

# Derecho Privado

AÑO 1 NÚMERO 1

Bioderecho

Directores: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

---



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

---

 Infojus  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

---

AÑO I - NÚMERO 1

# Derecho Privado

---

**PRESIDENCIA DE LA NACIÓN**

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

Dr. Julio Alak

**SECRETARÍA DE JUSTICIA**

Dr. Julián Álvarez

**SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL**

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA  
JURÍDICO LEGAL**

Dra. María Paula Pontoriero

.....  
ISSN 2250-8015

Revista Derecho Privado

Año I - N° 1 - Mayo 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,  
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

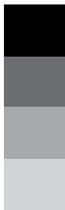
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Privado y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.



Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Directores

Cecilia Kandus - María Eugenia Rodríguez Pería

Luis R. J. Sáenz

Secretarios de Redacción



# Consejo Académico

Eduardo Barbier  
Alberto J. Bueres  
Carlos Clerc  
Carlos Hernández  
Pablo Heredia  
Marisa Herrera  
Claudio Iglesias Darriba  
Héctor Iribarne  
Aída Kemelmajer de Carlucci  
Jorge Kielmanovich  
Angela Ester Ledesma  
Gonzalo Nazar de la Vega  
Julio César Rivera  
Claudia Sbdar  
Rubén Stiglitz  
Eduardo Zanonni



# Ediciones Infojus: “La verdad de las premisas y la validez de los razonamientos”

Es un orgullo presentar la puesta en marcha de Ediciones Infojus, un proyecto editorial que se cristaliza inicialmente a través de la publicación de cinco revistas jurídicas, producidas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Este conjunto de publicaciones está destinado a ampliar el horizonte del debate jurídico, con el propósito de gestar desde el ámbito público un espacio que exprese la discusión doctrinaria y, en definitiva, la difusión de las ideas de nuestra generación del bicentenario.

Un Estado inteligente es aquel que es capaz de entender la realidad social, política y económica y que, a su vez, tiene la capacidad de resolver los problemas con habilidad o destreza a partir de su experiencia histórica. La inteligencia en este caso reside en hacer que la dinamización de las mecánicas institucionales y la cooperación de los distintos sectores que lo componen respondan a las necesidades del pueblo.

De tal forma este Estado inteligente profundiza la distribución del conocimiento de manera activa y, fundamentalmente, borra la frontera histórica, tan bien caracterizada por Foucault<sup>(1)</sup>, entre saber y poder; entre “lo técnico” y “lo político”; esto es, discute la verdad o falsedad de las premisas y expresa la validez o invalidez de los razonamientos.

La Argentina del siglo XXI, se encuentra consolidando un proceso histórico, que no sólo vitaliza la discusión pública en torno a cuestiones fundamentales sino que a la vez vuelve posible el acceso igualitario a la expresión doctrinaria contribuyendo a democratizar la justicia e igualar derechos; objetivo que cumple el lanzamiento de esta editorial.

.....  
(1) FOUCAULT M., *La verdad y las formas jurídicas*, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1978; Trad. de: Enrique Lynch, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996

## PRESENTACION

---

Es a través de Infojus que esta acción puede verse concretada, y las Ediciones que aquí se presentan reflejan la continuación y profundización de un proyecto desarrollado para que el estudio, investigación, análisis y difusión del Derecho se constituyan en un bien de todos los habitantes de la Nación, fortaleciendo la verdadera institucionalidad.

Las revistas fueron elaboradas por personalidades relevantes de la comunidad jurídica que, desde un pensamiento joven, han sumado excelentes contribuciones sobre aspectos actuales y controvertidos. Este esfuerzo, realizado por los directores y secretarios de redacción, con el apoyo y el trabajo constante de diversas áreas del Ministerio, como la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico Legal, la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa y el Departamento de Comunicaciones y Prensa, permitió la concreción de este proyecto.

Enmarcada en las políticas de inclusión y acceso a la información, las cinco publicaciones iniciales de Ediciones Infojus —Filosofía del Derecho, Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Penal y Derecho del Trabajo—, se constituyen como una propuesta plural, con criterio federal, destinadas a posibilitar la difusión de un derecho que responda a las necesidades de nuestro pueblo.

Julián Álvarez

# Editorial

Aceptamos con gusto la invitación que nos efectuó el Ministerio de Justicia de la Nación para que nos hiciéramos cargo de la dirección de esta revista, propuesta como un medio de difusión del pensamiento jurídico argentino en materia del tradicionalmente denominado "Derecho Privado", área directamente vinculada con la calidad de vida de las personas y las posibilidades de desarrollo de una sociedad robusta, asentada en términos de equidad y de justicia.

Procuraremos que en sus páginas se expongan y se discutan ideas que contribuyan a enriquecer los distintos debates que se plantean en la sociedad argentina en tiempos en los que, al impulso de un notorio proceso de constitucionalización del Derecho Privado, se avizoran grandes transformaciones de nuestro sistema jurídico.

Es claro, en ese sentido, que el análisis del proyecto de reforma redactado por la "Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación", creada por el decreto presidencial 191, del 23 de febrero de 2011, insumirá una parte sustancial de nuestra atención en los próximos números.

Para esa labor contaremos con la participación de los miembros del Comité Académico, integrado por personalidades relevantes de la comunidad jurídica argentina, y con la colaboración de calificados secretarios de redacción. Todos hemos sido convocados para llevar adelante una propuesta plural, destinada a posibilitar la difusión democrática de las más variadas opiniones, posturas y propuestas relacionadas con las temáticas que iremos abordando en este trayecto que hemos iniciado.

Buscamos poner una buena herramienta a disposición tanto de quienes aborden su contenido desde la labor académica como de aquellos que lo hagan desde la actividad profesional o el ejercicio de la magistratura. Pensamos además, particularmente, en los estudiantes de todo el país y en los legisladores, que tienen ante su mirada el horizonte de transformación de nuestra sociedad.

Asimismo, la selección de los temas será encarada teniendo en cuenta las problemáticas particulares de las distintas regiones y provincias argentinas, con criterio federal.

La difusión de las normas jurídicas y de las ideas elaboradas con relación a su aplicación constituye una labor imprescindible para la construcción de la democracia, y nos sentimos profundamente satisfechos por la posibilidad de colaborar en tal cometido.

En este primer número hemos decidido abordar distintos aspectos del denominado "Bioderecho", que se presenta como uno de los grandes territorios conceptuales en los que se desarrollará la labor jurídica en este siglo. Lo hemos hecho tratando de dar lugar al desarrollo de temas que se encuentran instalados en la agenda de debate de la Argentina; procurando, como ocurre en el caso del aborto —que atañe directamente al Derecho Civil, aun cuando a menudo su problemática se evalúe solo desde la óptica penal—, dar un panorama de las distintas posiciones y factores a considerar, así como del estado de la cuestión en el ámbito legislativo, para que este primer ejemplar sea fuente de referencia para quienes deban asumir la difícil tarea de decidir en temas en extremo complejos y delicados.

Sobre el cierre de la edición de este primer número, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un trascendente fallo sobre aborto no punible<sup>(\*)</sup>; no lo hemos incluido en la edición en papel, pero sí hemos generado un vínculo al texto de la sentencia, en el portal de Infojus, a fin de facilitar su estudio, junto con los trabajos publicados sobre la materia en este ejemplar.

Agradecemos a todos quienes han participado directa o indirectamente en la concreción de esta revista, y especialmente a los autores que han acercado sus excelentes contribuciones sobre aspectos apasionantes y controvertidos. Creemos que los objetivos que acabamos de expresar han quedado acabadamente plasmados en este primer número, y esperamos, con la colaboración de todos, poder seguir haciéndolo en los sucesivos. La última palabra, como siempre, la tendrán nuestros lectores.

Los directores

.....

(\*) CSJN, 13/03/2012, F.A.L.s/medida autosatisfactiva. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

# Índice general

## Doctrina P. I

Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida, por AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, MARISA HERRERA Y ELEONORA LAMM ..... P. 3

El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina, por MARISA S. AIZENBERG ..... P. 47

Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos, por GUSTAVO CAMELO ..... P. 73

¿Puede el hecho de haber nacido constituir un daño resarcible? (Reflexiones desde el derecho argentino a propósito de la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa), por SEBASTIÁN PICASSO Y LUIS R. J. SÁENZ ..... P. 113

“Muerte digna”, en pleno debate, por EDGARDO SAUX Y LUIS D. CROVI . P. 129

Acerca de la despenalización del aborto, por HÉCTOR P. IRIBARNE ..... P. 151

El derecho como modelador de las decisiones reproductivas y los límites del giro procedimental, por PAOLA BERGALLO ..... P. 207

Aborto: evolución de las iniciativas parlamentarias, por M. EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA Y CECILIA KANDUS ..... P. 271

Cargas dinámicas y prueba de la responsabilidad médica, por JORGE L. KIELMANOVICH ..... P. 311

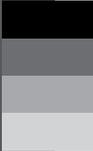
Patentamiento de embriones. Breve reseña sobre el uso y apropiación de la vida humana, por CLAUDIO IGLESIAS DARRIBA Y ARTURO G. RIVERA . . P. 321

Novedades P. 357

Fuentes Citadas P. 361

Índice Temático P. 379

.....  
Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en:  
[www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)



# Doctrina

---



# Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino<sup>(1)</sup>

## Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida

por **AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>(2)</sup>**, **MARISA HERRERA<sup>(3)</sup>**  
y **ELEONORA LAMM<sup>(4)</sup>**

*La pregunta que acusa desinformación (por ej., ¿qué hora es?) no es una auténtica pregunta. La verdadera pregunta es aquella que no tiene respuesta en el saber consensuado. Es decir, una pregunta que no pide una respuesta preexistente, sino que induce a buscar una respuesta aún no constituida<sup>(5)</sup>.*

.....

(1) Este artículo forma parte del estudio que las autoras vienen realizando sobre el tema y cuyos avances parciales han sido anticipados en varios trabajos doctrinales; ver KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA, HERRERA MARISA Y LAMM ELEONORA, *Los criterios de la determinación de la filiación en crisis*, en Maricruz Gómez de la Torre (directora) y Cristian Lepin (coordinador), *Reproducción Humana Asistida*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago (en prensa); *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*, Revista La Ley, Buenos Aires, 20/09/2011, p. 1 y ss.

(2) Profesora de cursos de post grado en numerosas universidades argentinas y extranjeras. Doctora honoris causa Universidad de Paris-Est Créteil, de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Nacional de Rosario.

(3) Doctora en Derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires). Investigadora del CONICET. Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo. marisaherrera12@gmail.com.

(4) Doctora en Derecho, con línea de investigación en Bioética (Universidad de Barcelona). Máster en Bioética y Derecho y Máster en Derecho de Familia por la Universidad de Barcelona. Tutora del Máster de Bioética y Derecho y Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho (UB). Becaria postdoctoral del CONICET. elelamm@gmail.com.

(5) KOVADLOFF, SANTIAGO, *Ética ciudadana y ética profesional: dilemas de una convergencia necesaria*, en Rev. del Notariado n° 904, 2011, p. 26.

## Síntesis

La reproducción humana médicamente asistida constituye una técnica consolidada en la práctica cotidiana; por su parte, la ley 26.618 que extiende el matrimonio a todas las parejas, con total independencia de su orientación sexual, ha modificado sustancialmente la ley positiva. Estas circunstancias imponen que el legislador acorte la brecha existente entre Derecho y realidad y termine de adecuar la ley interna a los valores superiores marcados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ante la constatación de que las técnicas médicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) han puesto en crisis los principios del derecho filial y, a los fines de cubrir esa necesidad, el articulado preparado por el equipo que elaboró el título relativo a la filiación del anteproyecto del Código Civil al que se refiere el decreto 191/2011 acepta la existencia de una tercera fuente filial, con reglas propias, que la distingue de las clásicas, o sea, la filiación por naturaleza y por adopción. Este trabajo está destinado a explicar esa propuesta legislativa.

## I | ¿Está en crisis la filiación?

La palabra “crisis”, como tantas otras, tiene varias acepciones. Según el diccionario de la Real Academia Española, crisis es: (a) Mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales; (b) Situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese; (c) Juicio que se hace de algo después de haberlo examinado cuidadosamente; (d) Situación dificultosa o complicada.

Está claro, pues que, al menos desde el punto de vista semántico, la expresión “crisis”, en sí misma, no encierra una connotación negativa, peyorativa o adversa.

Por el contrario, algunos autores la utilizan como análogo a “desaprobación”. Así sucedió en los albores del divorcio vincular y, más recientemente al regular el matrimonio de personas del mismo sexo; en ambos momentos, los opositores al régimen legal pretendieron sustentar sus posiciones en la expresión “la familia está en crisis”. Igual argumentación se esgrime ante la posible regulación de las convivencias no matrimoniales.

Aun desde esta acepción negativa, la pregunta debería ser: ¿qué familia está en crisis?

La respuesta puede ser: está en crisis la familia tradicional matrimonial, centrada en la procreación por naturaleza<sup>(6)</sup>, como único modelo reconocido por el derecho, desde que, en la realidad social, junto a ella conviven otros modos de vivir en familia y otras formas de procreación, todos fundados sobre el mismo eje central: el afecto.

Esta nueva visión ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia abordar diferentes situaciones derivadas de: (i) parejas, con o sin hijos, que no han pasado por el registro civil; (ii) núcleos familiares nacidos de nuevas uniones que antes tuvieron otras, conocidos como "familia ensamblada"; (iii) grupos a cargo de una persona sola, llamados "familia monoparental", que pueden serlo de manera "originaria" (como acontece con la adopción unipersonal, o mediante las técnicas de reproducción humana asistida, que permiten que una mujer sola pueda inseminarse con material genético de donante anónimo y ser madre sin un padre o, de modo "derivado", tras el fallecimiento o separación de la pareja, siendo uno de los progenitores quien asume solo los deberes derivados de la relación paterno-filial porque el otro se desentiende); (iv) las llamadas "familia homoparental" y "familia transexual"<sup>(7)</sup>, etc.

Si se hace hincapié en las nociones de cambio y desarrollo, es decir, en el despertar de nuevas facetas, entonces, en buena hora, la familia está en crisis.

(6) El modelo de familia nuclear presenta la siguiente progresión, casi automática: matrimonio/relación sexual/reproducción/paternidad. Sin embargo, esta progresión no siempre se produce en la vida real, o puede ser indeseable o desafortunada para algunas personas. Así, hay quienes pueden casarse y reproducirse, pero se niegan a reproducirse (mediante técnicas anticonceptivas) o a funcionar como padres de los niños que nacieron (por ejemplo, mediante el abandono o la entrega en adopción); otras pueden casarse, ser incapaces de reproducirse y buscan convertirse en padres mediante la adopción o las TRHA (CUTAS, DANIELA, *On triparenting. Is having three committed parents better than having only two?*, Journal of Medical Ethics, Journal of the Institute of Medical Ethics, 2011; 37 (12):735-738).

(7) Para el desarrollo y ampliación del derecho de familia a la luz del derecho constitucional-internacional: ver GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, capítulos I y II; LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, *La familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009, capítulo I; JELIN, ELIZABETH, *La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas*, en *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman*, directora KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, coordinadora HERRERA, MARISA, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, T. I, p. 135 y ss.

El derecho filial no puede —ni debe— escapar a estas transformaciones. Esto es así en la Argentina y en el resto de los países<sup>(8)</sup>; se trata de una cuestión que como los conflictos sociales, está transversalizada por la noción de *globalización*. En efecto, desde una perspectiva sistémica, si la noción de familia está en constante movimiento, los campos intrínsecamente relacionados difícilmente puedan escapar al dinamismo. La prueba más evidente es que las TRHA no sólo han entrado a un nuevo campo de estudio con caracteres, principios e interrogantes propios, como lo es la bioética<sup>(9)</sup>, sino que han ensanchado la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales<sup>(10)</sup>.

Desde la óptica señalada, está en crisis el derecho tradicional centrado en la visión binaria *filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva*; en

.....

(8) Sólo a modo de ejemplo, cabe citar las Jornadas organizadas por ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado) en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre “Acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional” celebradas en San José de Costa Rica en Noviembre de 2011. El documento de trabajo que contiene los objetivos de ese encuentro dice: “En 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdos de maternidad subrogada que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de esos casos”. También se cita un documento con conclusiones elaboradas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, en la reunión realizada los días 7 a 9 de abril de 2011: “La conclusión del Documento Preliminar No 11 estableció que, a los fines de evaluar la posibilidad de una regulación internacional futura, los asuntos derivados de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional podrían ser considerados, o como parte de un marco más amplio sobre derecho internacional privado relativo al estatus del niño, o bien como un asunto de singular importancia en sí mismo”.

(9) Estamos tentadas de decir que la Bioética ha dado lugar a un “nuevo” derecho de familia. Si bien el derecho de familia, como todo derecho, ha estado siempre en constante evolución, los cambios a los cuales se enfrenta actualmente van más allá. Muchas de sus figuras tradicionales han cambiado radicalmente, no siendo las que eran, provocando la necesidad de una concepción más amplia, que desborda lo jurídico. A su vez, muchos de los conceptos “clásicos” del derecho de familia han quedado obsoletos o se han visto desbordados como consecuencia de estas nuevas formas de reproducción (piénsese en los conceptos de filiación, paternidad, maternidad, embarazo, parto...), siendo imprescindible su abordaje multidisciplinar, para llegar a soluciones consensuadas, propias de una sociedad plural y democrática (Ver LAMM, ELEONORA, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación (En las fronteras del derecho civil y la bioética)*, tesis doctoral defendida el 22 de enero de 2011 en la Universidad de Barcelona (en prensa).

