

Título: [La legalización del aborto, la exaltación de la autonomía y el retroceso del derecho a la vida](#)

Autor: [Lafferriere, Jorge N.](#)

Publicado en: [DFyP 2018 \(julio\), 11/07/2018, 34](#)

Cita Online: [AR/DOC/1178/2018](#)

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho a la vida en los proyectos y en las intervenciones de quienes defienden la legalización del aborto.— III. Dos fallos que relativizan el derecho a la vida para privilegiar la autonomía personal.— IV. Las consecuencias: la vida como bien disponible.— V. El trasfondo antropológico y social: sociedad tecnocrática y eugenesia liberal.— VI. La maternidad vulnerable y el derecho a la vida.— VII. El derecho a la vida y la legítima defensa.— VIII. Derecho a la vida y derecho penal.— IX. Conclusión.

[\(1\)](#)

## I. Introducción

La Cámara de Diputados de la Nación Argentina comenzó a debatir en marzo de 2018 distintos proyectos de ley para legalizar el aborto (1). Con ligeras variantes, los proyectos siguieron al que promovió la Campaña Nacional por el Aborto Legal (expte. 230-D-2018) que postulaba la completa legalización del aborto hasta la semana 14 y, luego de ese plazo, por amplias causales que involucran toda situación que pueda afectar la salud física, psíquica y social de la madre, la violación o las malformaciones fetales graves. Este proyecto no incluyó la objeción de conciencia, permite el aborto de niñas desde los 13 años sin conocimiento de sus padres y obliga al sistema de salud a brindar el aborto en forma gratuita.

Respecto a las cuestiones en juego en estos proyectos, consideramos que estas iniciativas debían ser rechazadas, como lo hemos explicado ampliamente en un informe del Centro de Bioética, Persona y Familia (3), mientras que postulamos que en su lugar se deben promover medidas de acción positiva en favor de las madres vulnerables y sus hijos por nacer, procurando salvar las dos vidas.

En este trabajo nuestra reflexión se focaliza en la profunda transformación que se está operando en torno al derecho a la vida, que ya no es concebido en términos de principio inviolable, sino como un derecho que admite excepciones en razón de la exaltación de la autonomía individual.

## II. El derecho a la vida en los proyectos y en las intervenciones de quienes defienden la legalización del aborto

Para justificar la legalización del aborto, usualmente se han utilizado tres líneas argumentales con relación al estatuto jurídico de la persona por nacer. Algunos afirman que el por nacer no es persona y por tanto no es titular de derechos. Esta es la línea seguida, sobre todo por la Corte Suprema de Estados Unidos en el famoso "Roe v. Wade" de 1973. En la segunda postura, se sostiene que el "por nacer" sería un ser humano con ciertos intereses protegidos, sin llegar al estatuto de persona. La tercera línea sostiene que el concebido es persona, pero que su derecho a la vida no es absoluto y admite una regulación en función de la autonomía de la madre.

Analizando los proyectos de ley presentados en el Congreso, en general no abordaron el problema del comienzo de la existencia de la persona o el del estatuto de la persona por nacer. En el citado expte. 230-D-2018, se afirma: "En su art. 1º al colocar el plazo de la catorceava semana este proyecto no pretende definir el comienzo de una vida ni justificar moralmente las interrupciones del embarazo. Delimita legalmente un área protectora de los bienes jurídicos en cuestión, dentro de plazos razonables para una gestación que no fue planificada y/o deseada" (expte. 230-D-2018).

Por su parte, el proyecto 443-D-2018 consideraba que "el sistema legal argentino guarda dos estatus jurídicos distintos para la persona y para el nasciturus" y señala como fundamento de esta diferenciación jurídica en el art. 86 del Cód. Penal.

El proyecto 1817-D-2018 se adentraba en el tema a fin de enfatizar que si bien hay persona desde la concepción, la protección de su vida está prevista "en general" en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4º), invocando el caso "Baby Boy vs. Estados Unidos" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica", y el caso "F. A. L." (4).

En el campo de los juristas que han intervenido en el debate, Roberto Gargarella reconoce la elocuencia de los textos que se refieren a la vida prenatal, como por ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención de Derechos del Niño o el art. 75, inc. 23 de la CN, pero entiende que ello "de ningún modo obstaculiza que se legisle sobre el aborto", con fundamento en la idea de que la vida está protegida "en general, desde la concepción." Para este autor, este derecho puede sufrir "regulaciones" y "balances" que deben considerar el peso de otros derechos más robustos (p. ej., la salud de la madre), que puedan estar en conflicto

con el primero (p. ej., embrión en sus etapas iniciales) y no estamos frente a la consagración de ningún "derecho absoluto" (ni nada que se le parezca) insusceptible de regulación razonable (5).

Andrés Gil Domínguez sostiene "la declaración interpretativa realizada por el Estado argentino considerada como condición de vigencia estática del art. 1º de la Convención sobre los derechos del niño no puede interpretarse como un derecho que en la totalidad de los supuestos de colisión con los derechos de la mujer, siempre y en todo contexto, tendrá más peso ponderado" (6).

