

A un año y días de la sanción de la ley n° 27.610 sobre el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, cabe destacar varios puntos esenciales que no han sido debidamente despejados y que seriamente controvierten su legitimidad.

En primer lugar, es necesario advertir que, por más que erráticamente el art. 4 de la mencionada ley refiera a un: “*Marco normativo constitucional*” y ni individualice disposición en concreto, es dable considerar que ni nuestra Constitución Nacional, ni ningún instrumento internacional de derechos humanos del cual nuestro país sea parte, reconocen la existencia de un “*derecho al aborto*” como un derecho autónomo o expreso. Si bien la no positivización no es determinante para decidir acerca de la existencia o no de un derecho, no deja de sorprender que si el derecho al aborto fuese un derecho tan fundamental como se alega, no existan afirmaciones expresas del derecho al aborto en constituciones nacionales o en tratados internacionales, como sí ocurre con otros.²

Además, tal afirmación se evidencia en la inexistencia de derecho alguno que permita aniquilar a un ser humano, en todo caso puede haber situaciones que, restrictiva y expresamente justificadas o que resulten cometidas por una persona que finalmente ha sido declarada inculpable o inimputable, pero en modo alguno puede predicarse que existe una potestad que habilite a acabar con la vida de un *nasciturus*.

El propio ordenamiento jurídico nos proporciona la solución si atendemos a lo normado por el art. 86 del Código Penal dado que, aún modificado, no le restó ilicitud a la conducta, sino que precisó como causal de atipicidad: “*el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional. Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante, 1. Si el embarazo fuere producto de una violación...2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante*”.

Es decir, el orden jurídico reconoce la ilicitud del aborto, con lo cual, denominarlo “derecho” es absolutamente contradictorio y arbitrario, ya que la norma expresamente la establece al tipificarla como delito penal y lo único que dispone son causales puntuales en las cuales el suceso no sería punible.

De tal modo resulta esencial destacar que en la presente cuestión se encuentra involucrada una persona por nacer, es decir un ser humano que se está desarrollando camino hacia su nacimiento, proceso que merece consideración y protección durante todo

¹ Abogado UBA, magister UB, doctor en derecho UNLP, autor de numerosas obras y trabajos vinculados con el Derecho Penal, fue defensor oficial en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, y actualmente es defensor oficial de Ejecuciones Fiscales Tributarias.

² VÍTOLO, Alfredo M., “El ‘derecho al aborto’ ante el Congreso”, *Revista Pensar el Derecho*, UBA, N° 12, 2018.

su recorrido, en honor a la dignidad del ser vivo que, de tal forma, materializa su existencia; dado que la vida es merecedora de respeto durante toda su extensión, razón por la cual no existe motivo alguno para fraccionar su mérito ni desconocer o despreciar sus orígenes.

Así, el embrión “*como prueba la ciencia, es persona desde la concepción. Como tal, cuando se habla de aborto, no se trata de una disposición del propio cuerpo, sino de la aniquilación deliberada del cuerpo y personalidad de otro ser humano, distinto, inocente e indefenso respecto de su progenitora*”³. Por ello, tuvimos oportunidad de afirmar desde un análisis objetivo de la condición de la persona por nacer que lo que se decide aniquilar con apenas algunas semanas de desarrollo es, sin más, un ser humano en proceso de desarrollo, pues “*El feto es un ser vivo humano y completo. Humano por su constitución genética específica y por ser generado por humanos, desde que cada especie solo es capaz de generar seres de su propia especie*”.⁴

Por ende, la persona por nacer es ya una persona que debe ser tratada en condiciones de respeto y de no discriminación⁵. Así, el Código Civil y Comercial vigente brinda amplias garantías humanistas en la extensión del reconocimiento de la personalidad del embrión y se inscribe en una tradición jurídica que se remonta al derecho romano, donde se había acuñado el adagio: *nasciturus pro iam nato habetur* (al por nacer se lo tiene por nacido), citado por VÉLEZ SARSFIELD en la nota al artículo 63 del Código Civil.⁶

Incluso hay que considerar que el Código Civil anteriormente vigente (ley 340 del 29/9/1869) se encontraba en la misma sintonía ya que establecía en su artículo 63 la categoría de personas por nacer: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”; es decir que entendía que el comienzo de la existencia humana era desde la concepción en el seno materno y que tal situación era generadora de derechos y sus correlativos deberes de respeto y protección. En la nota al citado art. 63, el codificador destacó que “las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”. Dándole carácter legal a semejante afirmación, dispuso categóricamente en el art. 70 que la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno⁷.

³ NEGRI, Raquel, “Aborto”, *El Derecho* 276, 16/03/18, nro. 14.369.

⁴ PIERPAULI, Sebastián, “Comentario a la causa Ac. 98.830, R.,L.M., ‘N Persona por nacer. Protección. Denuncia’”, con relación a la cuestión del aborto de la persona por nacer. Un análisis a la luz del Derecho Natural y el Derecho Positivo”, *El Derecho*, diario de Doctrina y jurisprudencia. Universidad Católica Argentina. N° 11.667, año XLV. Martes 2 de enero de 2007.

