

**Ylarri, Juan Santiago**

*¿Libertad de elección de la madre o derecho a la vida del niño por nacer? (Una disyuntiva que no es tal)*

Prudentia Iuris N° 71, 2011

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:

Ylarri, J. S. (2011). *¿Libertad de elección de la madre o derecho a la vida del niño por nacer? : una disyuntiva que no es tal* [en línea], *Prudentia Iuris*, 71. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/libertad-eleccion-madre-derecho-vida.pdf> [Fecha de consulta:.....]

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

## ¿LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA MADRE O DERECHO A LA VIDA DEL NIÑO POR NACER? (UNA DISYUNTIVA QUE NO ES TAL)

JUAN SANTIAGO YLARRI\*

*“Amigo Lector: cuando tenga que opinar sobre el aborto, ¿no podría ponerse en el lugar del embrión? A fin de cuentas, por ahí empezó usted”.*  
(Lacruz Berdejo)

### I. Introducción

El aborto es un tema que genera diferentes opiniones en nuestro país y en todo el mundo. Es una problemática que no se reduce a lo jurídico, sino que implica connotaciones políticas, sociales, culturales, económicas y religiosas<sup>1</sup>.

En el presente artículo nos proponemos aclarar la aparente disyuntiva que se presenta entre el derecho a la vida del niño por nacer y los derechos de la madre, como su libertad de elección, su privacidad y su salud, circunscribiendo el análisis al derecho argentino, aunque se hará especial referencia al precedente norteamericano, *Roe v. Wade*.

En este sentido, en un primer momento haremos mención de la protección legislativa y jurisprudencial de cada uno de los derechos mencionados, para luego tratar de dar respuesta a la disyuntiva propuesta en el título del presente artículo: ¿existe el derecho a abortar? ¿Puede ser restringida la vida en el comienzo de su desarrollo? ¿Qué ocurre en caso de riesgo en la salud de la madre?

\* Abogado (UBA). Profesor de “Elementos de Derecho Constitucional” y “Derecho Constitucional Profundizado” (UBA). Asesor legal en el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación. Cursante de carrera de Especialización de Derecho Administrativo (UCA).

<sup>1</sup> En este sentido, el juez Blackmun en su voto del fallo *Roe v. Wade* afirma que “la filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación respecto de los flancos más básicos de la existencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores y las pautas morales que establece y procura cumplir, todos ellos influyen y afectan lo que uno piensa acerca del aborto. Además, el crecimiento de la población, la contaminación, la pobreza y los matices raciales tienden a complicar y no a simplificar el problema”. *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

## II. Derechos de la madre

### a. Libertad de elección

Algunos consideran que la libertad de elección de la madre conlleva un supuesto derecho a abortar y que ello debe primar sobre la vida del niño por nacer. Se fundan en lo que se llama principio de autodeterminación procreativa. Se afirma que es un derecho emanado del artículo 19 de la Constitución Nacional, que en su primera parte establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, y del artículo 33 de la Constitución Nacional<sup>2</sup>.

Este derecho a la autodeterminación de los padres se funda, principalmente, en el respeto por las conductas autorreferentes de estos, es decir, que el Estado no intervenga en el plan de vida que cada persona elige, siempre y cuando no se dañe a terceros. Esto “implica la libre decisión de los padres, originada en el diagnóstico médico debidamente informado y la indicación consiguiente”<sup>3</sup>.

En este sentido, un fallo del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictado en el año 2005, afirmó que el derecho de autodeterminación procreativa de los padres prevalece en ciertas situaciones extremas. En ese caso se trataba de un niño que padecía anencefalia, por lo que era inviable, incapaz por sí mismo de vida externa<sup>4</sup>.

### b. Derecho a la salud<sup>5</sup>

Otro derecho que se invoca a favor de la madre es el derecho a su salud. El concepto de salud no debe entenderse de una manera restringida, negativa, como ausencia de enfermedad, sino como un completo bienestar físico, mental y social<sup>6</sup>. Por su parte, Bidart Campos dice que el derecho a la salud no se limita únicamente a la abstención de daño, sino que exige, además, “muchísimas prestaciones favorables

<sup>2</sup> Que establece que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>3</sup> BASTERRA, Marcela I., “Autorización de inducción al parto. Una reafirmación del principio de autonomía personal”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, septiembre de 2001, pág. 15.

<sup>4</sup> Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 26-12-2000.

<sup>5</sup> Respecto de desafío bioético de, por un lado, procurar garantizar el derecho a la salud de todas las personas y, por otro, la clara la importancia del derecho a la vida, especialmente ante los crímenes del aborto y la eutanasia, ver: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “El debate por la vida en la reforma de salud en los Estados Unidos”, *El Derecho*, Diario, 14-12-2009.

<sup>6</sup> Este es el concepto de *salud* dado por el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Sin embargo, hay que destacar que un concepto tan amplio de salud podría conllevar una pretensión de legitimación del aborto inadmisibles. Sobre el tema, nos referiremos más adelante.

que irrogan en determinados sujetos pasivos el deber de dar y hacer<sup>7</sup>, como son las prestaciones estatales para la protección de la salud.

