

RESPUESTAS A OBJECIONES CONTRA EL DERECHO A LA VIDA DE LAS PERSONAS NO NACIDAS

Dr. Tomás A. Catapano

INTRODUCCION

1- Los "derechos humanos" se han convertido en el centro de la ética social de nuestros tiempos. Son objeto de invocación por los grupos más disímiles y por los motivos, algunos moralmente reprochables, más diversos: desde los desviados sexuales, pasando por minorías raciales o religiosas, por los padres que no quieren que sus hijos contraigan SIDA, por los divorciados a quienes no se les otorga la tenencia de sus hijos, hasta llegar a quienes los reclaman para la práctica del aborto libre y la contraceptuación subsidiada por el Estado¹.

Es que existe una tendencia inflacionaria que persigue incrementar el número y la calidad de "derechos" que se consideran deben ser satisfechos, pudiendo distinguirse varias etapas en su proceso de declamación: 1) la de los "derechos-libertades" (plasmados en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano); 2) la de los "derechos-sociales"; 3) la de los "derechos difusos"; 4) la de los "derechos al erotismo" y 5) la de los "derechos infrahumanos": de los animales; de los ríos, montañas y mares, etc.².

2- Sin embargo, al par de esa tendencia, de un modo paradójico, en todo el mundo, se formulan denuncias de violaciones graves a esos derechos. Tal contraste ha llevado a Rivera a sostener que la situación actual de los derechos humanos puede sintetizarse de la siguiente manera: "universalidad de reconocimiento" (en las ideas) "universalidad de desconocimiento" (en la práctica)³.

Pero la cuestión no concluye allí, pues muchos de aquellos que enarbolan la bandera de los "derechos humanos", incurren en verdaderas contradicciones inadmisibles, empleando la retórica "derecho humanista" al servicio de cualquier causa, defendiendo pretendidos derechos que entre sí resultan contrarios, como el "derecho de los animales" a la vida, al mismo tiempo que el "derecho de

1) M COTTA. SERGIO. "Le problème du fondement des droit de l' homme*", en: Memoria del X Congreso Mundial de Filosofía del Derecho (IVR), Méjico, UNAM, 1982, T. VI, pàgs 46 y ss..

2) MASSINI, Carlos I., "Los Derechos Homanos, Paratoia de nuestro tiempo". Alfabeta Impresores, Santiago, Chile, 1989, pàg. 103.

3) RIVERO, Jean; "Les libetés publiques -1 - Les droit del homme". Paris. PVF, 1984, pàg. 130.

las madres" al aborto. Es el caso de Peter Singer en "Animal liberation" (New York, 1975, passim).

Sucede que la temática de los derechos humanos, a pesar de tener una larga historia, ha adquirido especial relevancia cuando ha comenzado a ser utilizada ideológicamente como arma de combate en favor de proyectos políticos concretos, convirtiéndose el concepto en unilateral, exaltado, polémico y simplista, dividiendo el mundo, de modo maniqueo, entre quienes defienden y quienes violan los derechos humanos⁴.

Frente al panorama descrito, hemos querido tratar, para afirmar y proteger el derecho a la vida de las personas no nacidas, ignorado muchas veces, tanto en el orden especulativo como práctico por los ideólogos de los "derechos humanos", de las respuestas que merecen darse a ciertas objeciones que pretenden poner en cuestión su reconocimiento.

I- EL DERECHO A LA VIDA DE LAS PERSONAS NO NACIDAS

Previamente a abordar puntualmente diversas objeciones que se formulan respecto del derecho a la vida de las personas que no han nacido, aunque sea de modo sumario y sintético, conviene demostrar la existencia de tal derecho, asumiendo diversas perspectivas de consideración:

a) Análisis biológico genético

La ciencia biológica ha demostrado que desde el momento mismo de la fusión de los dos pronúcleos (del óvulo y del espermatozoide) se opera una vertiginosa división celular, que se produce en pocas horas, y ya queda inscripto en el embrión el código genético, con toda su compleja programación.

Este dispositivo es como una película magnetofónica, que lleva grabadas una serie de características biológicas: el biotipo o conjunto de caracteres constitucionales (normotipo, individuo de proporciones normales, promedias, longilíneo, delgado; brevilíneo, bajo, grueso, etc.).

Igualmente se encuentran como grabados en aquél dispositivo, el color de la piel, del cabello, del iris y otros caracteres morfológicos; el temperamento, las predisposiciones a determinadas enfermedades y hasta la probable duración de la vida⁵.

Por todo ello, Blázquez dice que en el admirable dispositivo que es el código genético está cifrado todo nuestro porvenir, y que, lo que somos

4) MASSINI. Carlos I. "El renacer de las ideologías". Idearium, 1984.

5) RUFFIE, J., "Eléments de Génétique Generale et Humaine". Ed. Masson, Paris, 1969; KNUDSON, Jr. A. "Genética v Enfermedad". Ed. Omega, Barcelona, 1969.

los adultos biológicamente, no es esencialmente otra cosa que lo que fuimos como óvulos fecundados ⁶.

