

Aborto, derechos individuales y el derecho penal en Argentina

Por Diego Simonelli

*“... la tolerancia es el costo que debemos pagar por nuestra aventura de la libertad ...”*¹.

1. Introducción

Siempre los temas relacionados con la vida y la muerte han provocado una notable atención de parte de los seres humanos a lo largo de la historia de la humanidad. Desde explicaciones místicas hasta científicas, pasando por las religiosas, todas ellas han influido a lo largo de los años y las distintas épocas.

En las últimas décadas en todo el mundo y, especialmente, a nivel nacional, la discusión sobre el aborto, la eutanasia y los desarrollos médicos sobre formas de fertilización y concepción artificial han generado un sinnúmero de debates y discusiones, algunos más acalorados que otros, algunos más racionales que otros, pero la nota distintiva de esta cuestión es que la misma no es exclusiva propiedad de abogados o de personas vinculadas al ámbito jurídico, sino que, por el contrario, en el intercambio de ideas han participado desde filósofos, científicos y sociólogos hasta personalidades del ámbito religioso, y han existido marchas en todo el mundo de ciudadanos a favor o en contra de algunas de estas prácticas, tal estado de situación y controversia denota lo amplio y variado de las opiniones involucradas en la disputa sobre este tema.

En este contexto de ideas y posiciones ideológicas en pugna, resulta trascendental determinar hasta donde los Estados pueden decidir e involucrarse en esta cuestión y cuál es el límite a imponer a los derechos individuales de cada ciudadano dentro de un estado de derecho democrático y las consecuencias en la legislación que tal decisión producirá.

La idea central del presente trabajo es demostrar que en nuestra organización de derechos y garantías establecida en la Constitución Nacional y en los diversos Tratados de Derechos Humanos que la complementan, la actual regulación penal que sanciona la práctica del aborto voluntario, por lo menos en su primer estadio, es inconstitucional por estar la misma expresamente en contra de derechos individuales constitucionales que vedan la interferencia estatal en determinadas situaciones.

En la primera parte de este trabajo desarrollaré brevemente la evolución y el rol del Estado en un sistema de democracia liberal y la idea de neutralidad que debería asumir en ciertos ámbitos de la vida en sociedad. También, reseñaré los distintos niveles del dilema moral que subyace en la discusión del aborto y se pondrá énfasis sobre el lugar que le cabe al Estado en los conflictos en los que se encuentran en pugna distintas posturas que involucren cuestiones morales de por medio.

Luego, se hará mención al papel central del principio de autonomía de la voluntad como núcleo del funcionamiento del sistema de derechos de cada ciudadano y su poder limitador para la

¹ Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Editorial Ariel, Barcelona, 1.994, páginas 218 y 219.

intervención del Estado en la libre elección de ideales de conductas morales de aquéllos y sus planes de vida.

De igual modo, se detallará la importancia que reviste la idea del reconocimiento de derechos individuales robustos en un estado de derecho liberal y la influencia que deberían tener en la estructura general del sistema legal penal sobre este tema en particular.

A continuación, se analizarán los derechos individuales involucrados en la discusión sobre el aborto y el derecho a la vida del feto o *nasciturus*. Seguidamente, se hará una somera descripción de las etapas en que se divide el proceso orgánico del inicio de la vida y de la disputa legal que existe sobre este tema y la irrelevancia de la misma a la luz de las consideraciones sobre los derechos en pugna.

Por último, efectuaré una reseña de las posturas más serias en relación al tema de la prohibición y sanción del aborto y de aquellas otras que reconocen ciertas excepciones y autorizan la concreción de abortos sin que esto implique violar una norma jurídica y la posibilidad de alguna sanción.

Finalmente, se analizará el delito de aborto actualmente vigente en nuestro país a la luz de las consideraciones expuestas precedentemente y se defenderá el reconocimiento de derechos individuales que autorizan en determinadas circunstancias no punir la interrupción de un embarazo, sosteniendo que, en nuestro actual régimen penal, la sanción del aborto cometido en la primera etapa carece de razones suficientes para restringir el derecho individual a la privacidad de la mujer e imponer un castigo por ello.

2. Estado y neutralidad

En esta sección voy a desarrollar un breve análisis del Estado liberal, una reseña de su surgimiento, sus principales escuelas y su evolución. Se hará mención a la necesidad que el Estado no interfiera o se involucre en las decisiones de las personas que viven en sociedad que respondan a su plan de vida elegido, siempre que ello no perjudique a terceros. Posteriormente, voy a presentar una serie de principios inherentes al liberalismo y al sistema democrático, de los cuales se derivan los derechos individuales fundamentales, y, para finalizar, voy a analizar la corriente opuesta a este tipo de liberalismo, que es el perfeccionismo, que ha tenido un desarrollo bastante importante en nuestro país².

Luego de la caída del sistema medieval, que había ejercido su dominio durante diez siglos aproximadamente, comenzaron a surgir una serie de procesos de investigación y desarrollo de nuevas ideas y, a su vez, una reformulación de viejos conceptos que provenían de épocas anteriores. Una de sus características principales consistía en la separación de “lo político” de “lo religioso”, que

² Sobre este punto ver Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Siglo XXI Editora Iberoamericana, Buenos Aires, 2.008, capítulo 5, páginas 167 a 225.

en la antigüedad no había sucedido, y los pensadores comenzaron a emplear o recurrir a la razón intelectual para justificar las nuevas ideas y conceptos que iban surgiendo, dejando de lado las justificaciones basadas en mitos, leyendas, profecías, tan comunes en la historia del pensamiento humano.

Producto de este proceso, en el siglo XVIII se gestan y concretan dos revoluciones que iban a cambiar todo el sistema social, político, económico y cultural conocido hasta entonces, y que algunos historiadores los consideran como las revoluciones más importantes de la humanidad desde la caída del Imperio Romano en el siglo V d.C. Estas revoluciones fueron la industrial, que comenzó a gestarse en 1750 aproximadamente, y la revolución francesa, en 1789.

La primera de ellas, influyó en todo el sistema económico y social de la época, en la transformación de los medios de producción, en las relaciones laborales y en la vida social en general (migraciones masivas de las regiones rurales a los centros urbanos industriales, por ejemplo). La segunda revolución fue eminentemente política e importó la transformación del aparato político basado en el poder señorial de los monarcas: eliminación de dichas monarquías absolutistas para dar paso a sistemas de gobierno más participativos y representativos³, en el que los ciudadanos pueden ejercer y dar a conocer su opinión sobre los asuntos públicos⁴. Además, la sanción de la Carta de los Derechos del Ciudadano constituyó la cristalización de la idea de la existencia de *derechos individuales, civiles y políticos*, que se encuentran protegidos y por encima del poder coactivo del Estado, esto es, conforme ha sido desarrollado desde el siglo XIX y profundizado en la pasada centuria, los derechos individuales constituyen una barrera al poder coactivo del Estado, dejando a salvo el ámbito de libertad personal que sólo puede ser interferido en caso de que se afecten derechos de terceros⁵.

A la luz de este proceso, en el siglo XIX surgieron tres movimientos políticos de gran predicamento que aún hoy día conservan un poder bastante importante a la hora de fundamentar teóricamente sobre como organizar el funcionamiento del Estado y el poder, la integración de la sociedad, la distribución de la riqueza, el alcance de los derechos individuales. Tales doctrinas fueron el liberalismo, el radicalismo y el conservadorismo⁶.

La corriente radical como la corriente conservadora basaban sus ideas en organizar el funcionamiento de la sociedad como un ente cerrado, a diferencia del liberalismo que postulaba el establecimiento de una sociedad abierta⁷.

3 Aquí resultaron determinantes las ideas de pensadores de la época como Rousseau, Montesquieu, Locke, Tocqueville, entre otros, quienes con sus trabajos refundaron las ideas de la organización social y refundaron el papel del Estado dentro de ella y la relación entre los ciudadanos y las autoridades de gobierno. Surge la idea de la representación como sistema de gobierno, la división de poderes del Estado, etc.

4 Aunque hay que resaltar que no todas las personas eran consideradas como ciudadanos, ya que la esclavitud no había sido completamente erradicada, como así también, las mujeres tampoco tenían el camino libre de obstáculos para participar de las actividades públicas, del mismo modo que las personas de las clases sociales más postergadas.

5 Mill, John Stuart, *On Liberty*, Alianza, Madrid, 1993.

6 Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 2.

7 Ver al respecto Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Planeta, 1992. Popper vincula y ve la concepción cerrada de la sociedad en las ideas de Platón, Hegel y Marx, como las demás doctrinas historicistas, “una sociedad cerrada extrema puede ser comparada correctamente con un organismo. La llamada teoría organicista o biológica del Estado puede

El pensamiento radical, del cual las ideas de Karl Marx han sido su exponente más acabado, basaba su estrategia en la fe en el poder político, en el sentido de que todo tipo de organización y estructuración de la sociedad debía ser encarada por medio de la política. “El elemento distintivo del radicalismo de los siglos XIX y XX es, creo, el sentido de las posibilidades de redención que ofrece el poder político: su conquista, su purificación y su uso ilimitado (hasta incluir el terrorismo), en pro de la rehabilitación del hombre y las instituciones. Junto a la idea de poder, coexiste una fe sin límites en la razón para la creación de un nuevo orden social” (...) “La línea principal del radicalismo del siglo XIX es, en todo sentido, secular. La antorcha de la rebelión pasó a quienes veían la esperanza de Europa y la humanidad, no en la religión, sino en la fuerza política de la sociedad. No desapareció el milenarismo: sólo perdió su contenido cristiano”⁸.

Si bien consideraban que el Estado burgués en el que desarrollaron sus conceptos no era el ideal o el deseable, creían que era necesario como un paso intermedio entre la sociedad feudal y la organización socialista, paso previo a la anhelada sociedad comunista. Marx estaba convencido de que su análisis historicista de la humanidad más la dialéctica hegeliana eran la llave para presagiar la llegada a la sociedad comunista. La idea era que siempre en la historia hubo una lucha de clases, una dominante y la otra dominada (patricios y plebeyos, libres y esclavos, señores y siervos, burgueses y proletariados, etc.), y que de esa lucha siempre resultaba como síntesis dialéctica una nueva clase con la consecuente sociedad organizada de acuerdo a sus ideas. La burguesía propietaria de los medios de producción era la clase dominante y el proletariado era el dominado, de modo que en virtud de las relaciones de trabajo, la idea de la plusvalía y la lucha de clases determinantes de las relaciones de producción se iba generar el movimiento por parte de los proletariados en contra de los burgueses (dictadura del proletariado) para luego dar paso a la ansiada sociedad comunista, sin división de clases sociales.

Por su parte, el conservadurismo, horrorizado por las consecuencias sociales, culturales, políticas y económicas que surgieron luego de las dos revoluciones, arremete contra el régimen imperante postulando un retorno a la sociedad y organización social de la edad media. Básicamente, apunta a concretar una revalorización de las características de la época medieval como idea básica de su teoría, reconstruir los lazos de la sociedad medieval que fueron rotos por las nuevas ideas, redescubrir las instituciones, estructuras de la edad media. Intenta, en última instancia, racionalizar las ideas teológicas que fundamentan sus principios, para encontrar la solución a los problemas derivados de tamaño proceso de cambios. La idea central del conservadurismo es la tradición, básicamente la tradición medieval. “De su defensa de la tradición social proviene su insistencia en los valores de la comunidad, el parentesco, la jerarquía, la autoridad y la religión, y también sus premoniciones de un

aplicársele en grado considerable. La sociedad cerrada se parece todavía al hato o tribu cuyos miembros se hallan ligados por vínculos semibiológicos, a saber: el parentesco, la convivencia, la participación equitativa en los trabajos, peligros, alegrías y desgracias comunes”, Popper, *op. cit.*, capítulo 10, páginas 167 y siguientes.

