

EL ABORTO Y LA SALUD

*Disertación pronunciada el 13 de junio de 2017
en la Academia Nacional de Medicina, con el auspicio de la
misma y de la Academia Nacional de Ciencias Morales
y Políticas, en la reunión conjunta convocada para debatir
el tema “Aborto, problema de salud”.*

EL ABORTO Y LA SALUD

(enfoque constitucional)

Por el académico DR. ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

El Consejo Directivo de la Facultad de Medicina de la Universidad de Rosario resolvió incorporar a la currícula de la carrera de medicina una materia optativa que se comenzaría a cursar después del receso de invierno.

Está claro que la iniciativa no se inspira en el deseo de preservar la vida y la salud de los niños no nacidos sino en el supuesto derecho a eliminarlos cuando se configuren determinadas circunstancias.

Con motivo de dicho proyecto todavía no implementado, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 19 de mayo ppdo., expidió una declaración pública en la que solicitó no llevar adelante la propuesta hasta tanto se garantice la estricta observancia del marco constitucional que se encuentra vigente.

En abono de tan justificado como prudente requerimiento académico, es oportuno recordar, en primer término, que según el criterio dominante en la doctrina, el derecho a la vida desde la concepción se encuentra comprendido como implícito en la cláusula residual del art. 33 de la Constitución Nacional de

1853/1860. Además, a partir de la reforma de 1994, son numerosas las normas de jerarquía constitucional que lo consagran.

A los fines de esta comunicación vamos a recordar, en síntesis:

1°) Que el Congreso de la Nación, al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño, declaró que el art. 1° de ese instrumento internacional “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano *desde el momento de su concepción* y hasta los 18 años de edad”. De esta forma, al acordarle a la Convención jerarquía constitucional, el Congreso fijó “las condiciones de su vigencia”, a las que alude el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. De esta forma quedó conformado un bloque indivisible. Si en el futuro jueces, funcionarios o legisladores pretendieran incumplir cualquier artículo de la Convención, el mismo artículo 75 inciso 22 de la Constitución dispone que antes el Poder Ejecutivo Nacional podrá denunciarla, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Sin la observancia de estos recaudos los poderes constituidos deberán limitarse a cumplir todas las normas de la Convención.

2°) Que el artículo 3 de dicha Convención textualmente expresa:

1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, *los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.
2. “Los Estados Partes se comprometen a *asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...*”

3°) Que el art. 6 de la misma Convención declara:

1. “Los Estados Partes reconocen que *todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.*”
2. Los Estados Partes garantizarán *en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*”

4°) Que el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional atribuye al Congreso la facultad de “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños ...*”

Las normas citadas se encuentran complementadas por otras también de nivel constitucional como las incorporadas a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art.4.1) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4). Todas ellas enmarcan con contornos nítidos las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 75 inc. 23 de la Constitución con relación a los derechos a la vida y a la salud de la persona por nacer.

A partir de tales normas, queda constitucionalmente desautorizada la pretensión de considerar a la persona antes de su nacimiento como *pars viscerum matris*, es decir, como una simple víscera u órgano de la madre, equiparable a los riñones, el estómago o la vesícula. Así como estas partes del cuerpo humano no son sujetos de derecho, tampoco lo sería la persona humana en la etapa más temprana de su vida si fuera sólo una parte del organismo materno.

Porque, en definitiva, como acertadamente lo sostenía el jusfilósofo Abelardo Rossi, el núcleo del problema radica en determinar si el embrión o feto en el seno materno, e incluso el concebido en forma extracorpórea, es o no persona humana.¹

La respuesta afirmativa ya la había dado el Código Civil de 1871. Pero ahora la dan en forma explícita las normas que hemos citado, todas de jerarquía constitucional.

Debemos agregar que la ley nacional 26.061, reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño, ratificó y amplió los derechos conferidos en la misma, otorgando prioridad al “*interés superior del niño*” cuando entre en colisión con el de cualquier adulto. Además, ese cuerpo legal advierte que todos deberán reconocer en cada niño la “condición de sujeto de derecho” y el consecuente “derecho a la vida”.

