

ABORTO, VULNERABILIDAD Y LA VIDA COMO BIEN INDISPONIBLE

*Ponencia en la reunión
de las comisiones de Salud, Justicia
y Asuntos Constitucionales del Senado
de la Nación, 11 de julio de 2018*

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

- Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA)
- Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA)
- Profesor de "Derecho Civil" (UBA – UCA)
- Profesor de "Bioderecho" de la Maestría en Ética Biomédica (UCA)
- Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho (UCA)
- Director del Centro de Bioética, Persona y Familia

INTRODUCCIÓN

El debate jurídico en torno a la legalización del aborto ha dejado en evidencia dos problemas superpuestos: las obligaciones del Estado hacia las mujeres que cursan embarazos en situación de vulnerabilidad y la pretensión de legalizar el aborto irrestricto. En muchos de los planteos en favor de la legalización, estos dos ejes se presentan de forma deliberadamente confusa, de modo que se identifique todo pedido de aborto con una situación de vulnerabilidad y toda vulnerabilidad con voluntad de aborto. En realidad, el proyecto de aborto no propone nada para solucionar las causas de la vulnerabilidad, e incluso genera condiciones jurídicas para que se consolide una mentalidad que exalta la autonomía y descarta la vida vulnerable.

ABORTO IRRESTRICTO Y ELIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Para comenzar, quisiera retomar mi exposición ante las comisiones de Dipu-

tados, donde analicé los proyectos a la luz de la vinculación entre diagnóstico prenatal y aborto, que fue el tema de mi tesis doctoral. Luego de las audiencias, el proyecto con media sanción tuvo un cambio y en lugar de habilitar el aborto por "malformaciones fetales graves" se lo legaliza si se "diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto".

El cambio pretende acotar los supuestos en los que el aborto sería legal. Sin embargo, el problema de la eliminación de personas con discapacidad subsiste porque se sigue tomando la decisión con motivo de la grave situación de discapacidad [1] y porque el aborto irrestricto a sola demanda de la mujer durante 14 semanas crea una ventana de tiempo durante la cual se puede eliminar la vida por nacer. Y esa ventana de tiempo coincide con la época en que se realizan los estudios prenatales.

Pero el problema presenta un aspecto que no había advertido en mi intervención

[1] "Leyes que permiten explícitamente el aborto con base en malformaciones violan la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 4, 5 y 8). Aun si la condición es considerada como fatal, la decisión se está tomando en base a la discapacidad. Además, a menudo no se puede determinar si una condición es fatal. La experiencia muestra que los diagnósticos sobre condiciones de discapacidad a menudo son falsos. Y aun si no es falso, el diagnóstico perpetúa nociones estereotípicas de discapacidad incompatibles con una buena vida". Committee on the Rights of Persons with Disabilities, "Comments on the draft General Comment No36 of the Human Rights Committee on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights", 2017, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/CRPD.docx>

en Diputados pues la media sanción también modificó la redacción del artículo 16 para incluir en la cobertura obligatoria del sistema de salud a las "prestaciones de diagnóstico". El proyecto no explica a cuáles prestaciones se refiere, aunque dice que la cobertura debe ser "integral" por parte de los agentes obligados.

El cambio es significativo porque actualmente los estudios genéticos prenatales, ya sean invasivos o no invasivos, no están incluidos en el PMO (Programa Médico Obligatorio). Recordemos que los estudios no invasivos se pueden hacer a partir de la semana 10 de embarazo.

No se trata de un problema que sólo afecta a algunos. Los diagnósticos, que

son cada vez menos invasivos, más seguros, tempranos y accesibles, son ofrecidos en forma rutinaria a toda mujer embarazada, a fin de aprovechar la ventana de tiempo para abortar sin causa. La experiencia de Estados Unidos es contundente. Luego del fallo *Roe v. Wade* hay una expansión de los estudios prenatales. [2]

En caso de aprobarse la norma, de la mano de los estudios de costo-beneficio sobre las pretendidas ventajas de evitar un nacimiento con discapacidad, [3] asistiremos a una presión para imponer los programas de tamizaje de anomalías congénitas y el uso rutinario de los estudios genéticos con la finalidad de lograr detectar a tiempo discapacidades para el aborto. Es la forma más radical de des-

[2] "Antes de la decisión del tribunal, las pruebas genéticas prenatales se encontraban en un limbo de indeterminación; se permitía la amniocentesis, pero la situación jurídica del aborto era desconocida. Sin embargo, con el aborto en el primer y segundo trimestre legalizado y la primacía del juicio médico reconocida, las pruebas genéticas iban a difundirse ampliamente en las clínicas y hospitales de toda la nación. Los genes humanos se habían vuelto «justiciables»" Mukherjee, Siddhartha, "El gen. Una historia personal", Debate-Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2017, Traducción de Joaquín Chamorro Mielke, p. 317.