⁸ Nisbet, Robert, *La formación del pensamiento sociológico*, tomo 1, Amorrortu editores, página 24.

caos generalizado coronado por el poder absoluto si los individuos son arrancados de los contextos de estos valores por la fuerza de las otras dos ideologías”⁹.

En este orden de ideas, el tercer movimiento político es el liberalismo, el que puede ser dividido o clasificado en dos grandes grupos: el político y el económico. El liberalismo político y económico surgió con el movimiento iluminista que apareció en la historia de la humanidad luego de los cambios sociales, culturales, políticos y económicos que se produjeron en el período conocido como la revolución industrial y la caída del viejo sistema feudal de la edad media.

Pese a este nacimiento común, ambas doctrinas presentan diferencias muy marcadas. Los liberales económicos, liderados por Adam Smith, han sostenido que el mercado es el centro de la vida social, constituye una institución central en la vida institucional, comercial y social de un Estado y que el Estado como tal no puede interferir con las consecuencias del libre juego de la oferta y la demanda. Así, aparecieron, básicamente, dos variantes: una que no admite ningún tipo de intervención estatal en el funcionamiento del mercado; estas ideas, conocidas como *laissez faire*, neoliberalismo o consenso de Washington tal como se lo conoce hoy en día, toman al mercado como un fin en sí mismo y consideran a los hombres y mujeres que en él intervienen como meros medios para alcanzar los fines del mercado. Todo pasa por el mercado y en caso de que aparezcan algún tipo de fallas, la “mano invisible” del mercado se encargará de solucionarlo.

Por su parte, la variante política del liberalismo tiene como principios fundamentales la igualdad, la neutralidad y el de la autonomía de la voluntad, según el cual una persona tiene derecho a realizar cualquier conducta siempre que no ponga en riesgo o dañe un derecho de otra persona. Además, como consecuencia del principio señalado, se derivan una serie de derechos individuales, principios e ideas que protegen ese ámbito privado en el que cada ser humano lleva adelante su plan de vida.

Cabe agregar que para el liberalismo resultaba fundamental la separación entre iglesia y Estado, en el sentido de que la organización social no debía contener ni apoyar postulados religiosos en desmedro de las demás religiones y de los otros individuos, conforme la libertad que alcanzaron para profesar o no la religión que creyeran que satisface sus necesidades espirituales.

Las ideas del liberalismo de *laissez faire* se oponen a los fundamentos básicos del liberalismo político, en particular a su variante igualitaria. Esta corriente surgió al calor de las ideas de John Stuart Mill, Jeremy Bentham y John Locke, se opone a los liberales económicos en que el mercado sea un fin en sí mismo. Estos autores, en especial Mill con notable belleza filosófica y discursiva, defienden la idea kantiana de que los hombres son fines en sí mismos y que no pueden ser utilizados como medios para fines de otras personas o instituciones; también reconocen la existencia de una serie de derechos básicos para todos los seres humanos que protejan su libertad de decisión sobre como llevar a adelante sus vidas.

⁹ Nisbet, Robert, *op. cit.*, página 25.

Escribió Mill: “El objeto de este ensayo es afirmar un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control, ya sean los medios empleados la fuerza física en forma de penalidades legales o coacción moral de la opinión pública. Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo (...) La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano (...) Una persona puede causar daños a otras no sólo por su acción, sino por su omisión, y en ambos casos debe responder ante ella del perjuicio (...) Hacer a uno responsable del mal que haya causado a otro es la regla general; hacerle responsable por no haber prevenido el mal, es, comparativamente, la excepción (...) la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada (...) La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo. Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual”¹⁰.

En la actualidad, autores, entre otros, como John Rawls, Thomas Nagel, Ronald Dworkin y Carlos Nino, en nuestro país, son partidarios de estas ideas liberales en términos políticos y defensores de los derechos individuales como “barreras protectoras” contra el poder coactivo del Estado y la neutralidad parte de éste en cuestiones valorativas de cada ciudadano. La neutralidad está asociada a la no intervención en cuestiones personales elegidas por cada agente de acuerdo a su plan de vida (religiosas, sexuales, preferencias de consumo, etc.).

Señala Roberto Gargarella: “El Estado que defiende el liberalismo (...) es el Estado tolerante, el que permite que sus distintos miembros vivan de acuerdo con los principios que consideren más valiosos (i.e., el que permite que sus miembros adopten la ideología que prefieran, o ninguna en particular; que cultiven los gustos que más los satisfagan, aunque éstos sean repudiados por todos los demás). A este modelo de Estado se lo denomina, contemporáneamente (y a pesar de las imprecisiones que se derivan del uso del término), Estado “neutral”. Ello, en la medida que se propone que el Estado “no tome partido” por ninguna concepción del bien particular. Más precisamente, lo que

¹⁰ Mill, John Stuart, *On Liberty*, Alianza, Madrid, 1993, páginas 65-69.

se reclama aquí es que el Estado no disponga el uso de su poder coercitivo a favor o en contra de ningún ideal del bien: en la medida en que, a través de sus acciones, los individuos no afecten a terceros de un modo relevante, el Estado debe abstenerse de toda intervención sobre la conducta de aquéllos”¹¹.

Por otro lado, párrafo aparte para señalar que esta discusión prácticamente no ha existido en Argentina, ya que las discusiones a lo largo de nuestra historia siempre se dieron entre dos ramas de la misma escuela conservadora, en particular sus variantes liberal-conservadora y elitista. Este conservadorismo nacional mezcla los postulados del liberalismo económico de Adam Smith y sus sucesores con el conservadorismo revalorizador del pasado, que valora y quiere volver a imponer ciertas prácticas, tradiciones y procesos sociales del pasado dentro de una economía capitalista de mercado basada en el *laissez faire*. Los elitistas y populistas siempre afirman conocer la verdad de las cosas y la solución a todos los problemas, los primeros atribuyen a una serie de personas como las que poseen tal facultad y como una condición exclusiva de unos pocos (casi siempre los virtuosos son intelectuales de clase alta), mientras que los otros se atribuyen que la verdad de las cosas se pueden encontrar en lo que surja de la opinión mayoritaria de la población, el “pueblo”. Sin embargo, ambos rechazan el debate de ideas serio y racional. El discurso elitista ha sido defendido por las clases patricias y tradicionales; el de los populistas se atribuye a la masa, al pueblo o a la gente, prometiendo soluciones mágicas y evitando soluciones de cambio profundas.

Carlos Nino habla de un dualismo en la práctica y cultura política de nuestro país y lo asocia a la distinción de Popper entre sociedad abierta y cerrada mencionada anteriormente. Mientras que la sociedad abierta es “respetuosa de los derechos individuales y de los procedimientos democráticos (...) los adherentes a un modelo de sociedad cerrada, fundada en la tradición, el *status*, y el predominio de corporaciones que, se supone, tienen una relación privilegiada con el ser nacional” (...) a “la sociedad cerrada se le opone la visión liberal de la sociedad, que toma al individuo como la unidad moral básica, proscribiendo que sea sacrificado en beneficio de cualquier entidad supraindividual, y concibe a sus decisiones como datos morales últimos, de modo que ellas determinan la concepción del bien a la que debe ajustarse la vida de cada individuo y, computadas colectivamente, los arreglos institucionales a los que debe adaptarse la vida social”¹².

La tesis de Nino afirma que el modelo de sociedad abierta o liberal al que aspiraban los revolucionarios de 1810, ideario también de la generación del ’37 y de los constituyentes de 1853, en el pensamiento socioeconómico de la Organización Nacional, en el pensamiento de los luchadores por el sufragio universal y sin fraude, en las ideas de quienes llevaron adelante el proceso de transición democrática iniciado en 1983, fracasó debido a déficits estructurales, a la interferencia de intereses de grupos que propugnaban otro tipo de sociedad y “a la confusión provocada por el intento de combinar

¹¹ Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 2.

¹² Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, páginas 110 y 111.

el ideario liberal con enfoques antagónicos”¹³. Los déficits mencionados por Nino eran el feudal, el democrático, el social y el de la autonomía de la voluntad: “Estos déficits del liberalismo fueron dando lugar a reivindicaciones justas que, en tres de los cuatro casos, fueron absorbidas por la corriente antagónica partidaria de la sociedad cerrada que, desde los comienzos de nuestra práctica constitucional, compitió con ese liberalismo en la conformación de la práctica constitucional”¹⁴.

3. Moral pública y privada

En el debate sobre el nivel de intervención del Estado por medio de la punición de determinadas conductas humanas en general y del aborto en particular, subyace en el contexto una discusión sobre principios morales y derechos que deben ser protegidos y/o reconocidos y consagrados legislativamente.

A fin de dilucidar el trasfondo de esta discusión es preciso distinguir entre los diversos niveles que pueden existir en una discusión en términos morales en un Estado liberal. Lo que hay que tener presente es si un acto humano considerado inmoral es merecedor o no de alguna clase de sanción por parte del Estado, pero ¿qué es un acto inmoral?

En primer término, es preciso distinguir dos ámbitos de la moral. En estas dos dimensiones de la moralidad una es la moral pública, social o intersubjetiva, la cual puede ser concebida como el conjunto de reglas que prescriben el comportamiento de uno hacia terceros: “prescribe o prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos de su agente”, mientras que la otra es la moral privada, personal o autorreferente, según la cual estará compuesta por los ideales de excelencia humana o modelos de virtud personal que “prescribe o prohíbe ciertas acciones o planes de vida por los efectos que ellas tienen en el carácter de su propio agente según ciertos modelos de virtud”¹⁵.

Un sistema comprometido con el ideal liberal de la autonomía de la voluntad, como veremos seguidamente, solamente autorizará actuar al sistema punitivo en aquellos supuestos en que deba hacer efectiva la moral pública y no la privada, toda vez que el Estado únicamente puede interferir o tiene derecho a hacerlo cuando la conducta desplegada haya perjudicado a terceros y afecte la moral pública. Una persona que actúa de manera inmoral (en términos de una moral personal) pero no daña a terceros no puede ser objeto de castigo por medio del sistema penal, debería ser objeto de piedad en palabras de John Stuart Mill, lo mismo que cualquier conducta que pueda ser considerada como autodegradante respecto a ciertos ideales de excelencia humana.

13 Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, página 111, nota 9.

14 Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, página 112, nota 9.

15 Nino, *op. cit.*, página 228, nota 12.

4. El principio de autonomía de la persona

Sentado el rol del Estado moderno en la sociedad y el valor de la neutralidad valorativa, en materia de principios rectores del sistema jurídico y de regulador de la actividad punitiva del Estado, el más importante que surge de las ideas liberales es el principio de autonomía de la persona, según el cual nadie puede ser objeto de interferencias en las decisiones que se lleven a cabo, de acuerdo al plan de vida que cada uno libremente eligió, salvo que ocasione un daño a otra persona; o bien “prescribe que siendo valiosa la libre elección de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”¹⁶.

