

## *El poder del Estado sobre los cuerpos\**

### Perspectivas bioéticas y jurídicas acerca del aborto

Por Franco Gatti

#### 1. Introducción y advertencias metodológicas

El presente trabajo abordará el contexto jurídico actual del aborto y la experimentación con embriones en el Estado argentino. Inicialmente, debe decirse que no existen en la legislación nacional marcos regulatorios específicos sobre protección de embriones, aunque se han elaborado algunos proyectos que intentan asumir ese desafío. En relación con los posibles conflictos entre la protección de embriones, la autonomía de las mujeres y la promoción de la investigación científica, esta breve investigación se detendrá en las normas jurídicas que determinan el comienzo de la persona humana, aquellas de naturaleza penal que se pronuncian acerca del aborto y, por último, en un conjunto de leyes, decretos y resoluciones emitidas bajo la órbita del paradigma de la protección y promoción integral de los derechos de las mujeres y de la lucha contra la violencia de género.

En términos metodológicos, y con el propósito de enriquecer la narrativa de este ensayo, se recorrerán algunas posiciones teóricas –desde la bioética y desde la disciplina jurídica– referidas a la problemática del aborto, el estatus del feto y que contribuirán a analizar las tensiones entorno a la protección de los embriones.

Simultáneamente a la presentación de las diversas perspectivas, se hará referencia a la normativa argentina, finalizando la exposición con una síntesis de los proyectos legislativos y una toma de posición por parte del autor.

#### 2. El escenario jurídico del aborto en Argentina

En relación con el aborto, una de las posibilidades para enfrentar la solución al problema depende de la determinación del tipo de entidad que es el ser humano desde el momento de su concepción<sup>1</sup>. Consecuentemente, si el feto es considerado semejante a una persona en todos los aspectos moralmente relevantes, entonces el aborto es equivalente a un homicidio. En cambio, si el feto no es más que un organismo, un conjunto de células, y la mujer tiene un derecho absoluto a decidir sobre su propio cuerpo, abortarlo no plantea cuestiones morales serias<sup>2</sup>. Cuando se pone el acento en el tipo de entidad que es el feto, la discusión no se limita necesariamente a su desarrollo biológico, más bien se plantea el tema de su estatus moral, de si pertenece a la comunidad de las personas, es decir, de si posee las características necesarias para ser considerado una persona y, por ende, para que se le atribuyan ciertos derechos básicos, entre los cuales se cuenta el derecho a la vida.

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación: principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

<sup>2</sup> Tribe, Laurence, *Abortion: The clash of absolutes*, Nueva York, W.W. Norton, 1992.



La discusión en este sentido se ha polarizado, contraponiendo la tradición conservadora a la liberal. Para la primera, el momento de la concepción determina la diferencia entre lo humano y lo no humano en sentido no sólo biológico sino también moral. Para quienes defienden esta postura, la condición necesaria para que una entidad sea considerada humana en sentido pleno es puramente biológica<sup>3</sup>. En el momento de la concepción, dos seres humanos transmiten un código genético humano a otro ser y, en consecuencia, se considera al cigoto como un ser humano individual con derecho a la vida. En este sentido parece expresarse el Código Civil y Comercial argentino (2015), estableciendo en su art. 19 “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, que continúa con la tradición del primer Código Civil (1871-2015), que en su art. 70 disponía que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”.

Sin embargo, aún enmarcados en la línea argumental descrita previamente, están quienes aceptan al aborto cuando existe riesgo a la vida de la mujer. Tanto John Noonan como Schwarz consideran que la terminación provocada de un embarazo es justificable en casos de autodefensa. Apelando al principio de doble efecto, Schwarz afirma que en este caso no se trata propiamente de un aborto, puesto que la intención no es matar al feto sino salvar a la madre<sup>4</sup>. Aunque son una minoría, algunos conservadores conceden también la posibilidad de justificar al aborto cuando el embarazo es producto de la violación o el incesto. Esta perspectiva está contemplada en el Código Penal argentino (1921), en razón de que su art. 85 criminaliza al aborto (discriminando el monto de las penas de acuerdo a si fue realizado con o sin consentimiento de la mujer) e incluye, en su art. 86, dos supuestos de no punibilidad: a) 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; b) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