El Dr. Nathanson, en su difundido trabajo: "Yo practiqué cinco mil abortos", expresó: "Quizá alguno piense que antes de mis estudios debía saber, como médico, y, además ginecólogo, que el ser concebido es un ser humano. Efectivamente, sí, lo sabía, pero no lo había comprobado yo mismo científicamente. Los nuevos sistemas de exploración nos permiten conocer con mayor exactitud su carácter humano y a no considerarlo un simple trozo de carne. Hoy, con técnicas modernas, se pueden tratar en el interior del útero, muchas enfermedades, incluso operaciones quirúrgicas hasta de cincuenta clases. Son estos argumentos científicos los que me han cambiado el modo de pensar. Fíjense: si el ser concebido es un paciente al que se le puede tratar, entonces es una persona, y si es una persona, tiene el derecho a la vida y a que nosotros procuremos conservarla".

La ciencia genética demuestra que, en la continuidad del ciclo vital, no hay más que un principio: la concepción. Con toda certeza, el embarazo comienza en la concepción, y desde ese momento se puede hablar de aborto de un ser humano. En consecuencia, el embrión es una persona humana, aún cuando no ha nacido, y por lo tanto tiene derecho a la vida.

b) Orden moral natural

Desde el punto de vista del orden moral natural, el derecho a la vida es un derecho natural primario del que participan los seres humanos que todavía no han nacido. Cabe aquí decir con Blázquez: "En todo caso, esa estructura orgánica es específicamente humana, ya que sus elementos constitutivos proceden de dos seres humanos y de por sí tienden a realizarse como un individuo más de la especie humana. Nadie imagina, por ejemplo, que de la unión sexual de un hombre y una mujer pueda nacer una vaca o una televisión. El resultado natural de esa generación tiene que ser necesariamente de la misma especie que los agentes de la generación. Por la misma razón, nadie espera que de una vaca vaya a nacer un hombre, aunque la fecunde el veterinario. Y no será porque no se haya hecho y se hagan toda suerte de experiencias y perrerías en esta materia. Es obvio que el fruto inmediato de la generación humana es ya ontológicamente un sujeto humano y, por lo tanto, de derechos también humanos" ⁷.

Por consiguiente a ese sujeto humano, actual o potencialmente, le es debido por naturaleza que su vida le sea respetada por todos, sin excepción alguna, tanto por los padres como por la sociedad. Es un derecho absoluto a vivir, que importa primero ser reconocido y luego

6) BLAZQUEZ. M. "La dictadura del aborto". B.A.C., Madrid, 1977.

7) BLAZQUEZ, M., op. cit., pág. 113.

protegido contra quien pretende interrumpir o violar su normal desarrollo.

c) Orden moral sobrenatural

Las personas que no han nacido son sujetos del derecho a la vida, desde que gozan de la dignidad de hombres creados a imagen y como semejanza del Creador y de la excelencia, a veces no suficientemente destacada, de ser hijos de Dios por adopción. De modo que tratándose de la persona humana, llamada a vivir en la intimidad con Dios, todo acto contra su vida, una vez encendida, constituye tanto una agresión contra la naturaleza humana cuanto una violación de los designios del Creador.

. En tal sentido la declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe, perteneciente a la Iglesia Católica, ha dicho: "El primer derecho de una persona humana es su vida. Ella tiene otros bienes y algunos de ellos son más preciosos, pero aquél es fundamental, condición para todos los demás. Por esto debe ser protegido más que ningún otro. No pertenece a la sociedad ni a la autoridad pública, cualquiera sea su forma, reconocer este derecho a unos y no reconocerlo a otros... No es el reconocimiento por parte de otros lo que constituye este derecho. Es algo anterior. Exige ser reconocido, y es injusto rechazarlo. Desde el momento de la fecundación del óvulo, queda inaugurada una vida que no es ni del padre ni de su madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No llegará a ser nunca humano si no lo es ya entonces"⁸.

d) Legislación positiva humana

También desde la consideración de esta perspectiva de análisis, la vida de las personas no nacidas debe ser protegida desde su concepción en el seno materno. Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1959, y luego la Convención Americana de los Derechos Humanos, han declarado que: "El derecho a la vida será garantizado a toda persona a partir del momento de la concepción".

Citamos este antecedente no porque las convenciones humanas puedan derogar las disposiciones de Dios y lo que se encuentra inscripto en nuestra naturaleza, sino para recordarlo a propósito de aquéllos que manifiestan defender los derechos humanos y que parecen haber olvidado que las personas por nacer tienen como derecho primario el derecho a la vida, pues sí no tienen ese, jamás podrán ejercitar cualquier otro.

8) "Auf dem wege zur Persönlichkeit". Ed. Lahn Verlag, Limburg, 1964.

II - RESPUESTA A OBJECIONES QUE SE HAN FORMULADO CONTRA EL DERECHO A LA VIDA DE LAS PERSONAS NO NACIDAS

1.- La primera objeción que suele destacarse es la que sostiene: **"El aborto provocado y directo no es un asesinato, porque el feto humano no es un ser humano."**

La objeción afirma que el feto o es parte de la madre, que puede ser tratado como cualquier apéndice, o es un ser vivo separado, pero que no ha llegado todavía a la condición humana. En la primera hipótesis se lo puede eliminar del cuerpo de la madre como una excrescencia. En la otra, por las mismas razones por las que matamos animales.

La base argumental no resiste el análisis, ya que el feto ni es parte de la madre ni carece de condición humana.