Entonces, tenemos que este principio garantiza la libre elección del plan de vida que cada persona desee elegir, concretar y/o realizar. También hay una serie de acciones que pueden ser realizadas, cuyo único límite lo constituye la causación de un daño a terceros. Es valiosa la elección libre e individual de ideales de virtud personal, como así también, la neutralidad del Estado en este tipo de decisiones. Por neutralidad quiero significar no interferencia o imposición o propaganda.

La doctrina contraria a esta interpretación liberal del principio de autonomía de la persona es el perfeccionismo, posición estrechamente ligada al conservadorismo político en general y elitista, en particular, según la cual existen una serie de valores y virtudes fundamentales que el Estado debe imponer y hacer respetar a todos los ciudadanos. “Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores”¹⁷.

Gargarella describe que “el constitucionalismo conservador o proteccionista (...) resulta de una combinación de autoritarismo político e imposición de valores morales. (...) Una postura perfeccionista (...) se distingue por asumir, por un lado, que existen ciertas concepciones del bien objetivamente más valiosas que otras; y, por el otro, que tales concepciones deben prevalecer, más allá de cuales sean las preferencias ciudadanas al respecto: lo “bueno” se define aquí con independencia de las opiniones de los individuos. De acuerdo con el perfeccionismo, los individuos *deben* orientar sus vidas conforme a las mejores pautas y es por ello que la autoridad pública (que, se asume también, debe estar comprometida con la defensa de aquellas formas de vida más valiosas) se encuentra obligada a hacer uso del poder coercitivo del que dispone, de modo tal de asegurar que los individuos

16 Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989, páginas 204 y 205.

17 Nino, *op. cit.*, página 205, nota 12. La sanción al consumo personal de drogas es un claro ejemplo de perfeccionismo estatal, lo que se busca es que la mera autodegradación moral, física, psíquica del consumidor autoriza al Estado a intervenir y sancionar estas conductas, indicando cuales son los modelos de virtud personal.

vivan del modo apropiado. Asegurando que los individuos vivan vidas buenas se asegura además el bien de toda la comunidad”¹⁸.

El artículo 19 de la Constitución Nacional reconoce el principio liberal de la autonomía de la voluntad: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado ambiguamente al artículo 19 de la Constitución Nacional, esto es, a veces de manera restringida o conservadora y otras con argumentos más amplios o liberales.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su artículo 12 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (...) Toda persona tiene el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

De acuerdo con una lectura correcta en términos jurídicos e históricos, el voto del doctor Petracchi en el caso *Bazterrica*¹⁹ es un claro ejemplo de la interpretación amplia del artículo 19: “[este artículo] presupone la distinción entre ética privada y moral pública, de modo que deberá entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda. Hay una serie de acciones sólo referidas a una ‘moral privada’, que es la esfera de valoraciones para la decisión de los actos propios, los cuales no interfieren el conjunto de valores y de reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los demás” (...) “no es función del Estado establecer modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacífica, que brinda una igual protección a todos los miembros de una comunidad, creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales ‘desviaciones’ morales a los demás”.

En el caso *Sejean*²⁰ el doctor Jorge Bacqué expresó que: “en cuanto atañe al fondo de la cuestión en debate, esta Corte ha reconocido que la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho de elegir su proyecto de vida personal de vida, siempre que ello no perjudique a terceros ni ofenda la moral pública... en *Bazterrica* se precisó el campo de la moral pública, mediante la distinción entre la ética privada de las personas, cuya trasgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes de terceros. Precisamente a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como lo expresa el artículo 19 de la Constitución Nacional, aclarando dichos conceptos... Que con base en esa

18 Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 2, páginas 85 y 87.

19 CSJN, *Fallos*, 308:1412.

20 CSJN, *Fallos*, 308-2:2287.

doctrina, el Tribunal dejó establecido que la Constitución Nacional consagra un sistema de libertad personal cuyo centro es el artículo 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los artículos 14, 14 *bis*, 16, 17, y otros no enumerados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (artículo 33)”.

5. Derechos constitucionales en pugna e implicancias en el derecho penal

El reconocimiento y el alcance de los derechos individuales van a depender del grado de intervención e imposición de ideales de bien que se reconozca al aparato estatal, conforme viéramos precedentemente. La neutralidad o el perfeccionismo que al respecto se adopte van a condicionar las normas jurídicas que se dicten, en particular las coercitivas, con menor o mayor participación punitiva estatal, respectivamente.

En relación al tema del presente texto, el aborto, como también en otras cuestiones sociales, existe en el fondo una disputa o conflicto de derechos constitucionales en los que uno debe prevalecer sobre otro. En el tema de esta presentación, como veremos más adelante, claramente se puede distinguir un conflicto entre el derecho de una persona a disponer libremente de su cuerpo de acuerdo a su plan concreto de vida y su salud contra el supuesto derecho a la vida del *nasciturus*.

Ahora bien, previamente resulta necesario aclarar que los derechos individuales reconocidos en nuestra Constitución Nacional constituyen una barrera o trinchera infranqueable contra el poder punitivo del Estado. También tales derechos constituyen una barrera protectora contra intereses o acciones que se basan en el “interés general” o en el “bien común”. Nuestros constituyentes diseñaron una protección especial de los derechos individuales contra estos intereses generales habitualmente vacíos de contenido²¹.

Entiendo que resulta por lo menos complicado que los derechos constitucionales puedan funcionar de manera armónica, al estilo de la famosa expresión donde empieza el derecho de uno termina el del otro. Ello es así porque toda vez que surja un conflicto, seguramente, la discusión pasara por reconocer cual de los derechos involucrados debe ser protegido. Esto nos lleva a sostener que no todos los derechos deban gozar de la misma protección cuando el problema a resolver es entre ellos mismos. Resulta claro que la Corte Suprema consideró más importante el derecho a la intimidad de la viuda de Balbín mientras agonizaba que la información pública de tal situación, como también, se privilegia la difusión de noticias de trascendencia pública respecto del eventual daño al honor que las mismas pudieran ocasionar, del mismo modo que resultará plausible que se protejan derechos que aseguren el debate público y deliberación, propios del sistema democrático de gobierno, por sobre los derechos de terceros.

²¹ Desde ya que no ignoro que tanto la doctrina nacional como gran parte de la jurisprudencia y las cátedras de la Facultades de Derecho del país se han encargado de invertir los roles de los derechos y las cuestiones amparadas en el bien común en contra del designio de nuestros padres fundadores.

Más adelante veremos que en el tema del aborto la situación que se presenta se puede analizar desde este punto de vista, apelando a los derechos en pugna y no a expresiones vacuas y vacías de contenido como el derecho a la vida del feto es absoluto.

También resulta trascendente tener en cuenta la caracterización efectuada por Ronald Dworkin²² que los derechos funcionan como cartas de triunfo ante pretensiones generales. En este sentido, el profesor norteamericano distingue la existencia de principios y políticas. Los primeros son, básicamente, los derechos individuales, mientras que las segundas son los objetivos sociales colectivos. Los derechos son distributivos e individualizados (proveyendo recursos u oportunidades a *cada uno* de los individuos que integran la clase que goza del derecho en cuestión), mientras que los objetivos colectivos son agregativos y no individualizados (admitiendo la posibilidad de hacer distintas adjudicaciones de cargas y beneficios entre los individuos, según resulte eficiente para satisfacer el objetivo en cuestión).

Los derechos constituyen un límite o umbral en contra de medidas fundadas en objetivos colectivos, pero no son absolutos puesto que pueden ceder ante otros derechos o ante un objetivo social especialmente importante.

Lo determinante en cuestiones en la que se contraponen derechos individuales es dar razones para establecer la preeminencia de uno por sobre el otro. No basta en un estado democrático de derecho, que reconozca el principio de autonomía de la persona como derecho individual, apelar a intereses generales o a la protección del bien común para restringir el reconocimiento a un derecho individual.

En este orden, resulta trascendente por su contenido la argumentación brindada por el Dr. Enrique Petracchi en el caso Comunidad Homosexual Argentina, quien, en su parte pertinente expresó: “Iluminados por el espíritu liberal del cual nuestra Constitución es directa depositaria, conceptos como “bien común” y “buenas costumbres” (arts. 33 y 953 del Código Civil) deben ser interpretados conforme a los derechos de asociación y libre expresión: art. 14 de la Constitución Nacional (...) Sólo cuando esté comprobado fehacientemente que el ejercicio de los derechos de asociación y expresión interfiera directamente en la legítima libertad de un tercero, ocasionándole un daño concreto, podrá válidamente la autoridad estatal restringir su ejercicio, lo cual no ha de verse como una negación de la libertad, sino como su más efectivo resguardo (...) Una discriminación fundada en la diversidad de ciertos comportamientos sexuales -en el caso, los homosexuales- no es inconstitucional porque sea inválida cualquier distinción sobre esa base, sino porque dicha discriminación resulta inequitativa al ser sólo justificable por remisión a las aparentes preferencias de la mayoría (...) Nuestro sistema constitucional descansa en la tolerancia y su peor enemigo es el absoluto”²³.

²² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

²³ CSJN, *Fallos*, 314:1531, voto en minoría del Dr. Enrique Petracchi.

Por último, también es importante que ante un caso del derecho penal nos tomemos el trabajo de discernir cuales son los derechos que se encuentran comprometidos para luego efectuar el análisis del tipo penal involucrado. Lo conveniente sería mirar al derecho penal desde la Constitución y no al revés. “El camino que aquí se sugiere es el opuesto al aconsejado por nuestros penalistas y- desgraciadamente- por muchos de nuestros constitucionalistas. Ello así, al menos por una cuestión de preferencia argumentativa que por una cuestión de respeto a nuestra pirámide jurídica. Reconocer la prioridad de la Constitución nos exige, ante todo, tomar en serio el hecho crucial de haber dotado de rango constitucional a ciertos intereses fundamentales a los que llamamos derechos. Tomar en serio tales derechos implica ser extremadamente cuidadosos antes de pensar en removerlos o restringirlos. En otros términos, lo que se nos exige es reconocer que las razones que debe alegar el Estado contra un derecho constitucional deben tener un peso excepcional para poder ser reconocidas como pertinentes y exitosas”²⁴.

6. Conceptualización del derecho a la privacidad

En esta sección corresponde que analice y esquematice uno de los derechos individuales más importantes que reconoce nuestra Constitución Nacional: el derecho a la privacidad, el cual se deriva del principio de autonomía de la persona, y que está estrechamente ligado la existencia de un Estado neutral en materia valorativa y, en particular, con la discusión de fondo sobre la punición o no del aborto voluntario.

Preliminarmente, debe aclararse que el derecho a la privacidad no es lo mismo que el derecho a la intimidad, no son sinónimos sino que, por el contrario, ambos reconocen situaciones bien diferentes y fácilmente separables. Además, el derecho a la privacidad está estrechamente ligado al principio de autonomía de la persona, derecho rector de las libertades básicas de los hombres.

En este sentido, por privacidad voy a entender a todas aquellas acciones voluntarias de los hombres que no perjudican o afectan a terceros. Carlos Nino enseña que “estas acciones son “privadas” no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente”²⁵.

Por su parte, Ernesto Garzón Valdéz expresa que “La intimidad es el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado y que quizás nunca lo será; es, no pocas veces, el marasmo que tanto suele interesar a los psicoanalistas desde que Freud les enseñara a distinguir entre

²⁴ Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, página 76.

