualquier etapa en que se encuentre, de cualquier vida humana. Nuestras drásticas disensiones señalan la complejidad del valor y las formas marcadamente diversas como culturas, grupos y personas diferentes comprometidas igualmente con ese valor, interpretan su significado (...) Pero aunque podamos sentir que nuestra propia dignidad se encuentra involucrada en lo que otros hacen en relación a la muerte y a veces podemos aspirar a que otros actúen como consideramos correcto, una verdadera percepción de la dignidad apunta decisivamente en la dirección opuesta, esto es, a favor de la libertad individual y no de la coerción, a favor de un régimen jurídico y de una actitud que nos aliente, a cada uno de nosotros, a adoptar decisiones sobre la muerte individualmente. La libertad es el requerimiento cardinal y absoluto del autorrespeto: ninguno trata su vida como si tuviera una importancia intrínseca y objetiva, a menos que insista en conducirla por sí mismo, en no ser llevado por otros a lo largo de ella, sin importar la medida en que los ame, respete o tema (...) Insistimos en la libertad porque valoramos la dignidad y ubicamos en su centro el derecho a ejercer la libertad de conciencia, de forma que un gobierno que la niegue es totalitario, sin importar cuál sea el grado de libertad que nos deje en elecciones menos importantes. Porque honramos la dignidad, reclamamos democracia, a la que definimos de tal modo que entendemos que una constitución que permita que la mayoría restrinja la libertad de conciencia es enemiga de la democracia y no su manifestación. Cualquiera que sea la opinión que adoptemos en relación al aborto y la eutanasia reivindicamos el derecho de decidir por nosotros mismos y, por consiguiente, deberíamos estar dispuestos a insistir en que cualquier constitución honorable, cualquier constitución genuina que se sustente en principios, garantizará ese derecho para todos. Es tan importante vivir de acuerdo con nuestra libertad como el hecho de disponer de ella. La libertad de conciencia presupone la responsabilidad personal de reflexión y pierde gran parte de su significado cuando se ignora esta responsabilidad"*(29).

En suma, Dworkin distingue dos modos de plantear el debate: 1) de carácter derivado, pues supone previamente la determinación de si el feto es una persona y como tal titular de derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida y conforme se responda a esta cuestión se deducen las consecuencias ético jurídicas, o sea, si es persona no debería admitirse el aborto porque sería un asesinato, en cambio si no lo es podría permitirse el mismo porque no afecta el derecho de nadie; 2) de carácter autónomo, pues independientemente de la respuesta a la cuestión del estatuto del embrión-feto (que no tendría ninguna incidencia en el debate sobre el aborto), la vida humana en cualquier estado tendría un valor intrínseco, consistiendo el debate en la diferente interpretación que cada persona, grupo o religión tiene respecto a este valor.

Por eso, luego de señalar ambos modos de plantear el debate, afirma que el primero es erróneo porque más allá de las diferencias entre los científicos sobre el comienzo de la vida humana, parece innegable que un embrión humano es un organismo viviente que ya contiene códigos biológicos que dirigirán su posterior desarrollo físico, pero de estos hechos no se deduce que el feto tenga también derechos o intereses que deben ser tutelados y respetados, como tampoco que feto encarna un valor intrínseco que deba ser protegido. Ambas cuestiones, son de carácter moral y jurídico y no biológicas ni derivadas de la cuestión biológica.

En consecuencia, para él la cuestión sobre el aborto es del segundo tipo, o sea, autónoma, y por tanto, que la vida humana tenga un valor intrínseco por el cual es sagrada o inviolable y que siempre es lamentable que una vida humana termine prematuramente una vez empezada, es un problema moral y jurídico. Como hay diferencias de interpretación sobre el valor intrínseco que todos le reconocen a la vida humana, el principio aplicable es que la decisión que se tome debe ser personal (no debiendo el Estado interferir y mucho menos penalmente) fundada en la libertad de conciencia y la consecuente responsabilidad personal.

Respecto a su respuesta a la primera argumentación (derivada) podemos decir que es cierto que la cuestión sobre si el feto es persona y concomitantemente sujeto de derecho es moral y jurídica (sin perjuicio de la cuestión ontológica del embrión humano a considerar por la filosofía y que expresamente no abordamos en este artículo como ya señalamos) y no biológica como ya afirmamos en el punto 2. Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho, la determinación del status moral y jurídico del embrión humano supone el dato sobre el estatuto biológico del mismo, lo que no significa que se deduzca lógicamente de él como si fuera la conclusión de un silogismo por el cual se infiera indebidamente el deber ser a partir del ser (conocido como Principio o Ley de Hume).