Este mismo autor, comentando la ley 26.862 de acceso a las técnicas de fecundación artificial dice: "a partir del momento de la concepción, es posible distinguir tres momentos o etapas graduales diferenciadas, a los efectos de una tutela infraconstitucional e infraconvencional, que se presentan como una derivación razonable y proporcional del contenido iusfundamental del derecho a la vida: la primera está delimitada por el momento proyectado entre la concepción fuera del seno materno mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer. Esta etapa tendrá conforme a su realidad ontológica, la menor intensidad que le pueda deparar el derecho infraconstitucional, pero nunca podrá ser pasible de una postura de indiferencia jurídica respecto de la tutela que deriva del mandato constitucional y convencional. Por dicho motivo, el piso mínimo de la protección que se debe desarrollar, impide considerarlo una cosa susceptible de ser sometido al comercio o patentado. A esta etapa le reconocemos como intensidad de protección constitucional el nivel 1 ó (+). La segunda está conformada con el comienzo de la gestación dentro del cuerpo de la mujer (ya sea que la concepción se haya producido originariamente en el cuerpo de la mujer o mediante el uso de las TRHA) y culmina con el nacimiento con vida. A esta etapa le reconocemos como intensidad de protección constitucional y convencional el nivel 2 ó (++)". La tercera comienza a partir del nacimiento con vida y dura hasta que la finitud nos alcance. A esta etapa le reconocemos como intensidad de protección constitucional o convencional el nivel 3 ó (+++)" (7).

En definitiva, es difícil ignorar el sólido y armónico ordenamiento jurídico que reconoce que todo ser humano es persona, y que la persona comienza con la concepción (arts. 75, inc. 23 de la CN, ley 23.849 ratificatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4º.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, Código Civil y Comercial, Código Penal, leyes 24.901, 24.714, Constituciones Provinciales, etc.). En síntesis, podemos decir que los proyectos no negaban que la existencia de la persona humana comienza con la concepción (p. ej., ninguno propone reformar el Código Civil y Comercial) (8), sino que presuponen que el derecho a la vida no es absoluto y admite excepciones.

### III. Dos fallos que relativizan el derecho a la vida para privilegiar la autonomía personal

#### III.1. Las sentencias "F. A. L." y "Artavia Murillo"

Dos sentencias han sido invocadas para fundar la postura que reconoce que hay persona humana desde la concepción, pero relativizan su derecho a la vida para privilegiar la autonomía personal. Nos referimos a los casos "F. A. L." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 13/03/2012 y "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 (9).

La CS en la sentencia del caso "F. A. L." del 13/03/2012 afirmó el carácter relativo del derecho a la vida, especialmente cuando en el consid. 10 sostiene la mayoría: "la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto [art. 3º de la Convención Americana de Derechos Humanos], con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del nasciturus como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del art. 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de este". Así, la CS reconoce que el por nacer es un sujeto de derecho, pero sostiene que su derecho a la vida no merece protección absoluta.

En "Artavia Murillo" la relativización del derecho a la vida es mucho más evidente (10). En primer lugar, la mayoría de la Corte IDH en las citas nros. 261 y 262 remite a cuatro sentencias anteriores (11), incluyendo la primera ("Niños de la calle", 1999) y la última ("Masacres de El Mozote", 2012) en las que la Corte IDH se había referido al tema del derecho a la vida. Pero en "Artavia Murillo", la mayoría de la Corte IDH deliberadamente omitió dos frases que figuraban en los precedentes citados, a saber:

- "De no ser respetado [el derecho a la vida], todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo"

- "Esos derechos [a la vida] forman parte del núcleo inderogable..." (12).

En "Artavia Murillo" la Corte IDH no sólo omite estas dos significativas frases, sino que se incorporan de manera expresa visiones restrictivas del derecho a la vida en franca contradicción con las afirmaciones de sentencias anteriores de la propia Corte IDH. La CIDH en el párr. 259 incorpora una de las más graves

definiciones de esta injusta sentencia. En efecto, allí se afirma:

"259. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada 'protección más amplia' en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella".

El tema del carácter "no absoluto" del derecho a la vida se repite luego en el apartado 264, ahora con fundamento en la expresión "en general" que aparece expresamente en el art. 4º.1 de la Convención:

"264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del art. 4º.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la 'concepción' en el sentido del art. 4º.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del art. 4º de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general".

Es decir, la CIDH admite que el por nacer es una persona ya que se encuentra "implantado", pero subordina la protección de la vida a su desarrollo, en forma gradual e incremental.

Este proceso de relativización del derecho a la vida está acompañado de una exaltación de la autonomía personal, como surge del apart. 142 (13) y siguientes hasta el 151, de modo que se subordina la determinación del estatuto jurídico del embrión humano y su derecho a la vida a una pretendida capacidad de autodeterminación de las personas adultas.