Este derecho se halla protegido ampliamente por la Constitución Nacional. Se entiende que está comprendido dentro de los derechos implícitos del artículo 33 de nuestra Norma Fundamental e incluido en distintos tratados internacionales que tienen rango constitucional en virtud de la reforma introducida al artículo 75 inciso 22 en el año 1994.

En concreto, es protegido por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que afirma que “todo ser humano tiene derecho a [...] la libertad y seguridad de su persona”<sup>8</sup> y que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales”<sup>9</sup>. Asimismo, se prevé en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 3º y 25; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 5º, el derecho a la integridad personal, y a su vez añade que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”<sup>10</sup>. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”<sup>11</sup>. También protege el derecho a la salud de la madre (Artículo 12).

En esta misma línea, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, afirma: “[...] los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condición de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive las que se refieran a la planificación de la familia” (artículo 12). La segunda parte de este artículo establece que los Estados deben garantizar a la mujer “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

En lo que respecta a la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema de Justicia ha ratificado en distintos fallos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas<sup>12</sup>.

### ***c. Derecho a la privacidad. Caso Roe v. Wade***

Otro derecho invocado a favor de la madre para realizarse un aborto es el derecho a la privacidad, que tiene base en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Se

<sup>7</sup> BIDART CAMPOS, Germán José, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, pág. 198.

<sup>8</sup> Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo I.

<sup>9</sup> Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo XI.

<sup>10</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5º, inciso 1.

<sup>11</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10, inciso 2.

<sup>12</sup> *Fallos*: 323:1339; *Fallos*: 323:3229.

afirma que la decisión de abortar es una decisión que pertenece al ámbito privado o individual de las personas<sup>13</sup>.

En el orden externo, el derecho a la privacidad fue acuñado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el fallo *Roe v. Wade*<sup>14</sup>, en el año 1973. Jane Roe tenía la intención de abortar, por lo que inició una acción declarativa contra el fiscal del Distrito de Dallas, Henry Wade, para que estableciera la inconstitucionalidad de una norma que penalizaba el aborto, ya que consideraba que violaba el derecho de la madre a decidir si deseaba concebir o no hijos. Entendía que esa decisión integraba su derecho constitucional a la privacidad, en el que domina la decisión de los padres y el consejo médico en ciertas etapas del embarazo.

La mayoría de la Corte afirmó que esa ley afectaba el derecho a la privacidad de las mujeres del Estado de Texas. Sin embargo, afirmó que ese derecho no era absoluto y que debía ser armonizado con los intereses que el Estado podía tener en su reglamentación<sup>15</sup>, por lo que dividió el embarazo por trimestres: “a) durante la etapa anterior a, aproximadamente, la finalización del primer trimestre, la decisión sobre el aborto y su realización deben ser dejadas al juicio médico del facultativo que atiende a la mujer embarazada; b) durante la etapa siguiente, a aproximadamente la finalización del primer trimestre, el Estado, al promover sus intereses en la salud de la madre, puede, si lo elige, regular los procedimientos abortivos de forma razonablemente relacionada a la salud de la madre; c) durante la etapa a partir de la viabilidad del feto, el Estado, al promover su interés en la potencialidad de la vida humana, puede, si lo elige, regular y aún prohibir el aborto, excepto cuando este sea necesario, según el juicio médico, para la preservación de la vida o la salud de la madre”.

En este sentido, la mayoría de la Corte norteamericana concluye que el derecho a la privacidad incluye la decisión sobre el aborto, aunque aclara que ese derecho no es absoluto y debe ser considerado junto con importantes intereses del Estado en su reglamentación.

Por otro lado, en este fallo, la Corte desarrolla la tesis de la viabilidad. Esta tesis hace referencia a que si el embrión humano, fuera del vientre materno, carece de viabilidad, le pertenece a la madre como algo propio, enteramente de ella, por lo que puede disponer de él con libertad.

También, tiene en cuenta el derecho a la salud de la mujer en sentido amplio. Así, afirmó que la prohibición a la mujer de tomar una decisión para abortar “produce un detrimento evidente en ella. El daño psicológico puede ser inminente: la maternidad puede imponer a la mujer una vida o futuro dolorosos; existe también la pena asociada al hijo no querido; el problema de traer un hijo a una familia incapaz de cuidarlo”.

Sin embargo, nos parece importante hacer mención a las críticas que hizo en su voto en disidencia el juez White. Sostuvo: “[...] no encuentro nada en el texto o en

<sup>13</sup> Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 26-12-2000.

<sup>14</sup> *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), citado anteriormente.

<sup>15</sup> SANTIAGO, Alfonso (h), *La Corte Suprema y el Control Político*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pág. 431.

la historia de la Constitución que apoye el juicio de la Corte Suprema”. Y continúa diciendo que ésta “simplemente presenta y anuncia un nuevo derecho constitucional de las madres embarazadas, y con escasas razones y autoridad para su acción, inviste tal derecho con la suficiente entidad como para censurar la legislación sobre el aborto vigente en la mayoría de los Estados”.

#### ***d. Otros derechos invocados***

Junto a los derechos mencionados anteriormente, se invoca el derecho a la protección integral de la familia<sup>16</sup>, el derecho de la mujer a disponer de su cuerpo, que se respeten los derechos sexuales de la mujer, y sobre todo su dignidad y honor, que se consideran incluidos en nuestra Norma Fundamental (artículo 33).