En efecto, tal como se adelantara en el capítulo precedente, al anotar las expresiones del Dr. Nathanson, el feto no es un simple apéndice de la madre, sino una persona sui iuris, con un principio vital propio. Todas las pruebas biológicas confirman el hecho de que la vida fetal es distinta de la vida de la madre, a pesar de que las dos se encuentran unidas durante la gestación. Escuchemos a Bergmann: "Todo el ser y todo el carácter esencial del hombre, está profundamente individualizado. No es sólo la posibilidad de diferenciación que encontramos en el ámbito corporal y vital, y que es común con los animales, sino, más allá de ésta, existe otra dimensión, la espiritual. Y precisamente lo espiritual aporta un carácter más individual, que no podrían proporcionar los estratos inferiores de la esencia humana. Lo espiritual no se halla establecido según formas determinadas, como la vida orgánica, sino que posee una cierta libertad sobre sí mismo. Nadie tiene poder sobre su tipo somático, sobre su estructura vital; lo más que puede hacerse en este terreno es mantener y aprovechar.."⁹

Por otra parte, la condición humana del feto queda demostrada a partir de la prueba genética-biológica, que confirma que el huevo fecundado tiene el patrón de los cromosomas humanos, que contienen todos los factores hereditarios y que no pueden desarrollarse como algo que no sea un ser humano. "Las células sexuales se forman de la materia viva del hombre y la mujer y están vivas. Por eso el resultado de esa unión no viene a la vida, sino simplemente llega a ser una vida unificada, un nuevo individuo. Si las células sexuales maduras no se unen para formar un nuevo individuo mueren rápidamente. Están especializadas para reproducirse; son incapaces de convertirse en

9) "Auf dem wege zur Persönlichkeit", Ed. Lahn Verlag, Limburg, 1964

sangre, nervio, hueso o músculo a no ser que se unan y formen un nuevo individuo ¹⁰.

2- Otra objeción mantiene: **"Que el feto sea o no un ser humano es una cuestión que nadie puede decidir, puesto que no existe prueba experimental alguna del momento en que recibe el alma humana"**.

Se aduce que algunos autores modernos dicen que el alma humana se recibe en el momento de la concepción, pero que existe también una teoría antigua y medieval que dice que unas semanas más tarde. Como no existe certidumbre al respecto, ha de recurrirse a las probabilidades y como el feto probablemente no es humano, luego puede, por alguna buena razón, terminar el embarazo.

La cuestión pasa por la consideración de las teorías de la animación inmediata, sucesiva y tardía, aunque éstas no constituyen el objeto principal de esta comunicación.

Aristóteles creía que el embrión no se hace humano hasta algún tiempo después de la concepción, y tal vez sea por esto que no viera mal en el aborto temprano ¹¹.

Por su lado, Santo Tomás de Aquino aceptó la opinión de Aristóteles como una teoría física probable - la de que el embrión se hace humano luego de un tiempo posterior a la concepción - pero de ello no obtenía conclusión ética alguna ¹². Santo Tomás nunca aceptó la licitud del aborto en momento alguno de la evolución del embarazo. Más aún, propició el principio filosófico del respeto debido a todos los elementos que se nos confían, correspondiendo observar el destino al que por naturaleza están ordenados.

Es evidente que ni el Estagirita, ni el Aquinate, podían aspirar a la realización de una ciencia física o biológica, en el sentido moderno de la palabra, con los medios rudimentarios que poseían. Tuvieron que limitarse a la interpretación de los fenómenos físicos a que podían acceder, aplicándoles las tesis generales de su filosofía. Aplicaron a la interpretación de los fenómenos físicos y biológicos, sus teorías generales del acto y la potencia, de sustancia y de accidente, de cantidad y cualidades, de acción y pasión, etc., tomadas todas de la filosofía primera. Empero no pudieron completar la aplicación de esos conceptos puros con una investigación continuada en el campo de esas

10) WITSCHI, E., Migration. of.the.germ cells from de.Yolk sac.to the.primitiva gonadal.

Folds: Contribution to embryology". 1948, 78-79.

11) De la generación de los animales Libro II, cap. 3, 736 a 24-737 a 17; Política, Libro VII, cap. 16, 1335 b 24.

12) S.T, I-q. 118, I, 2, in obj 2 y S.C.G., Libro II, cap. 89.

ciencias, pues ello sólo ha sido posible con ayuda de los instrumentos logrados por el avance científico posterior¹³.

Es más, al decir de Gerber, si Santo Tomás hubiera conocido lo que sabemos ahora sobre la biología humana, incluyendo la unicidad genética del cigoto, nunca habría sostenido la teoría Aristotélica de la animación retrasada¹⁴.

De todas maneras, las ideas del desarrollo sucesivo de las estructuras orgánicas y de la sucesiva manifestación de las funciones vegetativas, sensitivas y racionales no se oponen intrínsecamente a que el alma racional esté presente desde el momento de la concepción¹⁵.

Ahora bien, claro está que si la animación es inmediata, el aborto será un atentado contra la vida humana allí presente; pero aún si no fuera inmediata, también constituye la violación del derecho a la vida del "nasciturus", pues tal como sostiene Niedermeyer, desde el momento de la fecundación, sea cual fuere el de la animación, el germen humano es precisamente humano, que no puede llegar a ser otra cosa que un hombre; es decir, por necesidad natural está destinado a ser persona humana. Luego, aún concediendo a quienes formulan la objeción en examen, que fuese posible una animación retardada, cualquier aborto directo es un verdadero asesinato, pues destruir una vida, que al menos, por naturaleza, está destinada a ser persona humana, denota una grave ilicitud. Es que hay un gran principio incontrovertible, cual es el de que la intención de la naturaleza es la intención del autor de la naturaleza. La intención de la naturaleza es que nazca un hombre, la intención de Dios es que nazca un hombre. Ello así, interrumpir el proceso es oponerse a la voluntad de Dios.