La interpretación de las disposiciones penales sobre el aborto, necesariamente deben complementarse con las definiciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina la sentencia “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”. Allí, el máximo tribunal del país estableció que quien se encuentre en las condiciones descritas en el art. 86, inc. 2 del Cód. Penal “no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible”<sup>5</sup>. De esta forma, en la Argentina toda mujer, niña, adolescente y, en general, toda persona con capacidad de gestar, tiene derecho a solicitar una interrupción legal del embarazo que cursa según los mismos estándares de calidad que el resto de los servicios de salud, cuando se verifican los supuestos de excepción del Código Penal. Además, concluyó que es el Estado, como garante de la administración de la salud de la población argentina, el

---

<sup>3</sup> Noonan, John, *The morality of abortion: Legal and historical perspectives*, Cambridge, Harvard University Press, 1970; y Schwarz, Stephen, *The moral question of abortion*, Chicago, Loyola University Press, 1990.

<sup>4</sup> Davis, Nancy, *Aborto y defensa propia*, en Margarita Valdés, “Controversias sobre el aborto”, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 121 a 158.

<sup>5</sup> CSJN, 13/3/12, “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”, *Fallos*, 335:197.

que tiene la obligación “de poner a disposición de quien solicite la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama”<sup>6</sup>.

En relación con el abordaje de las causales de aborto no punible, es preciso subrayar la vigencia del Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo (ILE)<sup>7</sup>, que incorpora las recomendaciones internacionales acerca de los procedimientos para la interrupción legal del embarazo y refuerza la importancia del acceso rápido a la atención integral, reforzando la necesidad de resolución en el primer nivel de atención y en los tratamientos con medicamentos. En ese sentido, dispone que la realización de ILE debe guiarse fundamentalmente por el principio de autonomía que es un principio de la bioética y también jurídico. Todas las actitudes y prácticas de los profesionales de la salud deben estar destinadas a que, en base a la información veraz, adecuada y completa que se le brinde, la mujer pueda tomar la mejor decisión posible para ella. Por esto, es deber de los profesionales de la salud proveer la información necesaria para que pueda entender el proceso que está viviendo y formular todas las preguntas que crea necesarias. Sumado al deber de ofrecer esta información con transparencia activa.

Debe respetarse el derecho de la persona de decidir sobre las cuestiones relacionadas con su cuerpo, su salud y su vida. Los profesionales de la salud tienen la función pública y el rol ético de cuidar la salud de las personas sin decidir por ellas ni divulgar la decisión ni las condiciones personales. Esto último es la base del secreto médico que es al mismo tiempo el derecho a la confidencialidad de las personas que solicitan atención a su salud. Otros principios que guían la atención de ILE son los de accesibilidad, no judicialización, confidencialidad, privacidad, celeridad/rapidez y transparencia activa. Estos principios deben garantizarse para todas las personas (con y sin discapacidad). Se deben contemplar las adaptaciones a realizar según las necesidades funcionales, comunicacionales y de asistencia para la toma de decisiones que requieran todos los usuarios de los servicios, especialmente si se trata de personas con discapacidad (PCD).

Frente a la postura que consideramos “conservadora” se ha desarrollado otra, representada por pensadores como Michael Tooley y Mary Anne Warren, que considera que el embrión y el feto carecen de estatus moral precisamente porque no poseen las características necesarias que definen a una persona. En este caso, no se cuestiona la humanidad biológica del feto sino que se rechaza la identificación de lo biológico con lo moral. Considérese, por ejemplo, la postura de Tooley<sup>8</sup>, quien argumenta que para que un ser determinado posea el derecho a la vida, éste debe poder autoconcebirse como un sujeto de experiencias continuas: “la propiedad no potencial que hace que un individuo sea una persona, es decir, que hace que la destrucción de

---

<sup>6</sup> CSJN, 13/3/12, “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”, *Fallos*, 335:197, considerando 25.

<sup>7</sup> Ministerio de Salud de la Nación Argentina, resolución 1/2019.