También se mencionan otros dos principios: el de beneficencia-no maleficencia, que responde al fin primario de la medicina, que se centra en promover el bien para el paciente y evitar el mal, y el principio de justicia, que se refiere a la igualdad en los tratamientos y a la distribución equitativa de los recursos, teniendo en cuenta el respeto a la vida y a la proporcionalidad de las actuaciones<sup>17</sup>.

### **III. Derecho a la vida del niño por nacer**

#### ***a. Constitución Nacional e instrumentos internacionales***

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la vida es protegido por una gran cantidad de normas. Si bien no fue incluido explícitamente en nuestra Constitución de 1853/60, se entiende que es un derecho implícito del artículo 33, al ser un derecho de la personalidad.

Posteriormente, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 dio jerarquía constitucional a distintos instrumentos internacionales que protegen de forma expresa el derecho a la vida del niño por nacer. Así, el Pacto de San José de Costa Rica establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”<sup>18</sup>, y ese derecho “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Como prolongación, el artículo 5.1 afirma que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Este derecho también es protegido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>19</sup>.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño afirma que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”<sup>20</sup>. Esta convención fue aprobada por la ley N°

<sup>16</sup> Constitución Nacional, artículo 14 bis.

<sup>17</sup> Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 26-12-2000.

<sup>18</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4°.

<sup>19</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6,1.

<sup>20</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 6,1.

23.849, que en su artículo 2º establece que para la República Argentina “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”.

El artículo 75 inciso 23 de nuestra Carta Magna afirma que hay que garantizar los derechos que protegen en particular a los niños, y también cuando se encuentren en “situación de desamparo, desde el embarazo [...]”.

### **b. Código Civil**

El Código Civil dedica dos artículos a la persona por nacer. El artículo 63 las define como “las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. De la misma manera, el artículo 70 establece que la existencia de las personas comienza “desde la concepción en el seno materno”, y que “antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos [...]”. En esa misma línea, el artículo 72 afirma que no importará “que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo”.

En la nota al artículo 70, Vélez Sarsfield critica a la doctrina que determina que la capacidad de derecho depende no solamente del nacimiento, sino de la capacidad de la vida, de la viabilidad. Afirma que ese razonamiento no tiene ningún fundamento, y contradice los principios generales sobre la capacidad de derecho, que es inherente a la existencia de una criatura humana.

Por ello, el niño por nacer es persona para el derecho, aunque condiciona la adquisición definitiva de los derechos patrimoniales al nacimiento con vida<sup>21</sup>. A este aspecto, se refiere el artículo 74 cuando dice que si los seres por nacer “muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido”.

El niño por nacer, desde el punto de vista de la capacidad de hecho, es persona absolutamente incapaz<sup>22</sup>. Desde el punto de vista de la capacidad de derecho, es persona de capacidad restringida, ya que tiene amplia capacidad para adquirir bienes, pero en cuanto a obligarse, la generalidad de la doctrina considera que no la tiene<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> En este sentido, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en la ciudad de Rosario en el año 2003, la mayoría de la comisión sobre el “comienzo de la existencia de la persona humana” interpretó que “la condición resolutoria legal consagrada por el artículo 74 del Código Civil para el caso de nacimiento sin vida de la persona natural debe interpretarse limitada solo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extrapatrimoniales”.

<sup>22</sup> Código Civil, artículo 54, inciso 1.

<sup>23</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1973, t. I, pág. 254.

### **c. Código Penal<sup>24</sup>**

El Código Penal argentino, dentro de los delitos contra la vida, incluye cuatro artículos sobre el aborto. El artículo 85 reprime al que causare un aborto con reclusión o prisión, distinguiendo si se hace con o sin consentimiento de la mujer. En el primer caso, la pena es de uno a cuatro años, y puede elevarse a seis años si es seguido de la muerte de la mujer. En el segundo caso, la reclusión o prisión va de tres a diez años, y puede elevarse a quince si es seguido de la muerte de la mujer.

El artículo 86, por su parte, afirma que sufrirán inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena, además de la pena impuesta, los médicos, los cirujanos, las parteras o los farmacéuticos que causen el aborto o cooperen a causarlo.

Luego, incluye dos excepciones a la punibilidad del aborto. La primera es el llamado “aborto terapéutico”, que es el que se da “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”. La segunda excepción es el denominado “aborto eugenésico”, que se da “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”.

La norma en análisis ha generado una gran polémica en la doctrina nacional. Por un lado, en lo que se refiere al aborto terapéutico, se ha dicho que es una causa de justificación dada por el conflicto de intereses entre la vida del niño por nacer, y la vida y la salud de la madre. Es decir, que ante la coalición de ambos bienes jurídicos, la muerte del feto sería la solución menos perjudicial.

Por otro lado, en lo que se refiere a la segunda excepción, se discute si únicamente se refiere a una violación o atentado al pudor de una mujer idiota o demente, o si también el Código incluye el aborto sentimental, es decir, en el caso de que una mujer sana sea violada. Núñez se ubica en la primera postura, mientras que Donna, en la segunda<sup>25</sup>.