²⁵ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, página 304, nota 9.

el ello, el ego y el superego” (...) “La privacidad es el ámbito donde imperan exclusivamente los deseos y preferencias individuales. Es condición necesaria del ejercicio de la libertad individual. Parafraseando a Amartya Sen, podría decirse que la privacidad es la "esfera personal reconocida" que tendría que aceptar también todo liberal como punto de partida para la adopción de decisiones sociales que respondan a los ideales del liberalismo”²⁶.

En la doctrina norteamericana, el desarrollo del derecho a la privacidad ha tenido una amplia recepción en el ámbito académico como en la jurisprudencia de ese país²⁷. En este orden, es un clásico de la literatura sobre este tema la definición formulada por Samuel Warren y Louis Brandeis, quienes definen a la privacidad como “el derecho del individuo a que lo dejen solo”²⁸.

En este sentido, a la propuesta liberal de autonomía personal, libre elección de plan de vida y privacidad se le opone la postura del perfeccionismo mencionada en párrafos anteriores.

Tal como lo sostuviera Nino en sus obras, el perfeccionismo busca o intenta consagrar los ideales de excelencia humana o virtud personal, típicos de una moral crítica o ideal, poniendo a disposición de tal fin el aparato represivo del Estado en caso de no cumplir los ciudadanos con tales preceptos. La punición del aborto es un claro ejemplo de estas ideas.

El liberalismo se opone a esta concepción con las ideas de autonomía y límites al poder estatal, consagrando legalmente únicamente pautas de moral pública o intersubjetiva. En este contexto, la idea de privacidad lo que persigue es impedir que el estado intervenga ante ciertas acciones del hombre en la vida en sociedad. Actúa sobre las razones para que el Estado no interfiera, no sobre las acciones de lo que, en apariencia, es lo correcto y deseable. Tal concepto está estrechamente vinculado con la idea de neutralidad estatal en lo referente a ideales de vida y decisiones que a tal fin se adopten y la legitimidad del Estado para sancionarlas.

Para entender este problema, resulta útil explicarlo por medio de un caso paradigmático de nuestra legislación penal y civil.

Durante gran parte del siglo pasado el adulterio fue considerado delito en nuestro país²⁹, en especial de la mujer, situación que obedecía claramente a consagrar jurídicamente un ideal de moralidad personal contrario a nuestros postulados constitucionales básicos.

²⁶ Grazón Valdés, Ernesto, “Privacidad y publicidad”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo – Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), Privacidad*, páginas 7 y 8. De todos modos no hace falta “ser liberal para aceptar la esfera de lo privado, para sostener la necesidad de un ámbito reservado a un tipo de situaciones o relaciones interpersonales en donde la selección de los participantes depende de la libre decisión de cada individuo”.

²⁷ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido este derecho en una serie de fallos muy importantes que han asegurado la protección de áreas de libertades protegidas constitucionalmente. Ver, entre otros, *Whalen v. Roe* (97 S.Ct.869, 1977); *Griswold v. Connecticut* (381 US 479, 1965); *Doe v. Bolton* (410 US 179, 1973); *Stanley v. Georgia* (394 US 557, 1964); *Eisenstadt v. Baird* (405 US 438, 1972); *Doe v. Commonwealth Attorney* (425 US 901, 1976); *Bowers v. Hardwick* (478 US 186, 1986); *Kelley v. Johnson* (425 US 238, 1976). Debe tenerse en cuenta que la Constitución de los EE.UU. no posee una cláusula similar o parecida a nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de ello, los tribunales de ese país han ido construyendo el derecho a la privacidad en base a los restantes derechos individuales expresamente reconocidos.

²⁸ Warren, Samuel y Brandeis, Louis, "The Right to Privacy" en *Harvard Law Review*, 4 (1890), páginas 193-220.

²⁹ El adulterio fue incorporado al Código Penal como delito en 1921 con la aprobación de dicho texto y, pese a la existencia de innumerables proyectos para derogarlo, recién el 7 de Arzo de 1995 fue derogado por la ley 24.453.

De igual modo, las sanciones que se han previsto para homosexuales merecen la misma calificación o la limitación al acceso gratuito a métodos de anticoncepción modernos para prevenir embarazos no queridos o la imposibilidad de las parejas de divorciarse legalmente hasta la década de los ochenta del siglo pasado o la punición del consumo de drogas en forma personal, todo ello obedece a consagrar por parte del Estado ideales de excelencia humana contrarios a la autonomía y dignidad de las personas, además de contradecir el sentido de los principios que emanan de los derechos individuales de nuestra Constitución Nacional.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha sido más tímida en esta cuestión y sus decisiones sobre estos temas han ido variando de acuerdo con las sucesivas integraciones que ha sufrido y los “postulados” de los gobiernos de turno.

Sin embargo, es dable destacar los importantes fallos efectuados por la Corte en la década de los ochenta, una vez reinstaurado el régimen democrático de gobierno. En este sentido, sobresalen las sentencias en los casos *Bazterrica*³⁰, sobre consumo de drogas para uso personal, *Ponzetti de Balbín* ³¹, exposición pública en medios de comunicación, *Sejean* ³² sobre la inconstitucionalidad del divorcio vincular, *Portillo* ³³ referente a la objeción de conciencia, *Comunidad Homosexual Argentina*³⁴, entre otros.

7. Inicio de la vida

Hasta ahora, hemos explicado sucintamente el origen del Estado en las sociedades modernas, su evolución y la pretensión perseguida desde el siglo XVIII de convertirlo en un institución laica, a diferencia de lo ocurrido en el pasado, en que la Iglesia Católica, en esta región, tenía una importante cuota de poder a la hora de la toma de las decisiones de toda índole. Sostuvimos la plausibilidad de esta separación y que la mejor forma de organización era bajo los preceptos políticos del liberalismo, a fin de asegurar la constitución de una sociedad abierta en detrimento de una cerrada.

Tal concepción política, económica y social permite adoptar principios valiosos del liberalismo al momento de reconocer los derechos individuales de los ciudadanos y su función limitante del poder del Estado. En este contexto, el principio de autonomía de la persona resulta la piedra basal de esta construcción, toda vez que concede un ámbito importante de libertad a los ciudadanos para materializar sus planes de vida y los protege de las eventuales interferencias del Estado para imponer ideales de virtud personal, en caso que no se concrete la neutralidad que sobre es punto es deseable que esta institución adopte.

También sostuvimos que en los conflictos entre derechos de los ciudadanos subyace una discusión moral que no debemos ignorar a la hora de intervenir en el debate del tema que se tratare.

³⁰ CSJN, *Fallos*, 308:1412.

³¹ CSJN, *Fallos*, 306:1892.

³² CSJN, *Fallos*, 308-2:2287.

³³ ED 133-372.

³⁴ CSJN, *Fallos*, 314:1531.

Dicho reconocimiento nos permitirá resolver el asunto de manera más eficiente y pacífica, ya que en todo conflicto de intereses existe una puja entre distintos derechos, los que no siempre gozan de la misma protección como comúnmente se cree, sino que unos revisten mayor importancia y trascendencia que otros. De esto se sigue que en esta disputa es preciso dar razones de sumo peso para que un derecho ceda ante exigencias colectivas o del mentado bien común. En este orden de ideas, el derecho a la privacidad es un derecho destacado en el tema del presente trabajo, el cual resulta ser una derivación del principio de autonomía de la voluntad. Su correcta conceptualización permitirá discernir mejor los derechos que subyacen en el debate sobre la permisón o prohibición del aborto.

Sentado este marco conceptual necesario para el análisis de la plausibilidad de sancionar penalmente o no el aborto voluntario, a continuación comenzaré a describir las distintas etapas del proceso de gestación humana, la misma no pretende ser una caracterización científica médica, sino simplemente destacar los momentos de este proceso en el que existe un gran consenso de parte de los especialistas sobre esta rama de investigación.

Luego, reseñaré la cuestión jurídica respecto al momento en que se considera como inicio de la vida humana y las distintas teorías que subyacen en esta discusión. Seguidamente, se analizará el tema desde el punto de vista constitucional y se defenderá la postura que considera que resulta más valioso y plausible que el Estado adopte una posición liberal sobre el aborto en contraposición con el ideario conservador y que resulta moral y jurídicamente irrelevante la definición del momento exacto en que comienza la vida.

Finalmente, sostendré que la actual punición del delito de aborto con consentimiento de la mujer y en la primera etapa de gestación resulta contraria a nuestra constitución, ya que al sancionar esa acción se violentan derechos individuales centrales de cada ciudadano y que el Estado no se encuentra legitimado para intervenir coactivamente en este supuesto.

Un tema que se discute denodadamente tanto en el ámbito jurídico como en el científico y hasta el religioso se relaciona con la dilucidación del momento en que comienza la vida humana, el cual se ha visto rodeado durante la historia de la humanidad de cierta oscuridad y de ideas o creencias impregnadas de cuestiones religiosas y/o místicas. Recién, en los últimos dos siglos aproximadamente los científicos modernos han podido precisar con mayor objetividad dicho momento, gracias a los avances en materia de investigación científica y de conocimientos que ha experimentado la humanidad a partir de las ideas tributarias de la Ilustración.

En pocas palabras, se puede afirmar que existen una serie de “hitos” en el desarrollo de una persona desde que se produce la concepción hasta su efectivo nacimiento.

En este orden de ideas, la hora cero de este proceso se produciría al momento de la concepción, esto es, la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino, con veintitrés cromosomas cada uno, los que contendrían la información genética del individuo; mientras que entre dicha etapa y las primeras 24 horas de iniciado el proceso celular se produciría la singamia, momento en que se fusionarían los núcleos de los gametos de óvulo y espermatozoide, comenzando la división

celular y produciéndose la formación del ADN, o sea un código genético único y distinto a todos los demás.

Dicho proceso iniciado con la penetración del espermatozoide en el óvulo, pasa a una siguiente etapa que se culminaría al séptimo día cuando el embrión se anidaría en el útero – endometrio. Posteriormente, el día catorce se formaría la cresta neural o vena primigenia, poseyendo el feto en esta etapa un tamaño menor a un milímetro. Finalmente, a los cuarenta y cinco días de comenzado el proceso celular comenzaría a funcionar la cresta neural.

La actividad eléctrica cerebral en el tronco del cerebro del feto y la capacidad de movimiento reflejo aparecería antes de la séptima semana de ocurrida la concepción aproximadamente, tal como se precisara precedentemente, pero esto no implica que el feto posea alguna forma de conciencia o algún tipo de vida psíquica además de física.

Aunque los científicos no se han puesto de acuerdo sobre cuando el feto pueden sentir dolor o estímulos, sino todo lo contrario, estudios recientes indican esta situación es posible que se produzca recién una vez que haya conexión entre el tálamo del feto, hacia el cual fluyen los receptores nerviosos periféricos, y su neocórtex en desarrollo, la cual no ha sido determinada aún con precisión, pero es casi seguro que tiene lugar hacia la vigésimo segunda a la vigésimo sexta semana de gestación³⁵.

La tan alegada viabilidad del feto se determinaría cuando el cerebro pueda haberse desarrollado suficientemente dando lugar a una forma primitiva de sensibilidad.

Hoy día se puede advertir la existencia de un consenso bastante amplio entre médicos, biólogos y científicos en aceptar los pasos descritos precedentemente como las bases del proceso de formación celular de un ser humano.