### III.2. Sobre el carácter no vinculante de "Artavia Murillo"

Corresponde dejar aclarado que entendemos que el fallo "Artavia Murillo" no es vinculante ni puede utilizarse como justificación del aborto. Además de la evidente diferencia de temas ("Artavia Murillo" refiere a la discusión de los embriones entre la fecundación y la implantación), nos remitimos en este punto al medular y profundo análisis del tema que hizo la sentencia del 08/07/2013 de la Cámara Federal de Salta en los autos "L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/ amparo" (14), a través del voto del Dr. Renato Rabbi Baldi Cabanillas.

En esa sentencia, la Cámara Federal de Salta muestra con claridad los límites de la pretensión de aplicar de manera irrestricta la decisión de la CIDH en el caso "Artavia Murillo". Este fallo sigue en muchos pasajes al dictamen del Procurador General en la causa "Acosta" (Fallos 335:533, del 08/05/2012) y en resumen sus líneas argumentales son:

- por el art. 68.1. de la Convención Americana, dado que Argentina no fue parte en el litigio que dio lugar a la sentencia de la CIDH, no resulta obligatorio seguir ese fallo;

- las sentencias de la Corte IDH son "insoslayable pauta de interpretación" y ello no significa darle carácter vinculante, sino que es "una manera —quizás más enfática pero no diversa— de considerarla una 'guía' respecto de la inteligencia que debe otorgarse al Pacto";

- la Corte IDH corre el peligro de incurrir en una petición de principio si afirma que sus decisiones son vinculantes, por la propia autoridad de la CIDH;

- en los procesos judiciales internos, la CS es el último intérprete del derecho constitucional y ello incluye también a los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad";

- se rechaza la interpretación que dispone que si los Tratados se incorporaron "en las condiciones de su vigencia", ello supondría que se le otorga validez suprema a lo que diga el intérprete último del Tratado, por tres motivos: i) porque la Convención Constituyente no tenía atribuciones para modificar las normas de la Constitución relativas a la organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación; ii) porque los redactores de la cláusula durante los debates de la Convención Constituyente quisieron dar otro sentido a esa expresión "en las condiciones de su vigencia"; iii) si se acepta esta interpretación que otorga primacía a la jurisprudencia internacional en base a la expresión "en las condiciones de su vigencia", ello significaría que cada vez que cambia la jurisprudencia de los órganos internacionales, ello significaría una reforma de la Constitución y la

Convención de 1994 no estaba habilitada a modificar la forma en que se reforma la Constitución;

- si ni siquiera las decisiones de la CS poseen carácter vinculante y sólo ostentan "una fuerza moral" (Fallos 330:4040, 332:1488, entre muchos otros), entonces no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional fuera del referido alcance del art. 68.1 del Pacto;

- por remisión al derecho comparado; por el margen de apreciación de los Estados;
- y porque no se pueden desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno.

Además, la Cámara explica otras razones para apartarse de la decisión de la CIDH en "Artavia Murillo" sobre la personalidad de los embriones humanos. Se fundamenta en: a) El término "concepción" y su interpretación conforme al sentido corriente de los términos; b) La interpretación sistemática e histórica del término concepción; c) la interpretación evolutiva del término concepción; d) La interpretación de acuerdo con el objeto y el fin del tratado de la concepción.

Dejando aclarado este punto sobre su carácter no vinculante, el objetivo de reseñar la sentencia "Artavia Murillo" es constatar la consolidación de una línea argumental que reconoce que hay una persona humana, pero relativiza su derecho a la vida en función de una exaltación de la autonomía personal.

#### IV. Las consecuencias: la vida como bien disponible

A la luz de lo expuesto, podemos afirmar que asistimos a un nuevo consenso: hay ser humano desde la concepción. Sin embargo, para algunos sería una persona cuyo derecho a la vida no merece una protección total sino gradual e incremental. Para estas posturas, la vida sería un bien disponible.

Esta postura resulta problemática porque el derecho a la vida es un derecho que no admite grados: o se tiene vida o no se la tiene. Afirmar que la vida no merece una protección absoluta, o que merece distintas intensidades de protección, es sostener que será legítimo que alguna persona quite a otra persona la vida y que lo haga al amparo de la ley. Ello no puede menos que minar las bases de la convivencia social, pues se permite quitarle la vida al otro y hacerlo con amparo de la ley.

Hay que advertir que estas interpretaciones en torno a la disposición "en general" del art. 4º de la Convención Americana podrían extenderse más allá del nacimiento, pues nada dice el art. 4º en relación a que ese "en general" deba limitarse al tiempo prenatal y de hecho se discute en algunos países la pena de muerte para personas ya nacidas bajo aplicación de esa regla de la Convención Americana. ¿Por qué razón se brinda una protección "nivel 3" al ser humano desde el nacimiento y no se establecen más "niveles" de intensidad luego del mismo? De hecho, ya hay posturas que hablan de un "aborto post-natal" para intentar legitimar infanticidios.

Pareciera existir un vaciamiento del contenido material del bien "vida" y su reemplazo por una visión ideologizada, que acomoda la realidad en función de la exaltación de la autonomía.