[3] Gekas, J. et al., "Comparison of different strategies in prenatal screening for Down's syndrome: cost effectiveness analysis of computer simulation", *BMJ* 2009; 338:b138 doi:10.1136/bmj.b138. Non-invasive Prenatal Testing: A Review of the Cost Effectiveness and Guidelines [Internet]. (PDF), Source Ottawa (ON): Canadian Agency for Drugs and Technologies in Health; 2014 Feb. CADTH Rapid Response Reports.; Ayres AC, Whitty JA, Ellwood DA. A cost-effectiveness analysis comparing different strategies to implement non-invasive prenatal testing into a Down syndrome screening program. *Aust N Z J Obstet Gynaecol.* 2014 Oct;54(5):412-7. doi: 10.1111/ajo.12223. Epub 2014 Sep 8; Beulen L, Grutters JP, Faas BH, Feenstra I, van Vugt JM, Bekker MN. The consequences of implementing non-invasive prenatal testing in Dutch national health care: a cost-effectiveness analysis. *Eur J Obstet Gynecol Reprod Biol.* 2014 Nov;182:53-61. doi: 10.1016/j.ejogrb.2014.08.028. Epub 2014 Aug 30; Evans MI, Sonek JD, Hallahan TW, Krantz DA Cell-free fetal DNA screening in the USA: a cost analysis of screening strategies. *Ultrasound Obstet Gynecol.* 2015 Jan;45(1):74-83. doi: 10.1002/uog.14693. Epub 2014 Dec 9.

carte de los vulnerables: diseñar programas para detectar prenatalmente a las personas con discapacidad para eliminarlas antes de que nazcan y nos causen gastos a todos.

Tal como está redactada la norma, no se busca financiar los estudios de diagnóstico para curar a los concebidos, sino que los estudios diagnósticos estarán financiados en la medida que se hagan en el marco de un plan de aborto. Es decir, no se busca conocer para curar, sino conocer para eliminar. Además, en relación a los casos más graves, el proyecto ignora los cuidados paliativos pre y neonatales que acompañan estas dolorosas situaciones.

Los padres son colocados ante dramáticas decisiones que probablemente nunca se plantearon. Aquí radica la diferencia entre la eugenesia del siglo XX y la del siglo XXI. En el siglo XX se imponía desde el Estado por leyes coercitivas de aborto, matrimonio y esterilización, entre otras. En el siglo XXI se recurre a mecanismos más sutiles: ofrecimiento rutinario de estudios prenatales mucho más precisos, una ventana de tiempo para abortar a simple demanda, amenaza de juicios de mala praxis, exclusión o recargos en la cobertura social. Pero también en el siglo XXI siguen siendo decisivas las leyes para la expansión de las políticas eugenésicas.

LA VIDA ES UN BIEN INDISPONIBLE

Por eso son particularmente graves las posturas que señalan que el concebido es un ser humano pero que su derecho a la vida no merece una protección absoluta, sino que su vida es disponible. Considerar la vida disponible es una de las condiciones jurídicas que el imperativo biotecnológico requiere para expandir la lógica de controles de calidad al fenómeno de la vida.

En este debate no han quedado dudas que la existencia de la persona comienza con la concepción. No abundaré en argumentos constitucionales pues otros lo han hecho mucho mejor. Como profesor de derecho civil quisiera agregar que en este punto del inicio de la persona están alineados la Constitución, los Tratados de Derechos Humanos y el Código Civil y Comercial, que fue modificado hace poco en el marco del llamado proceso de "constitucionalización" del derecho privado. El derecho penal se inserta en un ordenamiento jurídico muy consistente que no puede desconocer. El bien penalmente protegido es la "vida" de las "personas", tal como lo entiende todo el ordenamiento.