⁵ NEGRI, Héctor, “Acerca del aborto...”, cit.

⁶ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., y LAFFERRIÈRE, Jorge N., “La persona por nacer”, en *Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial*, *El Derecho*, Buenos Aires, 2012, p. 102. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/persona-por-nacer-ronchietto-lafferriere.pdf> (fecha de consulta: 5/5/2020).

⁷ DAHER, Ninawa, *La ilegitimidad del aborto en el régimen jurídico argentino*, Fundación Ninawa Daher, 2007, www.ninawadaher.org.

Queda claro entonces, como señalaba CARRARA: *“A nosotros nos basta que sea una vida merecedora de ser respetada y protegida solo en consideración a sí misma, independientemente de toda consideración de la familia. Esto no puede ser dudoso... No es dudoso para nadie que el feto... es un ser viviente y desafío a negarlo cuando cada día se lo ve crecer y vegetar... Ella es una vida agregada, accesoria, si se quiere a otra vida de la cual un día se separará para vivir su propia vida. Pero no puede negarse... que aquel es un ser vivo y de este modo, en aquella vitalidad presente, acompañada por una probabilidad de vida futura independiente y autónoma, se encuentra suficientemente el objetivo del delito de quien malvadamente lo extingue”*.⁸

Por lo tanto, cabe considerar que los derechos humanos son inherentes al ser humano, es decir que son propios y consustanciales con su esencia, lo poseen intrínsecamente, por el solo hecho que una persona exista y esta existencia se da desde su concepción hasta su muerte.

De lo expuesto puede advertirse que, por significar una derivación de la esencia del hombre, no puede decidir arbitrariamente el comienzo de la vigencia del derecho humano a la vida; en tanto aquel es inherente a la persona, vocablo que significa que: “por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar”, va unido a su propia esencia, debe regir durante toda su existencia, desde su comienzo mismo; razón por la cual, cualquier convención al respecto resulta estéril y arbitraria, puesto que no responde a ninguna razón válida que le de sustento.

Ello se contrapone a la postura que considera arbitrariamente al comienzo de la existencia humana (14 semanas según la ley), según criterios infundados guiados por su propia conveniencia y no según la racional conformación del ser humano desde su concepción, como además lo ampara el derecho fundamental a la vida; puesto que antes de llegar a ese umbral temporal serían considerados simples cosas, es decir quedarían catalogados como “personas disponibles”, cuya vida queda a simple decisión y criterio de su madre, a quien se reconoce una condición de superioridad y de dominio, invistiéndosela como “persona disponente”, por más que el padre, los abuelos, terceros adoptantes u organizaciones solidarias asumieran su interés y ejerzan el derecho parental que les corresponde o el compromiso de aportar los medios materiales para el nacimiento y la sobrevivencia del niño en proceso de maduración si el Estado se viera imposibilitado de hacerlo.

Este umbral temporal a partir del cual se ganaría o se perdería arbitrariamente la condición humana configura un gravísimo precedente, en particular cuando se pretende fijar en base al grado de desarrollo neurológico del niño por nacer, pues en definitiva constituye un motivo para discriminar personas en base a sus capacidades⁹.

⁸ CARRARA, Francesco, “Programa del Curso de Derecho Criminal”, Parte Especial, Vol. I, Librería El Foro, 2010, pág. 323.

⁹ LA ROSA, Mariano R., “El delito de aborto”, Fabián Di Plácido Editor, 2020, pág. 113.

De tal forma, no puede considerarse al feto *“una nada jurídica, una no persona, que no tiene derecho siquiera a vivir. Tal vez, para esta posición sea una infinitesimal mini cosa o una entequeia sui generis”*.¹⁰

De tal modo advertimos que no existe una ponderación o conflicto entre dos derechos de igual jerarquía, ya que tal contradicción no existe sino que, por el contrario, por un lado se conforma el derecho constitucional, irrenunciable, de la persona por nacer a la vida y por otro lado, como contrapartida, nos encontramos con el consecuente deber, con la obligación a respetarla, tanto de forma individual como por parte de todos los poderes del Estado, lo que genera diferentes deberes de respetar la vida que se encuentra en ciernes.

En consecuencia, el “conflicto” no es tal y solo puede ser entendido como conflicto de pretensiones, no de derechos subjetivos, de modo que aquellos que pretenden la “ponderación” o “balance” de derechos también deben entender que, en realidad, lo hacen con relación a las pretensiones o los principios, pero no respeto de los derechos.¹¹