(10) Las TRHA permiten ser padres a quienes no podían serlo; habilitan paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles años atrás, tales como la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, la paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual, etc. Consecuente e inevitablemente, las TRHA, al ampliar las opciones de reproducción y cuestionar las nociones tradicionales de paternidad, maternidad, embarazo y parto, desafían la normativa vigente y exigen cambios.

efecto, además de estos dos tipos, únicos que fueron motivo de atención por el legislador, la biotecnología ha dado lugar a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, fundada en el principio de la *voluntad procreacional* y de su exteriorización a través del consentimiento informado.

La filiación por naturaleza está presidida por ciertas máximas (“madre siempre cierta es”) <sup>(11)</sup>, por presunciones *iuris tantum* (de paternidad por parte del marido de la madre), por la prevalencia del dato genético, elemento determinante. La normativa que la rige está fundada en la relación sexual, al igual que las nociones de embarazo plazo, parto, etcétera <sup>(12)</sup>.

Esa filiación, conceptualizada desde Roma hasta hoy <sup>(13)</sup> sobre la base de una supuesta “cultura universal” <sup>(14)</sup>, ha sufrido un gran impacto: muchos niños han nacido gracias a los avances o desarrollo de la ciencia médica. Las TRHA han permitido separar la reproducción humana de la sexualidad; dicho de otro modo, la reproducción es posible sin contacto sexual y, quien aporta el elemento genético, puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. En otras palabras, lo biológico no comprende siempre lo genético, <sup>(15)</sup> ni lo genético comprende siempre lo biológico <sup>(16)</sup>.

(11) La máxima del derecho romano “*Mater semper certa est*” concluyó cuando la ciencia posibilitó que la mujer que lleva a cabo la gestación y el parto sea diferente a quien aportó los óvulos con los que el embrión se creó.

(12) Las TRHA permiten el embarazo de mujeres a edades avanzadas, de mujeres solas, con óvulos provenientes de otra mujer o con material genético masculino proveniente de una persona distinta de su pareja; incluso, el embarazo de una mujer (con o sin óvulos propios) que concibe un hijo para una pareja “comitante” heterosexual u homosexual o para otra persona (maternidad subrogada).

(13) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *La filiación inducida y las clasificaciones legales*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, 1988, p. 118.

(14) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 142.

(15) Por ejemplo: mujer que acude a la donación de óvulos o los casos de gestación por sustitución.

(16) Puede suceder que una persona aporte únicamente material genético (por ej. donación de semen) o que se utilice material genético del hombre que quiere tener un hijo, pero el embarazo se produzca a través de las TRHA.

Además, hay niños que nacen en familias conformadas por dos personas del mismo sexo, situación totalmente legal desde la sanción de la ley 26.618, que extiende el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Esta circunstancia ha profundizado la puesta en "crisis" del derecho filial, en tanto esta práctica no sólo es alcanzada por parejas de diverso sexo. De este modo, se controvierte un principio básico del derecho filial clásico, como es que nadie puede provenir de más de dos personas, un hombre y una mujer. Hoy un niño puede nacer en un matrimonio de dos mujeres (dos madres), aportando el material genético un tercero, o de una reproducción humana asistida peticionada a una mujer por dos hombres también casados (dos padres).

En nuestra opinión, todas estas constataciones son claras desde la visión del estado de la ciencia en el ámbito nacional<sup>(17)</sup>, internacional e, incluso, el regional<sup>(18)</sup> y exigen que el derecho no mire para otro lado.

.....

(17) A favor de las técnicas de reproducción humana asistida y su consecuente ingreso al plano jurídico, ver, entre tantos otros, FAMÁ, MARÍA VICTORIA, *La filiación. Régimen constitucional, Civil y Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2011; LLOVERAS, NORA, *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007; KRASNOW, ADRIANA, *La filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2006; DE LORENZI, MARIANA, "La voluntad procreacional ¿Cuánto vale el 'sí quiero' para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana" en Nora, Lloveras y Marisa, Herrera (directoras), *El derecho de Familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2010, p. 697 y ss; MINYERSKY, NELLY, "¿Derecho al hijo/hija?" en Aída, Kemelmajer de Carlucci, (dirección) y Marisa, Herrera (coordinación), *La familia en el Nuevo Derecho. Libro homenaje a la profesora Dra. Cecilia P. Gosman*, tomo II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 391 y ss; ROTONDA, ADRIANA, *La ley 14.208: las técnicas de procreación asistida y su cobertura por el sistema de salud en la provincia de Buenos Aires*", APBA 2011-9-984; GERLERO, MARIO S. y PEDRIDO, ODIL, *Parentalidad, diversidad sexual e identidad de género: un enfoque socio-jurídico*, Suplemento Actualidad Jurídica, La Ley, 22/09/2011, p. 1 y ss.

(18) El 3/2/1995, el entonces presidente de Costa Rica reguló por decreto la práctica de fecundación *in vitro* restringiendo su acceso sólo a parejas casadas legalmente, con material genético propio y prohibiendo el uso de las técnicas de crioconservación de gametos y/o embriones (los embriones fecundados *in vitro* tenían que ser implantados seguidamente en el útero materno, sin poder ser utilizados en un segundo tratamiento; en la práctica se implantaban hasta seis embriones en cada tratamiento para acrecentar las posibilidades de un embarazo). El 15/3/2000, la Sala Constitucional de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del referido decreto por considerar que la regulación de fecundación *in vitro* traía como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta sentencia, se prohibió la práctica de la fecundación *in vitro* en el país. En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso al tratamiento de fecundación *in vitro*. La Comisión decretó la admisibilidad de la denuncia y presentó el informe 85/10 del caso Gre-

## 2 | La resistencia a las técnicas médicas de reproducción humana asistida. Respuesta

No obstante la situación descripta en el punto anterior, algunos autores niegan que las TRHA deban ingresar al mundo jurídico del derecho filial.

De esta importante tendencia opositora, tomamos sólo dos de sus más dignos exponentes.

El profesor Sambrizzi expresa: “La procreación asistida no constituye una forma distinta de filiación que aquella cuya fuente es la naturaleza, pudiendo también producirse la filiación por naturaleza por la práctica de una relación sexual natural. En efecto, sea que la fecundación del óvulo por el espermatozoide se produzca por relación sexual o mediante una de las varias técnicas de procreación asistida, es la naturaleza la que en ambos supuestos actúa para producir la concepción y, como natural consecuencia, la existencia desde ese momento de un nuevo ser humano dotado de todo lo necesario como para continuar desarrollándose en forma gradual hasta producirse el nacimiento”<sup>(19)</sup>.

No compartimos este criterio. Es cierto que algo de “naturaleza” hay en la filiación por TRHA, como también está presente en la filiación adoptiva, ya que los niños adoptados provienen o de una relación sexual (o incluso podría ser por el uso de técnicas de la reproducción médica humana asistida). La presencia del elemento “naturaleza” no implica, pues, negar

---

*tel Artavia Murillo y Otros c. Costa Rica* el 14 de julio de 2010. Sostuvo que la prohibición efectuada por el Estado de Costa Rica constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, la vida privada familiar (artículo 11 de la Convención Americana) y el derecho a conformar una familia (art. 17), amén de la consecuente violación al derecho de igualdad (art. 24). Actualmente, el caso se encuentra en la Corte Interamericana de Derechos Humanos pendiente de resolución, pues la Comisión lo elevó el 29 de julio de este año por considerar que el Estado no cumplió con sus recomendaciones — levantar la prohibición de la fecundación in vitro y asegurar que la regulación futura sea acorde con los artículos 11, 17 y 24 de la Convención —.

(19) SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación*, Revista La Ley, 03/11/2011, p. 1 y ss.

que, se pueda estar ante otra causa fuente de la filiación. Lo distintivo es que mientras en la filiación biológica el elemento "naturaleza" es definitorio para determinar el vínculo jurídico, en la filiación por TRHA, como se explica más adelante, observa un rol secundario, siendo la voluntad procreacional el principio fundamental, aunque con connotaciones o consideraciones diferentes a las que tiene en la adopción, todo lo cual amerita una regulación específica, so pena de incurrir en el error de tratar igual a situaciones claramente diferentes.

En una posición decididamente contraria a las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, Ursula Basset<sup>(20)</sup> sostiene que "la conceptualización del debate hasta hoy es inmadura y hasta cierto punto cándida. Se basa sobre un número de afirmaciones no comprobadas".

El rechazo o aceptación de esta aseveración se conecta con qué se entiende por *comprobado* en el ámbito de las ciencias sociales. Por ej., ¿considera la autora que hoy está *comprobado* que, jurídicamente, a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, el divorcio está aceptado<sup>(21)</sup>; que la separación de hecho es una situación que no contraría el ordenamiento jurídico sino que está fundada en la autonomía de la voluntad<sup>(22)</sup>; que las uniones convivenciales forman parte del amplio abanico de las diversas formas de vivir en familia en atención al principio de libertad?<sup>(23)</sup>

Independientemente de qué se entiende por *comprobado*, no compartimos ninguno de los cinco presupuestos que Basset imputa a las técnicas médicas de reproducción humana asistida y que, según ella, sintetizan el debate sobre el cual gira la materia de la filiación.

---

(20) BASSET, ÚRSULA C., "Derecho del niño a la unidad de toda su identidad", Revista La Ley, 16/11/2011, p. 1 y ss.

(21) BASSET, ÚRSULA C., *Novedades en remedios económicos post-divorcio para mujeres y niños*, Suplemento de Jurisprudencia Argentina, 13/7/2011, en Abeledo Perrot on line. Citar Lexis N° 0003/015496.

(22) BASSET, ÚRSULA C., *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Buenos Aires, Ed. A. Perrot, 2010, p. 702.

(23) BASSET, ÚRSULA C., *La humanización del derecho de familia: imperiosa tarea de la comunidad jurídica* Revista El Derecho, 02/12/2009, nro 12.393 en [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/Basset\\_humanizaci-n\\_del\\_derecho\\_de\\_familia.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/Basset_humanizaci-n_del_derecho_de_familia.pdf), compulsado el 25/12/2011.

En primer lugar, sostiene que estas técnicas parten del error de considerar que “para el niño es insignificante que quienes lo crían como sus padres lo hayan privado intencionalmente de estratos de su identidad genotípica, fenotípica o de aspectos culturales de su identidad”.

No es así. Estas prácticas y su regulación legal no tienen como punto de partida la insignificancia del dato genético sino que, teniéndolo en cuenta, argumentan en el marco de la multiplicidad de derechos fundamentales en juego; de allí, la necesidad de su convivencia y, consecuentemente, la ineludible intervención del principio de proporcionalidad.

Prohibir las TRHA con material genético de un tercero no sólo pone una barrera al nacimiento de niños sino que importa la violación de, por lo menos, dos derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos: (a) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación (art. 14.1 b. del Protocolo de San Salvador); (b) el derecho a formar una familia (como lo ha reconocido el Tribunal Europeo de derechos humanos en diversos pronunciamientos)<sup>(24)</sup>. Por lo tanto, la cuestión relativa a la identidad genética debe ser solucionada intentando no destruir esos dos derechos.

Pues bien, ese derecho, que no se desconoce, se satisface con el de *conocer los orígenes*. Entre las diferentes posturas que presenta el derecho comparado<sup>(25)</sup>, el anteproyecto de reforma del Código Civil adopta una intermedia, cuyo objetivo es no restringir el uso de las TRHA cuando se debe utilizar material genético de un tercero y, al mismo tiempo, respetar el derecho de toda persona a conocer su “identidad genotípica” (en la terminología utilizada por la autora cuya opinión analizamos). La norma proyectada dice: “La información relativa a que la persona ha nacido por

(24) Ver nuestros artículos “La obligación de ser padre impuesta por un tribunal”, Revista La Ley, 28/09/2011, p. 3 y ss. y “La reproducción médicamente asistida”, Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación, La Ley, diario del 08/08/2011.

(25) El anonimato del donante es un tema complejo, especialmente en un país como la Argentina, en el que el derecho a conocer los orígenes tiene una fuerte carga, debido a nuestra desgraciada historia relativa a los desaparecidos. Algunos de los interrogantes son: ¿El anonimato favorece la donación? ¿Viola el derecho a conocer los orígenes? ¿Puede ser dejado de lado ante supuestos excepcionales? ¿Quién debe evaluar esta apertura de excepción? ¿Debe levantarse ante la simple petición de la persona nacida por donación? La complejidad exige un análisis profundizado, imposible de realizar en un artículo que integra una revista.

el uso de técnicas de reproducción humana asistida con material genético de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. Cuando haya riesgo para la salud, las personas nacidas a través de estas técnicas tienen derecho a obtener información referente a los datos médicos de los donantes. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, podrá revelarse la identidad de los donantes, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

En segundo lugar, Basset atribuye a las técnicas de reproducción humana asistida considerar “socialmente irrelevante que algunos adultos engendren hijos sin asumir la responsabilidad gravísima que conlleva engendrar una vida humana”.

No compartimos esta afirmación. Engendrar vida humana nunca es irrelevante; por eso, es necesario que la ley establezca concretamente quién asume las responsabilidades, quién será sancionado si no se cumple con los deberes que emanan de las relaciones paterno/filiales. Esas relaciones y responsabilidades, tanto en la reproducción humana asistida como en la adopción, derivan de la voluntad, por lo cual hay un responsable y ningún vacío legal se produce.

El tercer vicio atribuido a estos métodos es entender “que es ética y jurídicamente irrelevante que un hijo y su identidad sean fruto de una mediación o tráfico económico contractual”.

Ninguna de las expresiones usadas (mediación y tráfico) resultan adecuadas. No desconocemos que, en algunos supuestos, detrás de las técnicas existen fuertes intereses económicos de empresas médicas, pero estos calificativos no pueden atribuirse a quienes desean fervientemente ser padres y, frente a la dificultad de hacerlo por los métodos tradicionales, acuden a los avances científicos.

La cuarta imputación es que “política, ética, jurídica y socialmente es irrelevante que el eje del emplazamiento paterno-filial se haya desplazado de la centralidad del niño a la centralidad de los deseos de los adultos”.

No discutimos que el interés superior del niño es el eje central de toda decisión, resolución o consideración relativa a los derechos de niños y adoles-

centes, pero las técnicas, por el sólo hecho de ser tales, no lo contradicen: el deseo de los adultos no se opone necesariamente al de los niños; más aun, en el campo de la filiación por naturaleza se observa, con frecuencia, una importante cantidad de niños que nacen cuando los progenitores deciden, después de haber organizado y programado su llegada cuando las condiciones familiares son las adecuadas. Esta connotación se extiende a la filiación derivada de las TRHA en la cual, precisamente, la voluntad procreacional constituye un elemento fundamental para que una persona nazca, se la cuide, proteja y desee. Otro tanto ocurre en la filiación por adopción, en la que esa voluntad expresa aparece desde antes, cuando se inscriben en los registros respectivos. Se trata, pues, de consideraciones que atraviesan todo tipo de filiación.

En quinto lugar se afirma que existe el “mito de que el amor o el deseo es suficiente para fundar el parentesco”.

El amor y el deseo son suficientes<sup>(26)</sup>, pero son elementos importantes que, con mayor o menor presencia o fuerza, están detrás de los tres tipos de filiación. Así, tanto en la filiación por naturaleza como por el uso de las TRHA y la adopción, el amor y el deseo son un pilar para la consolidación; en la TRHA y en la adopción lo es también para generar o constituir ese vínculo jurídico.

### 3 | La necesidad de una regulación jurídica

Como suele pasar con todos los temas que invitan a revisar conceptos tradicionales, la mirada sobre las TRHA no es ni puede ser igual para todos.

Nuestro punto de partida es la necesidad de su regulación, tal como sostiene una gran cantidad de autores en el derecho nacional<sup>(27)</sup>, que no sólo reconoce que las TRHA están presentes en la realidad social, sino que bregan por su enmarque legal, con principios, reglas y soluciones jurídicas propias.

(26) La filiación por naturaleza requiere, las relaciones sexuales y el embarazo; las TRHA, del procedimiento medico; la adopción, del procedimiento judicial. En todas, lo deseable es que el elemento movilizador para llegar a ser padre o madre sea el amor.

(27) Conf. panorama doctrinal mencionado en la nota nro. 17.

Este artículo pretende explicar las bases sobre las cuales se debería edificar un régimen legal en materia de TRHA.

Nos encontramos en una etapa en la que se pretende la reforma del Código Civil (ver, en este sentido, decreto 191/2011). Conjuntamente con dos grandes juristas argentinas, las Dras. Nelly Minyersky y Cecilia Grosman, las autoras de este trabajo estamos participando en esa tarea en la parte relativa al derecho de la filiación y de la responsabilidad parental, razón por la cual queremos explicar y compartir algunas de las propuestas. Creemos de sumo interés difundir esa tarea y abrir al debate el texto de algunas de las disposiciones proyectadas.

Una aclaración inicial es necesaria: el anteproyecto no pretende crear algo absolutamente original; por el contrario, nos hemos nutrido de los avances operados en otros países que vienen ocupándose del tema desde hace varios años. No obstante, dado que algunos de esos ordenamientos no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, los planteos, interrogantes, conflictos y soluciones para el derecho argentino presentan algunas particularidades.