A la luz de los criterios fijados en las normas citadas, no puede controvertirse hoy, en términos jurídicos, que el derecho a la vida y a la salud se extiende desde la concepción hasta la muerte natural. Cualquier discriminación que se intente, fundada en la edad o el sexo de la persona, resultará violatoria de dichas disposiciones de jerarquía constitucional y de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Ley Fundamental. Las normas de cualquier nivel que se sancionen por el Congreso, las legislaturas y los consejos municipales, y que contengan protocolos que autoricen la muerte provocada de *modo directo* de un niño no nacido, o cualquier acción que también de modo directo vulnere su salud, carecen de validez constitucional, resultando irrelevante que los afectados tengan una semana o tres meses de gestación, un año u ochenta años de vida. Todos tienen el mismo derecho a la vida y a la preservación de su salud.

La Convención sobre Derechos del Niño y demás tratados de derechos humanos citados en esta disertación que, por imperio de lo dispuesto en el nuevo art. 75 inciso 22 de nuestra Ley Fundamental, han adquirido jerarquía constitucional y derogaron

¹ Abelardo F. Rossi: “Sobre el aborto”, en EL DERECHO, n° 9592, 23 de septiembre de 1998, pág. 1.

tácitamente las excusas absolutorias del art.86 del Código Penal. Ello así porque es un principio elemental de la Lógica Jurídica que no pueden ser simultáneamente válidas dos normas contradictorias referidas a la misma conducta. En tales casos predomina la norma de mayor jerarquía o, si son iguales, subsiste la última. En consecuencia, no puede continuar vigente una norma que permite provocar de modo directo la muerte de un ser humano inocente, a partir de la sanción de otras que declaran de modo explícito el derecho intrínseco a la vida, a la supervivencia y al desarrollo de todo niño concebido. Son por ello claramente inconstitucionales los ordenamientos y protocolos que prescindan de la Convención sobre Derechos del Niño y demás tratados mencionados en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. No es posible someter a una persona por nacer a un *trato* que no se admite para un lactante, un joven o un adulto. No es constitucionalmente admisible acordar un valor *menor* a la vida o a la salud de un niño aún no nacido, así sea de muy corta edad, que a la vida o la salud de un recién nacido, un joven, un adulto o un anciano. Si no aceptamos esta antropología filosófica y jurídica, nos deslizaremos hacia nuevas formas de discriminación. Equivale a sostener un nuevo “racismo”, con sectores superiores y otros inferiores, a imagen y semejanza de las aberraciones ejecutadas en Alemania por el régimen nacional socialista.

A la luz de las normas federales que sintéticamente dejo expuestas, es evidente que carece de sentido encarar el estudio del aborto exclusivamente desde la perspectiva de la salud de la madre. Todos los protagonistas, titulares de una dignidad inalienable, deben ser examinados desde el ángulo de la protección de la vida y de la salud tanto del niño como de la madre, sin discriminaciones que son jurídicamente inadmisibles atento la igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional.

No configura, a nuestro juicio, una objeción válida a lo que dejamos expuesto la doctrina del fallo dictado el 13 de marzo de 2012, por la Corte Suprema de la Nación, en la causa F.A.L.

Porque la sentencia puso en evidencia el grave error hermenéutico en el que incurrió el alto tribunal al resolver

apartarse del texto expreso de las normas de jerarquía constitucional que he mencionado en esta exposición y de los precedentes de la propia Corte Suprema.²

La controversia judicial se planteó cuando la madre de una menor embarazada, se presentó ante el juzgado en lo civil en turno de Comodoro Rivadavia, solicitando autorización para que se le practicara a su hija un aborto. Fundó su petición en una interpretación extensiva de la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2° del Código Penal cuyo texto declara no punible el aborto cuando el embarazo provenga “de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”.

La magistrada de 1ª instancia denegó la petición y amparó con su decisión la vida inocente del niño en gestación, adoptando medidas tendientes a proteger al menor y a su madre. El fallo fue confirmado por la Cámara en lo Civil del distrito.

Recurrida la sentencia, el Superior Tribunal de Chubut se expidió el 8 de marzo de 2010 revocando la decisión de la Cámara y autorizando que se practicara el aborto a pesar de que la gestación se encontraba en el quinto mes.