No desconocemos que una parte del problema en debate obedece a situaciones graves de vulnerabilidad que ponen a las mujeres en riesgo de vida. Pero, como bien señaló Alejandro Williams, "en la construcción discursiva del tema en agenda se plantea la despenalización, legalización o liberalización del aborto en términos ambiguos, haciendo uso por un lado de argumentos vinculados a la libertad o a la autonomía de la voluntad definida en términos neoclásicos, a la vez de apelar a la sensibilidad del público argumentando desde la situación de la vulnerabilidad materna" (15). Volveremos sobre el punto más adelante al abordar la relación entre protección de la vida de la madre y vida del concebido. En todo caso, hay que reafirmar que también el derecho a la vida de la madre es inviolable y que relativizar el derecho a la vida de alguien, la madre o su hijo, supone una injusticia.

En síntesis, creemos que es necesario redescubrir que el derecho a la vida es un derecho que no admite interpretaciones restrictivas, ni recortes que permitan que algunos seres humanos sean privados deliberadamente de su vida con amparo del sistema jurídico. Reconocer la inviolabilidad de la vida constituye un principio liminar del ordenamiento jurídico que no puede ser modificado sin graves daños para la convivencia.

#### V. El trasfondo antropológico y social: sociedad tecnocrática y eugenesia liberal

A los fines de este trabajo, esta tendencia a absolutizar la autonomía y a relativizar el derecho a la vida revela un problema antropológico de fondo: subyace la idea de que la autonomía es el valor supremo y que la dignidad de la persona queda sujeta a la noción de autonomía. El ser humano autónomo es el que posee, para esta visión, la plena personalidad, mientras que los "no autónomos", como el embrión humano no implantado son despojados de su personalidad en aras de garantizar la autonomía.

Ello conduce a una notable paradoja: el sujeto central del derecho internacional de los derechos humanos es la persona humana, pero para estas posturas este término ya no parece abarcar a todos los seres humanos, iguales en su dignidad ontológica, sino sólo a los que poseen autonomía (entendida como el contenido central de

la dignidad) y capacidad de autodeterminación. Ahora bien, si sólo los autónomos y dueños de sí son sujetos de derecho, la lógica de los derechos humanos como protección de los vulnerables se torna en mera declaración vacía. Pero estas visiones de la dignidad que terminan autorizando formas de quitar la vida a otra persona traicionan la noción misma de dignidad. Como enseña Arias de Ronchietto: "Es evidente: la muerte causada a otro de modo directo nunca es, no puede serlo, proporcionada a la dignidad humana" (16).

Adviértase que esta transformación del derecho a la vida y la noción de persona termina operando como la regla del más fuerte, del autónomo. Incluso, el principio pro homine parece que no se aplica para ampliar la protección a todo ser humano, sino como principio para ampliar la protección a los autónomos que son quienes ejercen derechos humanos.

La mayoría de estas posturas surgen en contextos en los que se debaten temas vinculados con las biotecnologías y la bioética: aborto, eutanasia, fecundación in vitro. En el fondo, son problemas que surgen por la aplicación de tecnologías que quieren que la vida sea un bien disponible y manipulable, sin toparse con límites ontológicos.

En este marco, el aborto libre termina siendo funcional a una concepción de tecnocrática de la sociedad, pues configura las condiciones jurídicas que relativizan el valor de la vida y la colocan como un bien disponible, que puede ser sometido a controles de calidad, y que puede y debe ser descartado si no reúne los estándares "normales" de utilidad. Esta mentalidad, que busca la optimización funcional de todas las relaciones para que sean maximizadoras de consumo y circulación de bienes, también pretende que la persona humana se vuelva parte de esa racionalidad tecnocrática, valorando a la persona por su utilidad.

La concepción de una nueva vida humana es un acontecimiento que revoluciona a la sociedad. Para ingresar a la vida no hay que ser aceptado por una mayoría o reunir ciertas condiciones. El otro es alguien que me interpela y me llama a reconocerle todos sus derechos y su dignidad. Pero si durante un tiempo hay posibilidad de descartar al que está por nacer entonces un dramático mecanismo de exclusión y selección se pone en camino. Habrá vidas dignas de ser vividas y otras que no. La sistemática eliminación de personas con discapacidad que se produce cuando hay una legalización del aborto prueba este hecho (17).

Podemos hacer las cosas distintas. Podemos pensar en salvar las dos vidas. Podemos pensar en incluir a las personas con discapacidad. Podemos pensar en apoyar a la mujer en conflicto con su embarazo. Podemos prevenir nuevas formas de presión y violencia contra la mujer.

#### VI. La maternidad vulnerable y el derecho a la vida

En la fundamentación de los proyectos de ley de aborto libre en Argentina se argumenta que se trata de una medida que responde a la necesidad de proteger el derecho a la vida de las mujeres que recurren al aborto en condiciones de clandestinidad y corren riesgo de vida. Ahora bien, algunas precisiones deben hacerse en esta materia, teniendo en cuenta que los proyectos propusieron la legalización del aborto sin necesidad de invocar causales hasta la semana 14, y luego de ese plazo con una gran amplitud prácticamente hasta el nacimiento.