Sin embargo, estas apreciaciones estrictamente científicas han sido severamente criticadas desde distintas posiciones, las cuales, cabe agregar, se encuentran atravesadas por posiciones dogmáticas muy estrictas, basadas en postulados religiosos y/o concepciones éticas de la vida humana y del individuo, las cuales se han reflejado a lo largo de la historia en diversos campos de acción de la vida social, siendo el legal el que interesa en este breve trabajo, el cual seguidamente pasamos a exponer.

8. Inicio de la vida y comienzo de la protección legal

Estas aserciones generadas a partir de la confirmación científica de los distintos momentos que se van desarrollando desde la concepción hasta el nacimiento de un ser humano tienen, evidentemente, su influencia en el ámbito legal de la materia en estudio.

³⁵ Derbyshire, Stuart y Furedi, Ann, “Do fetuses feel pain”, en *British Medical Journal*, volumen 313, 28 de Septiembre de 1.996, página 795.

Sin embargo, los procesos de creación de legislaciones en los distintos países de nuestro mundo son bien diversos y la influencia de los factores extra científicos, distintos a los recientemente descriptos, han hecho valer reiteradamente sus posiciones por medio de campañas, presiones o uso de posiciones dominantes.

En efecto, lo que se pretende hacer notar es que a partir de la determinación de la idea o concepto de “inicio de la vida” se podría establecer fundadamente en que momento comenzar a proteger legalmente a ese embrión en desarrollo o, por el contrario, tener un elemento más a la hora de regular los procesos vinculados al desarrollo de embriones tanto intra como extra uterinos.

En este sentido, nuestra Constitución Nacional no estipula expresamente el derecho a la vida, sin embargo resulta obvio que estamos en presencia de un derecho implícito ya que todos los demás derechos que están taxativamente enumerados en su texto legal requieren que haya vida para su ejercicio, sumado a que su formulación también deriva de la interpretación que lo define como uno de los derechos “no enumerados” del artículo 33 de la carta magna como aquellos “que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

En este sentido, los distintos pactos de Derechos Humanos vigentes en nuestro derecho positivo consagran la existencia legal del derecho a la vida, pero entiendo que su receptación obedece a asegurar que los países legislen en contra de la pena de muerte o contra atentados masivos contra las mujeres en etapa fertilidad para procrear, que a garantizar el derecho a la vida del feto y que, a partir de estas cláusulas, se siga con la prohibición del aborto y se establezcan sanciones penales sobre los eventuales infractores.

9. Teorías legales sobre el inicio de la vida

Sin perjuicio del reconocimiento explícito o implícito del derecho a la vida, durante estas últimas décadas se han desarrollado y evolucionado una serie de teorías que intentan describir y fundamentar sobre el momento en que comenzaría la vida humana y las consecuencias jurídicas que tal estado acarrearía a futuro para ese individuo multicelular.

En este orden de ideas, la postura más clásica y con mayor tiempo de predicamento en Argentina es aquella que se puede expresar de la siguiente manera: la vida humana comienza con la concepción entre un óvulo y un espermatozoide, por lo tanto, cualquier proceso intencional, mecánico o manual, destinado a interrumpirlo constituye poner fin a una vida humana.

Esta descripción se conoce como teoría de la concepción, según la cual desde el momento que un espermatozoide ingresa al óvulo existe un nuevo ser humano con todos los atributos de la persona, sin importar que se encuentre en el seno materno o en una probeta de laboratorio.

“La conclusión lógica del examen del cigoto en sí (...) es que con la fusión de los dos gametos una nueva célula humana, caracterizada por una nueva y exclusiva estructura informativa, comienza a actuar como una unidad individual (...) Solamente con la integración de los dos amplios

campos del saber, científico y metacientífico, podemos llegar a la conclusión y respuesta definitivas: cigoto y embrión precoz son un sujeto humano, y como tal tienen todo el valor, toda la dignidad y todos los derechos fundamentales de cada sujeto humano”³⁶.

Tales ideas también forman la piedra basal del pensamiento dominante dentro de la Iglesia Católica Argentina, la cual fue consagrada por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica, a cargo del actual Papa Benedicto XIV, quien entonces la presidía como cardenal Ratzinger, denominado “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad”, que fuera publicada por Juan Pablo II el 22 de Febrero de 1.987, en la que se afirmara que “El ser humano ha de ser respetado –como persona- desde el primer instante de su existencia”³⁷.

Por otra parte, adhieren también a esta posición autores civilistas clásicos como Santos Cifuentes, quien señala que “En el área jurídica, aparte de la significativa influencia de la ubicación del nascituro como comienzo de la personalidad, con los cruciales y siempre renovados planteamientos del aborto y de la fecundación por medios extracorporales, la tendencia general, cualquiera fuese el principio adoptados –del nacimiento o de la concepción-, ha sido proteger el derecho de vivir desde que hay *conceptus* (...) Como quiera que sea, en el orden jurídico la concepción natural en el seno materno tiene, en el código Civil, una regulación vigente con serias incoherencias, pero que afirma el comienzo vital de la persona y de la protección de sus derechos desde su concepción (...) parra mí, en cambio, el *nasciturus* es persona, luego, el delito de aborto impide y sanciona los atentados contra su vida”³⁸.

Una variante de esta tendencia es la denominada teoría de la formación del genotipo, la cual difiere el momento del inicio de la vida humana a la singamia, es decir, cuando finaliza la fusión de los pronúcleos de los gametos, veinticuatro horas después de penetrado el óvulo femenino por el espermatozoide masculino.

Los sostenedores de ambos conceptos afirman que la misma tiene apoyatura legal en nuestro positivo vigente tanto a nivel constitucional como en los Códigos de fondo.

En este sentido, señalan que la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) establece en su artículo 4.1. que “Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Cabe recordar que esta norma tiene rango constitucional de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22º, de la Constitución Nacional.

36 Serra, A., “La ley del desarrollo del embrión humano revela cuanto ‘yo’ soy ‘yo’”, en *El inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1.999, páginas 26 y 47, citado por Martínez, Stella Maris, “Observaciones sobre el comienzo de la vida humana”, en Buján, Javier y V. de Langhe, Marcela, *Tratado de los delitos. Delitos contra las personas*, Desalma, Buenos Aires, 2.004, página 373.

37 Martínez, Stella Maris, “Observaciones sobre el comienzo de la vida humana”, en Buján, Javier y V. de Langhe, Marcela, *Tratado de los delitos. Delitos contra las personas*, Desalma, Buenos Aires, 2.004, página 374.

38 Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, 2º edición, Astrea, Buenos Aires, 1.995, páginas 234 y 238.

Por su parte, el artículo 70 del Código Civil establece que “Desde la concepción en el seno materno comienza a existencia de las personas”.

Todas estas normas jurídicas de distinto rango pero vinculadas a este tema refieren de modo impreciso a la materia que estamos discutiendo en esta presentación, habida cuenta que no contienen fórmulas clara y razonadas tanto lógicamente como analíticamente.

En primer término, resulta bastante claro el reconocimiento del derecho a la vida en nuestro texto constitucional, enriquecido al respecto con la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en 1994, en los que expresamente se encuentra reconocido.

Pero esta claridad a la que hago referencia se pierde por completo cuando se analizan en concreto y profundidad las normas que se refieren al inicio de la vida y sus consecuencias más inmediatas con el aborto, ya que el texto del artículo 4.1. de Convención Americana de Derechos Humanos señala que la protección de la vida estará asegurada, **en general** (la negrita me pertenece), desde la concepción.

La inclusión de las palabras “en general” en dicha norma desvirtúa por completo las interpretaciones que se han formulado respecto a que en nuestro sistema jurídico la vida se encuentra protegida desde la concepción, toda vez que la norma contempla la posibilidad de excepciones al no estar escrita de modo claro, por lo menos para casos como el aborto terapéutico, ético o eugenésico.

Las mismas consideraciones corresponden efectuarse con relación a la norma jurídica contenida en el Código Civil argentino, la cual no debe ser interpretada conforme el pensamiento de Vélez Sarsfield del siglo XIX, sino en base a la realidad social, política, científica y cultural de nuestros días.

Asimismo, otra teoría con adeptos dentro del seno de la Iglesia Católica es aquella que postula que el inicio de la vida se produce en la etapa del proceso en que el embrión se anida en el útero, esto es, al séptimo día de producida la concepción. Tributaria de estas ideas ha sido la legislación alemana que en su código Penal, en el párrafo 219 d, expresa que solo existe interrupción del embarazo una vez producida la anidación del óvulo en el útero.

Una última teoría es la que establece que la vida debe ser protegida una vez que comienza a formarse el sistema nervioso central, que comenzaría con el tránsito de la información genética específica al sistema nervioso central, momento en que aparece la llamada cresta neural, línea primitiva o eje embrionario, rudimento de lo que será la corteza cerebral.

El comienzo de la organización del sistema nervioso tiene lugar entre el día quince y el cuarenta de la evolución embrionaria, detectándose en los primeros días de ese período los cambios más significativos, pudiendo registrarse actividad eléctrica en el cerebro a partir de las ocho semanas. “Este concepto, atento a sus pautas temporales, implica negar al embrión la calidad de vida humana, para admitirla sólo una vez que el ser en formación ha alcanzado el estadio de feto”, asimilando tales ideas con los criterios de muerte cerebral.

“El concepto de muerte cerebral sirve, en cambio, para avalar la teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central, ya que si aceptamos que un ser humano dotado de una estructura corporal en la plenitud de su desarrollo –pero poseedor de un cerebro que no revela la existencia de impulsos eléctricos- es un cadáver, cuyos órganos pueden ser extraídos e implantados en otro sujeto, no podemos, simultáneamente proclamar la calidad de persona de una criatura viviente que aún no posee –y a cuyo respecto es imposible predicar a ciencia cierta que alguna vez vaya a poseer- ni tan siquiera los rudimentos del órgano susceptible de emitir tales impulsos”³⁹.

Sobre este tema en la Ley Nacional de Transplantes, el artículo 23 determina que: “El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

- a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- b) Ausencia de respiración espontánea;
- c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;
- d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible”.

Mientras que la cita legal del artículo 23 de la 24.193, que define en nuestro derecho positivo el concepto de muerte, puede parecer como ajena a esta discusión, pero no resultaría irrazonable valerse de los principios determinados en la misma a los fines de definir el concepto de inicio de la vida, dado que por la aplicación analógica del concepto de muerte, esto es, si el fin de la vida se produce cuando deja de existir la actividad cerebral, la vida comenzaría con el inicio de la actividad encefálica la que, como vimos, se produciría en la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, aunque es dable resaltar que existen sólidos argumentos médicos para afirmar que la actividad en el cerebro del feto se produciría no antes de la vigésimo tercera semana de gestación, por lo tanto, quedan aún varios interrogantes que la microbiología y las ciencias médicas deben resolver.

10. El aborto y el inicio de la vida. La cuestión constitucional

El mayor problema jurídico y práctico en la determinación del momento del inicio de la vida son sus consecuencias respecto a la consideración constitucional, penal y civil en nuestro país del

³⁹ Martínez, Stella Maris, “Observaciones sobre el comienzo de la vida humana”, en Buján, Javier y V. de Langhe, Marcela, *Tratado de los delitos. Delitos contra las personas*, Desalma, Buenos Aires, 2.004, páginas 393 y 394.

aborto y más recientemente con toda la actividad científica de la fecundación y procreación extrauterina.