No sabemos, ni probablemente lo sabremos nunca, cuándo exactamente el alma humana se recibe en el cuerpo para convertirlo en ser humano y por esto es que, como el germen humano no puede llegar a ser otra cosa que una persona humana, desde el momento mismo de la concepción ésta debe ser protegida en sus derechos, en especial, en el más fundamental, sustento de los demás, en su derecho a la vida.

Y aún cuando el feto fuese probablemente no humano, no por ello puede negársele aquél fundamental derecho, pues está destinado naturalmente a ser persona humana y así como no se entierra a quien sólo está probablemente muerto, tampoco se debe matar a un feto que se considere probablemente no humano. En cuestiones como éstas, debe seguirse el curso moral y jurídicamente más seguro, cual es el de

13) Vid. FRAILE, Guillermo, Historia de la Filosofía, B.A.C., Madrid, 1966, pág. 960 y ss.

14) GERBER, R. "When is the human soul infused?" Laval Theologique et Philosophique 22, 1966, pág. 234-247.

15) BRENNAN, Robert Edward, Psicología Tomista, Barcelona, Ed. Científica Médica, 1 Ed., 1960, pág. 338.

tratar al embrión como un ser humano vivo, verdad esta última que, como se viera, la genética biológica ha confirmado.

En definitiva la vida humana es intangible cuando es vida cierta, y también cuando aún siendo incierta, es materia viva, destinada a ser vida humana¹⁶.

3- La siguiente objeción manifiesta: **"Si pudiera demostrarse que el feto, aunque humano en algún sentido, no es aún una persona, no tendría derecho alguno de vivir y podría ser matado como un animal"**.

El problema que plantea esta cuestión es la del criterio que habrá de adoptarse para la determinación de la personalidad:

a) Si, por ejemplo, adoptamos el que establece que hay persona cuando puede emplearse realmente la inteligencia y la libertad, podríamos matar a los niños hasta algunos años posteriores al nacimiento o bien a aquellos que carecen de la facultad intelectual o volitiva por la existencia de algún impedimento en su salud que no les permite su uso.

b) Si, empleando otro criterio, determinamos que existe persona humana cuando el embrión, el feto o el recién nacido alcanzan la humanización en el proceso de la socialización humana, al modo como lo establece Montagu¹⁷, resulta evidente que se podría matar a los niños hasta varios años luego de su nacimiento o a quienes, a pesar de no ser niños, fuesen considerados por aquellos que a sí mismos juzgan que alcanzaron funcionalidad y socialización humana, como que no han llegado a esos estados de la personalidad humana.

c) Pero también se podría recurrir al criterio que establece que hay persona humana cuando existe ejercicio de autodeterminación, racionalidad y capacidad para elegir los medios o los fines y conocimiento de sus circunstancias, tal como lo postula Joseph Fletcher¹⁸. En tal sentido, un recién nacido, un loco, un retrasado mental grave, una persona en estado de coma, un niño que padezca el síndrome Down, podrían ser eliminados, pues no serían personas en el concepto del escritor citado.

De cualquier modo que el tema se considere, el que el niño se encuentre en el interior de su madre o fuera de ella, no es más que una diferencia física y local, que no puede constituir en esencia a la personalidad. Sucede que el fruto de la generación humana es ontológicamente sujeto humano y por lo tanto, de derechos humanos, entre ellos, del derecho a la vida.

El niño concebido no es una persona en potencia, sino una persona actual, con todos los derechos, incluido el de la vida, que acompañan la

16) BASSO. Domingo M., "Animación v Aborto". IATRIA, 166, 59, 1974.

17) "Life before birth". Signet Books, New York, 1965.

18) "Morals and Medicine". Beacon Press, Boston, 1959, 152.

personalidad. Si no fuera persona humana ya, luego no lo será. La metafísica enseña que ese individuo biológicamente subsistente es una persona humana, por tratarse de un individuo de la misma especie que el padre y la madre y poseer así su propio principio vital, es decir alma.

Si la concepción se inicia con los primeros pasos de la multiplicación celular, la cual comienza con la unión de los dos pronúcleos y no termina hasta la muerte, en forma ininterrumpida y continua ¹⁹, no se puede negar su condición de persona al ser ya en desarrollo, cualquiera sea el lugar en que se encuentre: la trompa, el útero, la nürsery, el aula de la escuela, la bodega de un barco, una vivienda rural, un palacio, un calabozo, una sala de hospital, en el lecho de muerte.

Como efecto de lo expuesto, se comprueba que el feto, por ser una persona humana, tiene derecho a la vida, que debe ser proclamado y adecuadamente protegido.

4- La cuarta objeción que se ha esgrimido sostiene: "Inclusive si al feto se le reconoce derecho a la vida, en una colisión de derechos, los del feto han de ceder ante los de la madre". Teoría del estado de necesidad.

Se argumenta que los derechos de la madre tienen preferencia sobre los del feto, pues ella es una persona adulta, que ejerce su inteligencia y libertad, con posibilidades ya contraídas para con su familia y la sociedad. En cambio, para el feto, todo es futuro, es inconsciente y dependiente. La madre puede vivir sin él; él no puede vivir sin su madre.