El Artículo 87 se refiere al aborto preterintencional. En este, se reprime con prisión de seis meses a dos años, “el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”.

Por último, el artículo 88 se refiere al caso de que la mujer cause su propio aborto. En esta circunstancia se la reprime con prisión de uno a cuatro años. El Código termina aclarando que la tentativa de la mujer no es punible.

### **d. Jurisprudencia nacional**

<sup>24</sup> En un análisis reciente del estado actual de la codificación penal, se ha dicho que a pesar de numerosas discusiones doctrinales, se ha respetado el principio de dignidad humana como pilar fundamental de nuestro ordenamiento, manteniendo la tipificación de conductas como el aborto o derogando la figura del infanticidio. Ver RAMÍREZ, Nicolás Daniel, “Un breve estudio acerca del estado actual de la codificación penal argentina”, *El Derecho*, Diario, 12-8-2010.

<sup>25</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, págs. 89-91.

En lo que respecta a la jurisprudencia de nuestro país, el derecho a la vida ha tenido prioridad jerárquica frente a otros derechos humanos<sup>26</sup>. Así, se dijo que el derecho a la vida es “el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”. Ese mismo criterio, sin calificarlo como derecho natural, se reiteró en otras oportunidades<sup>27</sup>. Que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, también fue puesto en relieve en el caso “Campodónico de Bevilacqua”<sup>28</sup>, remitiéndose a otras decisiones del más alto tribunal<sup>29</sup>.

También, la Corte Suprema ha dicho que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”<sup>30</sup>.

#### IV. ¿La vida del hijo o la elección de la madre? Cuestiones a analizar

Hemos hecho referencia a los distintos derechos que le corresponderían a la madre, y la protección dada a la vida del niño por nacer. Ahora, pretendemos solucionar esa aparente disyuntiva que se da entre los derechos de la madre y la vida del niño por nacer<sup>31</sup>.

Primero, nos preguntamos desde cuándo se considera que hay vida humana, y por tanto, desde cuándo merece ser protegido el niño por nacer. Luego, analizaremos lo que es el aborto, y las consecuencias que este accionar trae para la madre, la familia y toda la sociedad. También, consideraremos si el derecho a la vida es un derecho absoluto, y si es legítimo restringirlo y, por último, qué derecho debe prevalecer si está en juego la vida de la madre.

##### *a. Comienzo de la vida humana*

En primer lugar, creemos importante tratar de determinar desde cuándo hay vida humana. Nuestra legislación, como vimos anteriormente, determina que la existencia de las personas comienza desde el momento de la concepción<sup>32</sup>. Pero cabe preguntarnos qué pasa cuando otras legislaciones o la jurisprudencia no lo consideran así.

<sup>26</sup> Fallos: 324:3.

<sup>27</sup> Fallos: 310:112; 323:1339.

<sup>28</sup> Fallos: 323:3229.

<sup>29</sup> Fallos: 302:1284; 310:112.

<sup>30</sup> Fallos: 316:479, votos concurrentes.

<sup>31</sup> En relación al debate entre los derechos de la madre y la de los hijos por nacer, puede verse LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La sentencia de la Cámara de Bariloche sobre aborto y sus aportes a la defensa de la vida”, *El Derecho*, Crim., 2-6-2010.

<sup>32</sup> Código Civil, artículos 72 y 70; Pacto San José de Costa Rica, artículo 4°; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 6°; Ley N° 23.849, art. 2°.

Al respecto, es preciso aclarar que no es una cuestión sencilla, toda vez que no existe unanimidad ni en el plano jurídico, ni en el filosófico, ni en el científico<sup>33</sup>. En este sentido, los filósofos y los teólogos, actualmente también los científicos, se preguntan sobre el status humano del embrión, es decir, sobre la existencia o no en él de la dimensión ontológica de la persona<sup>34</sup>. Asimismo, es verdad que no corresponde a las ciencias empíricas decidir si un embrión humano ha alcanzado o no el nivel de persona, pero es claro que en el tema que nos ocupa no se pueden desconocer las investigaciones científicas al respecto.

Así, se ha comprobado que la fusión del óvulo materno y del espermatozoide paterno da origen al huevo o cigoto, célula única, autónoma, distinta del padre y de la madre, pluripotente, de la cual se formarán todos los órganos del nuevo ser en desarrollo<sup>35</sup>, y 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 desarrollarse después en el seno de la madre no cambia estos hechos. La fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación. Tal afirmación no es una hipótesis de un teórico, ni siquiera la opinión de un teólogo, sino una constatación experimental”<sup>36,37</sup>.

En este contexto, podemos afirmar que la vida humana individual comienza con la fecundación del óvulo, que constituye una nueva realidad biológica distinta de la materna, en la que se inicia un proceso de desarrollo y una concatenación de procesos vitales determinados por el código genético que fue constituido en el momento de la fecundación<sup>38</sup>, por lo que consideramos que ninguna muerte de un embrión, tanto si se la provoca antes o después de la formación de determinados órganos, puede ser tenida por lícita, toda vez que el embrión humano, cualquiera sea su edad o condición, es ciertamente el comienzo de una nueva vida humana<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> En este sentido, hay quienes consideran que el embrión no puede ser considerado ser individual y, por tanto, tampoco persona, hasta cierto grado de su desarrollo, aunque no hay acuerdo sobre cuál es el grado mínimo necesario. Algunos piensan que la individuación no se produce antes del anidamiento. Otros exigen más tiempo: seis semanas a partir de la nidación, después de dos meses, después de tres, cuando ya hay desarrollo de la corteza cerebral, etc. Ver BASSO, Domingo M. O. P., *Nacer y morir con dignidad – Bioética*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 82 y sus citas.