## 4 | Las bases de un tercer tipo filial

### 4.1 | Introducción

En general, las leyes regulan la filiación por naturaleza y por adopción<sup>(28)</sup>; en la primera, atribuyen la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre o de la prueba genética de que alguien es padre biológico. La segunda, supone una filiación social constituida por sentencia judicial.

---

(28) El Código Civil argentino vigente distingue entre filiación por naturaleza y por adopción (art. 240). España, aunque pionera en legislar las TRHA, no regula la filiación de ellas derivada de manera autónoma, ni en su Código Civil, ni en el de Cataluña. De los artículos 108.1 CC y 235-1 del Código Civil catalán se desprende que la filiación sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción; ahora bien, aunque la Ley 25/2010 de Cataluña no incorporó un tercer tipo de filiación (art. 235-1), se vio en la necesidad de añadir el consentimiento a la lista de títulos de atribución de la filiación en la reproducción asistida, como veremos luego.

Los problemas que surgen del uso de las TRHA no se identifican con los de ninguna de estas dos situaciones<sup>(29)</sup>, en particular, cuando se utiliza material genético externo a la pareja, es decir, de un donante, sea o no anónimo.

Por eso, como se ha adelantado, el anteproyecto regula un tercer tipo de filiación. Inmediatamente después de conocido el articulado, algunas voces reaccionaron de manera negativa. En este sentido, Sambrizzi alega que “Si bien en la enumeración de las fuentes de filiación que se efectúa en el artículo 1 se incluye como una de ellas a la filiación mediante técnicas de procreación asistida, lo cierto es que, de conformidad a lo que resulta del contenido del anteproyecto, no es estrictamente la procreación asistida lo que allí se considera una de las fuentes de la filiación, sino la denominada voluntad procreacional”<sup>(30)</sup>.

Creemos que la argumentación es insuficiente para negar el tercer tipo de filiación. La voluntad también está presente en la filiación adoptiva; sin embargo, no se discute que constituye una fuente de la filiación con pautas y reglas diferentes a la filiación por naturaleza. En las TRHA la voluntad procreacional es un *elemento* —central, por cierto— de una modalidad de vínculo filial entre dos personas. Véase cómo juegan estos elementos: en un caso, es existencia de la relación sexual (filiación por naturaleza); en otro, la compleja situación de vulnerabilidad y voluntad de ser padres (filiación adoptiva); en el tercero, la voluntad procreacional (filiación por TRHA).

Reafirmamos, pues, un punto central para poder comprender la razón por la cual las TRHA constituyen una causa fuente de la filiación hasta ahora silenciada en la legislación vigente: mientras en la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica, en las TRHA el elemento decisivo es la voluntad.

(29) ROCA TRIAS, E, “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, DS, 1999, (Volumen N° 7), disponible en: <http://www.ajs.es/downloads/vol0701.pdf>. Compulsada el 27/08/2010.

(30) Sambrizzi, Eduardo A., “La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación”, Revista La Ley, 03/11/2011, p. 1.

Este tercer tipo de filiación se distingue de las dos anteriores; de allí la necesidad de su reglamentación legal, a la manera del Código de Quebec<sup>(31)</sup>.

En los párrafos siguientes marcamos esas diferencias.

## 4.2 | Diferencia con la filiación por naturaleza o biológica<sup>(32)</sup>

La filiación por naturaleza reconoce su origen en un acto sexual, acto de la vida humana que es la causa de la procreación de quien participa en ese acto; la filiación derivada de las TRHA no tiene ese antecedente. Además, en una TRHA heteróloga, el elemento genético no es aportado por la misma persona que presta el elemento volitivo<sup>(33)</sup>.

Estas dos diferencias conducen a una tercera: mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico (que comprende el genético), en la filiación derivada de las TRHA el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo.

Consecuentemente, la determinación de la filiación y el régimen de impugnación de la filiación deben ser diferentes. Un mero ejemplo prueba este aserto: mientras en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico y su prueba habilita la procedencia de la demanda, el legislador no tolera, ni aun en las regulaciones que prohíben la TRHA heteróloga (por ej., la ley italiana) que el marido de la mujer, que prestó el consentimiento al sometimiento de estas técnicas con material genético de un donante, impugne la paternidad alegando no ser el padre "biológico" del niño nacido, en tanto esta filiación no

.....  
(31) El Código Civil de Quebec distingue tres tipos de filiación: Cap. I: "De la filiation par le sang"; Cap. I.1: "De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée" y Cap. II: "De l'adoption".

(32) LAMM, ELEONORA, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de bioética y derecho* (en prensa).

(33) En la filiación por naturaleza puede que el hombre no haya deseado tener un niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico (que en estos casos comprende el genético), a través de la relación sexual.

se funda en el vínculo biológico (que comprende el genético), sino en el elemento volitivo.

En la TRHA heteróloga siempre falta el vínculo genético; la filiación se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado y el consentimiento dado blinda la posibilidad de impugnar, por lo que este efecto debe quedar claramente establecido por la ley.

### 4.3 | Diferencias con la filiación por adopción

Las diferencias entre ambas son significativas:

La TRHA y la adopción se asemejan porque en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad, en la primera debe ser manifestada en oportunidad previa a la gestación, a través de los consentimientos requeridos legalmente. En la adopción, en cambio, la voluntad se presta respecto de una persona ya nacida. En otras palabras, mientras en la filiación derivada de las TRHA el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad, en la adopción la voluntad se expresa y el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño.

El vínculo genético entre los padres y el niño falta en la adopción. Esta situación no siempre se presenta en la filiación derivada de la TRHA a la que se recurre, precisamente, para tener el "hijo genéticamente propio"; o sea, al menos uno de los que recurren a esta técnica —o el que recurre si es una persona sola— está, o puede estar (las TRHA brindan la posibilidad), genéticamente vinculado con el niño que nace por efecto de esta práctica médica<sup>(34)</sup>.

(34) Las personas que quieren ser padres no tienen la obligación moral de pensar en la adopción como primera opción; en todo caso, hacerlo o no es una decisión libre. Tampoco es justo ni moral establecer un doble estándar: uno para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí lo tienen, estableciendo el deber moral de adoptar para unos y no para otros. Por otro lado, cabe recordar las innumerables complicaciones fácticas que padecen para adoptar incluso los que cumplen con las expectativas sociales (estar casados o en pareja estable, ser heterosexuales, encontrarse en condiciones económicas, sociales y ambientales buenas); en los casos que estos requisitos no se cumplen, no siempre explicados por la justicia, los inconvenientes para adoptar se multiplican y suelen convertirse en impedimentos infranqueables. Ver CAMACHO, J. M., *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. Compulsada el 03/08/2011.

En la adopción existe un vínculo biológico anterior entre el adoptado y la familia de origen; existe una "historia" previa, ha mediado un desarraigo, y el vínculo con los adoptantes surge con posterioridad. En la filiación derivada de las TRHA, no se presenta esta "historia" previa, el vínculo con los "padres" surge en el instante en que se da comienzo a una nueva vida. El vínculo *anterior* es más fuerte, más profundo en la adopción; conlleva un *plus* que no está presente cuando se trata de un donante anónimo, que sólo se desprende de su material genético<sup>(35)</sup>. Por eso, mientras en la filiación por adopción se trata de conocer el origen *biológico* (*bio*, vida) en la filiación derivada de las TRHA el derecho a conocer se refiere al origen genético, o sea, a los datos del dador de material genético. El nacido mediante TRHA no debería ser privado legalmente del derecho a conocer su origen genético y, consecuentemente, debería tener la posibilidad de acceder a esa información; no se trata de una reivindicación de lo genético, sino de la posibilidad de acceder a una información que, de alguna manera, se vincula a su persona, su dignidad, su identidad; además, no debería ser discriminado respecto de otros niños que no han nacido por estas técnicas. No obstante, debe "desmitificarse" la importancia del conocimiento de quién fue el mero aportante de material genético en tanto, adviértase, puede ser cualquier persona, alguien con quien nunca se ha estado vinculado por otro dato que no sea un gen.

Finalmente, la filiación en la adopción es constituida por el juez a través de una sentencia, por lo que también se diferencian en cuanto a la valoración previa realizada por un tercero con autoridad legal para hacerlo.

## 5 | Necesidad de reglas claras

En definitiva, la filiación derivada de la TRHA difiere de las otras dos y da lugar a un tercer tipo de filiación, que requiere no sólo disposiciones específicas en el Código Civil, sino leyes especiales complementarias que regulen estas práctica médicas, con criterios bioéticos, en todos aquellos aspectos que exceden el ámbito de la filiación, tales como: los derechos y deberes de los pacientes y de los donantes, las responsabi-

---

(35) Para esta diferencia ver HERRERA, MARISA, *La identidad en la adopción*, Tomo II, capítulo V, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2006, p. 115 y ss.

lidades de las instituciones o centros de salud, el rol de los comités de bioética, etc.

Se trata de situaciones nuevas que no pueden resolverse intentado encuadrarlas en las viejas reglas; se deben prever nuevas soluciones, acordes a los nuevos problemas que ya existen y los que pueden presentarse en el futuro. La realidad argentina muestra casos en que la aplicación analógica de las normas de la filiación por naturaleza o por adopción da lugar, en ocasiones, a planteamientos abusivos o inescrupulosos, soluciones injustas o, como mínimo, poco claras.

## 6 | La importancia del elemento volitivo

### 6.1 | La llamada “voluntad procreacional” Las distintas verdades

Malaurie<sup>(36)</sup> afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”).

En paralelo con las expresiones usadas por varios referentes del derecho brasileño, en la TRHA se estaría ante una filiación “socioafectiva”<sup>(37)</sup>, en la

(36) MALAURIE, PHILIPPE, “La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines. L’affaire Odièvre”, *La semaine juridique*, 2003, (N° 26), p. 546.

(37) Ver, entre muchos, DIAS, MARIA BERENICE, *Manual de Direito das Famílias*, 6ta edição, São Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2010; CHAVES DE FARIAS, CRISTIANO y ROSENVALD, NELSON, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 517 y ss; WELTER, BELMIRO PEDRO, *Igualdade entre as filiações biológica e socioafectiva*, São Paulo, Editora Dos Tribunais, 2003; DA SILVA SAPKO, VERA, *Do direito a paternidade e maternidade dos Homossexuais*, Juruá, Curitiba, 2005; HARMATIUK MATOS, ANA C., *Aspectos Jurídicos da Homoparentalidade*, en *Familia e Responsabilidade*, Coord. RODRIGO, DA CUNHA PEREIRA, Porto Alegre, IBDFAM- Magister, 2010, p. 39 y ss.; LOBO, PAULO, *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito*, em *Afeto y Estruturas Familiares*, DÍAZ, MARIA BERENICE, FERREIRA BASTOS, ELIENE y MARTINS MORAES, NAIME M., IBDFAM, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 453 y ss.

que el elemento volitivo ocupa un espacio de mayor envergadura que el componente genético.

Como se ha dicho, antes de la aparición de las TRHA, sólo existía la procreación por medios naturales a través del coito. Quien dejaba embarazada a la mujer era necesariamente el mismo que aportaba el material genético; además, la mujer que gestaba el niño lo hacía siempre con óvulos propios. Es decir, lo biológico comprendía lo genético, siendo imposible disociarlos<sup>(38)</sup>. En suma, el "vínculo biológico" era el presupuesto de una serie de "certezas".

Hoy, como consecuencia de las TRHA, se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que a su vez dan lugar a tres verdades: la genética, la biológica y la voluntaria. Veamos cada una de las variables que pueden presentarse en el marco del derecho filial.

- a. **Verdad genética:** Lo relevante es haber aportado el material genético. Es un puro reduccionismo geneticista.
- b. **Verdad biológica:** El origen cuenta con un acto humano: alguien estuvo allí para producirlo y ese alguien está más allá de los genes. La verdad biológica importa un *plus* respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon<sup>(39)</sup>. En la procreación por medios naturales, respecto del hombre, consiste en haber tenido relaciones sexuales; respecto de la mujer, no sólo en la relación sexual, sino en haber gestado durante nueve meses.
- c. **Verdad voluntaria o consentida:** la paternidad y/o maternidad se determina por el elemento volitivo: la *voluntad procreacional*.

---

(38) En general, el elemento genético, el biológico y el volitivo coincidían en una misma persona. Decimos en general, porque puede que ese hombre no haya deseado tener ese niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico, siempre determinante. Ver LAMM, ELEONORA, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación (En las fronteras del derecho civil y la bioética)*, tesis doctoral defendida el 22 de enero de 2011 en la Universidad de Barcelona (en prensa).

(39) De esta verdad se habla en los casos de adopción.

Cuando se recurre a las TRHA, el aporte puede ser puramente genético. Como lo meramente genético carece del *plus* señalado para lo biológico, lo volitivo adquiere gran relevancia<sup>(40)</sup>. En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa, de modo que cuando en una persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Coincidimos con Rivero Hernández, quien sostiene que el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca “no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (y/o genéticos), pueden ser sustituidos. (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no —excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola— y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento en cuestión”<sup>(41)</sup>.

En consecuencia, la filiación corresponde a quien desea ser “*parent*” (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.

Gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo genético y/o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva<sup>(42)</sup> determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

(40) ¿Quién es el padre? ¿el donante que aportó material genético o el que quiso tener el niño?

(41) RIVERO HERÁNDEZ, FRANCISCO, *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, 1988, p. 146.

(42) LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09

Estas nuevas realidades importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”; el concepto de filiación ha ganado nuevos contornos en sede doctrinal y jurisprudencial, comenzándose a hablar de “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional” como un acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos y no, exclusivamente, de características genéticas.

Durante años, la lucha en el derecho de la filiación se dirigió al triunfo de la verdad biológica; hoy, en cambio, la bandera que comparte el escenario o el liderazgo es la voluntad. Las TRHA han provocado una vuelta a la *verdad voluntaria*, en tanto, si bien es utilizada por quienes no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, el elemento genético no es el que determina la filiación sino el volitivo.

## 6.2 | La cuestión en el derecho comparado, especialmente, el derecho español

¿Cómo se incorpora a la ley la voluntad procreacional, centro o eje de la filiación por TRHA?

España fue el primer país que reguló, de manera especial e integral, el uso de las TRHA a través de la ley 35/1988 (derogada por ley 14/2006).

Cabe, pues, exponer en primer lugar esa experiencia legislativa.

La actual ley 14/2006 dispone en su art. 8.1: *“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”*.

Según esta disposición, si alguien consintió, no puede impugnar la filiación alegando no ser quien aportó el material genético; o sea, el vínculo

---

a 2/10/1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, 1988, p. 325.

filial queda determinado por el consentimiento previamente prestado con prescindencia del elemento genético o biológico<sup>(43)</sup>.

España extiende la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo; en consonancia con esta regulación, cuando se trata de matrimonios integrados por dos mujeres, admite que la filiación del niño respecto de la cónyuge de la mujer que dio a luz se determine sobre la base del consentimiento (art. 7.3, ley TRHA) la misma postura es seguida por otras legislaciones<sup>(44)</sup>; este otro vínculo materno se crea con total independencia del vínculo genético<sup>(45)</sup>.

(43) En la misma línea, el art. 256 del Código Civil suizo; el art. 311-20 modificado por la Ordenanza n° 2005-759 del 4/7/2005 de la legislación francesa; el art. 35 de la HFEA; el art. 20 de la ley portuguesa n° 32/2006, del 26/07/2006; la legislación islandesa (*Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*, no. 55. May 29, 1996); el art. 1597 del Código Civil brasileiro de 2002. Destacamos la postura que adopta la ley más restrictiva del derecho europeo como lo es la ley italiana 40/2004 que, si bien prohíbe —como vimos— las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga, previendo una multa de entre 300.000 y 600.000 euros, establece que si a pesar de dicha prohibición se realiza este tipo de técnicas, el cónyuge o el conviviente cuyo consentimiento ha sido recibido, no puede ejercitar acciones de desconocimiento de la paternidad en los casos previstos por el art. 235, primer párrafo del Código Civil ni impugnación a los términos del art. 263 del mismo Código. En caso de aplicación de técnicas de tipo heterólogo en violación de la prohibición, el donante de gametos no adquiere ninguna relación jurídica parental con el nacido y no se puede hacer valer en su contra ningún deber ni ser titular de derechos. La *Uniform Parentage Act norteamericana* (2000) amplió su contenido para permitir determinar la filiación de los concebidos a través de TRHA respecto del hombre que, sin ser el marido de la madre, aporta su espermatozoide o consiente a la aplicación de las TRHA *con la voluntad de ser el padre del menor* (§703), y del hombre que tiene la voluntad de ser el padre del menor, que debe expresar su consentimiento por escrito (§704).

(44) La determinación de la filiación de la segunda mujer sobre la base del consentimiento previamente prestado también ha sido adoptada en el Reino Unido (arts. 43 y 44 de la HFEA); Bélgica (*Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*); Suecia (ley SFS 2005:434); Noruega (Ley sobre el uso médico de la biotecnología); Islandia (*Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*, no. 55. May 29, 1996); Australia (AUST J. FAM. LAW 160 (2009); entre otros países.

(45) Esta solución cambia absolutamente la noción tradicional de maternidad. Puede suceder que una de las mujeres haya aportado su gestación y haya parido con óvulos de la otra mujer o donados. Además, puede suceder que la segunda mujer no haya gestado, ni por ende parido, ni haya aportado su óvulo y aún así, puede ser jurídicamente la madre por haberlo consentido. Como se puede advertir, se trata de una noción de maternidad que se aparta de las estructuras tradicionales. Ver LAMM, ELEONORA, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Revista de bioética y derecho (en prensa).