En el presente trabajo me voy a detener solamente en el primero de los problemas planteadas, por considerar que el mismo resulta determinante para esclarecer los restantes, toda vez que la cuestión del aborto resulta por demás trascendental a los fines de esclarecer los principios morales y jurídicos en pugna, los cuales resultan de aplicación a las demás cuestiones en debate ante el notable avance científico y tecnológico evidenciado en los últimos treinta años (fecundación asistida, in vitro, clonación, etc.) y determinará las consecuencias jurídicas en los demás ámbitos legales de la vida en sociedad.

Asimismo, voy a intentar demostrar que la noción de inicio de la vida humana carece de relevancia jurídica a los fines de prohibir o no permitir la práctica del aborto en determinadas circunstancias, toda vez que existen derechos e intereses de mayor trascendencia en pugna que la circunstancia de establecer cuando comienza efectivamente la vida humana, aclarándose de este modo el debate y volviéndolo más racional.

Desde ya que si consideramos que la concepción es el punto inicial de la vida humana carecería de sentido discutir respecto al aborto, toda vez que al adoptar una postura como la citada y defendida por los autores de la teoría de la concepción, resultaría inútil cualquier tipo de debate, ya que dicha cuestión temporal impediría introducir a la discusión otras cuestiones de relevancia como los derechos e intereses en pugna y la situación fáctica respecto a las sensaciones del propio feto y su viabilidad, tal criterio implicaría adoptar una posición perfeccionista sobre el tema, la cual, como vimos, es contraria a los postulados constitucionales.

Analizadas ya las diversas teorías sobre el inicio de la vida, con respecto al caso puntual del aborto, entiendo que debemos precisar, en primer lugar, las dos concepciones dominantes sobre su consideración, para recién luego emitir un juicio final sobre estas ideas del comienzo de la vida y aborto. Por ello es que seguidamente se expondrán muy brevemente una descripción sobre las teorías en pugna sobre el aborto, que he denominado a una de ellas como conservadora y a la otra como liberal o si se prefiere, en contra de o pro aborto, respectivamente.

11. La postura conservadora

Básicamente la posición conservadora, tributaria del pensamiento perfeccionista, respecto al aborto en nuestro país se puede expresar de la siguiente manera: la vida humana comienza con la concepción entre un óvulo y un espermatozoide, por lo tanto, cualquier proceso intencional, mecánico o manual, destinado a interrumpirlo constituye poner fin a una vida humana.

Ahora bien, debemos advertir en este punto que esta no es la única postura conservadora sobre el aborto, sino que es la más antigua, extrema y más difundida, mientras que una segunda teoría

fundamenta su oposición a las prácticas abortivas al sostener que la vida humana es sagrada, conforme la distinción efectuada por el profesor Ronald Dworkin⁴⁰.

Con relación a la primera de ellas dentro de las ideas conservadoras, dicho autor la denomina una objeción al aborto de carácter derivado, ya que presupone que el feto es un sujeto con derechos e intereses propios desde la concepción, gozando del mismo derecho que los demás seres humanos a proteger sus intereses básicos, incluido el derecho a que no acaben con su vida: “Según esta tesis, abortar es inmoral, en principio, porque viola el derecho de alguien a que no lo maten, del mismo modo que matar a un adulto es normalmente inmoral porque viola el derecho a la vida (...) Quien adopte esta objeción y crea que por esta razón el Gobierno debería prohibir o regular el aborto, cree que el Gobierno tiene una responsabilidad *de carácter derivado* de proteger al feto”⁴¹.

Mientras que la segunda versión de los conservadores, muy distinta por cierto, sobre este tema es una objeción al aborto que Dworkin denomina de carácter autónomo, toda vez que considera que la vida humana es innata, con valor intrínseco, es sagrada en sí misma y que dicho carácter comienza con el inicio de la vida biológica, incluso antes que la criatura tenga movimiento, sensaciones, derechos o intereses propios. “Según esta segunda afirmación, el aborto es inmoral en principio porque desatiende e insulta el valor intrínseco, el carácter sagrado, de cualquier etapa o forma de la vida humana. Llamaré a esta objeción *de carácter autónomo* porque no depende o presupone ningún interés o derecho particular (...) el Gobierno tiene una responsabilidad *de carácter autónomo* de proteger el valor intrínseco de la vida”⁴².

Tales posiciones son muy distintas una de la otra ya que no es lo mismo sostener que el aborto es un pecado o un acto perverso porque el feto tiene derecho a vivir, que sostener que es un pecado o un acto perverso porque la vida humana es sagrada.

Claramente se pueden advertir fundamentos religiosos por detrás de ambas posturas, aunque en la segunda de ellas dichos argumentos se encuentran apoyados por concepciones morales y éticas del bien que le otorgan un sustento mucho más sólido que a la primera de las posturas reseñadas, clásicamente perfeccionistas, cuya única intención es imponer ideales de vida humana que ellos consideran óptimos al resto de la ciudadanía, incluso apelando al aparato represivo del Estado.

12. La postura liberal

Por su parte, los liberales, generalmente partidarios de regular y tolerar la realización de abortos bajo determinadas condiciones, fundamentan tal autorización en diversas razones, las que resumidamente se puede detallar de la siguiente manera.

Primero, advierten que el aborto es una cuestión moralmente problemática, ya que siempre constituye una grave decisión moral por parte de quien decide someter a dicha práctica

⁴⁰ Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Editorial Ariel, Barcelona, 1.994, páginas 16 y siguientes.

⁴¹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, página 19.

⁴² Dworkin, Ronald, *op. cit.*, páginas 19 y 20.

médica: “El aborto no es nunca permisible por una razón trivial o frívola; no está nunca justificado, excepto para prevenir un daño serio de cierta clase”⁴³.

En este orden de ideas, el aborto estará siempre justificado por un conjunto de razones serias: en casos de incesto o violación; cuando sea necesario para salvar la vida de la madre; y cuando se haya detectado una severa malformación del feto que hagan presumir que de nacer dicha criatura tendrá una vida breve y dolorosa o, por el contrario, pierda la vida al momento de nacer “cuando la anormalidad es muy grave y la vida potencial es inevitablemente corta y cruelmente disminuida, la opinión liberal paradigmática sostiene que abortar no sólo está moralmente permitido, sino que puede ser moralmente obligado, que sería inmoral traer al mundo, a sabiendas, un niño así”⁴⁴.

Por otra parte, el profesor Dworkin destaca que los liberales también justifican la permisibilidad del aborto al considerar como relevante la preocupación de la mujer por sus propios intereses.

Este tipo de argumentos están ligados a la idea del poder de decisión que las personas deben tener sobre sus vidas a los fines de desarrollar planes de vida conforme sus criterios personales sin que el Estado se pueda inmiscuir en esas decisiones con el único límite que dichas decisiones no importen daños a terceras personas, esto es, el denominado y conocido principio de autonomía de la persona, expuesto sabiamente por John Stuart Mill en el siglo XVIII⁴⁵, el cual “valora la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana y veda la interferencia con esa libre elección sobre la base de que el plan de vida o el ideal al que responde una acción es inaceptable. De este principio surge la valoración de todos los bienes que constituyen el contenido de los derechos fundamentales, o sea los bienes que son necesarios para la elección y materialización de planes de vida”⁴⁶, tal como lo describiéramos en extenso en párrafos anteriores.

De dicho principio se deriva el derecho a la privacidad, entendido no como equivalente a la intimidad sino a las acciones voluntarias de los individuos que no afecten a terceros, conforme reza el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. Esta postura liberal, como vimos, se opone a la llamada perfeccionismo, la cual sostiene que es misión del Estado hacer efectivos los ideales de excelencia humana o de virtud personal⁴⁷.

Por último, también existe el argumento político para autorizar el aborto, el cual también es compartido por alguna posición conservadora, según el cual no corresponde que el Gobierno, por medio de la ley penal, proteja los intereses del feto durante las primeras etapas del embarazo, sino recién cuando se encuentra suficientemente desarrollado como para tener intereses propios (viabilidad).

43 Dworkin, Ronald, *op. cit.*, página 47.

44 Dworkin, Ronald, *op. cit.*, página 48.

45 Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Buenos Aires, 1.993.

46 Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1.992, página 304; Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1.989, páginas 199 y siguientes.

47 Ver al respecto Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 1.989, páginas 413 y siguientes.

Asimismo, una postura liberal clásica no va a permitir la utilización de fundamentos religiosos para justificar la prohibición de la práctica del aborto, toda vez que uno de sus fundamentos históricos más sólidos consiste en la separación entre Estado y Religión, la cual se fundamenta en la idea de neutralidad mencionada precedentemente a la hora de justificar decisiones.

“Esta neutralidad del estado en materia de creencias puede justificarse de diferentes maneras. Se puede sostener que se desprende de una visión impersonal del mundo que deja a un lado las preferencias individuales y que se construye sobre la base de principios aplicables independientemente del contenido de aquellas (Nagel, Thomas, *A View From Nowhere*, Oxford University Press, 1986. Ver también, Nagel, Thomas, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 1991); o se puede argumentar que su justificación se encuentra en una idea de justicia derivada de principios que se aceptan como válidos cuando se arriba a ellos desde una “posición originaria” en la que los encargados de dilucidar su contenido se encuentran detrás de un velo de ignorancia que les oculta su propia condición y les permite decidir independientemente de ella (Nagel, Thomas, *A View From Nowhere*, Oxford University Press, 1986. Ver también, Nagel, Thomas, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 1991); o se puede fundar en el reconocimiento de la autonomía personal como rasgo distintivo de los seres humanos, y que excluye toda posibilidad de que se les impongan a estos en forma heterónoma ideales de vida considerados correctos por otros particulares o por el estado mismo (Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986. Ver también ver Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989), etc”⁴⁸.

12. El caso *Roe v. Wade*

En la discusión de estos temas vinculados al inicio de la vida y su estrecha relación con el aborto existe en el ámbito social, político y jurídico un antes y un después de la decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos al decidir, al decir de Dworkin, el “caso más famoso” que dirimió dicho Tribunal, conocido como *Roe v. Wade*, dados los sólidos argumentos de este precedente y la difusión que tuvo en el resto del mundo occidental.

El contenido general de dicha sentencia permite esclarecer enormemente la disputa sobre el tema del aborto, ya que los jueces que votaron a favor sostuvieron argumentos liberales, mientras que los que se opusieron no lo hicieron en base a objeciones de carácter derivado, sino que se valieron de argumentos autónomos, esto es, que la vida humana es sagrada.

En primer lugar, la mayoría entendió que considerar a un feto igual que a una persona en base a estas teorías del inicio de la vida constituía un error jurídico, toda vez que imposibilitaría la discusión de fondo sobre el asunto⁴⁹. Lo importante jurídicamente no es si el feto es una persona

48 Saba, Roberto, “Neutralidad del estado, igualdad de trato y tolerancia en materia religiosa”, SELA-igualdad, Universidad de Palermo, 2.002.

49 Ver Farrel, Martín Diego, *La ética del aborto y la eutanasia*, reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.993, páginas 32 y siguientes.

constitucional sino si los Estados tienen un poder legítimo para determinar como sus ciudadanos deben respetar al valor inherente a la vida⁵⁰.