En primer lugar, las muertes maternas por aborto en 2016 fueron 31 (18), según las estadísticas oficiales. Cada una de esas muertes debe ser investigada y deben determinarse qué factores influyeron para que la mujer tome la dramática decisión de realizar un aborto. Esas muertes se pueden evitar con políticas públicas de fondo que respondan a los factores que llevan a las mujeres a considerar el aborto.

Una constatación creciente indica que en la gran mayoría de los casos en que se considera el aborto, la madre enfrenta alguna vulnerabilidad que requiere medidas de fondo, ya sea para solucionar situaciones personales, familiares y sociales que la llevan a una decisión radical y extrema.

Según un estudio chileno, del total de mujeres con embarazos de riesgo que piensan en abortar, un 64% lo hace por razones de presión o por ocultar un embarazo (19). Un 22% lo hace por la eventual frustración de un proyecto de vida o perspectivas personales. Eso significa que, superadas las presiones o las causas que llevan a pensar en la frustración, se puede evitar el aborto. Procurar salvar las dos vidas es la respuesta de fondo que garantiza en toda su extensión y sin restricciones el derecho a la vida.

En este sentido, mientras que en su faceta negativa el derecho a la vida se expresa como la prohibición de quitar la vida deliberadamente a una persona, en su dimensión positiva el derecho a la vida señala el deber de promover la vida. Entonces, el legislador y el Poder Ejecutivo cuentan con un amplio abanico de posibilidades para adoptar medidas de fondo que promuevan los derechos sociales y económicos de las madres en situación de vulnerabilidad. El expte. 324-D-2018 que se presentó en la Cámara de Diputados es un ejemplo en tal sentido.

Hay algunos casos en que el aborto indirecto se presenta como respuesta a una situación concreta de peligro para la vida materna, que no puede ser evitado por otros medios. Aquí nos encontramos ante supuestos de

acciones terapéuticas sobre la madre que tienen como efecto secundario no deseado la muerte del concebido. Estos casos son admisibles bajo el art. 86, inc. 1º del Cód. Penal. Cabe aclarar que no nos referimos aquí a los casos en que el aborto se realiza en forma directa, como acción de quitar la vida del por nacer, sino como efecto secundario no deseado de una acción que busca salvar a la madre. Según Basso, para que proceda este supuesto se requiere: "1) que la acción de la cual se trata sea una acción en sí misma buena o, por lo menos, indiferente en abstracto, pues siempre será ilícito realizar un acto malo aunque el efecto sobreviniente sea óptimo; 2) que el efecto mal no sea intentado por el agente de igual modo que el bueno o, en otros términos, que el malo no sea también querido; 3) que el efecto bueno especifique la acción o, por lo menos, no dependa del malo como de su causa inmediata y necesaria; si de la acción se siguiera primeramente el efecto malo y de este el bueno, los efectos malo y bueno estarían en relación de medio a fin, y nuevamente se procedería por el falso principio de que el fin justifica los medios; debe, por consiguiente, darse simultaneidad en la producción de ambos efectos; 4) que el daño producido por el efecto malo no supere el bien pretendido con esa acción o, en otros términos, para permitir el efecto malo debe darse una causa proporcionalmente grave" (20).

En tales supuestos, el derecho a la vida no es conculcado, pues la acción no tuvo como objeto quitar la vida en forma directa, sino que ello ocurre como efecto secundario no deseado de una acción proporcionada y urgente para salvar la vida de la madre.

#### VII. El derecho a la vida y la legítima defensa

Un argumento que se esgrime a fin de justificar el carácter relativo del derecho a la vida es el referido a la legítima defensa. Por ejemplo, se sostiene: "...no es posible sostener, desde un punto de vista jurídico, que existen derechos que tengan una absoluta preeminencia sobre los demás, ni siquiera el importante derecho a la vida. Pues, es reconocido que en determinadas situaciones se puede privar lícitamente de la vida a otra persona, como es el caso del que actúa en legítima defensa o del que cumple con su deber matando al enemigo en el campo de batalla..." (21). En el mismo sentido, Guibourg ha dicho: "quien invoca la sacralidad de la vida debería rechazar de plano no sólo la pena de muerte, sino también la guerra y aun la defensa propia; si antepone otros valores, o limita la protección a la inocencia del sujeto, deberá aceptar que la vida no es sagrada por sí misma, o bien que otras circunstancias son tanto o más sagradas que ella. La protección de la vida inocente, a su vez, debería incluir un empeño semejante respecto de los niños en situación de calle (como ahora se dice) y de las víctimas de enfermedades relacionadas con la pobreza" (22).