La reciente reforma del Código Civil catalán (ley 25/2010 del 29 de julio, en vigencia desde el 01/01/2011) añade el consentimiento a las TRHA a la lista de títulos de atribución de la filiación. De esta manera, el nuevo artículo 235-3 relativo a la "Determinación" establece: "*La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre*". Además, en los arts. 235-8 y 235-13 confiere el mismo tratamiento y demanda los mismos requisitos para todo hombre o mujer, con independencia de su estado civil, no distinguiendo si la pareja se encuentra o no unida en matrimonio ni si está integrada por dos personas de igual o diferente sexo. Todos pueden consentir en documento sanitario o en documento público.

## 7 | Las TRHA en el derecho argentino de hoy y de mañana

### 7.1 | La filiación matrimonial después de la ley 26.618<sup>(46)</sup>

Durante el debate parlamentario y en los primeros tiempos de vigencia de la ley 26.618 que reconoce el matrimonio a las parejas del mismo sexo, la "crisis de la filiación homoparental" giraba en torno a la adopción. ¿Es bueno o perjudicial para un niño ser criado por una pareja del mismo sexo?

Muy poco tiempo después, se observó que la cuestión no pasa por la adopción sino por la filiación derivada por el uso de las TRHA e, incluso, por la filiación por naturaleza. Nos explicamos: No tenemos una ley que

---

(46) Para profundizar este tema ver, entre otros, GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Matrimonio Igualitario. Ley 26.618. Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010, capítulo IV, p. 225 y ss.; DI LELLA, PEDRO, *Filiación y Autonomía de la voluntad (a propósito de la ley 26.618)*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, julio 2011, (N° 50) p. 133 y ss.; SOLARI, NÉSTOR, *Algunas cuestiones derivadas de la filiación en la ley 26.618*, Revista de Derecho de Familia y Persona, Buenos Aires, La Ley, junio 2011, año 3 (N° 5), p. 8 y ss.

regule las TRHA pero, como se ha dicho, esta práctica médica se realiza con alta frecuencia.

La ley 26.618 autorizó a contraer matrimonio a personas del mismo sexo; la primera pregunta fue: ¿Opera la presunción de paternidad del marido (art. 243 del Código Civil) generándose vínculo filial por presunción legal con ambas mujeres o, por el contrario, dicha presunción sólo rige para los matrimonios de diverso sexo?

La respuesta exige recordar que la ley 26.618 no reformó de manera expresa el art. 243 que prevé la presunción de paternidad del marido; no obstante, incorporó normativa vinculada a la materia.

Nos referiremos, en primer lugar, al hijo nacido del matrimonio de dos mujeres.

El art. 36 de la ley 26.618 reformó el inciso c) del artículo 36 de la ley 26.413 referido al contenido del acta de inscripción de los hijos nacidos dentro de un matrimonio en el registro del estado civil y capacidad de las personas. El texto vigente dice: "El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta".

La cuestión de la filiación en parejas del mismo sexo no fue ajena al legislador y dispuso que el niño se inscriba con el nombre y apellido de la madre "y su cónyuge".

¿Qué sentido tiene este recaudo? En nuestra opinión, y la de varios autores argentinos, la mención legal implica reconocer que un niño puede contar con dos filiaciones del mismo tipo, es decir, con dos madres, generándose vínculo filial con la mujer que da a luz y con su cónyuge. ¿Es un padre en cuerpo de mujer? No. Se trata de dos mujeres que tienen un proyecto común (tener y criar un hijo) derivado claramente del acto de haber contraído matrimonio; ese doble vínculo es independiente de que la

cónyuge haya o no aportado material genético (circunstancia hoy posible gracias al desarrollo de la ciencia médica).

Esta postura se refuerza con la aplicación de los dos últimos párrafos de la ley 26.618 que dicen: "Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo".

Según esta normativa, no es posible jurídicamente distinguir los hijos nacidos de un matrimonio entre personas de diferente sexo y de igual sexo; por lo tanto, si el nacimiento de un hijo genera *ipso iure* vínculo con ambos miembros de la pareja conyugal heterosexual, igual solución debe darse al que nace en un matrimonio de mujeres; de lo contrario, si el vínculo se estableciese sólo con la mujer que da a luz, se alteraría no sólo la norma legal sino su fundamento constitucional, el cual es el principio de igualdad y no discriminación.

¿Qué postura adoptan los registros civiles?

En la Argentina, según un sector de la doctrina, las cuestiones registrales son de índole local, reservadas a las autoridades provinciales (piénsese que existen aproximadamente 10.000 oficinas en todo el país); para otros, en cambio, se trata de derecho de fondo que pertenece al ámbito nacional. En una y otra posición, se observa que los diferentes registros han respondido de manera dispar.

El primer caso se presentó en el registro civil de la Ciudad de Buenos Aires y se conoce como caso *Vicente*. El niño nació de una mujer que se había sometido a TRHA; durante el embarazo, se sancionó la ley 26.618; la pareja contrajo matrimonio de inmediato; en la partida de nacimiento, en el renglón referido a la madre, se colocó el nombre y apellido de la persona que dio a luz; se aclaró que estaba casada con otra mujer, cuyo nombre

y apellido también se escribió; el renglón destinado al nombre y apellido del “padre” quedó en blanco.

A nuestro entender, esta modalidad de inscripción contraría el principio de igualdad y genera problemas prácticos insolubles: (a) incumple una disposición básica, la prohibición de que las partidas reflejen si los hijos son matrimoniales o extramatrimoniales (art. 241 del Código Civil); (b) queda “en blanco” un lugar de la partida creado, precisamente, para generar doble vínculo filial; este niño, en cambio, aparece con un solo vínculo, aunque quien lo ha parido está casada; (c) ¿Qué sucede si un hombre pretende reconocer al niño? ¿Hay tres filiaciones? ¿La cónyuge de la mujer puede oponerse? Adviértase que si la cónyuge ha dado su material genético, el niño tiene vínculos genéticos con la cónyuge de la mujer que da a luz, pero no con la propia gestante.

Este tipo de cuestiones deben resolverse con el núcleo duro de la reforma: igualdad y no discriminación.

Por eso, hay que preguntarse cómo se resolvería la cuestión si se tratase de un matrimonio integrado por dos personas de diverso sexo y aplicar la misma solución. Este ha sido uno de los pilares tenidos en cuenta por el equipo de trabajo; el texto proyectado, ubicado en el capítulo dedicado a la determinación de la filiación<sup>(47)</sup> matrimonial, dice: “Se presumen hijos del/a cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio vincular o nulidad del matrimonio, o de la separación de hecho, salvo prueba en contrario. Este artículo rige para los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida siempre que el/la cónyuge haya prestado el correspondiente consentimiento informado y libre según lo dispuesto el capítulo...”.

La reforma contribuye a disipar los debates auspiciados por algunas personas que se resisten a admitir una realidad: el nacimiento y crianza de niños en parejas del mismo sexo merced al desarrollo de las TRHA.

(47) Adviértase que no se alude a la determinación de la “paternidad” matrimonial sino a la determinación de la “filiación” matrimonial, en un formato o modalidad neutros, ya que en los matrimonios conformados por dos mujeres, ambas se sienten y son madres (co-madres).

La solución coincide con la que han asumido otros registros del estado y capacidad de las personas y, en especial, con la reiterada realidad social que tanto debe importarle al derecho. Nos explicamos.

En la práctica y por el uso de las TRHA, sin ley que extienda el matrimonio a las parejas del mismo sexo, varias mujeres lesbianas se sometían a ellas utilizando material genético de su pareja del mismo sexo o el suyo y, en ambos supuestos, con donación de un tercero anónimo o no. Por lo cual, sin ley esto ya sucede y sigue sucediendo. ¿Qué sucede con el niño? Es criado y cuidado forjando día a día su identidad dinámica con ambas mujeres, quien dio a luz y su pareja, que puede o no ser también quien ha dado su material genético. De este modo, la realidad muestra que este niño cuenta con dos referentes afectivos con fuertes lazos y que el derecho sólo vislumbra a una de ellas, quien lo parió. ¿Qué solución jurídica sería la que más se adecua al principio rector del interés superior del niño? La respuesta es elocuente, aquella en la cual el vínculo afectivo tiene un claro reconocimiento en el plano jurídico.

## 7.2 | La filiación extramatrimonial

La ley 26.618 se refiere a la familia matrimonial, pero es innegable su repercusión o incidencia en la extramatrimonial. ¿Qué sucede con los niños nacidos por TRHA, con donante anónimo, de una mujer lesbiana, cuya pareja pudo o no haber dado su material genético, que no contrajeron matrimonio? ¿Cómo pueden estos niños generar vínculo con la pareja que después de la ley contrajeron matrimonio pero que nacieron fuera del matrimonio? ¿Si la pareja no contrae nunca matrimonio? ¿Puede una mujer que, posteriormente al nacimiento del niño se unió en matrimonio con la mujer que dio a luz, ir al registro civil a reconocerlo? ¿Qué acontece con los niños que tienen vínculo sólo con una persona —la que los parió— pero no con la otra mujer con quien viven, desarrollan su identidad dinámica, e incluso los une un vínculo genético si ella aportó su material genético?

Si la pareja no matrimonial fuese heterosexual, la respuesta sería medianamente sencilla: el hombre podría reconocer al niño (art. 248 del Código Civil) con quien tendría rápidamente vínculo filial.

Las respuestas no son simples en las uniones homosexuales por lo que, una vez más, aparece el llamado “activismo judicial”.

El primer caso resolvió una “medida autosatisfactiva”, mediante la cual se petitionó que se obligara al registro civil a inscribir “el reconocimiento” realizado por una mujer que contrajo nupcias con quien había dado a luz a un niño. El 07/04/2011, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>(48)</sup> hizo lugar a la solicitud. En el caso, la cónyuge de la persona que dio a luz había aportado el material genético del niño nacido por esta técnica médica (o sea, el embrión implantado se había conformado con un óvulo de la “reconociente”).

Otras dos peticiones se interpusieron posteriormente por vía del “amparo”. La primera sentencia, del 24/06/2011<sup>(49)</sup> corresponde al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nro. 15; la segunda, del 13/07/2011<sup>(50)</sup>, es del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nro. 6.

En ambos casos se intentaba la inscripción del “reconocimiento” de mujeres casadas con posterioridad al nacimiento del niño.

La primera diferencia con la sentencia antes reseñada que decidió la medida autosatisfactiva, relevante para quienes centran su atención en la biología —o en el geneticismo— es que en estas dos falta el vínculo biológico (genético) entre la cónyuge de la madre y el niño. Otro dato diferencial de la sentencia del 24/06/2011 es la existencia de otro hijo nacido por la misma práctica médica; dado que nació después del matrimonio, tiene vínculo filial con ambas mujeres (quien dio a luz y su cónyuge); en cambio, el hermano nacido antes del matrimonio sólo tiene vínculos con la mujer que lo dio a luz.

Las tres decisiones hicieron lugar al pedido, obligaron al registro civil a inscribir el reconocimiento y determinaron vínculos jurídicos entre el niño

(48) Juzgado Contencioso administrativo y Tributario, Nro. 4, CABA, 07/04/2011, “C., M. del P. y otra c/ GCBA”, comentado por ALES URÍA, MERCEDES, *La doble maternidad en el derecho argentino y comparado*, Abeledo Perrot on line, Lexis N° 70070720.

(49) Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario, Nro. 15, CABA, 24/06/2011, “V.A.F. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, Microjuris on line, Cita: MJ-JU-M-66567-AR | MJJ66567 | MJJ66567.

(50) Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario, Nro. 6, CABA, 13/07/2011, “M.Y.M. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, Microjuris on line, MJ-JU-M-66984-AR | MJJ66984 | MJJ66984.

nacido y la mujer que contrajo matrimonio con la persona que dio a luz, priorizándose la “voluntad” de querer ser madre (co-madre). En los tres se había acreditado que el niño convive y se desarrolla, desde su nacimiento, con la persona que se inscribe como segunda madre.

Los precedentes aciertan cuando la solución se analiza a la luz de los Derechos Humanos en juego; no obstante, es discutible si la situación debe ser juzgada como un “reconocimiento”, máxime en el marco de un ordenamiento jurídico en el cual, si un hombre reconoce un hijo extramatrimonial a sabiendas de que no es su hijo biológico, estaría incurriendo en el delito de supresión y suposición del estado civil y de la identidad (art. 138 y ss. del Código Penal).

Consecuentemente, por coherencia, podría llevar a que sólo se admita el reconocimiento de la segunda mujer si esta hubiera aportado su material genético o, en otras palabras, a que no se permita su reconocimiento si no lo ha aportado.

A los fines de no dejar la resolución de estos casos en manos exclusivas de los jueces, con la consiguiente inseguridad jurídica derivada de la discrecionalidad que gira en torno a las decisiones judiciales, se presentó un proyecto de decreto de necesidad y urgencia auspiciado por varios organismos que defienden los derechos de las personas gays, lesbianas, transexuales, etc., en particular la organización Lesmadres<sup>(51)</sup>.

El proyecto tiene por objeto regularizar la situación de estos niños a través de un proceso administrativo conforme el cual las mujeres que después del nacimiento del niño contrajeron matrimonio pueden solicitar “completar el acta de nacimiento” para generar vínculo con la otra mujer<sup>(52)</sup>.

---

(51) Para conocer las diferentes estrategias que está llevando adelante esta organización compulsar <http://www.lesmadres.com.ar/>.

(52) Se propone como art. 1: “Establécese por el término de 1 año, contado a partir la publicación del presente decreto y con carácter excepcional prorrogable por 1 año más, un régimen administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de 18 años de edad de matrimonios conformados por dos mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618 (...)”; agregando el art. 3 que: “Ambos cónyuges deberán manifestar expresamente su pleno consentimiento a la inscripción en los términos del art. 36 de la ley 26.618”, por lo cual “Cumplido lo provisto en el artículo anterior, el oficial público deberá completar el acta de nacimiento y la libreta de matrimonio correspondiente” (art. 4).

Ni la propuesta legislativa ni la jurisprudencia reseñada eliminan todos los problemas jurídicos generados por el matrimonio igualitario en el campo filial. ¿Qué acontece si la pareja de mujeres, por decisión personal, decide no contraer matrimonio?

El anteproyecto de reforma del Código Civil pretende solucionarlos, pero sólo en los casos en los que se ha recurrido a una TRHA<sup>(53)</sup>, mediante la intervención médica.

## 8 | Una realidad: la gestación por sustitución

### 8.1 | Terminología. Conceptos preliminares

Como es sabido, la gestación por sustitución implica, cuanto menos, la existencia de un acuerdo de voluntades por el que una mujer gesta un niño para otra persona (sea un hombre, otra mujer o una pareja heterosexual u homosexual).

Esta realidad es generalmente conocida con la expresión *maternidad subrogada*, aunque se utilizan distintas denominaciones, tales como: gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, madre suplente, madre portadora, por citar sólo algunas de las más difundidas. En inglés los términos también varían: *surrogacy*, *surrogate*; *gestational mother*, *surrogate mother*, entre otros.

El derecho comparado tampoco presenta uniformidad terminológica; en España, la ley hace referencia a la *gestación por sustitución*; en México,

(53) El artículo propuesto dice: 1) *Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida*: "El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, debiendo renovarse éste cada vez que se proceda a la implantación de material genético. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público". 2) *Voluntad procreacional*: "Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado el material genético".

el CC de Coahuila, a *maternidad subrogada*; el CC de Tabasco distingue entre *maternidad subrogada* y *maternidad gestante sustituta*, según la gestante aporte o no material genético; la ley del Distrito Federal —aún pendiente de nuevo tratamiento en comisión<sup>(54)</sup>— la llama *gestación subrogada*.

La evolución de la figura y la distinción entre distintas situaciones ha permitido advertir que la expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no englobarlas a todas. Según el diccionario de la Real Academia Española *subrogar* es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se lo identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término *sustitución* para especificar que se gesta (y sólo se gesta) para otro y por otro que no puede hacerlo.

El anteproyecto de reforma del Código Civil utiliza la expresión “*gestación por sustitución*” por dos razones fundamentales: en primer lugar, la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada; en segundo lugar porque, como se verá, la normativa sólo acepta la figura de la mujer puramente gestante.

Sea cual fuese la denominación, lo cierto es que entre las muchas aplicaciones de las nuevas tecnologías reproductivas, ésta es la que plantea mayores cuestionamientos, no sólo legales, sino éticos. Las preguntas son infinitas<sup>(55)</sup>:

¿Presta la gestante un consentimiento verdaderamente informado?; ¿Pueden predecirse las emociones asociadas con ceder a un niño?; ¿Cuál es el grado de estrés en la pareja comitente?; ¿Cuáles son los posibles efectos psicológicos en el niño?; ¿Qué crisis de identidad puede producirse?; ¿Habrá un deseo del niño de conocer a quien fuera la gestante?; ¿Es éticamente correcto que se le pague un monto a la mujer gestante?; ¿La

.....

(54) Como consecuencia de la “moción de censura” aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el pasado 20 de diciembre del 2011.

(55) FARNÓS AMORÓS, ESTHER, *European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010*, disponible en [http://www.indret.com/pdf/751\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf), compulsada el 27/08/2010.

compensación conduce necesariamente a la explotación de las mujeres?; ¿Qué pasa si nadie quiere un niño que nace con discapacidad?; ¿Corresponde informar al niño que su existencia ha tenido origen en un proceso de gestación por sustitución?; ¿Qué tipo de registros se deben llevar?; ¿Tiene el niño nacido acceso a la información?