Esta teoría se ha aplicado a aquellos casos en que se dice que el embarazo pone en peligro la vida de la madre, resolviéndose el supuesto conflicto de derechos en favor de aquélla, ya que su vida sería de mayor valor para el marido y para los demás hijos.

La apelación a la doctrina del estado de necesidad no justifica la liquidación de la vida humana del feto, que tiene derecho a ella, en beneficio de la vida de la madre, toda vez que los requisitos exigidos para que aquélla resulte causal de justificación del obrar no se configuran.

Las condiciones requeridas para que el estado de necesidad quede justificado son: a) que el sujeto cometa un mal para evitar otro mayor; b) que el causante del mal menor haya sido extraño al mal que lo amenaza; y c) que se trate de derechos alienables.

En la hipótesis que se trata, ambos bienes: el derecho a la vida de la madre y el del hijo son igualmente sagrados y hade tenderse por todos los medios a salvaguardar ambos. La jerarquía de ambos derechos es idéntica, pues todos los seres humanos son iguales en cuanto a su

19) MERCHANTE. Fermín. TEI derecho a la vida". Ed. Paulinas, 1986, Bs. As., pág. 16.

derecho a la vida y la edad no confiere prioridad alguna. Hallándose entonces comprometidos bienes de igual jerarquía, no existe un mal menor que se autorice cometer para evitar otro mayor. Ocurre que se puede elegir el mal menor cuando se trata de dos males del mismo orden, es decir si en el caso del aborto se tratara de elegir necesariamente entre matar a una persona y matar a dos; pero este no es el caso: la posibilidad de elección está entre el mal moral del aborto y el mal físico de no impedir, porque no existen medios lícitos, la muerte del hijo y de la madre. En todo caso el mal moral es el mal mayor.

En suma, una colisión de derechos no puede decidirse dando muerte a una persona inocente, que lo único que obtendría sería la pérdida de su derecho a la vida.

Por lo demás, el estado de necesidad sólo resulta aplicable a los derechos alienables -vgr. el derecho de propiedad - pero nunca a la vida humana, que jamás resulta un bien útil.

En fin, así como la madre no puede matar a ninguno de sus niños nacidos para desligarse de sus responsabilidades, tampoco puede, para lograr ese objetivo, hacerlo con el nonato.

5- Se objeta también diciendo: "En ciertos casos el niño puede considerarse como un agresor injusto sobre la salud física o mental de la madre".

Se sostiene que el peligro para la salud física de la madre, en determinados embarazos, es la razón de que la mayoría de los Estados permitan el aborto terapéutico. El caso de la salud mental es tan importante como la física y por eso a la madre le está moralmente permitido defenderse cuando el embarazo pueda resultar una tortura psíquica intolerable, sucediendo que, a veces, la única defensa consiste en la eliminación del feto.

Se trata de pretender la aplicación en los casos indicados de la teoría de la legítima defensa.

Ahora bien, es insensato y ridículo considerar a un niño nonato inocente como injusto agresor, ya que sólo se limita a permanecer sin culpa alguna donde por naturaleza ha quedado colocado. Es más, si allí está, fue debido a la acción de sus padres que causaron su presencia en el seno materno.

Por otro lado, el feto no hace nada, voluntaria y conscientemente, para atentar contra la vida o la salud física o mental de la madre y sabido es que la agresión consiste en hacer algo que implique un verdadero ataque. El feto simplemente está presente y de su presencia no se sigue que realice actos contra su madre, que lo conviertan en agresor.

En cuanto a la salud mental de la madre, quien necesita tratamiento es ella y matar al niño no es una solución moral y jurídicamente

aceptable, como no lo es matar a imaginarlos perseguidores como remedio para quien padece de paranoia ²⁰.

El aborto directo por razones terapéuticas, es decir, con el fin de salvar la vida de la madre, nunca fue un acto lícito, ya que no hay motivo alguno que permita matar al ser inocente. En la actualidad, el avance de la ciencia médica ha determinado que ya no existan indicaciones terapéuticas en las que se pretenda justificar el aborto directo ²¹.

Achem Karam y Quiroga Camargo dicen: "Es concepto unánime, aún en los centros en que no se tiene en cuenta el valor ni la presencia del feto, que las indicaciones del aborto terapéutico han desaparecido. Las enfermedades o razones patológicas que se esgrimían para justificar la indicación del mismo pueden ser actualmente tratadas y, más aún, pueden verse agravadas, al romper el equilibrio que la naturaleza se encargó de conseguir" ²².

Queda pues en claro que la objeción no tiene fundamento válido que pueda sustentarla con verdad.

6- Asimismo se ha argumentado: **"Por lo menos en esos casos, actualmente extraños, en los que la madre y el niño morían con toda seguridad, el aborto debería permitirse"**.

En la situación expuesta se alega que sólo un legalismo ignorante podría obligar al médico a dejar morir a ambos en lugar de salvar a uno.

Se pretende en esta hipótesis que como ambos morirían, debería ceder el derecho a la vida del feto frente al de su madre. No es más que una especie de aplicación de aquella teoría del estado de necesidad que ya fuera analizada, por lo que resulta aquí reproducible la respuesta al abordar aquella cuestión, en el número 4. Pero existe otro aspecto que merece un cierto detenimiento: es aquél que afirma que el médico debería salvar a uno, en lugar de dejar morir a ambos.