Por otro lado, el juez Blackmun expresó en el fallo *Roe v. Wade* que la Corte no necesitaba resolver la pregunta de cuándo comienza la vida. “Cuando aquellos especialistas en medicina, filosofía y teología son incapaces de llegar a algún consenso, el juez, en este punto de desarrollo del conocimiento del hombre, no está en posición de articular alguna respuesta [...]”.

<sup>34</sup> BASSO, Domingo M. O. P., *Nacer y morir...*, ob. cit., pág. 76.

<sup>35</sup> BASSO, Domingo M. O. P., *Nacer y morir...*, ob. cit., pág. 74.

<sup>36</sup> LEJEUNE, J., *Genética ética y manipulaciones*, conf. ed. por la Universidad Católica de Córdoba, 1986, citado en BASSO, Domingo M. O. P., *Nacer y morir...*, ob. cit., pág. 85.

<sup>37</sup> Asimismo, André Giovanni ha expresado que la presencia de todo hombre en la potencialidad del embrión no es una impresión sentimental, ni un a priori metafísico, ni un postulado religioso, ni una escoria conceptual nacida de una mentalidad preológica, ni un sueño platónico, ni nada por el estilo. Es precisamente todo lo contrario: es un dato real, sin duda no fácil de aprehender, pero que puede ser captado racionalmente en toda su riqueza, citado en BASSO, Domingo M. O. P., *Nacer y morir...*, ob. cit., pág. 86.

<sup>38</sup> DAVAZO, G., “Aborto”, citado en BASSO, Domingo M. O. P., *Nacer y morir...*, ob. cit., pág. 88.

<sup>39</sup> Así, la Academia Nacional de Medicina se ha pronunciado en el sentido de que “destruir un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano”, y que “el pensamiento médico, a partir

Por ello, consideramos que no corresponde a un jurista o a un juez determinar de forma arbitraria cuándo comienza la vida humana, sino que esa determinación debe estar apoyada en las investigaciones científicas que, según vimos, demuestran que la vida comienza al completarse la fecundación, que es cuando un nuevo individuo comienza su propio ciclo vital, por lo que el recién concebido es el mismo que el que después se va a convertir en niño, joven, adulto<sup>40,41</sup>.

Por ello, no compartimos la opinión de quienes consideran que la determinación de la vida dependa de la “opinión” ética-jurídica de un juez, o sea impuesta por la “cultura social”<sup>42</sup> y de quienes proponen reconocer el derecho a la vida a partir de cierto momento del embarazo. No consideramos correcto entender al niño por nacer como una categoría subhumana, con el fin de permitir la eliminación directa de una persona, sino que desde el momento de la concepción se le debe dar plena protección jurídica<sup>43</sup>.

### ***b. El aborto y el derecho a la vida***<sup>44</sup>

Hemos visto que la vida del ser humano comienza en la concepción, y por ello, debe ser reconocido como persona. Por tanto, se le debe asegurar la protección de sus derechos; principalmente, el primero de todo ser humano, el derecho a la vida. Ahora bien, cabe preguntarnos qué es realmente el aborto, ¿supone un atentado contra la vida del niño por nacer?

El Código Penal no da una definición al respecto. Donna lo conceptualiza de dos formas diferentes. Por un lado, da un concepto legal, definiendo al aborto como un delito contra la vida que “atiende, en su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno”. Por otro lado, desde el punto de vista puramente ginecológico, dice que el aborto “atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente”<sup>45</sup>.

---

de la ética hipocrática, ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento”. ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, “Resolución sobre el aborto aprobada por unanimidad en plenario del 30 de septiembre de 2010. La ética y el juramento médico defienden al niño por nacer y toda vida”, *El Derecho*, Diario, 3-11-2010.

<sup>40</sup> En este sentido, lo que somos biológicamente los adultos no es esencialmente otra cosa que lo que fuimos como óvulos fecundados. Ver BASSO, Domingo M. O. P., *Nacer y morir...*, ob. cit., pág. 81.

<sup>41</sup> A partir del momento de la fecundación el ser humano comienza su desarrollo, que se da en tres fases que se interrelacionan. La primera es el crecimiento (aumento de tamaño), que comprende la división celular y elaboración de productos celulares; la segunda fase es la morfogénesis (desarrollo de la forma); y, por último, la diferenciación (maduración de los procesos fisiológicos), fase que culmina con la formación de los tejidos y órganos. Véase MOORE y PERSAUD, *Embriología básica*, México, Interamericana, 1995, pág. 60.

<sup>42</sup> CREUS, Carlos, “El aborto en el sistema jurídico argentino”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2000-III, pág. 1042.

<sup>43</sup> En relación a la protección de la vida desde la concepción y las sentencias judiciales que disponen la realización de abortos ilegales, ver: BUDANO ROIG, Antonio R., “La tensión entre ley natural y ley positiva en el año del bicentenario”, *El Derecho*, Diario, 6-7-2010.