La Defensoría Oficial, en representación del niño por nacer, interpuso recurso extraordinario contra dicho fallo. Sin embargo, el aborto se ejecutó el 13 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil de Trelew, sin que el pronunciamiento judicial estuviera firme, y a pesar del efecto suspensivo de la apelación federal.

Mucho después, el 4 de junio de 2010, el Superior Tribunal concedió el recurso extraordinario interpuesto por la Defensa Oficial y elevó las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia.

La Procuración General de la Nación, al expedirse el 11 de abril de 2011, expresó en su dictamen que al haberse consumado el aborto que se intentó evitar con el recurso extraordinario, resultaba “de aplicación la doctrina de la Corte según la cual, para

² Cfme: Alberto Rodríguez Varela: “Un grave error hermenéutico”, comunicación en la sesión privada de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales del 22 de noviembre de 2012, publicada en ANALES de dicha Academia, año LVII, número 50, 2012, pág. 339.

el ejercicio de la jurisdicción, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta”. En tales condiciones, y con cita de abundante jurisprudencia, la Procuración General sostuvo que resultaba “inoficioso un pronunciamiento del tribunal en el caso” y que, por ello, debía declararse improcedente el recurso extraordinario.

Empero, la mayoría de la Corte Suprema, en su sentencia del 13 de marzo de 2012, se abocó a la cuestión de fondo a pesar de que no había nadie con personería válida para sostener el recurso. El tribunal prescindió del dictamen de la Procuración General de la Nación y resolvió una cuestión abstracta que le estaba vedada porque el recurrente (el niño por nacer) había sido privado del elemental derecho a la vida en el que su representante fundó la apelación extraordinaria. La Corte no podía ni debía emitir pronunciamiento alguno en este expediente y lo hizo incurriendo en un grave error hermenéutico con base en una exégesis que contradice la “interpretación auténtica” volcada en el informe de la Comisión de Códigos del Senado ³, expedido el 26 de septiembre de 1919, y aprobado por ambas cámaras, cuyo texto circunscribe la excusa absoluta del art. 86 inc. 2º del Código Penal al denominado aborto “eugenésico”, pero de ninguna manera extendió la impunidad a todo tipo de violación, como lo hizo el alto tribunal en su sentencia. Al asumir la Corte Suprema funciones legislativas, vulneró arbitrariamente normas de jerarquía constitucional, el principio de la división de poderes y, por ende, la forma republicana de gobierno.

Los límites de esta comunicación impiden reseñar todas las transgresiones procesales, penales y constitucionales que descalifican el fallo del Tribunal. La decisión tiene una gravedad inusitada porque al pretender asumir el rol no de una corte de justicia sino de un supremo legislador que sanciona normas

³ El texto completo del informe del Senado se encuentra transcrito en la Edición Oficial del Código Penal Argentino. Ley 11.719, Buenos Aires, 1922. En las páginas 268/269 pueden leerse los fundamentos racistas volcados por la Comisión de Códigos del Senado, sostenidos en nombre de una visión eugenésica que no tardó en mostrar sus consecuencias más amargas en la Alemania nacionalsocialista. Ver: “La persona antes de nacer”, edición actualizada, Editorial Ágape, Bs.As. 2014, 274/286

generales de observancia obligatoria en todos los ámbitos: nacional, provincial y municipal, virtualmente despenalizó el aborto provocado, alzándose de esta forma contra toda la normativa que ampara la vida inocente. Por esa vía, condenó a muerte, en los tiempos venideros, a innumerables niños no nacidos, pretendiendo, al mismo tiempo, aunque resulte una verdadera contradicción, erigirse en “garante supremo de los derechos humanos”. Señalemos, sin embargo, como lo hicieron los tribunales de Córdoba, que la sentencia sólo obliga a quienes fueron partes en el juicio. En el caso, sólo el niño abortado, privado de su derecho a vivir y nacer por una ilícita decisión de los jueces del Superior Tribunal de Chubut. A diferencia del régimen existente en los E.E.U.U. de América, la sentencia de la Corte Suprema no tiene la fuerza de una ley sancionada por el Congreso.