A partir de dicha toma de posición, ¿que decidió en definitiva *Roe v. Wade*? En primer término, reconoció a la mujer el derecho constitucional a una autonomía procreativa como una de las libertades individuales, derivada del derecho a la privacidad antes comentado, el cual encuentra reconocimiento legal no sólo en los textos constitucionales sino en la cultura política occidental. “El rasgo más relevante de esa cultura es la creencia en la dignidad humana individual: esto es, que las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse, por sí mismas, a las cuestiones fundamentales acerca del significado y valor de sus propias vidas, respondiendo a sus propias conciencias y convicciones”⁵¹. A partir del reconocimiento de este importante derecho constitucional, los Estados⁵² no pueden prohibir en su totalidad los distintos tipos de abortos.

Por otra parte, *Roe v. Wade* reconoció que los estados tienen un legítimo interés en regular el aborto, es decir el destinado a mantener un entorno moral, en el que las decisiones sobre la vida y la muerte se tomen cuidadosamente y sean tratadas como cuestiones morales graves.

Por último, a los fines de armonizar el derecho a la autonomía reproductiva con el interés estatal descripto, elaboró régimen detallado en el que estableció que en el primer trimestre del embarazo ningún estado puede prohibir bajo ninguna razón la práctica del aborto, es decir, primó el derecho a una autonomía reproductiva; autorizando al gobierno a regularlo en el segundo trimestre de dicho proceso en consideración a la salud de la madre; mientras que las autoridades quedan en total libertad de regular o prohibir las practicas abortivas en los últimos tres meses del embarazo, cuando el feto se ha transformado en un individuo viable.

13. La Jurisprudencia en nuestro país

La situación en nuestro país es bien diferente, toda vez que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha sido lo amplia y liberal de su par norteamericano, toda vez que han primado las posturas conservadoras más extremas, las que Dworkin denomina de carácter derivado.

La Corte Suprema confirmó en el caso *Tanuz*⁵³ la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la cual se autorizaba a una mujer a que profesionales de la salud del Hospital Sardá le indujeran el parto del feto que se encontraba gestando, habida cuenta que el mismo era anancefálico, enfermedad crítica que minimiza al extremo la vida extrauterina del feto. En esta sentencia la mayoría de la Corte expresó que no se trataba de un

⁵⁰ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, páginas 145 y siguientes.

⁵¹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, página 217.

⁵² Si bien la decisión de la *US Supreme Court* estaba destinada a los diversos estados de la Unión, sus principios pueden ser aplicados a cualquier estado nacional entendido como ente de gobierno de un país.

53

caso de aborto sino de una inducción del parto necesaria para evitar un sufrimiento mayor a la embarazada ante lo inevitable.

Lo preocupante de esta decisión no fue la resolución del caso, sino la afirmación que el inicio de la vida comienza con la concepción, antecedente que fuera reafirmado por mayoría en la sentencia que se cita a continuación. Sumado a ello el voto del Dr. Nazareno constituyó la consagración de las postura conservadora más dura, resolviendo rechazar la acción interpuesta por la actora, considerando que “En lo que respecta al principio de reserva, cabe recordar que conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, las “acciones privadas” están exentas de la autoridad de los magistrados cuando “de ningún modo” ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. “La expresión subrayada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales –en el sentido indicado- en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que ‘de algún modo’, cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que ‘de algún modo’ trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente” (Fallos: 313: 1333, considerando 11). La cabal interpretación del artículo citado desvirtúa la decisión apelada, pues no se advierte por qué razón debería quedar excluida de la autoridad de los magistrados la conducta encaminada a exponer a un recién nacido a una muerte prematura, aunque el desenlace fuera fatal de todas maneras en el supuesto del parto espontáneo. Debe decirse, enfáticamente porque el caso lo requiere, que el reconocimiento constitucional del derecho a la vida no está sujeto a condiciones; el constituyente no ha establecido que la vida de una persona - nacida o por nacer- que ha de morir indefectiblemente puede quedar expuesta a lo que decidan sus allegados en lo relativo a su terminación anticipada. Las situaciones dramáticas a que da lugar la aceptación de este principio y las alegaciones de sesgo ideológico o sentimental no deben desviar la mira del juez cuando disposiciones de rango constitucional le imponen la preservación del “primer derecho de la persona humana” (Fallos: 310:112, considerando 4°).

También resulta preocupante de este antecedente la interpretación que se hace del artículo 19 de la Constitución Nacional, la cual carece del análisis que la situación amerita y de las razones y fundamentos que lo justifican y llenan de contenido. Apelar, como ha hecho el Dr. Nazareno, al bien común para defender el derecho a la vida de un feto anacefálico es una muestra más de la distorsión en la práctica constitucional de nuestros tribunales, que no reconocen los derechos individuales como cartas de triunfo ante intereses difusos y poco claros como el bien común. Tal decisión no ha ofrecido razones para justificar que el parto no sea inducido, con apelar al bien común no basta para justificar analítica y jurídicamente la resolución adoptada.

Posteriormente, en el caso *Portal de Belén*⁵⁴, el máximo Tribunal Nacional determinó que el inicio de la vida humana comienza con la concepción entre un óvulo y un espermatozoide: “12) Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323:1339). En la causa "T., S.", antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También 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 un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)”.

Contrariamente a lo resuelto por el máximo tribunal nacional, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoció la existencia del derecho a la privacidad en el caso *Tanuz*⁵⁵, (que luego arribara a la CSJN) en el que se discutía si correspondía inducir el parto de la mujer porque el feto era anacefálico. Del voto del Dr. Julio Maier se destaca que “Éste es, por tanto, el derecho constitucional en juego que, a mi juicio, define la situación. Y es en éste contexto en el que adquieren valor el derecho a la salud, tanto física como síquica (CCBA, 20 y 21, inc. 5; ley n° 163, inc. 3), tanto propia como integral de su familia, que invoca la actora, incluso fundado en diversas reglas de convenciones internacionales incorporadas a nuestro Derecho constitucional (CN, 75, inc. 22). Ese derecho de autodeterminación, ejercido aquí responsablemente según indicación médica, sumado a la obligación del Estado de defender la salud (CCBA, 20), específicamente en el caso (CCBA, 21, inc. 5), determinan la ilegitimidad de la respuesta negativa u omisiva que mereció la decisión de la actora y su cónyuge, sobre todo después de que la indicación efectuada por un médico diplomado y especialista, fue confirmada por el dictamen del Comité de Bioética del Hospital, que ya menciona el “principio bioético de autonomía respecto de las decisiones personales”.

14. El proyecto de reforma del Código Penal de 2.006.

El Ministerio de Justicia de nuestro país encargó a una serie de doctrinarios, funcionarios judiciales y profesores universitarios nacionales el diseño de un Anteproyecto de reforma del Código Penal⁵⁶, en el cual se declaraba impune el aborto consentido por la mujer que fuera efectuado durante los tres primeros meses del embarazo, además de precisar el lenguaje para los demás casos que han traído un sin fin de controversias en los últimos años⁵⁷.

54 CSJN, P. 709. XXXVI, *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*.

55 Expte. n° 715/00 “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CCBA)”, 26/12/2000.

56 Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal (Res. M.J. y D.H. N° 303/04 Y N° 136/05). Texto final puesto a debate al 12-05-06. La discusión del proyecto fue interrumpida y el proyecto, por el momento, se encuentra suspendido en su análisis y posterior presentación legislativa, aparente y lamentablemente el motivo de tal situación serían razones políticas más que jurídicas.

57 Artículo 92: El aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, no es punible:

El proyectado artículo 93 establecía: "No es punible la mujer cuando el aborto se practicare con su consentimiento y dentro de los tres (3) meses desde la concepción, siempre que las circunstancias lo hicieren excusable.

No es punible el médico que, dentro de los tres (3) meses desde la concepción, practicare un aborto con el consentimiento de la mujer, cuando previamente la haya asesorado sobre las consecuencias del hecho y las razones existentes para preservar la vida del feto".

Los fundamentos expuestos de los autores del Anteproyecto fueron los siguientes: "Con relación al delito de aborto se ha mantenido, en general, el texto vigente y se aclaró su redacción para que coincida con el sentido que desde su sanción tuvo entre nosotros. Cabe señalar que se trata de una cuestión tan significativa como controvertida y que ello se reflejó en las distintas posiciones dentro de la misma Comisión. Finalmente el texto proyectado parte de la necesidad de considerar la vida dependiente del feto y de atender los derechos de la mujer. Entre los extremos ideológicos que dan valoración preponderante y excluyente a la vida dependiente (y postulan la incriminación del aborto sin excepción alguna) y los que sobrevaloran los derechos de la mujer (despenalizando el aborto consentido), se ha intentado un equilibrio ponderando ambos intereses al mantener la punición del aborto pero ampliando los supuestos de no punibilidad. Dentro de ellos se confirma la impunidad del aborto cuando el embarazo proviene de una violación, cuando se trata de evitar un peligro para la vida o salud de la madre; y, finalmente, se incluye un supuesto durante el límite temporal de TRES (3) meses desde la concepción, con el consentimiento de la mujer y siempre que las circunstancias lo hicieren excusable. Se eliminó la referencia a la mujer "idiota o demente" (aborto eugenésico). La ampliación de los supuestos de excepción, de conformidad con la moderna y suficientemente arraigada legislación comparada (ejemplo §228 (a) del Código Penal alemán), apunta así a considerar adecuadamente los intereses en juego. No ha escapado al análisis de algunos miembros de la Comisión la nula efectividad y aplicación de la ley penal en este punto en sus OCHENTA y CINCO (85) años de vigencia, las graves inequidades derivadas de su operatividad real y los riesgos y daños constatados en mujeres que por su condición social, se someten a prácticas clandestinas".

15. Conclusión: la punición del aborto en primeros estadios del embarazo no es constitucional

En la actual redacción del Código Penal el aborto consentido está autorizado en caso de peligro para la vida de la mujer, en caso de peligro para la salud de la mujer, en caso que el embarazo sea producto de una violación y en caso de atentado al pudor de una mujer idiota o demente⁵⁸, conforme surge de la redacción del artículo⁸⁶, segunda parte⁵⁹.

a) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquico-social de la madre y si el peligro no puede ser evitado por otros medios.

b) Si el embarazo proviene de una violación. Si se tratare de un menor o incapaz, se requerirá el consentimiento de su representante legal.

⁵⁸ La interpretación que el aborto queda impune sólo si se trata de un embarazo de una mujer idiota o demente, además de ser e extremo restrictiva, carece de razones válidas para ser sostenida: no autorizar a una mujer sin trastornos mentales

Sentado ello, el caso que me interesa analizar es la punición establecida por el actual artículo 88 del Código Penal, según el cual: “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare”.

En este sentido, entiendo que esta norma jurídica es inconstitucional por las consideraciones que seguidamente paso a exponer.

En primer lugar, entiendo que este tema de debate debe ser resuelto “conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias”⁶⁰. Cuáles son las pautas constitucionales a tener en cuenta: ¿el feto como tal tiene un derecho a la vida como el de las personas nacidas? ¿El derecho a la privacidad de la mujer debe ceder ante el derecho a la vida del feto, incluso en las primeras etapas del proceso de gestación? ¿Cuál es el rol dentro de un estado de derecho constitucional y democrático del principio de autonomía de la voluntad en relación con la intervención punitiva estatal?

En segundo término, entiendo que en este conflicto de intereses y derechos no resulta trascendente para su dilucidación argumentar que la vida humana comienza con la concepción, toda vez que el feto no puede ser considerado como un sujeto de protección al igual que los individuos que han adquirido cierta capacidad de desarrollo de procesos psicológicos y nerviosos.