¿Debe aceptarse que sea practicada con fines comerciales o sólo con fines altruistas?; de optarse por la legalización con fines altruistas, ¿qué cuantía aproximada debe considerarse "compensación razonable" a percibir por la mujer gestante por las molestias y gastos en los que incurrió durante la gestación y el parto?; ¿debe existir algún tipo de vínculo familiar o afectivo entre la pareja comitente y la gestante?; ¿deben otorgarse efectos jurídicos sólo a la gestación por sustitución, es decir, aquella en que la gestante sólo gesta, o también debe desplegar efectos la maternidad subrogada plena, en la que además de gestar, la gestante aporta sus óvulos?; ¿cómo deben resolverse los eventuales conflictos de intereses entre las partes, especialmente los cambios de opinión de la gestante que, tras el parto, se niega a entregar al nacido a la pareja comitente?; ¿a favor de quién debe determinarse la filiación del nacido en tales circunstancias?; ¿debe permitirse sólo a las parejas infértiles o también a las parejas e individuos que padecen la conocida como "infertilidad estructural", como los hombres solos o las parejas gays?

En definitiva, en el ámbito de la filiación, ¿madre es la que pare?

En el régimen vigente, según el art. 242 del Código Civil, la maternidad se determina por el parto. Consecuentemente, aunque se "convenga" otra cosa, madre es quien da a luz.

Sin embargo, aplicar esta regla en todos los casos en los que se recurre a la gestación por sustitución conduce a una solución que, generalmente, no coincide ni con la voluntad de las partes, ni con el interés superior del niño, consolidándose enormes injusticias. En consecuencia, es necesario reflexionar y preguntarse: ¿Es conveniente prohibir la figura de la gestación por sustitución, declarar la nulidad del convenio privándolo de todo efecto y reconocer siempre y, en todo caso, la maternidad en la gestante o, por el contrario, se debe respetar la autonomía de la voluntad de las personas y reconocer la filiación de aquellos que han querido y buscado ese hijo, superando la dificultad que se lo impedía?

## 8.2 | Un caso argentino

Una sentencia del 14/04/2010 de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos<sup>(56)</sup>, colocó sobre el escenario judicial una realidad silenciada, al menos en el campo jurisprudencial.

Una mujer que aportó el óvulo para la fecundación *in vitro* del niño interpuso demanda de impugnación de la filiación de la mujer que había dado a luz y, consecuentemente, aparece como madre legal del niño en la partida de nacimiento.

El juez de primera instancia declaró improponible la demanda en tanto negó legitimación a la actora; fundó su decisión en el art. 262 el Código Civil argentino (que dispone que la acción intentada por la madre sólo es procedente cuando alega sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo) y en la jurisprudencia interpretativa (que requiere se den razones que descarten su autoría o participación en hechos que signifiquen imputarle un obrar irregular).

La actora apeló. Calificó de arbitraria la resolución, por obstruir el acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad objetiva. Fundó la necesidad de flexibilizar los principios procesales que rigen en una materia en la que está en juego la identidad de la persona en diversos principios constitucionales. La Cámara revocó el decisorio. Interpretó que en el supuesto de impugnación de maternidad previsto en el art. 261 del Código Civil prima el vínculo biológico de la filiación, tanto es así que el texto sólo requiere "no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo", objetivo puesto de manifiesto en el sistema creado por la ley 23.264, ángulo desde el cual deben interpretarse el art. 262 y los distintos supuestos que puedan presentarse; en ese marco, el art. 262 faculta para impugnar la maternidad a "todo tercero que invoque un interés legítimo" y, precisamente, la amplitud de los legitimados activos consagrada responde a "la decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexa biológico", con lo cual, quien pretende el reconocimiento de su vínculo biológico como madre impugnando el emplazamiento de quien figura como tal, no se encuentra excluida por el

---

(56) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, 14/04/2010, "B., M. A. c. F. C., C. R.", Gualeguaychú, La Ley on line, AR/JUR/75333/2010.

art. 262, norma que debe interpretarse de modo armónico con el art. 261 del mismo cuerpo legal.

Al resolver favorablemente la cuestión de la legitimación, la Alzada remitió el caso a primera instancia para que, oportunamente, dicte sentencia sobre el fondo del asunto.

¿Qué debería resolver el juez? ¿Mantener la filiación materna en cabeza de la mujer que dio a luz a un niño con el que no tiene vínculo genético ni voluntad procreacional, pero a quien se le ha aplicado irrestrictamente la regla “la madre siempre es cierta” o, en atención a la identidad genética, sumada a la volitiva, establecer la filiación a favor del matrimonio que encomendó la gestación?

El principio rector del interés superior del niño nos inclina a favor de la segunda posibilidad, que tiene a la voluntad procreacional como eje o columna vertebral del uso de las TRHA y de la filiación que de la misma resulta.

### 8.3 | Derecho y realidad: ¿prohibir, omitir o regular?

El fallo sintetizado en el apartado anterior muestra una verdad incontrovertible: la gestación por sustitución se practica, con o sin ley. Es más, son imaginables más situaciones, entre otras, las siguientes:

- a. Gestante soltera es implantada con un embrión formado con material genético del comitente, o es inseminada con semen del comitente; nacido el niño, el comitente lo reconoce (adviértase que hijo y padre están unidos, además de la voluntad procreacional, por el elemento genético). Tiempo más tarde, la esposa del comitente (que no es la gestante) solicita la adopción de integración del hijo del cónyuge.
- b. Gestante casada es implantada con un embrión formado por material genético de un hombre casado con otra mujer, o es inseminada con su semen. Nace el niño; el marido de la gestante inicia una acción de impugnación de la paternidad (art. 259 del Código Civil), alegando no ser el padre genético del niño nacido de su esposa. Se hace lugar a la acción y el hombre que quiere ser padre, a quien le corresponde el

material genético, reconoce al niño; posteriormente, la esposa del reconociente, peticona la adopción de integración.

Los dos casos, además de burlar los procedimientos de adopción, configurando un verdadero fraude a la ley, confieren diferente trato a los miembros de la pareja comitente cuando ambos han aportado su material genético. Mientras que al hombre le basta reconocer, la mujer deberá acudir al procedimiento de adopción<sup>(57)</sup>, para obtener sólo una adopción simple.

- c. Un embrión formado con material genético de una pareja matrimonial, o no —en este caso puede que no se haya aportado material genético; de hecho esa sería la diferencia con el anterior caso, porque precisamente al no haber aportado ese material, especialmente semen, el comitente no podrá reconocer y su mujer no podrá luego adoptar— que tiene la voluntad de procrear es implantado en otra mujer; nacido el niño, el matrimonio solicita la adopción conjunta después que el niño ya ha forjado con ellos un fuerte vínculo afectivo, en tanto quien lo gestó y parió se lo entregó en forma directa; en principio, el derecho argentino no autoriza la entrega directa de la supuesta “familia biológica” a la pretensa adoptante (conf. art. 318 del Código Civil); sin embargo, varias decisiones judiciales, con fundamento en el interés del niño, han convalidado esa elección cuando se ha acreditado un fuerte vínculo afectivo. En la situación planteada, la adopción presenta varias dificultades: (a) contraría la letra de la ley; (b) si la gestante fue implantada con un embrión formado por material genético de los comitentes, supone adoptar a un niño que posee material genético de la pareja, o al menos, de uno de sus miembros.

De cualquier modo, como se advierte, aunque por una vía indirecta, costosa, lenta e inconveniente, el niño concluye en el seno de la familia que tiene voluntad procreacional.

---

(57) Los Tribunales de Nueva York han reconocido la maternidad en los casos de gestación por sustitución sin necesidad de requerir un proceso de adopción (véase *Doe v New York City Bd. of Health*, 5 Misc 3d 424; *Arredondo v Nodelman*, 163 Misc 2d 757; ver también *Matter of Doe*, 7 Misc 3d 352). En el mismo sentido, véase lo resuelto recientemente por la Supreme Court of the State of New York, Appellate Division: Second Judicial Department in the case *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health*. August 09, 2011. 6557/09, que consideró que esta diferencia de trato es discriminatoria.

Siendo así, ¿qué debe hacer el legislador? ¿Prohibir gestación por sustitución, silenciarla, regularla? Nos inclinamos por esta última opción por las razones que pasamos a exponer.

(i) Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice en los centros de salud; antes bien, se utilizan estrategias como las señaladas, generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona<sup>(58)</sup>.

(ii) Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva.

(iii) Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costo.

(iv) Esta práctica se realiza en muchos países del mundo; las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En consecuencia, las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación

.....

(58) A modo de ejemplo, traemos a colación la nota periodística publicada en Página 12 sobre un matrimonio de dos hombres que “recurrió a la “maternidad subrogada”. Con espermatozoides de uno de ellos y un óvulo donado por una canadiense, el vientre fue alquilado a una mujer en India. El embarazo está en marcha, pero para que al bebé pueda salir de ese país debe tener nacionalidad argentina. Ya pidieron en la Justicia que se le otorgue documento argentino”. Se trata de un amparo presentado ante el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires a los fines de conseguir que cuando el niño nazca pueda ser inscripto a nombre de ambos padres (Nota periodística: “La batalla por la paternidad”, Página 12, 18/12/2011 en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-183627-2011-12-18.html>, compulsado el 25/12/2011).

por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos van a los Estados Unidos, Ucrania, la India u otros lugares donde dicha práctica está permitida, dando lugar a lo que se denomina "turismo reproductivo"<sup>(59)</sup>; de allí el interés puesto en la figura por algunos organismos internacionales, como la Convención de la Haya, tal como se ha indicado.

(v) La gestación por sustitución ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de ovarios; esta técnica se practica en la Argentina, aunque no exista ley. En la misma línea, habría que considerar la posibilidad de permitirla para ayudar a las mujeres que no pueden gestar, por ejemplo, por carecer de útero. En fin, las demandas a los médicos son numerosas y variadas, y el legislador debe responder.

(vi) Como se ha señalado, la legislación argentina permite el matrimonio a las parejas del mismo sexo; la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno solo de ellos); conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiativos a través de las TRHA, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones.

(vii) La regulación de la gestación por sustitución es la tendencia que prevalece en el derecho comparado reciente. Legislaciones que surgieron con carácter restrictivo, comienzan a flexibilizarse por imperio de la realidad. Así, por ej., si bien las leyes del Reino Unido y de Grecia<sup>(60)</sup> prohíben

(59) Algunos autores creen que las leyes deberían reforzarse, convirtiendo este tipo de turismo en un delito. Otros ven una oportunidad de armonizar las leyes y facilitar la legislación para que la gente pueda satisfacer su deseo de tener un hijo donde sea posible y luego volver a casa. Por último, están quienes ven en esta práctica una garantía de equidad y autonomía para los futuros padres (Véase COHEN, J., *Le tourisme procréatif: un pis-aller*, Gynécologie Obstétrique & Fertilité, Paris, Elsevier, 2006, (Vol. 34), pp. 881/882).

(60) La ley exige que la práctica sea gratuita, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la gestante y por los gastos que suponen la gestación y el parto. No obstante, en los hechos, normalmente se remunera a la gestante. Esto es así porque el artículo 26 de la ley 3305/2005 que introduce las sanciones penales, imponiendo una pena de prisión de hasta 2 años para quien publicite, actúe como intermediario mediante el pago de un precio, u ofrezca estos servicios por un precio, no distingue entre la gestante, los intermediarios y los comitentes, y nada prevé para el niño nacido de un contrato de maternidad subrogada ilegal por su carácter comercial. Ante esta situación cabe preguntarse: ¿qué sería del niño si comitentes y gestante fueran condenados

este tipo de práctica cuando es de carácter lucrativa, en los hechos<sup>(61)</sup> la situación está modificada. En España, la ley prohíbe la gestación por sustitución declarando nulos los contratos, pero el Estado se ha visto ante la necesidad de dar respuesta a los “casos extranjeros”, es decir, a dar un *status* legal (tanto en materia de filiación como de nacionalidad) a los niños nacidos mediante convenios celebrados en el extranjero, cuando los comitentes de nacionalidad española vuelven a su país con el o los niños nacidos en el extranjero. Así lo ha hecho la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” del 05/10/2010, cuyos requisitos, lamentablemente, según la Audiencia Provincial de Valencia no estaban presentes en un caso de un matrimonio de dos hombres que desde 2008 viene luchando por conseguir la inscripción de sus gemelos gestados y nacidos en Los Ángeles<sup>(62)</sup>.

En una sociedad liberal, dice Charlesworth, la gente debería poder elegir, dentro de sus posibilidades, la forma en que desea tener hijos y el tipo de familia que quiere constituir; además, no debería ser penalizada (por ejemplo, siéndole denegado el acceso a los fondos y recursos de la

.....  
a dos años de prisión? El interés superior del niño hace que esta sanción carezca de fuerza legal. Véase HATZIS, A. N., *From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece*, en *Portuguese Economic Journal*, 2009, (Vol. 49, Núm. 3), p. 205 y ss., disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1442869>. Compulsada el 27/08/2010.

(61) En este sentido véase el caso L (A Minor) [2010] EWHC 3146, disponible en: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed74241>. Compulsada el 23/02/2011. Se trata de un contrato de maternidad subrogada celebrado en Illinois, EEUU. El acuerdo era totalmente legal en esa jurisdicción, pero era ilegal en el Reino Unido, porque los pagos efectuados por los demandantes iban más allá de lo que se entiende por gastos razonables. De esta manera, no se cumplían los requisitos previstos por el art. 54 de HFEA, impidiendo que se otorgue una orden parental a favor de los solicitantes. No obstante, el juez tuvo en cuenta el interés superior del niño y sostuvo que el bienestar del menor no es sólo la *primera* cuestión a considerar por el tribunal, sino la *principal* cuestión. De este modo, cuando éste entra en conflicto con una política pública (como es la prohibición de pagar un monto que exceda lo que se entiende por “gastos razonables”) debe prevalecer el bienestar del menor, que en este caso se satisface si la filiación del menor se establece respecto de los comitentes. Algunos autores entienden que este fallo, que elude el requisito de la prohibición de remuneración para otorgar la orden parental, abre la puerta a la maternidad subrogada “comercial” o “lucrativa”, en el Reino Unido. En igual sentido, confirman esa jurisprudencia A and A v P, P and B [2011] EWHC 1738 (Fam); IJ (A Child) [2011] EWHC 921; *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180; la reciente sentencia *Re X and Y (Children)* [2011] EWHC 3147 (Fam) etc.

(62) La sentencia nro. 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia del 23/11/2011 confirmó la de la instancia inferior que hizo lugar a la demanda interpuesta por el ministerio fiscal y ordenó la cancelación de dicha inscripción.

sanidad pública) por elegir otras alternativas al formato de familia tradicional (heterosexual y monogámica), a no ser que esto implique un peligro claro y serio para la sociedad o para el niño que nazca por diferentes formas alternativas de procreación que no sea por naturaleza (por ejemplo, de relaciones incestuosas). Desde su punto de vista, este resultado es la consecuencia inevitable de vivir en una sociedad liberal democrática que tolera la pluralidad y lo que Stuart Mill llama “experimentos con la vida”. Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla<sup>(63)</sup>.

Por todas estas razones, la Comisión de reforma del Código Civil propone incorporar en el título dedicado a las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, el siguiente artículo:

*“El consentimiento informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: (a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; (b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; (c) al menos uno de los comitentes ha aportado su material genético; (d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; (e) la gestante no ha aportado material genético propio; (f) la gestante no ha recibido retribución; (g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; (h) la gestante ha parido, al menos, un hijo propio. Los médicos no pueden proceder a la implantación de la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.*

---

(63) CHARLESWORTH, J., *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 78.

La norma está ubicada en el capítulo general relativo al uso de las TRHA como un tipo específico, para el que se prevé (a diferencia de otras tipologías), siguiendo el modelo griego, un proceso judicial *previo* a través del cual se controlan una serie de requisitos, en especial, el interés superior de la futura persona y la plena libertad de la mujer que se presta a la práctica; en consecuencia, los profesionales de la salud no pueden proceder médicamente si no cuentan con la correspondiente sentencia judicial que autorice esta práctica.

Adviértase que el artículo no integra el capítulo relativo a la determinación de la *maternidad* ya que esta práctica puede ser el camino para que un hombre solo o una pareja conformada por dos hombres puedan alcanzar la paternidad, tal como sucede en la adopción, figura jurídica a través de la cual una persona sola (un hombre) puede adoptar, o después de la sanción de la ley 26.618, también un matrimonio conformado por dos hombres. La diferencia reside en que para poder hacer uso de la práctica médica de la gestación por sustitución es requisito necesario la utilización de material genético de, al menos, uno de los comitentes<sup>(64)</sup>. Sin tal requisito, no se justifica recurrir a esta técnica que, fuerza es reconocerlo, deja ver conflictos de diversa índole. Precisamente, esta es una de las razones que refuerza la terminología que se propone en la reforma en los términos ya expresados.