Otro tema que ha resultado magullado por la sentencia es el derecho constitucional a la objeción de conciencia. La Academia Nacional de Medicina, en su declaración del 28 de septiembre de 2000, ratificó su rechazo “a todo método que interrumpa el embarazo” y reclamó que no se niegue a los médicos “la libertad de actuar según el criterio de su conciencia ante situaciones que consideren reñidas con la ética”. Contrariando esta alta opinión médica, e incluso su propia jurisprudencia, la Corte Suprema retaceó en su sentencia la objeción de conciencia, imponiéndole, sin tener atribuciones, límites temporales inadmisibles. Bernard Nathanson relata en su libro autobiográfico⁴ que después haber practicado de modo directo o bajo su dirección 75.000 abortos, súbitamente tomó conciencia de que había estado matando niños cuando vio la filmación de una ecografía en la que el bebe hacía movimientos contorsivos y desesperados para evitar que le provocaran su muerte. A partir de tan evidente comprobación, cesó en su práctica criminal y se transformó hasta su muerte en uno de los líderes americanos de la corriente “pro life”. Es absurdo sujetar la objeción de conciencia a inscripciones en registros o a la vigencia de protocolos abortivos y no a los mandatos, que pueden ser súbitos, de la propia conciencia.

⁴ Bernard Nathanson: “La mano de Dios”, Ediciones Palabra S.A., Madrid, 2011.

El derecho a la objeción de conciencia –que obviamente asiste a los profesionales médicos y también a las autoridades de los establecimientos a los que se pretenda obligar a ejecutar abortos– deriva de los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales que amparan la libertad de conciencia. Me refiero concretamente a los arts. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todos estos instrumentos tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22. C.N.)

Como lo explica claramente el Académico Siro M. A. De Martini,⁵ “nadie puede matar a un ser humano inocente e indefenso. Nadie puede, por tanto, ordenar o exigir que otra persona mate a un ser humano inocente e indefenso. En consecuencia, cualquier orden, norma, exigencia, sugerencia que alguien haga en ese sentido, es ilícita”. Agrega el mismo autor que, “afortunadamente, en una república no existe ningún organismo que sea omnipotente. Menos aún, en una república federal. Por eso la Corte Suprema de Justicia, aún siendo el tribunal más alto del país, y más allá del innecesario lenguaje que utiliza, no puede ordenar a los responsables de la salud pública, ni a los médicos, lo que deben hacer si se presenta en un hospital una mujer embarazada reclamando un aborto”

Además –puntualiza Siro De Martini–, la cuestión concierne a la libertad de conciencia que nadie tiene derecho a avasallar, ni siquiera la Corte Suprema. Porque, el derecho a la “objeción de conciencia”, tiene su fundamento en normas de incuestionable jerarquía constitucional y cuenta con una clara y efectiva vigencia en el orden jurídico argentino, y su misión es garantizar “una forma calificada de reconocer la dignidad de la persona humana y su conciencia, como ámbito sagrado de toma de decisiones”.⁶ En definitiva, la ley natural y el régimen jurídico argentino amparan la

⁵ Siro M. A. De Martini: “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en el libro titulado “El médico frente al aborto”, 1ª. Ed., Buenos Aires, Educa 2012 (hay edición digital)

⁶ Jorge Nicolás Lafferriere: “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en el libro titulado “El médico frente al aborto”, 1ª. Ed., Buenos Aires, Educa 2012 (hay edición digital)

negativa del médico y de sus asistentes a provocar la muerte de un niño inocente.

Señoras y señores:

Solzhenitsyn ha dicho, en uno de sus célebres discursos, que una de las mayores sorpresas del siglo veinte ha sido la expansión impresionante del materialismo y el relativismo moral en pueblos de añeja tradición espiritualista. Vivimos bajo el signo de una creciente anomia y de un inmanentismo escéptico, negador de los principios éticos que dieron sustento a normas positivas todavía teóricamente vigentes en países como la Argentina. Esas tendencias regresivas mueven a funcionarios, legisladores y jueces, y a los pueblos en general, a prescindir de valores que hasta hace pocas décadas parecían incontrovertibles. Quiera Dios que en un futuro no lejano, y antes de que sea demasiado tarde, sepamos revertir esas corrientes que nos empujan a una creciente decadencia, y podamos vislumbrar así en el horizonte el resurgimiento de fuerzas espirituales que reivindiquen y proclamen la supremacía de los valores morales y la intangibilidad de la vida inocente.