En este sentido, es preciso comprender que el feto no es un ente autónomo, por lo menos en los primeros meses, no tiene procesos mentales al no poseer desarrollado su sistema nervioso central, por lo que no puede tener valor como individuo en esa primera etapa de gestación. Al carecer de autonomía su individualidad ella sólo puede provenir de su identidad con un futuro ente autónomo. En consecuencia, un derecho constitucional como el nuestro, que reconoce en su texto principal el principio de autonomía de la voluntad, no debe necesariamente proteger al feto en la primera etapa de su desarrollo.

En este contexto, es central para definir esta cuestión la idea de autonomía, a la cual se la puede describir como la capacidad de cada persona de decidir el plan de vida que desee. “La autonomía es la capacidad que determina que seamos sujetos en vez de objetos, esto es, la capacidad reflexiva de autoevaluarnos, de autodeterminarnos, de ser un instrumento de nosotros mismos y no de otros”⁶¹.

implicaría exigir una conducta heroica y se debería recurrir a argumentos eugenésicos contrarios a la igualdad reconocida por nuestra Carta Magna. Ver la nota de opinión escrita por la Dra. Paola Bergallo en el diario Clarín del día 20/9/2008, <http://www.clarin.com/diario/2008/09/20/opinion/o-01763872.htm>.

59 ARTICULO 86. - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. 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;
2. 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.

60 Voto del juez Blackmun de la Corte Suprema de Estados Unidos en el citado precedente *Roe v. Wade*.

61 Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, página 131, citado en Bouzat, Gabriel, “El principio de la autonomía personal en la teoría constitucional”, en *La autonomía personal*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1992, página 86.

En relación a la autonomía, Carlos Nino enseña que “El reconocimiento [de la autonomía] debe comprender el carácter irrestricto del valor de la libre elección de ideales personales y planes de vida, lo que implica la adopción del principio de daño, según el cual una acción no puede ser interferida por el Estado o por otros individuos si no causa daño a terceros. También la Constitución debe reconocer el valor de la individualidad, que no está sujeta a grados ni, por supuesto, a ninguna propiedad empírica (raza, nacionalidad, sexo) o valorativa (religión, ideología) que no fundamente la identidad con seres humanos y que implica que no hay razón para restringir la autonomía de un individuo en beneficio de una mayor autonomía de otro individuo”⁶².

Una de las maneras y formas de proteger y garantizar a la autonomía individual es por medio del derecho a la privacidad. Si bien nuestra Constitución Nacional no establece de manera expresa tal derecho como tal, de la lectura del artículo 19 de la Carta Magna se puede inferir claramente su reconocimiento al consagrar 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 sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

La traducción de este bello precepto es que el plan de vida de cada persona es central para la vida en sociedad y bajo el paraguas del estado de derecho. Además, prescribe que solamente el poder punitivo del Estado puede interferir con dicho plan de vida cuando se perjudique a terceros y que sus acciones atenten contra la moral pública.

El Estado al no permitir que una mujer pueda decidir libremente, previa información seria, especializada e interdisciplinaria sobre el tema, si desea o no continuar con el embarazo genera un perjuicio contra la mujer que lesiona arteramente su plan de vida, toda vez que modifica drásticamente su decisión y las consecuencias que ello acarrearán en el futuro, impone por omisión un ideal de bien.

Sin embargo, conforme resolviera la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Roe* “el derecho a la privacidad del individuo incluye la decisión sobre el aborto, pero este derecho no es absoluto y debe ser considerado junto con importantes intereses del Estado en su reglamentación”.

A ello hay que agregarle que el Estado democrático y liberal no debe adoptar valoraciones o criterios de virtud personal, propias de una moral personal o autoreferente, para legitimarlas y emprender una cruzada en su imposición al resto de la sociedad por los medios coercitivos de que dispone (llámense leyes o los diversos medios legales y reglamentarios a su disposición). Aquí la idea de neutralidad valorativa por parte del aparato estatal se impone de modo de asegurar la libertad de decisión a los individuos.

Estas ideas (autonomía personal, neutralidad, privacidad) permiten garantizar a las personas que puedan decidir libremente sobre el curso a seguir en la vida de cada uno de ellos. Los que el Estado, y en esto me quiero referir a sus tres poderes, no debe realizar es adoptar ideales de

⁶² Nino, Carlos, “Las bases morales de la autonomía personal”, en *La autonomía personal*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1992, página 79.

excelencia humana como una política determinada. Esta lamentable particularidad es fácilmente advertible en nuestro país en el que decisiones judiciales en temas difíciles como las comentadas más arriba o resoluciones ministeriales o, incluso, leyes mismas, se terminan resolviendo y fundamentando en base a principios religiosos de la religión mayoritaria de este país y no a razones de índole constitucional.

Es lamentable que nuestra Corte Suprema resolviera cuestiones vinculadas al aborto aplicando dogmas religiosos y no razones constitucionales. Establecer que el derecho a la vida del feto comienza con la concepción es cerrar la discusión sobre el tema y cercenar arbitrariamente principios y derechos tan o más trascendentes que también se encuentran contenidos en la Constitución, como la autonomía personal y la privacidad.

Por suerte, inexorablemente tal cuadro de situación tiende a modificarse y adaptarse a lo que ocurre en la mayoría de los países del mundo occidental, aunque la historia de nuestro país nos ha demostrado que los cambios sociales se producen muy lentamente y previo a discusiones eternas, la mayoría de ellas carentes de sentido constitucional y razonabilidad. En tal sentido, el proyecto de Anteproyecto de reforma al Código Penal reconocía y garantizaba en su redacción la autonomía de la voluntad, el derecho a la privacidad de la mujer, no considerar al feto como un sujeto que merece igual consideración y protección constitucional que los individuos y la no intervención punitiva del Estado en aquellos casos de abortos consentidos en los tres primeros meses de gestación.

En consecuencia, tal como se encuentra planteada la discusión del aborto en nuestro país, entiendo que la solución más plausible va a ser muy difícil de alcanzar sino se dejan de lado prejuicios y preconceptos de tinte religioso y/o místicos, toda vez que recurrentemente la misma se plantea de manera polarizante: se está a favor o en contra del aborto, sin la posibilidad de posturas que acepten posturas intermedias y que permitan debatir los principios constitucionales que se encuentran en juego, lo cual, a su vez, impide razonar el asunto y discutirlo seriamente.

En primer lugar, y tal como lo planteara el profesor Dworkin, sostener que el feto es una persona con derechos e intereses propios de acuerdo a lo postulado por los movimientos `pro-vida´ la Corte Suprema de nuestro país a comienzos de esta década y la Iglesia Católica Argentina dificulta mucho el debate y generan más confusiones que certezas que impide reflexionar sobre todos los aspectos que rodean esta compleja situación filosófica, legal, social y personal.

Por su parte, y contrariamente a lo que se cree, es dable poner de resalto que las posturas conservadoras más tolerantes en el mundo no niegan la autorización a los abortos denominados ético (embarazo por incesto o violación), eugenésico (severa malformación del feto) o terapéutico (preservar la vida de la madre), ya que consideran que los intereses o bienes en pugna resultan trascendentales para inclinarse por una solución más abierta y contemplativa del conjunto en que se desarrollan los hechos, de por sí, generalmente, traumáticos.

En definitiva, y puntualizando el objetivo de esta presentación, considero que las diversas teorías sobre el inicio de la vida no dan una respuesta plausible a la cuestión del aborto, sino

que, por el contrario, sus defensores las utilizan de manera dogmática a los fines de justificar su oposición a la despenalización del aborto, lo cual constituye una severa restricción a la discusión de los conceptos, derechos e intereses en pugna e implicaría establecer un régimen de sanciones por demás alejado de la realidad y de la verdadera discusión.

La punición del aborto en los primeros estadios del embarazo es inconstitucional toda vez que la protección de la viabilidad del feto no tiene prevalencia constitucional por sobre los derechos constitucionales en pugna en relación al individuo: autonomía personal y privacidad.

En este orden, los Estados nacionales y provinciales que establezcan legislaciones penales que sancionen la práctica de un aborto voluntario, como la Argentina, incurren en prácticas que contravienen los preceptos constitucionales básicos contenidos en nuestra carta magna, como los señalados, además de adoptar pautas valorativas personales o autorreferentes que deslegitiman su intervención, toda vez que violan la neutralidad que deben adoptar sobre esta cuestión.

Esta imposición de una moral personal (y, básicamente, tributaria del pensamiento de la Iglesia Católica Argentina) no se corresponde con el sentir de la sociedad de nuestro país. De la Primera Encuesta sobre Creencias y Actitudes Religiosas en Argentina, realizado por cuatro universidades nacionales, los datos recogidos revelan que el sesenta y cuatro por ciento de los encuestados (y casi el 70 por ciento de los católicos entrevistado) cree que el aborto debe estar permitido en algunas circunstancias, como cuando está en peligro la salud o la vida de la mujer, cuando el embarazo es producto de una violación (a cualquier mujer y no solo a aquella que sufre una discapacidad mental), o si el feto tiene una malformación. A esta cifra hay que sumar que el catorce por ciento considera que siempre una mujer tiene derecho a interrumpir su embarazo⁶³.

Claramente estos datos nos permiten afirmar que la mayoría de los argentinos rechaza la moral sexual (autoreferente) que prescribe la Iglesia Católica. La moral pública argentina no se encuentra reflejada en la actual redacción del artículo 88 del Código Penal. Las discusiones jurídicas en torno a los casos de impunidad del artículo 86, segunda parte, deberían dejar de lado las consideraciones personales y, en lugar de ello, reconstruir el valor de la tolerancia para debatir razones y derechos constitucionales que se encuentran en conflicto para evitar que continúen publicándose las insensatas decisiones judiciales que se han conocido en estos últimos años en las que no se autoriza el aborto aun en los casos en que la ley penal expresamente los declara impunes.

El rol del Estado debería ser el de reconocer y garantizar estos derechos y asegurar, por medio de equipos especializados, la información previa a la toma de decisiones por parte de la mujer, respetando, en definitiva, su plan de vida. Desde ya que el Estado puede realizar campañas de información sobre este tema, lo que le estaría vedado es imponer una determinada conducta o

63 El equipo de investigación que efectuó la encuesta fue dirigido por Fortunato Mallimaci desde el Área Sociedad, Cultura y Religión, del Ceil-Piette del Conicet. El relevamiento realizado entre 2403 personas mayores de 18 años a nivel nacional, encontró que el 76 por ciento de la población del país se define como católico, el 9 por ciento como evangélico y un 11,3 por ciento manifiesta ser ateo, agnóstico o no tener ninguna religión: el resto se divide entre el 1,2 por ciento de Testigos de Jehová, el 0,9 por ciento, mormones y el 1,2 por ciento, otras religiones.

sancionar determinados actos. La obligación del Estado no es evitar que los abortos se produzcan (de hecho, los datos recientes afirman que la cantidad de abortos ha aumentado año a año como también el número pérdidas de vida de mujeres que se someten a esta práctica en precarias condiciones de salubridad), sino respetar la decisión de la mujer y asegurar que la misma se materialice en los hechos con todas las garantías.

Colegio de Abogados de la ciudad de Neuquén

**“Especialización en Derecho Penal
y Ciencias Penales”**

Trabajo Final - Tesis

Alumno: Diego Simonelli