El argumento de la legítima defensa o de la guerra resulta improcedente, pues como enseña Tomás de Aquino, "nada impide que de un solo acto haya dos efectos, de los cuales uno sólo es intencionado y el otro no. Pero los actos morales reciben su especie de lo que está en la intención y no, por el contrario, de lo que es ajeno a ella, ya que esto les es accidental, como consta de lo expuesto en lugares anteriores (q. 43 a.3; 1-2 q. 72 a. 1). Ahora bien: del acto de la persona que se defiende a sí misma pueden seguirse dos efectos: uno, la conservación de la propia vida; y otro, la muerte del agresor. Tal acto, en lo que se refiere a la conservación de la propia vida, nada tiene de ilícito, puesto que es natural a todo ser conservar su existencia todo cuanto pueda. Sin embargo, un acto que proviene de buena intención, puede convertirse en ilícito si no es proporcionado al fin. Por consiguiente, si uno, para defender su propia vida, usa de mayor violencia que la precisa, este acto será ilícito. Pero si rechaza la agresión moderadamente, será lícita la defensa, pues con arreglo al derecho, es lícito repeler la fuerza con la fuerza, moderando la defensa según las necesidades de la seguridad amenazada" (23).

Pues bien, demostrado que la legítima defensa es un medio de conservar la vida, entonces se advierte la inviolabilidad de la vida humana por nacer, desde el momento que el niño no ejerce ninguna amenaza injusta a la madre, sino que por el contrario es un ser necesitado de su cuidado y protección.

#### VIII. Derecho a la vida y derecho penal

El último argumento que quisiera analizar con relación a las propuestas de legalización del aborto y el derecho a la vida, es aquél que sostiene que el reconocimiento de un derecho a la vida no necesariamente conlleva un deber de penalizar los actos que implican la privación de la vida.

El Código Penal expresa la protección última a los bienes jurídicos más relevantes. Ciertamente, la vida humana está entre los más importantes, por su carácter de presupuesto de los demás bienes. Como dijo Carlos Mahiques en su voto en un fallo del año 2006 relacionado con un caso de aborto en la Provincia de Buenos Aires, "...en un estado de derecho la definición de las conductas penalmente relevantes se encuentra gobernada por los principios de ultima ratio y lesividad, en cuya virtud sólo pueden sancionarse penalmente aquellas acciones u omisiones que afecten, al menos potencialmente, al bien jurídico protegido. Es en razón de aquellos imperativos que no basta la mera contradicción formal de la actuación con los términos contenidos en la norma de prohibición porque la exigencia de que el Derecho Penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos constituye una garantía fundamental inherente a la concepción de esta rama jurídica en el marco del

estado de Derecho. Tanto más, cuando de esta manera se asegura la vigencia del principio de proporcionalidad ya que la intervención punitiva no habrá de resultar proporcionada si no se la justifica por la necesidad de protección de aquellas condiciones fundamentales de la vida en común, y con el objeto de evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas" (24).

Respecto al argumento que sostiene que en el actual Código Penal ya hay casos de no punibilidad y ello configuraría una excepción al principio de inviolabilidad de la vida, sostenemos que el caso del art. 86, inc. 1º referido al peligro para la vida y la salud de la madre que no puede ser evitado por otros medios se puede interpretar como un caso de aborto indirecto y que, por tanto, no consiente la eliminación directa del niño por nacer, sino que su muerte se produce como efecto secundario no deseado. Respecto al supuesto del art. 86, inc. 2º sobre embarazo proveniente de violación o atentado al pudor, contra "mujer idiota o demente", creemos que este supuesto es inconstitucional y así lo hemos sostenido en reiteradas ocasiones, como una buena parte de la doctrina que comentó críticamente el fallo "F. A. L."

Una tutela meramente civil o administrativa, que incluya una prohibición expresa del aborto, aunque sin sanción penal, resultaría estéril protección de la persona por nacer y una declamación legislativa que no tendría aplicación ni siquiera por vía de daños y perjuicios.

En el mismo sentido, Eduardo Codesido y Siro de Martini, señalan que la necesidad y utilidad de la ley penal humana obedece a un doble motivo: por un lado, una finalidad educativa y por el otro, la necesidad social de imponer la paz en la convivencia humana (25).

También se ha alegado el supuesto fracaso de la penalización del aborto, que resultaría ineficaz para disminuir su práctica. Al respecto, con Spaemann podemos afirmar que la experiencia demuestra que donde se ha despenalizado el aborto crece el número de abortos legales, como sucedió en Inglaterra, donde se pasó de 7.000 abortos en 1964 a 156.000 en 1972 luego de la despenalización (26). Este autor agrega que los partidarios de la despenalización ignoran "la capacidad de las sanciones penales para fundar normas... la ley penal sigue estando considerada como el límite por el que es fijado el "mínimo ético". Y no hay que olvidar tampoco que la ley penal es en manos de la mujer un apoyo, y con frecuencia el único, para oponerse a la presión del progenitor que la empuja a abortar" (27).

Otros alegan que el hecho de que en nuestro país se practique la fecundación in vitro, que generalmente acarrea la destrucción de embriones humanos, supondría un ejemplo de excepciones al derecho a la vida en el ordenamiento jurídico. Este argumento también debe ser rechazado por varias razones (28). El Código Civil y Comercial sancionado en 2014, luego de un intenso debate que tuvo como eje específicamente al inicio de la vida, reconoce a la persona desde la concepción (art. 19). Además, la ley 26.862 de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida excluye el descarte de embriones y no se pronuncia sobre el inicio de la vida. Contempla la posibilidad de que los embriones de una pareja sean dados a otra para su gestación. Incluso, en Argentina, quienes se dedican a las técnicas reconocen que los embriones humanos tienen vida humana y nunca han afirmado explícitamente que descartan embriones.