<sup>44</sup> Puede verse al respecto: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás (coord.), *La vida, primer derecho humano*, Buenos Aires, Educa, 2010.

<sup>45</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho...*, ob. cit., pág. 63.

Vemos que solo en la primera definición habla de muerte, mientras que en la segunda habla de “expulsión”. A su vez, en ninguna de las dos se refiere a persona, sino a “feto” o a un “producto de la concepción”. Por ello, queremos llamar la atención sobre un punto que presenta dificultades de comprensión: el aborto es la eliminación deliberada y directa de un ser humano inocente, en el comienzo de su existencia. Por tanto, el aborto procurado voluntariamente “no es una práctica médica ni un derecho”<sup>46</sup>.

No se puede pretender ejercer el derecho a la autodeterminación procreativa de los padres, o a su privacidad, cuando de lo que en realidad se trata es de tener el *derecho a matar*. Al respecto, el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que las acciones privadas de los hombres están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados, pero siempre que de ningún modo perjudiquen a un tercero, en este caso el niño por nacer. Por eso, no hay que engañarse, y hay que llamar las cosas por su nombre.

Al respecto existe una incongruencia dado que “mientras a escala universal se tiende con ahínco a defender los derechos humanos, muchos Estados legalizan el aborto, lo cual suprime radicalmente el principal de todos. Los movimientos femeninos que reivindican el derecho de la mujer a disponer del fruto de sus relaciones sexuales caen en la aberración de sostener que se tiene derecho a disponer libre y absolutamente de la vida ajena de un ser humano en gestación, que carece de toda capacidad defensiva. Esa manipulación de la vida embrionaria significa convertirla en cosa u objeto sin ninguna protección jurídica. Y entre tanto, ¡también pululan los movimientos en pro de los ‘derechos’ (sic) del animal! ¿Y los del nasciturus?”<sup>47,48</sup>.

Todo derecho supone el derecho a la vida, por lo que sin él ninguno tendría realidad. De nada valdría decirle a una persona que tiene derecho a que nadie cercene su libertad o lesione su patrimonio, si antes no se le ha asegurado su derecho a la vida<sup>49</sup>.

Cada vida humana es única e irrepetible, y goza de igual dignidad. Por ello, son iguales ante la ley. Esto ya fue puesto de manifiesto en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, el 4 de julio de 1776, que dice: “[...] sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades, que todos los hombres son

<sup>46</sup> LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Reflexiones sobre el llamado ‘aborto terapéutico’”, *El Derecho*, Diario, 30-8-2005, pág. 2.

<sup>47</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “El aborto y el derecho a la vida”, *El Derecho*, t. 113, pág. 486, citado en BIANCHI, Alberto, “El problema constitucional del aborto. (Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido)”, *Jurisprudencia Argentina*, 80° Aniversario, 1998, pág. 64.

<sup>48</sup> En esta misma línea pueden resultar esclarecedoras las palabras de la madre Teresa de Calcuta al recibir el Premio Nobel de la Paz, expresando su preocupación sobre este tema: “[...] hagamos que todo niño, nacido o no, sea un niño deseado. Muchos se manifiestan preocupadísimos por los niños de la India o del África, donde tantos mueren por desnutrición, hambre o lo que fuera. Pero hay millones de niños deliberadamente eliminados por la voluntad de sus madres. Por eso, el más grave destructor de la paz es el aborto”; citado en BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional del derecho a la vida*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pág. 54.

<sup>49</sup> ARAMBURO, M., *Filosofía del Derecho*, New York-Madrid, 1928, pág. 138, citado en HERRERA JARAMILLO, Francisco José, *El derecho a la vida y el aborto*, Pamplona, Eunsa, 1984, pág. 134.

creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida [...]”<sup>50</sup>.

Por ello, no puede existir el derecho de la autodeterminación procreativa, esto es el derecho de la madre a elegir disponer de la vida de su hijo, ya que desde el momento de la concepción, está en juego la vida de una nueva persona, que debe ser valorada y respetada. Por lo tanto, “reivindicar el derecho al aborto [...], y recocerlo legalmente, significa atribuir a la libertad humana un significado perverso e inicuo: el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás. Pero esta es la muerte de la verdadera libertad”<sup>51</sup>.

Desde otro punto de vista se pone en juego el valor de la democracia. En este sentido, Alf Ross afirmaba que la democracia tiene límites ante otros valores e intereses fundamentales. Así, se preguntaba qué sucedería si democráticamente se resolviera exterminar a los judíos o crear campos de concentración para opositores políticos, “entonces –afirma– mi lealtad a la democracia habría tocado su límite”<sup>52</sup>. Así, consideramos que poner en debate un derecho tan fundamental como el de la vida, pone en juego toda base de vida institucional y de relación social.

### ***c. ¿Es el derecho a la vida un derecho absoluto? ¿Puede ser restringido?***

A pesar de lo expresado anteriormente, ¿es el derecho a la vida un derecho absoluto? Nuestra Constitución no reconoce derechos absolutos<sup>53</sup>. Sin embargo, la Corte se ha pronunciado en el sentido de que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana<sup>54</sup> y que es un valor fundamental<sup>55</sup>.