Por cierto que los médicos tienen el deber profesional de salvar las vidas humanas, pero para ello deben servirse de todos los medios legítimos existentes, sin recurrir a aquéllos que son moral y jurídicamente reprochables. Los médicos no tienen más derecho que cualquier otra persona para dar muerte a seres inocentes e indefensos. ¿Cómo podría tener autoridad el médico para decidir quién vive y quién muere?. ¿Por qué habrá de elegir la vida de la madre y la muerte del niño?. ¿Quién es el médico para disponerlo?.

20) FAGOTHEY. A. "Ética". pág. 200.

21) RAMELLA, Pablo A. "Atentados a la vida". Paulinas, Bs. As., 1979. Conclusiones de las Sextas Jornadas Deontológicas de Medicina Psicosocial de la Academia Nacional de Medicina, Bs. As., 1977.

22) "Aspectos Médicos del Aborto". Seminario Internacional sobre El Aborto, San Juan, 1983.

En el caso propuesto el médico deberá realizar todo aquello que fuere necesario para salvar la vida de ambos, con lo cual cumplirá su obligación profesional, aunque luego por un hecho natural muriesen madre e hijo. En este supuesto la muerte no será obra del médico, sino un suceso natural.

Resulta así preferible que mueran inculpablemente los dos, en razón de aquél hecho natural, que salvar la vida de uno a base de asesinar al otro.

7- Esta objeción manifiesta: **"No debería existir niño no deseado alguno. El niño necesita cariño y no puede vivir una vida normal sin él. El niño no deseado es un niño no querido y aunque luego se le llegase a querer, sin embargo el mismo crece rechazado y resentido, para descargar luego su despecho contra la sociedad o contra la humanidad".**

La importancia del cariño en la vida del niño es reconocida por todos, pero ello de ningún modo autoriza a que si el mismo no es querido, lo que deba hacerse es matarlo. En todo caso, la culpa de que el niño no sea deseado no es de él, sino de aquéllos que lo concibieron. Y éstos, al concebirlo, se tornaron responsables de ello, tanto si pueden aprender a experimentar cariño emocional o no hacia aquél.

Quienes engendraron una nueva vida humana, tienen la obligación de cuidar de ella y demostrarle todo el cariño que puedan. Es más, un niño no querido preferiría vivir a ser matado. ¿Porqué entonces habrá de decidirse por él antes de su nacimiento? ¿Quién tiene el derecho de adoptar esa decisión?.

Es conveniente evocar el pensamiento de Willke, cuando enfatiza que son muchos los embarazos no deseados que ha visto, pero que todavía le falta por ver el primer recién nacido no deseado ²³. En efecto, la tendencia natural de toda madre es la prosecución del embarazo y la protección de su hijo.

Por lo demás, es destacable que con el andar de los años, numerosas personas que, inicialmente, fueron no deseadas y rechazadas por su propia madre y, a veces, por su padre también, llegaron a ser distinguidos ciudadanos y en no pocas ocasiones excelentes profesionales y, simultáneamente, padres o madres de familias armónicas y bien constituidas ²⁴.

Consecuentemente, volvemos a descubrir que el derecho a la vida de las personas no nacidas debe ser protegido y adecuadamente defendido.

8- Asimismo se ha objetado: **"¿Porqué una mujer debería pagar por una indiscreción con muchos años de sacrificio, criando a un niño no deseado, si el padre puede**

23) "Manual sobre el aborto".

Eunsa.

Pamplona,

1974.

24) MERCHANTE, Fermín R., op. cit., pág. 42.

desaparecer sin dejar rastro?. ¿Porqué una mujer casada debería ver arruinada su vida, si su marido podría hacer lo mismo que ella ha realizado, sin ser descubierto?.

El cuestionamiento no resiste el examen: la expresión "indiscreción" que se utiliza es un eufemismo que pretende disimular una falta voluntaria cometida por ambas partes. Es regla de la lógica que toda mujer debe ser responsable de los actos que voluntariamente realiza, tanto como debe serlo el hombre. Por cierto, que de existir por parte de éste abandono, tal actitud implica una grave inconducta, pero ello de ningún modo puede autorizar la práctica de la occisión del niño, pues el derecho a la vida de éste es primario y ante él debe ceder cualquier pretendido derecho a salvar una honra que no se tuvo en cuenta al momento de la efectivización de aquél acto voluntario y libre. En todo caso, cometer un segundo mal no es el remedio para corregir el primero.

En fin, el aborto es la forma más difícil que tiene la mujer para buscar igualdad en la iniquidad. Siempre el derecho a la vida del hijo primará por sobre cualquier pretensión de sus progenitores de querer salvar "indiscreciones", "honra", "reconocimientos sociales", "igualdad de derechos", "ruinas de vida", ya que es un derecho fundamental, sin el cual resulta imposible el ejercicio de cualquier otro. Es más, no por la liquidación del fruto concebido se conseguirá honra, igualdad, reconocimiento social o una vida mejor. Pesará siempre en la conciencia la muerte del inocente que no llegó a nacer, en razón de aquél acto voluntario que lo impidiera.

9- Suele igualmente formularse esta objeción: "La población debe controlarse. Esta necesidad es tan urgente que algunos derechos individuales deben sacrificarse en aras de un mayor bien: la supervivencia de la especie humana".