Por cierto, no desconocemos que las técnicas extracorpóreas conllevan la pérdida de embriones humanos y otros problemas, y en diversas ocasiones hemos sido críticos con esta situación, que reclama una respuesta también penal para los actos más graves de eliminación sistemática o manipulación de embriones. En todo caso, quienes argumentan en contra de la personalidad del embrión por el hecho de que serían destruidos de manera sistemática, no explican cuándo comienza la vida y, en el fondo, asumen una posición que considera a la vida como mero material biológico disponible. Entendemos que la discusión sobre el aborto debe centrarse en un respeto profundo por toda vida, comenzando por la de las madres vulnerables y sus hijos por nacer.

## IX. Conclusión

Una profunda transformación se ha operado en el debate jurídico. Se extiende la mentalidad que sostiene que el concebido es ser humano y persona, pero que como tal no gozaría de un derecho a la vida absoluto, sino gradual e incremental. Ello aparece justificado por una exaltación de la autonomía personal, en una concepción radicalmente individualista del derecho y la sociedad.

Esta concepción, que busca la legalización total del aborto hasta la semana 14 y, luego de ese plazo, por tres amplias causales, supone una violación del derecho inviolable a la vida. Esta decisión quiebra las bases de la convivencia y es funcional a una concepción tecnocrática de la sociedad.

Creemos que el camino es otro: reconocer la inalienable dignidad de todo ser humano, desde su concepción, y procurar implementar todas las medidas para que ante los embarazos vulnerables, se puedan salvar las dos vidas: la de la madre y su hijo por nacer.

(1) Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Profesor Titular Ordinario;

Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Profesor Regular Adjunto; Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.

(2) FRANCK, María Inés — LAFFERRIERE, Jorge N., "Los proyectos de ley de aborto en debate en el Congreso Argentino", 9 de abril de 2018, <http://centrodebioetica.org/2018/04/los-proyectos-de-ley-de-aborto-en-debate-en-el-congreso-argentino/>.

(3) FRANCK, María Inés — LAFFERRIERE, Jorge N., "Análisis del proyecto de ley de aborto libre y propuestas para la maternidad vulnerable", marzo 2018, <http://centrodebioetica.org/wp-content/uploads/2018/03/An%C3%A1lisis-del-proyecto-de-ley-de-aborto-libre-y-propuestas-para-la-maternidad-vulnerable.pdf>.

(4) Lo más llamativo de este proyecto es que tergiversa el fallo "Artavia Murillo", incluyendo como cita textual una frase que no figura en la sentencia. En efecto, dice el proyecto: "Por su parte, debemos reseñar la interpretación de dicho artículo que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete máximo de la Convención, en el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica", en donde sostuvo que los términos "...del art. 4º.1 de la Convención, permiten amplias excepciones al derecho a la vida del no nacido, incluyendo la legalización de al menos algunas formas de aborto, y que no existe un deber de protección absoluta o incondicional de la vida prenatal por parte de los Estados Parte, sino simplemente un deber de protección gradual e incremental según el grado de desarrollo físico del niño no nacido...". Esa frase no figura en el caso "Artavia" en esa forma, pues de hecho el caso en debate no estaba referido al aborto.

(5) GARGARELLA, Roberto, "'Lo malo' y 'lo nuevo' en el derecho argentino. N. Sagüés y el debate sobre el aborto", 27 de abril de 2018, en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2018/04/lo-malo-y-lo-nuevo-n-sagues-y-el-debate.html>.

(6) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Convención sobre los derechos del niño, la persona por nacer y el aborto voluntario", 05/03/2018, <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2018/03/la-convencion-sobre-los-derechos-del.html>.

(7) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La ley de acceso integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, nro. 7, agosto de 2013, p. 26.

(8) En torno al Código Civil y Comercial, junto con la clara disposición del art. 19 en el sentido que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, algunos alegan que el art. 21 que dispone que los derechos transmitidos a la persona por nacer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida, supone una condición compatible con el aborto. Al respecto, desde el derecho civil, ese artículo siempre se entendió como parte de las medidas para evitar fraudes sucesorios y su aplicación se limitaba a los derechos patrimoniales.

(9) Habría otros ejemplos, como el dictamen de la Procuración General de la Nación en una causa de "muerte digna" en que se afirma: "las normas buscan tutelar el derecho a la vida no como un mero hecho biológico, sino también como un conjunto de atribuciones que convierten en soberano a su titular. Así, las normas armonizan el derecho a la vida con la autonomía personal, la dignidad humana y la intimidad" (GILS CARBÓ, Alejandra, Dictamen en la causa "D., M. A. s/ declaración de incapacidad", S.C.D. 376, L. XLIX, 09/04/2014, [http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/abril/DMA\\_D\\_376\\_L\\_XLIX.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/abril/DMA_D_376_L_XLIX.pdf)).