En definitiva, el aborto significa la destrucción de una persona cuya existencia es reconocida jurídicamente, con dignidad propia y en plena titularidad de sus derechos, razón por la cual resulta contradictorio desconocer su derecho a nacer y, así, a la vida misma. Se destaca de tal modo la gravedad del método comisivo ejecutado mediante el despliegue de violencia quirúrgica, por un grupo profesionalmente organizado, mediando un claro comportamiento alevoso, debido a la desigualdad existente en el autor, que ejerce pleno dominio y absoluto control de la situación sobre su víctima. Recordemos la clara descripción gráfica que citamos: “es un mal tan inexplicable, que las palabras se quedan cortas al tratar de describir su horror. Al aborto, se le continuará restando importancia, y se le continuará llamando una solución ‘menos dañina’ o inclusive, ‘un mal necesario’, siempre y cuando se le permita mantenerse como una idea abstracta... Las fotografías ponen en perspectiva, frente a la conciencia de la gente, que el aborto es un mal tan dañino, cuya *magnitud se compara con la de cualquier ‘crimen en contra de la humanidad’*”.¹²

En esa dirección, consideraba BOBBIO que el derecho del concebido es un derecho fundamental y que en esta discusión se contraponen los intereses de la mujer y de la sociedad a que la vida del mismo progrese, y establece un concreto límite, firmando que *“para mí este es el punto central, el derecho de la mujer y el de la sociedad, que suelen esgrimirse para justificar el aborto, pueden ser satisfechos sin necesidad de*

¹⁰ SAGÜÉS, Nestor Pedro, “Problemática constitucional y convencional del proyecto de derecho al aborto discrecional, libre o sin causa legítima”, *Revista Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, N° 12, 2018.

¹¹ QUINN, Nicolás, “Comentario sobre “aborto” en el Proyecto de Código Penal (2019), Fundejus.org, pág. 75.

¹² Cunningham, Gregg, ¿Por qué el aborto es considerado genocidio?, en www.priestsforlife.org/spanish/genocidio.htm.

recurrir al aborto, evitando la concepción. Pero una vez que hay concepción, el derecho del concebido puede ser satisfecho dejándole nacer”.¹³.

Incluso resulta imposible zanjar la cuestión desconociendo la protección jurídica de la persona por nacer, ya que en última instancia debe efectuarse una interpretación y aplicación a su favor, pues la disputa, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, debe resolverse según el principio de “a favor de la persona”, directriz está que importa tanto una preferencia de reglas aplicables como preferencia, también, de interpretaciones de dichas normas.¹⁴

Entonces, si en última instancia, tanto se duda sobre la circunstancia de defender a una persona en el seno materno, debe resolverse siempre a favor de su vida, la del más débil y vulnerable.

Teniendo en cuenta este postulado que guía la interpretación de los derechos fundamentales, resulta muy difícil efectuar una afirmación contraria a la irrestricta vigencia del derecho a la vida, cuando tenemos un parámetro que establece que en caso de duda siempre debe estarse a la postura más favorable al ser humano o a la interpretación más amplia que lo favorezca.

Por último, cabe considerar que el derecho humano a la vida de la persona por nacer es un derecho subjetivo reconocido a favor de su titular –en honor a la dignidad y respeto al ser humano–, prerrogativas que solo pueden ser limitadas en casos restrictivos y muy excepcionales, no siendo legítima por lo tanto una regla general que disponga la supresión de la vida en razón a su desarrollo o su edad desde la concepción.

Ello acarrea, entonces, al menos dos importantes consecuencias: que tal derecho no puede restringirse o anularse con el fin de salvaguardar intereses colectivos, utilitarios o consecuencialistas, tampoco valores sustentados por grupos políticos o ideológicos, aun cuando ellos sean mayoritarios.

Entonces, corresponde el reconocimiento que todo ser humano –sin importar su edad o grado de desarrollo–, pues por el hecho de serlo es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente y que no dependen del reconocimiento por parte del Estado ni son concesiones suyas.

De lo expuesto puede advertirse que el respeto de la persona por nacer resulta una derivación necesaria de la condición humana, la que se encuentra íntimamente unida al reconocimiento de derechos inherentes al ser humano que el Estado está en el deber de respetar y proteger, razón por la cual nunca puede estipularse convenientemente su

¹³ BOBBIO, Norberto, Entrevista al diario “Il Corriere della Sera”, 8 de mayo de 1981, <https://aborto.cc/entrevista-a-norberto-bobbio/>.

¹⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El derecho a la vida...”, cita. Agrega el autor que el principio *pro persona*, elemental en la exégesis de los derechos humanos, implica tanto una regla de preferencia de normas como de sus interpretaciones. Si nuestra Convención Americana es más tuitiva que el resto de sus documentos similares, no se la podrá retacear con la invocación de estos últimos.

alcance, ni establecerse bajo un unilateral criterio el ámbito de su protección; ya que es claro que una tesis semejante se promovería la creación de derechos humanos arbitrariamente, es decir según la creencia, sentir o voluntad de un determinado grupo dominante.

Entonces, hay que resaltar que estamos frente al derecho humano de respetar la vida de una persona por nacer, por esencia indefensa, frágil y vulnerable, frente a la obligación de amparar tal respeto por su propia progenitora y por parte de todas las autoridades públicas involucradas en su cuidado.¹⁵

¹⁵ LA ROSA, MARIANO R., “El delito de aborto”, Fabián Di Plácido Editores 2020, pág. 91.