Se arguye que la contracepción y la esterilización constituirían mejores métodos que el aborto, pero que los seres humanos son irresponsables e incontrolables como para eliminar la necesidad del aborto, por lo que lejos de prohibirlo, deberíamos alegrarnos de que se realice voluntariamente, hasta el momento en que resultará necesario imponerlo obligatoriamente.

Cualquier solución que pretenda darse al problema demográfico debe ser acorde con el orden ético y el aborto generalizado no es respuesta ni moral ni jurídicamente válida, pues importa la realización de graves males, con violación del derecho a la vida de seres humanos inocentes. Por el contrario, aquéllos males corrompen el orden social, al eliminar vidas humanas que constituyen el sustento biológico y moral de aquél.

En lo relativo al aborto obligatorio, ello constituye una grave violación a los derechos humanos, que convertiría a quienes lo instauraran y practicaran en ejecutores de vidas humanas inocentes. ¿Cómo podría admitirse que es obligatorio matar a personas humanas

inocentes?. De aceptarse estaríamos en las antípodas del respeto por la vida y la dignidad del ser humano. ¿Cómo podría la comunidad que aceptara el aborto obligatorio proclamar que en su seno se respetan los derechos?. Una comunidad tal no merece llamarse humana. Sería una agrupación para inferir la muerte a los inocentes.

10- Además se ha indicado: **'Teniendo en cuenta que la vida de la madre puede ser necesaria para los hijos anteriormente nacidos, puede presumirse que el hijo no nacido cede su derecho a la vida para el bien de sus hermanos y la felicidad de sus padres'**.

El niño no nacido no puede renunciar a su propia vida, porque el derecho a la vida es irrenunciable, ya que sólo Dios es dueño de la vida del hombre; de lo contrario podría matarse a cualquiera que consintiera voluntariamente en su muerte, lo cual es inadmisibile. De todas maneras, sino es válido el consentimiento expreso, mucho menos lo será el consentimiento que se quiere presumir en el feto.

La presunción que se pretende no puede fundamentar la violación del derecho a la vida de quienes no han nacido, pues ese derecho es irrenunciable. Es más, lo que sí debe presumirse es que por naturaleza el niño concebido quiere vivir y no morir.

IV-ANALISIS DE DOS CASOS DE LA REALIDAD

Los casos que seguidamente presentaremos no son académicos, sino reales ²⁵ ; ambos han merecido pronunciamientos judiciales de Tribunales Argentinos, que deben ser calificados de ejemplares, en razón de haber reconocido el derecho a la vida de las personas no nacidas, superando las disposiciones normativas que declaran, en las hipótesis contempladas, la impunidad del aborto.

A) Caso de la mujer menor de edad con diagnóstico de síndrome oligofrénico, cuyo embarazo proviene de un acto de violación.

El día 16 de Abril de 1988, el Sr. Asesor de Menores e Incapaces ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal Argentina, se presenta ante el Tribunal y expresa que el día viernes 15 de ese mes y año, a las 18 hs., fue informado telefónicamente desde el Hospital de Clínicas de esa Capital que en la sala de maternidad estaba internada la menor M.E.S., que cursa un embarazo de más de 20 semanas y sobre la que se habría ordenado practicar un aborto, pues había sido víctima del delito de violación.

25) Causas Judiciales M.E.S. y N.N., publicadas en Semanario de Jurisprudencia Argentina, N° 5631, del día 2 de agosto de 1.989, Bs. As., Argentina, pág. 227 y ss.

A esta altura del relato cabe recordar la norma del art. 86 ine. 2 del Código Penal Argentino, que estatuye: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible:.. 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 debe ser requerido para el aborto".

El funcionario concurrió al nosocomio y verificó que se trataba de una menor de 15 años de edad, con marcado déficit mental compatible con la oligofrenia además de cierto compromiso neurológico que requiere medicaciones para evitar exteriorizaciones espásticas; no obstante ello se le informó que el embarazo cursaba en forma normal, sin riesgo para la vida de la madre, hallándose el "nasciturus" en buen estado.

Interrogada la menor M.E.S., el Sr. Asesor advirtió que ella comprendía la situación, relatando que había sido "tocada" por una persona numerosas veces en el Instituto Frenopático, aunque no manifiesta algún grado de aceptación de ese proceder. Sabe que lleva un ser en su seno, "algo" que llega a identificar como un "bebé", aunque su madre y el Juez le han dicho que es un "bicho" y que se lo van a sacar. Que un "bebé" lo acepta, pero que un "bicho" no.

Esos antecedentes y la defensa del derecho a la vida del ser gestado, determinan que el Funcionario peticione medida cautelar urgente de protección de la persona del "nasciturus", haciéndole saber al Director del Hospital que debe abstenerse de practicar maniobras abortivas, debiendo asegurarse el tratamiento hasta la producción del alumbramiento.

El juez de la causa, en fecha 26 de abril de 1988, en salvaguarda del derecho a la vida o integridad física de la persona por nacer, dispone, compartiendo los fundamentos vertidos en el dictamen por el Asesor de Menores e Incapaces, en forma definitiva, la prohibición de practicar cualquier tipo de maniobra abortiva sobre la persona de la menor.