De esta manera, consideramos que el derecho a la vida no es un derecho absoluto, en cuanto que una persona, por ejemplo, ejerza la legítima defensa, viéndose así afectado el derecho a la vida de otra persona, pero sí creemos que tiene un valor absoluto cuando se refiere a una persona “inocente”, ya que el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente su derecho inviolable a la vida.

Por ello, creemos que las excepciones a la punibilidad del aborto contenidas en el Código Penal violan de modo directo el derecho a la vida del niño por nacer. En este sentido, varios autores han planteado la inconstitucionalidad del “aborto terapéutico”<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> En HERRERA JARAMILLO, Francisco José, *El derecho a la vida...*, ob. cit., pág. 355.

<sup>51</sup> JUAN PABLO II, Encíclica *Evangelium Vitae*, mc, Buenos Aires, 1995, pág. 90.

<sup>52</sup> ROSS, Alf, *¿Por qué democracia?*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 123.

<sup>53</sup> Entre otros, *Fallos*: 136:161.

<sup>54</sup> *Fallos*: 323:3229.

<sup>55</sup> *Fallos*: 316:479, votos concurrentes.

<sup>56</sup> TOLLER, Fernando M., “Quien salva una vida es como si salvara el mundo entero (diez errores del fallo de la Suprema Corte bonaerense en el caso del aborto a la mujer discapacitada), *El Derecho*, Diario, 11-8-2006, pág. 1; JUNYENT BAS, Francisco y DEL CERRO, Candelaria, “La tutela constitucional del derecho a la vida. A propósito del llamado aborto eugenésico”, *El Derecho*, Diario, 3-10-2006, pág. 4.

En contraposición a lo afirmado se ha dicho<sup>57</sup> que es justa la legitimación del aborto sentimental, que contempla la situación moral de la mujer que ha concebido al ser víctima de un delito. No coincidimos con esta opinión. Creemos que la mujer, más allá de la circunstancia en las que haya concebido, aún en el caso de una violación, no tiene derecho a eliminar la vida de su hijo, ya que “nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente”<sup>58</sup> y “ninguna autoridad puede legítimamente imponerle ni permitirlo”<sup>59</sup>.

A su vez, con respecto a la segunda excepción a la punibilidad del aborto, contenida en el Código Penal, cuando se refiere a una violación o atentado al pudor de una mujer “idiotas o dementes”, tenía una finalidad netamente eugenésica. Se pensaba que el niño fruto de una mujer en esas condiciones sería un enfermo, con deficiencias mentales, por lo que su eliminación no merecería reproche penal. Sin embargo, la ciencia ha demostrado el error de esta postura, ya que muchos niños nacidos de una mujer en esas circunstancias gozan de plena salud física y mental. De todas maneras, si el hijo de una mujer en esa situación engendrara un ser humano con deficiencias, tampoco justifica su eliminación y negarle el derecho a existir<sup>60</sup>.

En este mismo sentido, la jurisprudencia afirmó que un magistrado no puede “conceder licencia para delinquir”, y que “no hay norma que me autorice, como juez, a disponer la muerte de esta persona”<sup>61</sup>. No consideramos que sea lícito reprimir un delito con otro.

Sin perjuicio de ello y de las excepciones de punibilidad contenidas en el Código Penal, en el que se ponen de manifiesto situaciones extremas, no siempre son de tal magnitud los motivos por los cuales se decide abortar. En este sentido, solo a modo ejemplificativo mencionamos un estudio realizado para el Alan Guttmacher Institute<sup>62</sup>, que detalla esas razones. Entre los motivos más señalados ubica la preocupación por el cambio de vida que el nacimiento ocasionará, la imposibilidad de sostener económicamente al bebé, los problemas de relación o para evitar ser madre soltera, el no estar preparada aún para asumir la responsabilidad de ser madre, el ocultar que ha tenido relaciones sexuales o que está embarazada. Muy por debajo de esas razones, aparecen los motivos de salud de la madre o por haber sufrido una violación.

Creemos que ninguno de estos motivos invocados es justificativo para matar a una persona. Si bien el niño por nacer en una determinada fase de su vida necesita del vientre materno para subsistir, no significa que sea una parte de la madre, por la

<sup>57</sup> TARABORRELLI, José N., “El aborto como daño a la persona”, *Jurisprudencia Argentina*, t.1993-IV, 862.

<sup>58</sup> JUAN PABLO II, *Evangelium...*, ob. cit., pág. 89.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, pág. 92.

<sup>60</sup> TOLLER, Fernando M., “Quien salva una vida...”, ob. cit., pág. 2.

<sup>61</sup> SC Buenos Aires, “C. P. d. P., A. K.”, 27-6-2005, *El Derecho*, Diario, 30-8-2005.

<sup>62</sup> TORRES, Aída and DARROCH FOSTER, Jaqueline, “Why do Women Have Abortions?”, *Family Planning Perspectives*, July-August 1988, págs. 169-170, citado en BIANCHI, Alberto, “El Problema...”, ob. cit., pág. 64.

que esta puede disponer del concebido con entera libertad. En este sentido, la Corte ha dicho que “a grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad”<sup>63</sup>.