Algunos han invocado el artículo 21 del Código Civil y Comercial, que se refiere a la condición del nacimiento con vida, para sostener que el concebido no sería persona plena. Ese artículo tiene una larga tradi-

ción civilista originada en la finalidad de evitar fraudes sucesorios. No niega la personalidad, sino que se limita a condicionar la adquisición de derechos patrimoniales de una persona ya existente.

Me parece muy grave que se afirme: hay persona desde la concepción, pero merece una protección gradual de modo que admitimos que en ciertos casos podemos quitarle la vida.[4] Supone admitir que por ley vamos a autorizar la eliminación directa de seres humanos. Eso es inadmisibile. "No matar" es un límite que no puede ser quebrado sin que se minen gravemente las bases de la convivencia social.

Tenemos un deber de extremar los recaudos para salvar siempre la vida, ya sea

de la madre como de su hijo. Por eso el Código Penal exige que el peligro para la vida no pueda ser evitado por otro medio en el art. 86, más allá de las distinciones que cabe hacer sobre el aborto indirecto. El proyecto con media sanción quita esa frase. Y al hacerlo revela un desprecio por el valor de la vida. Las situaciones de vulnerabilidad no se resuelven eliminando a los vulnerables.

FORTALECER LA VIDA Y LA MATERNIDAD VULNERABLE

Ante la expansión de una mentalidad utilitarista que valora la vida según su potencial utilidad para producir y consumir bienes y servicios, se requiere una decidida acción que fortalezca las bases de la protección de toda vida humana como

[4] Para fundar esta relativización del derecho a la vida se suele citar el fallo "Artavia Murillo y otros c/Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 28 de noviembre de 2012). Se trata de un argumento jurídicamente inconsistente y me remito a los constitucionalistas que profundizan el tema. La sentencia "Artavia Murillo" no se refiere al aborto sino a la Fecundación in vitro que estaba prohibida en Costa Rica; además, en "Artavia Murillo" se reconoce que la persona comienza desde la concepción; el contexto de Costa Rica es distinto al de Argentina; la Argentina no fue parte en el litigio que dio lugar a la sentencia. Hay diversos fallos que marcan estos límites de "Artavia Murillo", en especial de la Suprema Corte de Mendoza y la Cámara Federal de Salta (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Primera, "L.E.H. c/O.S.E.P s/acción de amparo", 31 de julio de 2014; Cámara Federal de Salta, Sentencia en autos "L.O., A. y otros c. Swiss Medical s/Amparo", 8 de julio de 2013). Por otra parte, las recomendaciones de los organismos internacionales y los fallos de la Corte IDH, según la Corte Suprema de nuestro país, son una "insoslayable pauta de interpretación". Ello significa que deben ser analizados y tenidos en cuenta al momento de la interpretación, pero el país puede apartarse de los mismos si hubiera razones de una mayor protección a la persona, como es el caso de la tradición argentina de protección de la persona por nacer. Además, ni en la Constitución ni en ningún tratado se habla explícitamente de un "derecho al aborto", como lo demostró Ignacio de Casas en su ponencia en Diputados.

realidad indisponible y se consoliden políticas públicas para la maternidad y la vida vulnerable.

Y aquí retomo la idea inicial. En la mayoría de los casos en que se considera el aborto, la madre enfrenta alguna vulnerabilidad que requiere medidas de fondo. Pero el proyecto no propone ninguna medida concreta para atacar las causas de la vulnerabilidad.

La Constitución obliga al Congreso a optar por un camino distinto: dictar un régimen de seguridad social especial para la madre y el niño desde el embarazo (art. 75 inciso 23). Es cierto que este artículo no señala un deber de "penalizar el

aborto", pues es una norma sobre políticas públicas positivas. Pero tampoco puede negarse que este artículo reconoce al niño por nacer como persona y señala un deber de cuidar a las dos vidas como vulnerables. A eso apuntan muchos proyectos de ley ya presentados y que no han sido tratados. [5]

Hay muchos graves problemas jurídicos en el proyecto con media sanción que hemos señalado en otros informes a los que nos remitimos. Por todas estas razones, sostenemos que el Senado debe rechazar el proyecto de ley de aborto que cuenta con media sanción y, luego, iniciar el proceso para establecer políticas públicas para la maternidad vulnerable.

[5] Ver Yachelini, Laura Belén, "Proyectos de ley para cuidar las dos vidas", 2 de julio de 2018, <http://centro-debioetica.org/2018/07/proyectos-de-ley-para-cuidar-las-dos-vidas/>