Es de destacar un importante pasaje, entre varios, del dictamen aludido, que citando a Bidart Campos ²⁶ dice así: "Nuestro criterio era - y es - el siguiente: una cosa es suprimir un delito del Código Penal, o no penalizarlo como delito, y otra diferente es despenalizarlo bajo forma de una norma permisiva, a cuyo amparo se conculca gravemente un derecho de modo irrestituible. El legislador podría no incriminar el aborto, pero cuando expresamente lo autoriza, cuando desincrimina o no incrimina ciertos supuestos del aborto (que declara no punibles) está dando licitud a la conducta abortiva que inconstitucionalmente, vulnera el derecho a la vida del nasciturus, en

26) Causas Judiciales M.E.S. y N.N. (Ibidem).

cuanto esa conducta aniquiladora de la vida queda exenta de consecuencias penales..."

B) Caso de la mujer, víctima de violación, que formuló pedido de autorización para abortar.

Recientemente, en fecha 2 de junio de 1989, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Nº18 de la Capital Federal, en la causa N.N., denegó el pedido de autorización para abortar que formulara una mujer víctima de violación, declarando la inconstitucionalidad del inc. 2 del art. 86 del Código Penal Argentino, que en esa hipótesis no pena la ocisión del feto.

Resultan destacables los siguientes fundamentos del fallo:

"El primer derecho en una persona humana es su vida . . . El derecho a la vida permanece íntegro en un anciano, por muy reducido de capacidad que esté, un enfermo incurable no lo ha perdido. No es menos legítimo en un niño que acaba de nacer que en un hombre maduro. Desde el momento de la fecundación del óvulo, queda inaugurada una vida que no es ni del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No llegará a ser nunca humano si no lo es entonces. Es ya un hombre, aquél que está en camino de serlo".

"La ley Divina y la ley natural excluyen, pues, todo derecho a matar a un hombre inocente. La violación de los valores morales es siempre, para el bien común, un mal más grande que cualquier otro ... La ley no está obligada a sancionar todo, pero no puede ir contra otra ley más profunda y augusta que toda ley humana, la ley natural inscrita en el hombre por el Creador como una norma que la razón descifra y se esfuerza por formular, que es menester tratar de comprender mejor, pero que siempre es malo contradecir. La ley humana puede renunciar al castigo, pero no puede declarar honesto lo que sea contrario al derecho natural, pues una tal oposición basta para que una ley no sea ya ley. Lo que, por el contrario, incumbe a la ley es procurar una reforma de la sociedad, de las condiciones de vida de todos los ambientes, comenzando por los menos favorecidos, para que siempre y en todas partes sea posible una acogida digna del hombre a toda criatura humana que viene a este mundo..."

En otro lugar remarca la decisión: "Como hombre debo resaltar sin miramiento ni reservas que me solidarizo en un todo con la angustia que en este momento ha de estar viviendo la aquí damnificada. Ella no eligió estar pasando por esta difícil situación... Le digo además que no va a cargar si así lo desea con la obligación de cuidar y educar a su hijo cuando éste nazca ya que, al momento de este pronunciamiento, obran en autos tres pedidos formales de adopción ... Debemos procurar... que no se convierta para un argentino el vientre de su madre en el lugar de más peligro para su existencia; además se ha excluido de

nuestra legislación la pena capital. ¿Cuál es el fundamento de incluirla para las personas por nacer ... es acaso que éstas no pueden defenderse?".

El decisorio concluye declarando el derecho a la vida de la persona por nacer y desestimando la solicitud de finalizar con la vida humana engendrada en el vientre de la accionante.

Las dos sentencias judiciales comentadas son dignas de destacar, pues en el orden práctico, no declamado ni expresado, sino eficazmente, han realizado la virtud de justicia: han reconocido el derecho a la vida de las personas no nacidas como primer derecho humano, que debe ser no sólo proclamado sino adecuada y oportunamente defendido. Pronunciamientos como los anotados son aquellos que garantizan que no ocurra que "Buena parte de nuestro planeta se convierta en un inmenso sepulcro de pequeños seres que tenían derecho a seguir viviendo ... "²⁷.

V- Conclusiones

Sin haber pretendido un tratamiento del problema que solucione todas las cuestiones posibles, sino solamente incursionar en argumentos que demuestran el derecho a la vida de las personas que no han nacido y que lo prueban contra objeciones a su reconocimiento ético y jurídico, estimamos, luego del precedente desarrollo, estar en condiciones de formular las siguientes conclusiones:

1 - El ser humano por nacer es una verdadera persona que tiene pleno derecho a la vida. Ello se demuestra a la luz de la biología - genética, del orden moral y jurídico natural, del orden moral sobrenatural y aún desde la consideración de la ley positiva humana.

2 - No existe justificación moral ni jurídica alguna para la práctica del aborto directo, ni siquiera en sus variedades terapéutica, eugénica o sentimental.

3 - El hombre no tiene derecho alguno de provocar la muerte directa de los inocentes y ninguna duda puede haber acerca de que el niño nonato es uno de ellos.

4 - Le compete al Estado procurar la defensa de la víctima nonata inocente, a fin de asegurarle su derecho a la vida, mediante la actuación de sus órganos de poder, en la variedad de sus funciones.

Para finalizar resulta oportuno citar la reflexión de Javier Hervada: "Admisión del aborto y proclamación de derechos humanos es una de las más flagrantes contradicciones de nuestro mundo; la más llamativa de las "extrañas paradojas" del momento actual de la historia de los derechos humanos".

Causas Judiciales M. E.S. y N.N., (Ibidem