<sup>8</sup> Tooley, Michael, *Abortion and infanticide*, Nueva York, Oxford University Press, 1983, p. 300.

algo sea intrínsecamente incorrecta y seriamente incorrecta es la propiedad de ser un sujeto perdurable de intereses no momentáneos”<sup>9</sup>. En este sendero se inscriben algunos proyectos de interrupción legal del embarazo, entre ellos, el discutido por el Congreso de la Nación argentina durante el año 2018, que dispone en su art. 1, “toda mujer u otras identidades con capacidad de gestar tienen derecho a decidir voluntariamente y acceder a la interrupción de su embarazo hasta las catorce semanas, inclusive, del proceso gestacional”.

Sin embargo, no todos acuerdan con esta perspectiva, están quienes han defendido posturas donde la cuestión del estatus del feto pierde centralidad. Aún más, consideran que la determinación del estatus moral del feto es, en cierta medida, irrelevante para evaluar la moralidad o inmoralidad del aborto.

Considérese, por ejemplo, el ya clásico artículo de Judith Jarvis Thomson “Una defensa del aborto”. Allí se argumenta que la suposición de que el feto es una persona y que, como tal, tiene derecho a la vida no nos permite concluir que la mujer embarazada tiene siempre la obligación de llevar el embarazo a término.

Para Thomson, el tema central gira alrededor de la noción de consentimiento, de los derechos a la integridad física y corporal, y del derecho a la vida. Respecto a este último, asegura que no ha sido demasiado útil en la discusión, fundamentalmente porque se lo interpreta de la manera incorrecta, “tener derecho a la vida no garantiza que uno tenga derecho a usar el cuerpo de otra persona, o a que se le permita continuar usándolo, aunque uno lo necesite para la vida misma”<sup>10</sup>. En efecto, de conformidad con la autora, algunos abortos pueden constituir la destrucción injusta del feto, pero muchos otros no, puesto que aun si el feto tiene derecho a la vida y necesita de la mujer para sobrevivir, su derecho no incluye el de utilizar el cuerpo de la mujer sin su consentimiento.

En este último sentido, pueden inscribirse las normas jurídicas que, a través de la perspectiva de género, procuran poner el acento en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Por ejemplo, la ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (26.485), cuyos objetivos son promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos (art. 2).

Asimismo, en su art. 3, apartado e, establece que el derecho a decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

<sup>9</sup> Tooley, *Abortion and infanticide*, p. 303.

<sup>10</sup> Thomson, Judith J., *A defense of abortion*, “Philosophy & Public Affairs”, vol. 1, n° 1, 1971, p. 69 a 80.

### **3. Protección de embriones y promoción de la investigación científica**

Tal como se advirtió, en el Estado argentino no existe legislación específica sobre la protección de los embriones. No obstante, pueden referenciarse ciertas normas vinculadas a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)<sup>11</sup>.

Así, la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (2013) determina que “se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (art. 2). La cobertura de la ley (dirigida al sector público de salud y a las obras sociales) incluye: la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las TRHA, y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. También quedan comprendidos en la cobertura prevista, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación.

Si bien, como se anticipó, el Código Civil y Comercial ubica al comienzo de la existencia de la persona humana en el momento de la concepción, al sancionarse dicho texto se impuso una obligación que hasta el momento el Poder Legislativo no ha cumplido: sancionar una ley que tenga por objeto establecer la protección del embrión no implantado. En virtud de ello, desde el año 2014 hasta la fecha se han presentado en el Congreso diferentes proyectos que han perdido estado parlamentario<sup>12</sup>. El problema se acrecienta, en razón de que, a mayor desarrollo y avance de las TRHA, se eleva el caudal de embriones sobrantes que, por diferentes motivos, son criopreservados durante varios años sin resolverse sobre su destino con los consecuentes conflictos socio-jurídicos que se deriva de ello. Este vacío legal es problemático no solo, y especialmente respecto de sus titulares, sino también respecto de las clínicas o centros especializados que, al carecer de marco, en muchos casos obstaculizan derechos.

Entre los fundamentos del proyecto de ley mencionada, se subraya que la no personalidad jurídica del embrión *in vitro* es reconocida en numerosos ordenamientos normativos del derecho comparado que resaltan la trascendencia del nacimiento con vida como punto de inflexión del proceso de gestación y lo consideran como el comienzo de la personalidad en sentido jurídico, es decir, de la titularidad de derechos y obligaciones. Ello sin perjuicio de que se reconozcan y protejan retroactivamente durante el período de gestación derechos sucesorios, de manutención o vinculados a la salud en los casos que corresponda<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Esta es la terminología adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que hace mención a las TRHA al momento de regular la filiación (art. 558 y 560 a 564).