No se trata, tampoco, de un problema de conciencia individual de la madre o de los padres, por lo que quedaría fuera del ámbito de regulación estatal. La decisión de abortar no se encuentra dentro de las acciones privadas, protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional, sino que, como se ha dicho, afecta a un tercero: el derecho a la vida del niño por nacer.

#### ***d. ¿La vida de la madre o la vida del niño por nacer?***

Entonces ¿a la mujer se le exige una actitud heroica y que renuncie a su derecho a la salud? Por supuesto que no. Pero hay que tener en cuenta que con los avances de la medicina, tanto en sus métodos como en la tecnología con la que se cuenta, son pocos los casos en que realmente se pone en juego la vida de la madre.

El derecho a la vida es un derecho fundamental e igual para todos, no puede decirse que tenga mayor fuerza para la vida de la madre que para la vida del hijo. Lo que debe hacerse en casos extremos es poner los medios lícitos para lograr salvar no solo una vida, sino las dos, ya que ambas son iguales. Lo que jamás puede hacerse es instrumentalizar una vida a favor de la otra<sup>64</sup>.

En esos casos extremos, la intervención debe tratarse de una acción directa sobre la madre para salvar su vida, aunque como segundo efecto no deseado resulte un aborto, y no que se busque la eliminación directa del niño. Esto se conoce como principio de la causa de doble efecto<sup>65</sup>.

No desconocemos los problemas que puede acarrear un embarazo para la mujer y para toda la familia, las dificultades físicas y psíquicas que conlleva<sup>66</sup>, pero esto nunca puede autorizar a matar a un niño inocente, teniendo en cuenta también los perjuicios físicos y psicológicos que pueden provocarle a la madre el aborto. En este sentido, creemos que la solución no se encuentra en la legitimación del aborto, sino tal vez en políticas públicas que pueda impulsar el Estado<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Fallos: 310:508.

<sup>64</sup> HERRERA JARAMILLO, Francisco José, *El derecho a la vida...*, ob. cit., pág. 357.

<sup>65</sup> LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Reflexiones sobre el llamado aborto terapéutico”, *El Derecho*, Diario, 30-8-2005, pág. 2.

<sup>66</sup> En este sentido, el juez Blackmun en su voto del fallo *Roe v. Wade* afirma que el perjuicio que el Estado le causa a la mujer embarazada al negarle la elección acerca de terminar o no su embarazo es claro. “Puede involucrar daños directos y específicos, médicamente diagnosticables aun durante el primer período de embarazo. La maternidad o hijos adicionales pueden imponer a la mujer una vida y un futuro angustiosos. Los daños psicológicos pueden ser inminentes. La salud física y mental pueden ser sobrecargadas por el cuidado del hijo. Existe también la angustia por todo lo concerniente y asociado con el hijo no deseado y existe el problema de introducir un chico en una familia incapaz psicológicamente y por otros motivos de cuidarlo”.

Sin embargo, el juez White, en su voto disidente en el fallo *Roe v. Wade*, habla también del “espectro de posibles impactos en la madre”.

<sup>67</sup> Sin perjuicio de que excede los objetivos del presente trabajo, se podría pensar en que el Estado no se limite únicamente a punir el aborto, sino que realice acciones positivas para ayudar a la madre y su familia, por ejemplo, ofreciendo ayudas económicas a la madre soltera, asistiendo con ayuda económica y

## V. Conclusión

En el presente artículo nos hemos propuesto aclarar la aparente disyuntiva que se presenta entre la libertad de elección de la madre para abortar y la vida del niño por nacer.

Hemos desarrollado los derechos que se podrían invocar a favor de la madre, como son la libertad de autodeterminación procreativa, el derecho a la salud, la privacidad, la dignidad y el honor, así como analizamos la protección que se da a la vida del niño por nacer en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales, en las normas del Código Civil, en el Código Penal y lo dictado por la jurisprudencia nacional.

En este sentido, creemos que no existe ninguna disyuntiva entre la libertad de elección de la madre y la vida del niño por nacer. Todas las personas, nacidas y no nacidas, tienen el derecho a que se respete su vida desde el momento de la concepción<sup>68</sup>.

Por eso, consideramos que el aborto es un atentado contra una persona inocente, por lo que nunca es legítimo permitirlo. Si bien el derecho a la vida no es un derecho absoluto en algunos casos, sí lo es cuando se trata de la vida del niño por nacer, y en el caso de que haya peligro para la salud de la madre, nunca puede autorizarse a eliminar directamente al niño, sino que debe aplicarse el principio de la causa de doble efecto.

Hoy en día, parecería quererse defender tan a ultranza los derechos de la mujer como para permitir que atente impunemente contra la vida de su hijo por nacer. Por lo tanto, consideramos que hay que llamar la atención sobre este tema: la vida del niño por nacer debe ser protegida y se debe aprender a no matar la vida del hombre, sino a protegerla y promoverla.

---

psicológica a las mujeres víctimas de una violación, brindando una adecuada educación sexual, proveer un sistema efectivo de adopción, para que esos niños “no deseados” puedan tener una familia, y no sean asesinados impunemente, etc.

<sup>68</sup> Como vimos, así lo establece expresamente el Código Civil, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.