Por el contrario, más bien se refiere a que la constatación de la existencia de una vida biológicamente humana, hace inmediatamente evidente (y por tanto captado por la inteligencia como *nous* o *intellectus* por simple aprehensión y no como *ratio*, o sea discursivamente) la existencia de un ser humano portador de esa vida y también se manifiesta en forma evidente que la conservación de la misma es un bien para dicho ser y como tal debe ser respetado de acuerdo con el primer principio evidente de la ley natural conocido por la razón práctica: Se debe hacer el bien y evitar el mal, conforme lo señala Santo Tomás en la cuestión 94 de la I-II cuando señala que el primer principio práctico es evidente, como lo es el principio de no contradicción en el plano teórico y que la evidencia se funda en la equivalencia o conversión entre ser y bien (como perfección o plenitud del ser en tanto es apetecida) y por eso traza un paralelo (no deducción o derivación) entre el orden de las inclinaciones naturales que la razón capta como buenas o perfectivas y el orden de los primeros principios o preceptos de la ley natural que ordena que deban ser realizadas o respetadas(30).

En consecuencia, vida humana, ser humano y persona humana (en sentido moral y jurídico), a pesar de las distintas perspectivas epistemológicas a partir de la cual son captados (biológica, filosófica, ética y jurídica) son términos equivalentes y correlativos del mismo ente y por tanto no se deriva uno de otro en forma deductiva.

Por su parte, respecto de su respuesta al segundo argumento (autónomo) podemos decir que afirmar por una parte el valor intrínseco de la vida humana y que sea lamentable que una vida humana una vez empezada termine prematuramente, supone que existe un ente portador de esa vida al que puedo llamar biológicamente viviente (más allá de la cuestión metafísica, ética o jurídica de su status de persona), porque a diferencia de lo que sostiene cierta filosofía de los valores como la de Max Scheler (que sostiene que el valor vale pero no es), solo puede tener valor o ser considerado un bien, aquello que es o existe, porque el ser es la primera perfección y por ende el valor fundante (óntico) de todos los demás. Pero por otra parte dejar librado a la libertad de conciencia de cada uno la decisión sobre dicho valor, hace que el mismo, en la práctica sea puramente subjetivo. Particularmente en el caso del aborto, quedaría exclusivamente en poder de la mujer determinarlo (al no reconocer status moral y jurídico al embrión), reduciendo en este supuesto la protección de la vida a una cuestión privada, sin incidencia ni interferencia pública. Esto hace que en última instancia el argumento coincida con el vertido por el juez Blackmun en el fallo "Roe vs. Wade", por lo que son pertinentes las mismas observaciones que hicieramos del mismo en el punto 4.3., particularmente aquella que considera al derecho como un mínimo de eticidad exigible públicamente y que la protección de la vida humana (por el derecho en general y el derecho penal en particular) forma parte esencial de dicho mínimo.

## **6. Conclusión**

Al respecto hacemos nuestras las siguientes palabras de Juan Pablo II: *“Si se pone tan gran atención al respeto de toda vida, incluida la del reo y la del agresor injusto, el mandamiento « no matarás » tiene un valor absoluto cuando se refiere a la persona inocente. Tanto más si se trata de un ser humano débil e indefenso, que sólo en la fuerza absoluta del mandamiento de Dios encuentra su defensa radical frente al arbitrio y a la prepotencia ajena(...) La decisión deliberada de privar a un ser humano inocente de su vida es siempre mala desde el punto de vista moral y nunca puede ser lícita ni como fin, ni como medio para un fin bueno. En efecto, es una desobediencia grave a la ley moral, más aún, a Dios mismo, su autor y garante; y contradice las virtudes fundamentales de la justicia y de la caridad. « Nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo ».*

*Cada ser humano inocente es absolutamente igual a todos los demás en el derecho a la vida. Esta igualdad es la base de toda auténtica relación social que, para ser verdadera, debe fundamentarse sobre la verdad y la justicia, reconociendo y tutelando a cada hombre y a cada mujer como persona y no como una cosa de la que se puede disponer. Ante la norma moral que prohíbe la eliminación directa de un ser humano inocente « no hay privilegios ni excepciones para nadie. No hay ninguna diferencia entre ser el dueño del mundo o el último de los miserables de la tierra: ante las exigencias morales somos todos absolutamente iguales »” (31).*

voces: aborto - persona - bioética - derechos humanos

**1- "Roe vs. Wade", 410 U.S. 113 (1973).**

**2- DWORKIN, RONALD, *El dominio de la vida-una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998, pág. 14.**

**3 - DWORKIN, RONALD, *El dominio...*, cit., pág. 140.**

**4 - CS, "Portal de Belén", causa n° 103.468, sentencia de 5/3/02, publicado en ED, 197-15; LL, 2002-B-520.**

5 - SERRA, ANGELO y COLOMBO, ROBERTO, *Identidad y estatuto del embrión humano-la contribución de la biología*, publicado en el libro "Identidad y estatuto del embrión humano, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2000, pág. 112.

6 - Department Of Health and Social Security, *Report of the Committee of Inquiry into human Fertilization and Embriology*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1984, pág. 65, citado por SERRA, ANGELO y COLOMBO, ROBERTO, en *Identidad y estatuto...*, cit., pág. 151.

7 - *Ibíd.*, pág. 69.