## 9 | La práctica de las TRHA en Argentina: compartiendo algunos de los resultados de una investigación

Sin ley que legitime las TRHA, es difícil lograr datos estadísticos ciertos o investigaciones de campo acerca del uso de estas técnicas; sin embargo, se cuenta con los resultados arribados a través de una amplia encuesta

(64) Esta es la tendencia en el derecho comparado; no obstante, también se encuentran algunas excepciones al requerimiento de este requisito. Véase, por ejemplo, *The Uniform Parentage Act*, reformada en 2002 (disponible en <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/upa/final2002.htm>), o el nuevo dictamen de la ley del Distrito Federal de México, que a diferencia del aprobado el 30 de noviembre de 2010, ha sido objeto de revisiones y cambios por parte de la Consejería Jurídica del Distrito Federal. El nuevo dictamen que fue aprobado en comisiones de la Asamblea legislativa el 9 de diciembre de 2011, que debe ser sometido a la aprobación del Pleno, no exige que los comitentes aporten su material genético.

realizada en el marco de un Simposio titulado "Aspectos Éticos y Legales de las técnicas de Reproducción Asistida y las Diferentes Alternativas Terapéuticas" realizado los días 29 y 30 de abril de 2011 en la Ciudad de Buenos Aires, en el que participaron ochenta médicos de la especialidad<sup>(65)</sup>.

En esa oportunidad, de manera anónima, se interrogó a los médicos sobre una serie de cuestiones atinentes a las TRHA, entre otras: naturaleza jurídica del embrión o pre-embrión, perfeccionamiento de las técnicas de criopreservación, avances en el diagnóstico genético preimplantatorio, incidencia de la sanción de la Ley 26.618 que reconoce el derecho a casarse a las parejas del mismo sexo en el acceso a las TRHA, donación, anonimato o no, posibilidad de "descarte", edad de las mujeres que se someten a las técnicas, maternidad subrogada, etc.

Resulta interesante compartir algunos de los resultados de esa encuesta privada.

Varios interrogantes se referían al *status* del pre-embrión humano *in vitro*: A la pregunta "¿Piensa usted que un ovocito humano penetrado por un espermatozoide mediante fecundación *in vitro* (FIV), previo a la formación de los pronúcleos, es una persona?", el 100% de los presentes respondió en forma negativa. La respuesta negativa daba lugar a otra pregunta: ¿en qué momento posterior a la transferencia embrionaria considera usted que es aplicable el concepto de persona? Las opciones eran: 1) En el momento inmediato posterior a la transferencia embrionaria; 2) Implantación (día 14 del desarrollo); 3) Iniciación de la cresta neural (día 15 del desarrollo); 4) Registro de actividad cardíaca (día 42 del desarrollo); 5) Aparición de sensibilidad (día 51 del desarrollo); 6) En un momento posterior.

El 60 % de los consultados optaron por la variable 6); el 5% por la variable 1); el 12% por la variable 2); el 10% por la variable 3); el 9% por la variable 4), y el 5% por la variable 5).

El 75% de la audiencia consideró que no era correcto contar con una Clínica de Embriología sin programa de criopreservación. El 97% estuvo de acuerdo en que la buena práctica de FIV implica la selección de los mejores pre-embriones.

---

(65) Este encuentro estuvo respaldado por tres organizaciones importantes del campo de la Reproducción humana asistida: Sociedad Argentina de Andrología (SAA), Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) y la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RLAR).

Consultados en torno a la posibilidad de que una pareja no quiera crioconservar los pre-embryones u ovocitos, el 56% consideró que no era correcto descartar los pre-embryones humanos no transferidos, el 37% respondió que sí lo era y el 7% restante contestó que no sabe o no contesta.

Ante la misma situación fáctica anterior, se consultó por la posibilidad de destinarlos a la investigación; el 59% estuvo de acuerdo, el 27% contestó de manera negativa y el 14% que no sabe o no contesta. Asimismo, el 81% entendió correcto utilizarlos para generar cédulas madres, siempre que no hayan sido generados exclusivamente para ese fin.

El 83% respaldó la donación a favor de otras parejas. El 84% consideró que debe compensarse económicamente a los donantes de pre-embryones o gametos. El 70% afirmó que el material a donar debe provenir de pre-embryones abandonados por sus progenitores y el 82% rechazó que provengan de un banco de pre-embryones creado especialmente para tal fin. Coincidieron en que ante el silencio del legislador, cuando los pre-embryones sobrantes no quieren ser utilizados, la única opción real es donarlos a otra pareja.

El 81% destacó la necesidad de que se mantenga el anonimato del donante. Paradojalmente, cuando se consultó sobre el derecho del niño a conocer los orígenes, la opinión estuvo dividida: el 38% sostuvo que es un derecho, el 33% que no lo es y el 29% no sabe o no contesta.

Mayoritariamente, el 86%, manifestó que la mujer receptora de los pre-embryones humanos *in vitro* debería ser menor a los 50 años. Por el lado del hombre, el 55% consideró que el límite debería ser menor a los 50 años, y el 31%, menor a 55 años.

También se consultó acerca de la posibilidad de la donación de pre-embryones humanos a parejas lesbianas; un 52% dijo que estaría de acuerdo y un 32% contestó negativamente. La misma pregunta se repitió para el caso de mujeres solas; el 81% estuvo de acuerdo con tal donación. El dato es interesante, porque permite observar la resistencia a las familias homoparentales entre los médicos que se dedican a las TRHA; esa resistencia podría ser calificada de contraria a los postulados básicos de Derechos Humanos, en tanto autoriza al médico a verificar o indagar sobre la intimidad (orientación sexual) de la mujer sola que acude a someterse a dichas

técnicas, ayudándola si se trata de una mujer sola heterosexual y rechazándola si fuera homosexual.

El 53% estuvo de acuerdo con la maternidad subrogada para parejas heterosexuales, siempre que se acuda a ella porque la mujer en edad reproductiva perdió su útero pero conserva sus ovarios (es decir maternidad subrogada con material genético sólo de la pareja) o en caso de riesgo serio de muerte de la mujer por embarazo. En el caso de una pareja de hombres homosexuales, el 60% respondió que no estaba de acuerdo, el 20% que sí y el 20% restante no sabe o no contesta.

## 10 | Reflexiones finales

Regular el uso de las TRHA no es tarea sencilla, especialmente, en el marco de un ordenamiento jurídico que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo y que amplía el campo de las diversas formas de organización familiar originando la filiación homoparental.

De manera general, puede afirmarse que la filiación por naturaleza y la adopción no son los únicos modos hoy de alcanzar la maternidad/paternidad.

¿Qué debe decir al respecto un Código Civil que regule, precisamente, lo que hoy es fácticamente posible? Seguramente no es seguir el sendero del silencio y la negación, sino de la aceptación y regulación. Ésta es la postura que se adopta.

¿En qué sentido, bajo qué lineamientos y principios? Ellos están expresados en los fundamentos de elevación de la propuesta, en los cuales se expone de manera breve: “Los pilares de la reforma son los siguientes: 1) el principio del interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño

injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella”.

Hacer, modificar, transformar, siempre genera nuevos retos, pero vale la pena enfrentarlos para contribuir a establecer un derecho que regule una realidad compleja, con nuevas vertientes de incerteza en razón del espectacular desarrollo de la biotecnología.

Con gran ironía, un genetista escocés, JBS Haldane afirma: *“Las teorías tienen cuatro estadios de aceptación: 1) Es una tontera, carente de toda aceptación; 2) Es un punto de vista interesante, pero erróneo; 3) Es verdadera, pero del todo irrelevante; 4) Lo he dicho siempre”*.

Estamos seguras de que la hora de que el legislador visualice a las TRHA ha llegado. Para colaborar con este estadio hemos trabajado en la redacción del anteproyecto de Código Civil. Ojalá estas técnicas no tengan que seguir luchando por su espacio en el marco de la ley sólo porque, al igual que en los tiempos de Galileo, muchos ojos cerrados no quieran mirar lo que acontece a su alrededor.

---



# El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina

por **MARISA S. AIZENBERG**<sup>(1)</sup>

*“La salud es un asunto social, económico, político y sobre todo es un derecho humano fundamental. La desigualdad, pobreza, explotación, violencia e injusticia están a la raíz de la mala salud y de las muertes de los pobres y marginados. La salud es el reflejo del compromiso de una sociedad para tener equidad y justicia. La salud y los derechos humanos deberán prevalecer sobre los asuntos económicos y políticos”.*

*Asamblea de Salud de los Pueblos, Bangladesh, 2000.*

## I | Planteo de la cuestión. Reflexiones preliminares

El modelo de familia integrado por una pareja y sus hijos aparece en el imaginario colectivo general como la síntesis ideal de los deseos y mandatos sociales.

.....  
(1) Abogada, especializada en Conducción y Gestión de Hospitales y Diplomada en Derecho de la Salud. Directora Académica del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho (UBA), Co-Directora del Seminario de Investigación en Derecho de la Salud del Instituto Gioja de la Facultad de Derecho (UBA), Co-Directora del Postgrado en Derecho de la Salud de la Facultad de Derecho (UBA). marisaizenberg@yahoo.com.ar

Son distintas las causas que pueden originar que no se logre un embarazo deseado, entre las que se encuentran la esterilidad y la infertilidad. Se entiende por esterilidad la imposibilidad de concebir, en tanto que la infertilidad es la dificultad de una pareja de finalizar una gestación en forma satisfactoria o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa<sup>(2)</sup>, sin la utilización de métodos anticonceptivos.

Datos epidemiológicos nos informan que la infertilidad afecta entre un 10 y un 15% de la población, fenómeno que se comprueba a nivel mundial en todos los países desarrollados<sup>(3)</sup>. Su diagnóstico, de por sí estigmatizante aun en los tiempos que corren, importa además sentimientos de frustración, ansiedad, depresión y hasta vergüenza, que se ven acrecentados cuando familiares y amigos preguntan a las personas sobre sus planes de maternidad o paternidad.

La mayoría de los casos reportados son de infertilidad, en tanto funcionamiento anormal del sistema reproductivo, que debe ser entendido como una enfermedad que impide a los individuos de cualquier nivel socio-económico, la concreción de una parte de su ciclo vital —si así es deseado—, concretando el anhelo de conformar una familia.

El concepto de salud ha superado aquella tríada tradicionalmente propuesta por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) del bienestar “bio-psico-social”, para transformarse en un producto social dinámico. Desde esta perspectiva, la salud es resultado de determinantes tales como la biología humana, el ambiente, el sistema sanitario y los estilos de vida, entre muchos otros<sup>(4)</sup> y, a partir de su comprensión y análisis, podemos explicar las inequidades que se presentan en materia sanitaria.

En consonancia con esta definición amplia de salud, se incorpora el concepto de salud reproductiva y se entiende por fertilización o reproducción humana asistida el conjunto de técnicas que se utilizaban en el ámbito de la medicina reproductiva, para intentar la fecundación de un óvulo y un espermatozoide.

.....  
(2) Artículo 2 Ley N° 14.208 de la Provincia de Buenos Aires.

(3) Fuente: SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva).

(4) Conferencia Mundial en Determinantes Sociales de la Salud, Río de Janeiro, octubre de 2011.

Los avances tecnológicos, quirúrgicos y farmacológicos en la materia han permitido el adecuado tratamiento de estas enfermedades y comprenden variadas técnicas —con diferentes grados de complejidad—, según lo requiera el caso, pudiendo citarse a título de ejemplo la inseminación intrauterina (IIU), la fertilización *in vitro* (FIV), la transferencia de gametos en las trompas (GIFT) o de embriones (ZIFT), la inyección intracitoplasmática de espermatozoides en óvulos (ICSI), entre otros.

Los primeros registros de asistencia médica para la infertilidad datan de finales del 1700, pero recién el 25 de julio de 1978 los Dres. Patrick Steptoe y Robert Edward informaron en Bristol, Inglaterra, el nacimiento de Louise Brown, conocida como la primera “bebé de probeta”.

Este hecho que ha marcado un hito en las conquistas científicas, se irradió velozmente por todo el mundo y las técnicas de fertilización asistida se aplicaron con éxito en numerosos países, permitiendo que nacieran —desde el inicio de aquel recorrido— más de 4 millones de niños<sup>(5)</sup>.

Por su importante aporte, el Dr. Edwards se hizo acreedor del Premio Nobel de Medicina 2010 dado que este avance médico, según el Comité Sueco, representó un cambio de paradigma en el tratamiento de muchos tipos de infertilidad.

Las investigaciones, que continúan en la actualidad, otorgan nuevas y mejores posibilidades al tratamiento de las enfermedades vinculadas con la gestación y permiten —por ejemplo— criopreservar óvulos de mujeres que padecen enfermedades como el cáncer, cuyo paso por la quimio o radioterapia les impediría la ulterior procreación, para ser utilizados en el momento en que decidan procrear.

Dicho esto, pasaremos seguidamente a analizar el marco legal vigente dentro del contexto bioético en el que resulta necesario encuadrar esta problemática, así como los pronunciamientos judiciales y las diferentes posturas adoptadas por nuestros tribunales acerca de la concesión o rechazo de los recursos de amparo que solicitan la cobertura de procedimientos de reproducción humana asistida en los diferentes subsistemas

.....

(5) [http://www.clarin.com/sociedad/salud/Criticas-Vaticano\\_0\\_347965286.html](http://www.clarin.com/sociedad/salud/Criticas-Vaticano_0_347965286.html).

de salud —público, de la seguridad social y privado—, así como sus fundamentos.

## II | Dimensiones de análisis: la Bioética. El marco normativo y los proyectos legislativos. Las decisiones judiciales

### A | La Dimensión bioética y el Derecho de la Salud

Resulta cierto que la "...irrupción de la revolución biológica y la incorporación creciente de la tecnología de avanzada en el campo de la medicina humana, nos permite ver que esta nueva realidad requiere, hoy más que nunca, de una profunda reflexión ética, que logre integrar todo dentro de una dimensión verdaderamente humana"<sup>(6)</sup>.

Desde esta perspectiva, procuraremos poner de manifiesto algunos de los dilemas más relevantes que enfrenta y enfrentará nuestro sistema legal frente a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, sobre todo teniendo en cuenta las transformaciones socioculturales operadas en nuestra sociedad y su impacto en el mundo jurídico, "desde una visión comprometida con el humanismo y siendo conscientes de la relevancia y la existencia de factores económicos, sociales y temporales que actúan en este tema"<sup>(7)</sup>.

En la actualidad, Argentina ve sucederse dos fenómenos contrapuestos, por un lado, el de las "*madres niñas*" que conmueve al país entero y plantea fuertes cuestionamientos vinculados a la educación, la información, el rol de los organismos públicos y de las instituciones de salud; incluyendo dilemas éticos relacionados con la prosecución de estos embarazos por sus riesgos y complicaciones en pequeñas de 10 u 11 años, cuya cons-

---

(6) HOOFT, PEDRO, *Bioética y Derecho*, Revista Jurídica El Derecho, 20/06/1989, p. 2.

(7) GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M., *Virtualidades de la salud como Derecho Humano*, en *Salud y Conciencia Pública*, p. 31.

titución física y psíquica —en algunos casos— aún no se encuentra preparada para ello<sup>(8)</sup>. Por el otro, observamos un grupo etéreo conformado por profesionales que rondan entre los 35 y 45 años de edad, los de la “maternidad/paternidad postergada”, que esperan afianzar sus carreras personales para luego plantearse la posibilidad de ser padres, situación que los enfrenta a su propio reloj biológico, en una corrida contra el tiempo, en razón de la disminución de los índices de fertilidad —principalmente femenina— vinculados al paso de la edad.

Asimismo, conceptos referidos a la persona, el momento del inicio de la concepción, los límites de la manipulación genética, la investigación clínica y farmacológica, la ingeniería genética, el aborto, el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, el ejercicio de los derechos personalísimos, la procreación como un derecho autónomo<sup>(9)</sup>; figuras tales como el alquiler de vientres, la maternidad subrogada, la donación de óvulos o esperma, su criopreservación, guarda y destino final de los mismos; la inseminación *post mortem*, son sólo algunos de los temas que se encuentran hoy en el centro del debate y, aunque exceden el marco de análisis propuesto en este trabajo, no podemos soslayar, dado que exigen respuestas desde una mirada interdisciplinar y son, como se verá, motivo de debate y preocupación por parte de nuestros sentenciantes.

El derecho —resulta lógico y aceptable— no avanza al mismo paso que los adelantos científicos y tecnológicos, sin embargo, el impacto de estos temas es significativo y se extiende a los sistemas de salud y de justicia.

A su vez, y junto a ese progreso y al debate social que se expresa en consecuencia, avanza el fenómeno de la judicialización en materia sanitaria<sup>(10)</sup>, como una forma que ha encontrado la ciudadanía en la búsqueda por garantizar los derechos sociales a través del Poder Judicial, frente a, como bien se ha dicho “...la multiplicidad de situaciones que no tienen aún regulación legal pero que involucran a toda la sociedad y, cuando los inte-

(8) Algunas estimaciones informan que hay más de 3.000 casos anuales de nacimientos provenientes de madres de niñas menores de 15 años (Fuente: Asumen).

(9) Ver sobre el particular MEDINA, GRACIELA, Doctrina Judicial, 1996-III-794.

(10) AIZENBERG, MARISA, *Los peligros de la excesiva judicialización en materia sanitaria*; TN.com; <http://tn.com.ar/sociedad/00053547/los-peligros-de-la-excesiva-judicializacion-en-materia-sanitaria-y-las-agresiones->

resados acuden a la jurisdicción, los jueces no pueden dejar de resolverlas amparándose en el vacío normativo. Así las cosas, entendemos que quien lleva a la justicia un conflicto en el que se encuentran involucrados no sólo aspectos jurídicos sino también éticos, sociales y culturales, procura obtener una solución responsable e integral y, en este sentido, coincidimos con quienes sostienen que la bioética contribuirá a lograr una decisión consensuada y justa, evitando interpretaciones individuales o ambiguas que puedan ir en desmedro del bienestar social y de los propios científicos integrantes de la misma sociedad”<sup>(11)</sup>.