(10) Ver al respecto HERRERA, Daniel A. — LAFFERRIERE, Jorge N., "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida", Sup. Const. 2013 (abril), 09/04/2013, 16 - LA LEY 2013-B. Para un análisis del tema con anterioridad a "Artavia Murillo" ver DE JESÚS, Ligia, "Post Baby Boy v. United States Developments in the Inter-American System of Human Rights: Inconsistent Application of the American Convention's Protection Of The Right To Life From Conception", Law & Business Review of the Americas, 2011, vol. 11, p. 435.

(11) Es significativo que en "Artavia Murillo" la Corte IDH cita el "Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay" (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C nro. 214, párr. 186), que incluía entre las muertes involucradas dos bebés por nacer. Ver un comentario crítico en PAUL, Álvaro, "Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights", 9 Loy. U. Chi. Int'l L.Rev. 209, spring/summer 2012.

(12) En el Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), sentencia de 19/11/1999. Serie C nro. 63, párr. 144, se acuña la frase que se repetirá en las sentencias siguientes: "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino

también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él" (párr. 144).

(13) "142. El art. 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el art. 7° de la Convención Americana al señalar que este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones".

(14) Publicado online en AR/JUR/33815/2013.

(15) WILLIAMS BECKER, Alejandro, "Aborto: el fracaso de las políticas públicas para la maternidad vulnerable", Exposición en Cámara de Diputados, 17 de abril de 2018, disponible en <http://www.maternidadvulnerable.com.ar/wp-content/uploads/2018/04/WILLIAMS-Alejandro-ABORTO-EL-FRACASO-DE-LAS-POL%C3%8DTICAS-P%C3%9ABLICAS-PARA-LA-MAT>

(16) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., "El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible", en Revista El Derecho, Buenos Aires, nro. 12.024, 09/06/2008, p. 1.

(17) LAFFERRIERE, Jorge N., "Aborto libre y eliminación sistemática de personas con discapacidad", Exposición ante la Cámara de Diputados de la Nación, 10 de abril de 2018, <http://centrodebioetica.org/2018/04/lafferriere-exposicion-sobre-aborto-libre-y-eliminacion-sistemica-de-personas-con-discapaci>

(18) Inicialmente se reportaron 43 muertes maternas por aborto, pero luego se precisó que 12 de esas muertes no se vinculan con abortos provocados. De las 31 restantes, tampoco queda claro si todas corresponden a abortos provocados. Ver PEIRÓ, Claudia, "El Ministerio de Salud admite que el aborto no es la primera causa de muerte materna", 24 de abril de 2018, <https://www.infobae.com/sociedad/2018/04/24/el-ministerio-de-salud-admite-que-el-aborto-no-es-la-primer-causa-de-muerte-mat>

(19) Cfr. "Embarazo vulnerable: realidad y propuestas", elaborado en conjunto por Idea País y Comunidad y Justicia, dirigido por Cristóbal RUIZ-TAGLE COLOMA, disponible en [www.comunidadyjusticia.cl/attachments/article/328/Embarazo vulnerable.pdf](http://www.comunidadyjusticia.cl/attachments/article/328/Embarazo_vulnerable.pdf).

(20) BASSO, Domingo, "Nacer y morir con dignidad", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 391-392.

(21) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Aborto voluntario, vida humana y Constitución", prólogo de Daniel SABSAY, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 1276.

(22) GUIBOURG, Ricardo A., "El aborto y las escalas de valores", LA LEY 18/04/2018, 1, AR/DOC/680/2018.

(23) DE AQUINO, Tomás "Suma de Teología, Parte II-II", c. 64, a. 7, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1995, p. 537. Sobre el tema ver UGARTE GODOY, José J., "El derecho de la vida. Bioética y Derecho", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, ps. 131-152.

(24) SCBA, causa Ac. 98.830, "R., L. M., 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia'", 31/07/2006.

(25) CODESIDO, Eduardo — De MARTINI, Siro, "El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino", Ed. Universitas, 2005, p. 62.

(26) SPAEMANN, Robert, "Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar", traducción de Javier FERNÁNDEZ RETENAGA y José MARDOMINGO SIERRA, Ed. Internacionales Universitarias SA, Madrid, 2003, p. 342.

(27) SPAEMANN, Robert, ob. cit., p. 343.

(28) LAFFERRIERE, Jorge N., "Aborto, fecundación in vitro y legislación argentina", 2 de abril de 2018, <http://centrodebioetica.org/2018/04/aborto-fecundacion-in-vitro-y-legislacion-argentina/>.



## Información Relacionada

Voces:

ABORTO ~ DELITO ~ POLITICA CRIMINAL ~ CODIGO PENAL ~ DERECHO A LA VIDA ~  
JURISPRUDENCIA ~ AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ~ PROTECCION DE LA MATERNIDAD ~  
EMBARAZO ~ MUJER ~ LEGITIMA DEFENSA