<sup>12</sup> Entre dichos proyectos pueden mencionarse los siguientes: 1320-S-2016; 0007-D-2016; 3639-S-2014; 8210-D-2014; 8147-D-2014 y 4058-D-2014.

<sup>13</sup> Por ejemplo: Código Civil de Brasil (art. 2); Código Civil de Bolivia (art. 1); Código Civil de Chile (art. 74); Código Civil de Colombia (art. 90); Código Civil de Costa Rica (art. 31); Código Civil de Cuba (art. 24); Código Civil de Ecuador (art. 60); Código Civil de Guatemala (art. 1); Código Civil de Honduras (art. 51); Código Civil Federal de México (art. 22); Código Civil de Perú (art. 1); Código Civil de El

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha efectuado una contribución importante en este tema, a través del caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (2012)<sup>14</sup>. Allí, estableció de manera clara que el embrión in vitro no puede tener la misma protección de una persona humana, es decir, que no le cabe la protección derivada del derecho a la vida prevista en el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Y agregó que, la “concepción en el sentido del art. 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero”. Por lo tanto, la protección legal debe ser sin equiparar al embrión no implantado con la persona humana porque tal igualación es contraria al plexo normativo internacional y nacional. Teniendo en cuenta que ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre ellos la CADH, tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, las interpretaciones de la Corte IDH son vinculantes para el Estado argentino.

#### **4. Conclusiones y perspectivas**

De acuerdo con el desarrollo concretado, se ha propiciado recorrer algunas posiciones teóricas y ubicar allí a la legislación argentina, con el riesgo, siempre vigente, de que no se ajuste totalmente a los postulados de los pensadores, pero con la ventaja de generar una exposición más nutrida. Este esquema ha sido útil para verificar cómo a través de los aportes de las diversas disciplinas y de las luchas de los movimientos sociales (grupos feministas, colectivos de la diversidad de género, etc.), los marcos jurídicos han comenzado a entrar en crisis y a ser atravesados por el paradigma de los derechos humanos.

El abordaje del aborto y su relación con la protección de los embriones transita por una discusión abierta, donde, cada vez con mayor fuerza, el eje de protección se traslada hacia la autonomía de la mujer, tal como pudo explicarse en la síntesis de las miradas bioéticas.

Asimismo, el discurso de los tribunales internacionales ha contribuido notoriamente, de modo que el caso “Artavia Murillo” motivó significativos pronunciamientos de jueces nacionales que intentan salvar la crisis generada por la omisión legislativa<sup>15</sup>.

En esa tensión, las empresas de medicina prepaga suelen valerse del vacío legal para negar la protección de derechos y desconocen que la propia Corte IDH afirmó la existencia de un derecho humano a gozar de los beneficios y progreso de la ciencia. Conflictos como los reseñados evidencian la importancia de regular el alcance de la protección del embrión no implantado. Se trata de la necesidad de contar con reglas claras en torno a qué se puede hacer y qué no con los embriones no implantados lo cual coadyuva a su protección, evita la judicialización y otorga seguridad jurídica a todas las personas intervinientes –profesionales de la medicina y pacientes–, sin

---

Salvador (art. 72); Código Civil de Venezuela (art. 17); Código Civil de Portugal (art. 66); Código Civil de España (art. 29), entre otros.

<sup>14</sup> Corte IDH, 28/11/12, “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, Serie C n° 257.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el Tribunal en lo Criminal n° 4 de La Plata, en fecha 10/8/17 afirmó que el vacío legal “no puede ser válidamente utilizado para frustrar el plan de vida que la accionante se ha trazado y que incluye la perspectiva de una posible maternidad”.



depender de la suerte del juez sorteado y de los vaivenes de la interpretación jurisprudencial. Máxime, cuando ello es observado por la propia justicia al exhortar al Congreso de la Nación a regular la cuestión del embrión no implantado en su carácter de materia pendiente de legislar.

© Editorial Astrea, 2020. Todos los derechos reservados.