Así dicho, la misión judicial no acaba cumpliendo a pie juntillas la letra de la ley sino que, de acuerdo con la complejidad de la causa, y teniendo en cuenta las particularidades que presentan las cuestiones vinculadas al Derecho de la Salud, “debe velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales; ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional”<sup>(12)</sup>.

Para ello y en función de las proyecciones jurídicas y bioéticas implicadas en esta problemática, desde nuestra perspectiva, la consagración del Derecho de la Salud —como derecho humano— comprende la salud reproductiva y, en consonancia con lo expresado por la O.M.S., para su ejercicio resulta necesario tener acceso a cierta información integral que permita tomar decisiones libres y basadas en datos respecto de la salud y el bienestar<sup>(13)</sup>.

Compartimos en este sentido la afirmación del maestro Ciuro Caldani al expresar que “entre los espacios a enriquecer con la estrategia jurídica se encuentran los de las nuevas ramas jurídicas transversales, destinadas a enriquecer los planteos tradicionales, que hoy son reclamadas especial-

---

(11) GUAHNON, S., IOVANNA, M. y SOMER, M., *Reproducción humana asistida: una perspectiva biojurídica*, 08/05/2007, MJ-DOC-3083-AR.

(12) Fallos 302:1284.

(13) [www.who.int/reproductivehealth/publications](http://www.who.int/reproductivehealth/publications).

mente por la efectivización de los derechos humanos. Una de esas nuevas ramas es el Derecho de la Salud”<sup>(14)</sup>.

## B | Dimensión normativa

**1) Normas supranacionales:** El Derecho a la Salud en Argentina enfrenta, a partir de la reforma constitucional del año 1994, un proceso de deconstrucción y reformulación progresiva de la garantía de los derechos sociales contenidos en la normativa supranacional que penetra con potencia expansiva en el orden interno. En este sentido, los bordes, contenidos y alcances del Derecho a la Salud se tornan difusos y adquiere tal complejidad que, para su realización, ya no resulta suficiente el estudio de las normas locales, sino que requiere de la complementación de los instrumentos internacionales que aportan nitidez a su comprensión.

Esta nueva realidad que impacta en el Derecho a la Salud motiva una dinámica especial para su conocimiento y protección, ya no sólo desde la perspectiva individual, sino comprensiva del colectivo social.

Aunque debe reconocerse que esta preocupación por la salud ha acompañado al hombre desde tiempo inmemorial y constituye una legítima y justificada pretensión, ya que todas las personas deseamos gozar de buena salud y vivir en un ambiente saludable.

Ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, comprensivo del derecho a la salud, reconocido y garantizado por la Constitución Nacional<sup>(15)</sup>, y que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, la persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental<sup>(16)</sup>.

Vemos cómo el derecho a la vida se conecta íntimamente con el derecho de la salud y con el principio de autodeterminación, otorgando a cada

(14) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Estrategia Jurídica*, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, UNR, p. 192.

(15) Fallos: 302:1284 y 310:112.

(16) Fallos: 316:479, 323:3229 y 329:2552.

individuo la posibilidad de elegir su propio proyecto de vida, de manera autorreferencial.

La salud es un derecho humano fundamental, en sus dimensiones normo-socio-axiológica, que debe tener especialmente en cuenta la dignidad de la persona humana, en todas las etapas de su vida. Debe considerarse integralmente la problemática de la salud desde una perspectiva tradicional llamada a enriquecer las divisiones jurídicas tradicionales. En este sentido, el Derecho a la Salud se constituye como una rama dentro del ordenamiento jurídico conformando un subsistema con principios propios<sup>(17)</sup>.

Por ello, y a tenor de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino<sup>(18)</sup>, "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"<sup>(19)</sup>. Y esos mismos compromisos, orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud, se extienden a las subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan del

(17) Despacho de mayoría, Comisión N° 9, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.

(18) Los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 son: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño, aclarándose que tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Inc. 23: "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 mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

(19) Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25. En el mismo sentido Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XI: Derecho a la preservación de la Salud y el Bienestar: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a. la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad" y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 12: "1.- Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2.- Entre las medidas que deberán adoptar los Estado Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: ... d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

sistema sanitario, apareciendo la obligación de garantizar el Derecho a la Salud mediante acciones positivas<sup>(20)</sup>.

En particular, y en relación a las técnicas de reproducción humana asistida, deben considerarse las garantías referidas a la eliminación de toda forma de discriminación entre hombres y mujeres para el acceso a los servicios de atención médica, la planificación familiar, embarazo y parto, derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer<sup>(21)</sup>, que le permite decidir sobre su salud sexual y reproductiva<sup>(22)</sup>. Se asegura el derecho a beneficiarse del progreso científico a través de las prescripciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>(23)</sup> y el ejercicio del derecho de fundar una familia, de conformidad con el artículo 17 de la Convención Americana, que debe ser aplicado a la luz del 5º párrafo de la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>(24)</sup>.

Por su parte, la Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en especial sus párrafos 8 y 11, garantizan el más alto nivel de salud y en la nota al párrafo 14<sup>(25)</sup> se garantiza la salud genésica, que incluye —conforme alguna doctrina—, las técnicas de procreación asistida, en tanto permiten la concreción de un proyecto y planificación familiar.

(20) Fallos: 321:1684, 323:3239, 324:3569 y 326:4931.

(21) Cfr. ley 26.485.

(22) Cfr. ley 25.673.

(23) "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones".

(24) "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias, ni obligatorias".

(25) "La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto"

**2) La legislación interna: la situación a nivel nacional:** En el orden interno observamos, por una parte, que Argentina es uno de los países de América Latina que más desarrollo científico ha logrado en torno a las técnicas de reproducción humana asistida pero, a pesar ello, existe un largo derrotero parlamentario que lleva más de dos décadas de proyectos presentados, debatidos, algunos hasta consensuados, sin que a la fecha se haya podido dar un marco legislativo adecuado a esta problemática que garantice los derechos de los pacientes respecto de estas prácticas en nuestro país.

Efectivamente, en la última sesión del año 2011, se sometió a votación el dictamen de mayoría de un proyecto legislativo cuyo objeto era regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, que fue votado en general por la Cámara de Diputados, pero no llegó a tratarse en particular. El proyecto prevé su aplicación a toda persona capaz, previa información y toma del consentimiento, de acuerdo a las prescripciones contenidas en la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente<sup>(26)</sup>.

El texto del proyecto comentado propone incorporar la práctica al Programa Médico Obligatorio como cobertura obligatoria para los subsistemas de seguridad social y privado, para las consultas, diagnósticos, tratamientos y medicamentos. Se regula también la donación de gametos y embriones y establece a este respecto el carácter anónimo de la identidad del dador y la gratuidad del procedimiento, prohibiendo todo tipo de incentivos o compensación económica.

En relación a la identidad y filiación de las personas nacidas de gametos donados, se las reconoce como hijo de los beneficiarios de la técnica, vedando la posibilidad de reclamar derechos de filiación sobre el nacido y viceversa. Prevé que la persona nacida de gametos donados por terceros podrá, a la mayoría de edad, conocer la identidad del donante. Utilizando a nuestro entender un adecuado criterio, deja librado a criterio médico el número de ovocitos a inseminar o de embriones a transferir. Prohíbe su uso para experimentación y su comercialización. Respecto de su conservación, se fija un plazo de 10 años, dentro del cual podrán ser donados; y una vez pasado el mismo sin ser reclamados, se procederá a su descarte. Por último, crea en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro

---

(26) AIZENBERG, MARISA y otro, *Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional*, L.L., 29/12/2010.

único de establecimientos médicos que realicen prácticas de reproducción humana asistida<sup>(27)</sup>.

**Las Obras Sociales Nacionales:** se encuentran regidas por las Leyes N°. 23.660 y 23.661 y están obligadas a desarrollar un programa de prestaciones de salud, que debe ser actualizado periódicamente. A fin de dar cumplimiento de este mandato se ha dictado el Plan Médico Obligatorio (P.M.O.). Esta canasta prestacional ha incluido el diagnóstico de la infertilidad mas no su tratamiento, medicamentos, ni tampoco la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida.

Esta es la razón por la cual, según veremos más adelante, los agentes del seguro de salud se niegan a otorgar la prestación específica y los gastos que demande el embarazo y parto como consecuencia de la aplicación de estas técnicas.

**Las Empresas de Medicina Prepaga.** Recientemente se ha dado sanción a la Ley N° 26.682 (17/05/2011) que vino a establecer un marco regulatorio a este subsector del sistema de salud, reclamado desde hacía mucho tiempo por los usuarios de servicios privados.

En su artículo 7° obliga a las empresas en sus planes de cobertura médico asistencial al cumplimiento, como mínimo, del Programa Médico Obligatorio vigente, ratificando así las prescripciones contenidas en la Ley N° 24.754. En consecuencia, se identifica un escenario similar al analizado en el caso de las Obras Sociales Nacionales y el rechazo de la cobertura bajo los mismos argumentos, con excepción de algunos supuestos en los que, por la división en bandas económicas de alto rango, se pacte a través de cláusulas específicas la procedencia de la cobertura en cuestión.

Pero, más allá de las observaciones de orden particular, debe tenerse presente que el PMO lista, de manera enunciativa, una serie de servicios que como cobertura mínima o piso prestacional, están obligadas a prestar tan-

(27) Art. 20. "Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad".

to las Obras Sociales Nacionales como las Empresas de Medicina Prepaga a sus beneficiarios/usuarios. No se trata pues de una norma pétrea, sino que debe acompañar los progresos científicos, tecnológicos y farmacológicos, a través de prestaciones apropiadas, que permitan brindar el mayor bienestar posible a la población a la que sus acciones están dirigidas. En este sentido, la autoridad de aplicación debe aún generar los mecanismos que permitan una adecuada actualización del PMO.

*El Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable* creado por Ley N° 25.673, establece entre sus objetivos "a) Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia; ... f) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable; g) Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable".

**3) La Ciudad Autónoma de Buenos Aires:** La Constitución local garantiza el derecho a la salud integral y dedica un capítulo a su tratamiento. Promueve la maternidad y paternidad responsables. Considera al gasto público en salud como una inversión social prioritaria. Se aseguran, a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad (cfr. arts. 20 y 21). Con esa finalidad, pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos. Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos. Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia (art. 37).

Del mismo modo, se han dictado leyes tendientes a garantizar los lineamientos expuestos, reconociéndose el ejercicio de los derechos reproductivos, en especial, a través de las prescripciones contenidas en la Ley N° 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable que esta-

blece entre sus objetivos, orientar las demandas referidas a infertilidad y esterilidad (cfr. art. 4 inc. i).

En el mismo orden, la Ley N° 153 Básica de Salud, garantiza el ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen (art. 4, inc. m). Pone en cabeza de la autoridad de aplicación la garantía del ejercicio de los derechos reproductivos de las personas. Plantea como objetivo del subsector estatal de salud garantizar el ejercicio de los derechos reproductivos (art. 14, inc. u).

Es de destacar que en diciembre de 2011, la Legislatura porteña aprobó la Ley que llevaba el N° 4075, por la cual se pretendía otorgar a los beneficiarios de la obra social de la Ciudad (OBsba), la cobertura obligatoria del diagnóstico, tratamiento de reproducción humana asistida y medicamentos. La norma fue vetada por el Ejecutivo a través del dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 49/2012, bajo el argumento de que dicha prestación ya se encontraba contemplada en el plan prestacional de la obra social. Este razonamiento resulta controvertido, no sólo a la luz de la evidente cantidad de amparos existentes contra la obra social ante la denegatoria discrecional de la cobertura, sino porque se ignoró que no resulta lo mismo dejar librada la decisión a la resolución interna de un organismo —que puede ser modificada a su arbitrio—, que garantizar por ley un derecho universal a los afiliados. Queda pendiente también resolver qué tipo de cobertura brindará el subsector público de la Ciudad a través de sus hospitales, que a la fecha sólo brindan prácticas para el diagnóstico de la infertilidad, pero no realizan tratamientos en este sentido.

**4) La situación en la Provincia de Buenos Aires:** Su Constitución se compromete a promover la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. “A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales... 8) A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos” (art. 36).

En el mes de diciembre de 2010, la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionó la Ley N° 14.208 que obliga a prestar cobertura a los tra-

tamientos de fertilización asistida para los afiliados del Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA), empresas de medicina prepaga y obras sociales, cuyo ámbito de actuación sea el territorio de la Provincia (cabe aclarar en este aspecto que obligar por esta norma a los subsectores de la seguridad social y privado, resulta por lo menos de dudosa legalidad, toda vez que ambos se encuentran regulados por leyes nacionales específicas). Garantiza asimismo, la atención y tratamiento en hospitales públicos para personas que no tengan cobertura de salud, creando al efecto cuatro centros médicos para la prestación del servicio en la provincia<sup>(28)</sup>.

La norma en análisis declara a la infertilidad como una enfermedad y su Decreto Reglamentario N° 2980/11 exige para el otorgamiento de la cobertura que la mujer de la pareja que se someta al tratamiento tenga entre 30 y 40 años (requisito que ya ha sido declarado inconstitucional por varios pronunciamientos judiciales), priorizando a las parejas sin hijos, y que los cónyuges tengan dos años de residencia efectiva en la provincia (aclaramos al respecto que la norma deja un vacío en relación a los afiliados de IOMA que residen fuera del territorio provincial). Se otorgan un máximo de dos tratamientos de alta complejidad (uno por año), aunque el Consejo Consultivo creado al efecto, tendrá facultades para evaluar la posibilidad de otro intento.

**5) La Provincia de Río Negro:** Ha dictado la Ley N° 4557, publicada el 9/8/2010, que reconoce el derecho a la descendencia como parte de los derechos sexuales y reproductivos, reconociéndolos como derechos personalísimos (art. 1).

El Ministerio de Salud provincial tendrá a su cargo arbitrar las medidas para garantizar el derecho igualitario de todas las personas usuarias de los subsectores de salud de acceder a medidas de promoción sanitarias, en tanto salud sexual y reproductiva, preventivas de padecimientos y complicaciones que potencialmente expongan al riesgo reproductivo o sexual, a los distintos procedimientos, tratamientos y reparaciones de eventuales

.....

(28) Hospital Güemes (Haedo), Policlínico General San Martín (La Plata), Hospital Penna (Bahía Blanca) y el Allende (Mar del Plata). Con ello se da comienzo en la Provincia de Buenos Aires, a la cobertura gratuita de tratamientos que no estaban al alcance de un gran número de personas por su alto costo, que oscilan entre los \$ 15.000 y 25.000, de acuerdo al grado de complejidad que revista el caso.

causas de imposibilidad de acceder a la descendencia, destinados a resolver su derecho a la maternidad y paternidad responsable.

La Obra Social Provincial (IProSS) deberá incorporar en su cobertura los procedimientos de fertilización asistida de baja y alta complejidad y mecanismos de recupero de la capacidad conceptiva o fértil de sus afiliados, siendo solventada la baja complejidad con el presupuesto del Instituto y, los de alta complejidad, con los fondos previstos en la propia ley.

Resulta destacable la mención contenida en la norma respecto de los avances científicos y los nuevos conceptos filosóficos y de género que innoven o redefinan los alcances posibles de los procedimientos tecnológicos y de reproducción asistida, los cuales dice, serán sucesiva, progresiva y gradualmente incorporados a las capacidades técnicas y a los recursos humanos de los servicios de salud de los subsectores públicos y privados permitiendo el desarrollo de las capacidades técnicas y de ultra especialidades (art. 5).

**6) Provincia de Córdoba:** La Ley N° 9695, incorpora un inciso a la Ley N° 9277 —que crea la Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS)—, estableciendo la obligatoriedad de la cobertura de tratamientos de fertilización asistida, a fin de promover el desarrollo familiar de los beneficiarios de dicho seguro, conforme las condiciones que establezca la reglamentación.

En sus fundamentos se expresa que “los estudios, las técnicas, la medicación de reproducción asistida y toda la atención de esta problemática deben considerarse como parte integral de la salud reproductiva, donde debe primar una actitud totalizadora y de respeto por la mujer y las parejas. A partir de los reclamos a la Justicia, por diversas/os peticionantes, para que las obras sociales o prepagas reconozcan los tratamientos, se ha producido una importante jurisprudencia al otorgar el derecho de cobertura a los demandantes. Parece trascendente y adecuado que el debate de este tema se centre en la mirada integral de los derechos sexuales y reproductivos y en uno de los ejes esenciales de estos derechos que es el derecho a procrear”.

**7) Provincia de Neuquén:** Ha dictado con fecha 13/11/1998, la Ley N° 2258 mediante la cual se crea la "Comisión Provincial Permanente de Fecunda-

ción Asistida e Investigación Genética", cuya función es asesorar para la reglamentación de la práctica de la fecundación asistida e investigación genética en la Provincia con las consideraciones e implicancias biológicas, éticas, jurídicas, socioculturales y económicas consecuentes con esta práctica. Como puede observarse, la norma sólo crea un marco regulatorio, pero no obliga a ninguno de los subsistemas a brindar la cobertura específica del diagnóstico y tratamiento de las técnicas de reproducción.

Considera "fecundación asistida" la que requiera de procesos no naturales tendientes a ayudar al proceso de fecundación, tales como la inseminación artificial, fertilización *in vitro*, microfertilización asistida y otras que se vayan incorporando.