8 - Al respecto el informe del Comité de ética de la Asociación Americana para la fecundación (AFS) en septiembre de 1986 en consonancia con el informe Warnock define el término de la siguiente manera: "un preembrión es el producto de la unión de gametos, desde la fecundación hasta la aparición del eje embrionario. Se considera que esta fase preembrionaria se extiende hasta los catorce días siguientes a la fecundación. Esta definición no pretende dar de manera implícita una apreciación moral del pre-embrión" (Boletín de la AFS, vol. 46, N° 3, páginas V, VI y VII, citado por LEJEUNE, J., *Que es un embrión humano*, Madrid, Rialp, 1993, pág. 143.

9 - LEJEUNE, JEROME, *Qué es el embrión...*, cit., pág. 141. En esta obra transcribe su versión vertida como experto en el juicio "Davis vs Davis", Tribunal de Justicia de Maryville, Tennessee, 1989, donde se discutía el estatuto humano o no de siete embriones congelados a pedido del matrimonio Davis y que luego de su divorcio se produce el conflicto porque la madre quiere implantárselos y el padre se opone argumentando que no puede ser obligado a ser "padre".

10 - Como dice la Dra. VILA-CORO, MARÍA ISABEL, *Introducción a la biojurídica*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995, pág. 43: El hecho de que un individuo se vaya a dividir más adelante en otros dos individuos, que se vaya a duplicar, no obsta para que antes de dividirse sea un único individuo. Por otra parte, no hay razón para retrasar hasta el día 14 la consideración de único e indivisible que no vaya a dividirse. De acuerdo con las afirmaciones de los genetistas pueden existir dos sistemas alternativos de generación de la vida humana que no se excluyen mutuamente: 1) vida humana desde el mismo instante de unión del óvulo y el espermatozoide en los supuestos normales: ontogénesis; 2) en los casos extraordinarios de gemelos monocigóticos comienza la vida humana para la segunda mitad, a partir de la escisión del producto de la concepción: mitosis.

11 - *Donum Vitae*, Cap. I, N° 1. En el mismo sentido *Evangelium Vitae*, N° 60.

12 - CS, "Portal de Belén", y ob. cit. en nota 4.

13 - THOMSON, JUDITH JARVIS, *Una defensa del aborto*, publicado en el libro *Debate sobre el aborto-cinco ensayos de filosofía moral*, de JOHN FINNIS, JUDITH JARVIS THOMSON, MICHAEL TOOLEY y ROGER WERTHEIMER, Madrid, 1992, Ediciones Cátedra SA, pág. 9/10.

14 - TOOLEY, MICHAEL, *Aborto e infanticidio, publicado en el libro Debate...*, cit., págs. 99/100.

15 - FINNIS, JOHN, *Pros y contras del aborto, íd.*, págs. 140/142.

16 - LEJEUNE, JEROME, *Qué es el embrión...*, cit., opinión vertida en el informe ante el Parlamento Europeo, 1986, citado por VILA-CORO, MARÍA ISABEL, *Introducción a la biojurídica, Madrid 1995, Universidad Complutense de Madrid*, pág. 40.

17 - ENGELHARDT, H.T, *Fundamentos de la Bioética, Barcelona, 1995, Paídos.*

18 - SINGER, PETER, *Practical Ethics, Cambridge University Press, 1995.*

19 - WERTHEIMER, ROGER, *Comprender la discusión sobre el aborto, publicado en el libro Debate...*, cit., pág. 34.

20 - MACKINNON, CATHARINE, *Reflections on Sex Equality Under Law, 1316, citado por DWORKIN, RONALD, El dominio de la vida...*, cit., pág. 75.

21 - Conf. DWORKIN, RONALD, *ibídem*, pág. 140.

22 - Conf. PÍO XI, *Encíclica Casti Connubi; En el mismo sentido PÍO XII Discurso dirigido al Congreso del Frente de la Familia y de la Federación de las Asociaciones de las asociaciones de las familias numerosas, del 28 de noviembre de 1951, recopilado en el libro Pío XII y las Ciencias Médicas, Buenos Aires, Guadalupe, 1961, pág. 118.*

23 - BASSO DOMINGO M., *Nacer y morir con dignidad, Buenos Aires, Corporación de abogados católicos, consorcio de médicos católicos, Depalma, 1991, pág. 359.*

24 - SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, II-II, q. 64, art. 7.*

25 - PÍO XII *Discurso dirigido al Congreso del Frente de la Familia y de la Federación de las Asociaciones de las asociaciones de las familias numerosas del 28 de noviembre de 1951, recopilado en el libro Pío XII y las Ciencias Médicas, Buenos Aires 1961, Guadalupe pág. 119. En el mismo sentido, BASSO DOMINGO M., Nacer...*, cit., pág. 393.

26 - THOMSON, JUDITH JARVIS, *Una defensa...*, cit, pág. 26.

27 - KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofía del derecho, Bogotá 1999, Universidad Externado de Colombia, pág. 408.*

28 - KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofía...*, cit., pág. 417.

29 - DWORKIN, RONALD, *el dominio...*, cit., págs. 311/314.

*30 - Conf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, I-II, q. 94, art. 2.*

*31 – Juan Pablo II: Evangelium Vitae, N° 57*