Prohíbe la formación de bancos de embriones, las prácticas de clonación, creación de híbridos, comercio de gametos y embriones crioconservados en humanos, aunque admite la crioconservación de embriones humanos, conforme las excepciones de su reglamentación.

**8) Provincia de Santa Cruz:** Mediante el dictado de la Ley N° 3225, de fecha 6/9/2011, se reconoce a la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud, estableciendo a la misma como la dificultad para procrear naturalmente y otorga cobertura a las prácticas destinadas a la procreación de un hijo biológico a través de técnicas de fertilización homóloga asistida, reconocidas por la OMS.

Establece entre sus objetivos: "a) facilitar el acceso de la población al diagnóstico y tratamiento de los trastornos de la fertilidad dentro del ámbito de la provincia; ... c) regular, controlar y supervisar los efectores públicos y privados que realicen tanto el diagnóstico y tratamiento de infertilidad, como los procedimientos de fertilización asistida en los diferentes niveles de complejidad" (cfr, art. 3).

Para el otorgamiento de la cobertura de los tratamientos se requiere que las personas carezcan de cobertura médica en los subsistemas de seguridad social y privada y que posean un mínimo de dos (2) años de residencia en la provincia.

En igual forma que la ley bonaerense, la norma obliga a brindar la prestación a la seguridad social y empresas de medicina prepaga, con actuación

en el ámbito de la Provincia, según las especificaciones que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación, haciendo extensivo a este supuesto el análisis que allí realizamos.

**9) En suma:** Nuestra Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad incorporado a través de la reforma del año 1994, establece a partir de los instrumentos internacionales y como derechos humanos básicos, el derecho a la protección integral de la familia, a la procreación, la promoción de la maternidad y la paternidad responsables y el derecho a la salud reproductiva.

Nuestro país, si bien lidera el desarrollo, desde el punto de vista científico y tecnológico, en los avances de las técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica, no observa un adecuado acompañamiento desde el punto de vista legislativo que permita un abordaje de esta problemática a fin de asegurar la disponibilidad, accesibilidad y financiamiento de estos tratamientos, sobre todo para aquellos sectores más vulnerables de la población que carecen de recursos económicos, y evite así, la profundización de las inequidades en materia sanitaria.

En el plano del derecho comparado, la normativa relevada sobre las técnicas de reproducción humana asistida oscila entre la permisividad para este tipo de tratamientos a mujeres solteras o de edad avanzada, pasando por legislaciones que prohíben el uso de gametos de donantes o la preservación de embriones. Otras, por ejemplo, restringen el acceso a los tratamientos a parejas heterosexuales.

## C | Las decisiones judiciales

Hemos hecho hasta aquí una breve descripción del estado de la ciencia en materia de reproducción humana asistida, su impacto sobre diversos ámbitos y una síntesis legislativa local.

Un relevamiento sobre el tema realizado por el Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires junto al Instituto "Ambrosio L. Gioja", comparó que entre el primer semestre del año 2009 y el mismo período del 2010, la presentación de amparos cuyo objeto era la procreación asistida, aumentó un 20%. Asimismo, pudo observarse que

la provisión del tratamiento fue ordenada en un 40% de los casos, ya sea en forma integral (78%) o parcial (22%), y sus costos en este supuesto se distribuyeron en diferentes porcentajes entre los subsistemas de seguridad social o privado y el amparista. Otro dato de interés fue que las sentencias dictadas en el año 2009 rechazaron en promedio el 63% de los amparos presentados, mientras que dicho porcentaje llegó a un 50% en el 2010<sup>(29)</sup>.

Asimismo, Buenos Aires<sup>(30)</sup>, Entre Ríos, Río Negro, Córdoba y Chubut se cuentan entre las provincias con mayor cantidad de fallos a favor de la concesión de la cobertura de los tratamientos de reproducción humana asistida<sup>(31)</sup> y, en términos generales, sus fundamentos tienen como eje el juego armónico de las normas que hacen al derecho a la salud y, en especial, las referentes a salud reproductiva, de donde se deriva la obligación específica de brindar una cobertura asistencial integral, proceder a la provisión de los métodos conceptivos y anticonceptivos necesarios para la consecución del fin propuesto, sin perjuicio de lo que el legislador entienda en el futuro y, de considerar necesaria, la promulgación de una ley de mayor especificidad<sup>(32)</sup>.

Sin embargo y, más allá de las apreciaciones formuladas, el problema que parece subyacer en el fondo de los planteos no consiste en la legítimi-

(29) <http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0493/articulo.php?art=23498&ed=0493>.

(30) Dentro de la Provincia de Buenos Aires, se destacan Mar del Plata, Junín, San Nicolás, Bahía Blanca, San Martín, entre otros partidos.

(31) Así, por ejemplo, lo han considerado diversas Cámaras Federales, Provinciales y Superiores Tribunales, entre los que se encuentran la Cámara de Apelaciones en lo Contenciosos Administrativo con asiento en San Nicolás, *in re* "S.A.F y otro c/ I.O.M.A", del 29/12/2008; la Cámara de Apelaciones en lo Contenciosos Administrativo con asiento en San Martín, *in re* "Q, M, T y otro c/ I.O.M.A", fallo del 30/12/2008; la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, *in re* "R.N.B y otro c/ I.O.M.A" [Fallo en extenso: elDial -AA5912], del 03/11/2009, publicado en La Ley Buenos Aires (diciembre), 1242 - IMP 2010-3, 300; la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, *in re* "A.,M.R y otro c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires"; la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, fallo del 08/09/2009, expte. N° 16.489/09 - "XX c/ Instituto de Obra Social del Ejército s/ amparo ley 16.986"; la Cámara Federal de Mar del Plata, causa "B, C y otra c/ UP" [Fallo en extenso: elDial -AA5B64], del 17/12/2009, publicado en La Ley On Line; la Cámara de San Martín de los Andes, "D. I. B. c/ Instituto de Seguridad Social del Neuquén", del 17/06/2009; el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, "M., V. A. y otro", del 18/12/2008, publicado en LL Patagonia 2009 (abril), 781 - DJ 08/07/2009, 1871.

(32) Del fallo: "M. C. L. P. y G. H. E. c/ OSDE". 29/04/2010.

dad del reclamo, sino en determinar a quién corresponde financiar estos tratamientos de alto costo, sobre todo frente al dilema que para algunos presenta la asignación eficiente de recursos escasos vs. las demandas que, ante la irrupción tecnológica, pueden llegar a ser ilimitadas.

Sintetizaremos a continuación en forma agrupada, a efectos de un mejor ordenamiento metodológico, los argumentos que surgen con mayor frecuencia de las sentencias judiciales para ordenar o denegar la cobertura del tratamiento de reproducción humana asistida<sup>(33)</sup>.

## 1 | A FAVOR DEL OTORGAMIENTO DE LA COBERTURA

- Corresponde que la obra social provea lo conducente para cubrir total e integralmente un tratamiento de fertilización asistida y la medicación requerida ante el cuadro de salud que presenta la pareja beneficiaria —incapaz de concebir naturalmente—.
- El hecho de que una prestación no se encuentre contemplada en el PMO no resulta de por sí, causa suficiente para eximir a la demandada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud, habida cuenta de que los derechos que los amparistas estiman vulnerados, son derechos humanos que trascienden el orden positivo vigente.
- El derecho a la salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente; por ello, se debe tener en cuenta que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos integrantes de la pareja, además de su derecho a procrear.
- De entenderse que el tratamiento de fertilización asistida solicitado implica costos excesivos para la obra social y genera que el uso de los fondos por un solo beneficiario derivará en el impedimento de los otros a gozar de las prestaciones que le son debidas por ley, se estaría priorizando un mero interés comercial o mercantilista por sobre derechos humanos sagrados como lo son: el derecho a la vida; a la salud (en particular, a la salud reproductiva y el derecho a procrear); derecho adquirido a una mejor calidad de vida; derecho a la integridad física; a la autodeterminación y

---

(33) TREVISAN, SOFÍA, *Agrupadas Fertilización Asistida*, MJ – 4/7/2011.

el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegidos, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

- No se encuentra acreditado que si la demandada afrontara el gasto correspondiente a las prestaciones demandadas, se produciría con ello un grave entorpecimiento en los servicios de salud que deben brindarse al resto de los afiliados, toda vez que no se probó ni justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, estadísticas o cualquier otro elemento probatorio la posibilidad de un desequilibrio económico, ni se acreditó la imposibilidad financiera para hacer frente a la prestación reclamada por la accionante.
- Si el acceso a las técnicas de fertilización asistida constituye un aspecto del derecho a la salud, este derecho no se puede encontrar reservado a las personas que poseen los medios económicos para solventar los tratamientos más sofisticados y eficaces contra la esterilidad, y resultar vedado para quienes carecen de recursos suficientes.
- Si bien la obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto distributivo, le corresponde financiar un porcentaje tal que permita el acceso efectivo de todos los afiliados a las mismas prestaciones incluidas en la cobertura y, en caso de que, por razones presupuestarias, esa cobertura no pueda ser igual para todos, es decir, el mismo porcentaje del costo final, entonces deberá ser diferencial hasta alcanzar las posibilidades económicas del afiliado, y si finalmente, estas son nulas, entonces deberá financiar el cien por ciento del medicamento, pese a que otros afiliados tengan sólo una cobertura parcial.
- El objetivo de la política de salud no es ofrecer iguales prestaciones para todos, sino prestaciones según necesidades que representen una igual posibilidad de gozar de buena salud dentro de un sistema universal y solidario; en consecuencia, el equilibrio no se rompe por otorgar cobertura a un tratamiento de fertilización *in vitro*, único método posible para que los amparistas puedan lograr un embarazo, sino por no otorgarla; más aún cuando asiste también a los actores el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación.
- La empresa de medicina prepaga demandada debe cumplir con la cobertura del 100% de la prestación correspondiente a la fertilización asistida y

todos los gastos que demande el tratamiento, efectuando todos los intentos que sean necesarios hasta lograr el efectivo embarazo perseguido.

- La obra social debe brindar la cobertura total de hasta cuatro tratamientos de fecundación asistida a favor de la pareja amparista con fundamento en criterios de equidad, dado que no existe una obligación legal por parte de la obra social de cubrir este tratamiento.
- La obra social demandada debe proveer lo conducente para cubrir total e integralmente un tratamiento de fertilización asistida y la medicación requerida y, para el caso de que fracase el mismo, se otorga hasta dos futuros tratamientos más, de idénticas características y con igual cobertura.
- Se ordena a la obra social demandada la cobertura de cuatro tratamientos de fertilización asistida como una solución de equidad, en consideración de la inexistencia de una obligación legal de cobertura y del derecho de los actores, y se exime a la empresa de medicina prepaga, por existir una exclusión expresa de cobertura de ese tipo de tratamientos en la póliza contratada.
- Bajo la fijación de una caución real, se hace lugar a la medida cautelar innovativa incoada contra la empresa de medicina prepaga, que debe otorgar a los actores la cobertura total del tratamiento de fertilización asistida.

## 2 | RECHAZO DE LA COBERTURA

- El PMO es el derecho vigente y tratándose de prestaciones de alto costo y con potencial incidencia para repercutir en el resto de necesidades de salud a cubrir a favor del resto de los asociados, es necesario que concurra una concreta previsión normativa al respecto.
- Debe rechazarse la petición de la actora puesto que no resulta congruente hacer derivar de la protección constitucional de la salud la cobertura de este tipo de tratamientos al no haber sido reconocidos dentro del Programa Médico Obligatorio y, atento también, no encontrarse en riesgo la vida del afiliado. Es necesaria la concurrencia de una concreta previsión normativa, en pos de todos los asociados, a fin de poder asumir con previsión la distribución equitativa y solidaria de los recursos; y brindarle un marco legislativo idóneo a estas técnicas.

- La ley no ha avanzado a la par del desarrollo de la ciencia médica y no contempla en ninguna de sus normas legales o infralegales la cobertura de los tratamientos de fecundación *in vitro* y este defecto no puede ser suplido con ligereza, pues a diferencia de lo que sucede con otras situaciones que ponen en riesgo la vida de las personas y que no admiten dilación ninguna en la respuesta de autoridades públicas, la incorporación de técnicas de reproducción asistida de alta complejidad en las políticas de salud requiere previsiones de financiación.
- Incluir tratamientos de un elevado costo como lo son la reproducción humana asistida dentro de las prestaciones básicas para todos los usuarios, impone la protección del principio de igualdad de derechos y la equidad en el acceso a la biotecnología; situación que en la realidad social y jurídica es de difícil concreción<sup>(34)</sup>.
- Al no estar prevista en el PMO ni en ninguna otra norma, la prestación de fertilización asistida reclamada no debe ser cubierta por la empresa de medicina prepaga demandada.
- Se rechaza el pedido de los actores que pretendían la cobertura por parte de la empresa de medicina prepaga de un procedimiento de última generación con el fin de aislar el virus del HIV del semen, para luego implantarlo en la esposa con técnicas de fertilización asistida, por no encontrarse contemplado dentro del PMO.
- Ante el vacío legal con respecto a la fertilización asistida, la empresa de medicina prepaga no está obligada a cubrir la prestación.

### 3 | FIJACIÓN DE PORCENTAJES

- Se hace lugar parcialmente a la demanda, condenando a la obra social a otorgar a la actora la cobertura del 60% del tratamiento de alta complejidad de fertilización asistida, quedando la cobertura del 40% a cargo del afiliado, mediante el otorgamiento de un crédito asistencial para ser abonado por ésta con la retención de no más del 10% de sus haberes, no acumulables y sin intereses.

---

(34) "D. A. J. y N. P. R. c/ Obra Social del Personal de la Sanidad Argentina", 01/12/2009.

- La empresa de medicina prepaga debe cubrir el 60% de todos los rubros del tratamiento de fertilización asistida a favor de la pareja amparista, compuesta por una mujer de 35 años de edad y un hombre infértil, cuyas muestras de semen fueron congeladas antes de someterse a un trasplante de médula ósea por padecer leucemia mieloide crónica. (Disidencia parcial en cuanto a la limitación en el porcentaje de cobertura).
- Se modifica la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo, y se establece que la obligación de la empresa de medicina prepaga de brindar cobertura para la realización del tratamiento de fertilización asistida se circunscribe al 50% del costo de la prestación.

#### 4 | CUESTIONES CONEXAS

- Tratándose de una fecundación asistida y habiendo probables embriones restantes, deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deben formalizar por escrito oportunamente; los profesionales actuantes deben proceder a la inmediata crioconservación de ellos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; asimismo y, como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decretese medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción.
- El debate científico y filosófico sobre la verdadera condición del ovocito pronucleado no puede ser dirimido judicialmente, y las pautas que conducen a ver en el embrión una persona en los términos de nuestro ordenamiento jurídico vigente no bastan a ese fin; no permiten afirmar lo sin extremar indebidamente la analogía, pero tampoco negarlo, toda vez que, en definitiva, el ovocito pronucleado constituye una estructura biológica peculiar, distinta a los gametos, que contiene los elementos con los que pocas horas después se formará el embrión; subiste así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal y, por ello, la prudencia impone darle un trato semejante a la persona, no por aseverar que lo sea, sino ante la duda que suscita el no poder excluirlo con certidumbre.

- Se decreta medida de no innovar respecto de los embriones resultantes criopreservados, ordenando al *a quo* a practicar las diligencias necesarias para nombrar un tutor de dichos embriones bajo la inspección y vigilancia del Ministerio Público quien deberá ser informado de cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, que deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial.
- En un caso de HIV, se rechaza la demanda ya que más allá de la encomiable actitud de los actores en la búsqueda de descendencia, pretenden la cobertura de un procedimiento de última generación denominado "lavado de semen" a fin de aislarlo del virus de HIV para luego ser implantados en la esposa con distintas técnicas de fertilización asistida. Es que si bien se encuentra debatido si la infertilidad o la esterilidad se pueden considerar enfermedades y por ende, si caben dentro del ámbito de protección del Programa Médico Obligatorio, no resulta ser este supuesto el de autos, debido a que se encuentra expresamente reconocida la fertilidad de ambos cónyuges. No puede dejar de señalarse que si algún derecho le asiste a los actores a exigir la cobertura gratuita del tratamiento que legítimamente procuran para no transmitir a su descendencia el HIV que padece uno de los progenitores, es al Estado a quien le incumbe asumir la cobertura, ya que es quien se encuentra obligado a garantizar el derecho a la salud reproductiva de los ciudadanos dentro del territorio de la República.
- En un reclamo de fertilización asistida realizado por una pareja del mismo sexo, en el cual se utiliza el óvulo de una de ellas y se insemina con semen de un donante anónimo y, luego es colocado en el útero de la otra, permitiéndose a ambas la co-maternidad, se hizo lugar a la cobertura solicitada.
- La solicitud de cobertura total de las prestaciones de criopreservación y transferencia de embriones, como vinculadas a un procedimiento de reproducción asistida, es una cuestión compleja que excede el reducido marco de conocimiento propio de las medidas cautelares.
- Se condena a las demandadas a cubrir en un 100% los tratamientos de fertilización asistida necesarios, a fin de permitir a los actores concebir un hijo histocompatible con su hermano enfermo, mediante fertilización asistida, procediendo a la selección de un embrión no portador de la enfermedad que padece su primer hijo, a fin de procurar su cura por vía del trasplante de las células progenitoras.

### III | Reflexiones finales

Nos encontramos frente a un complejo panorama, con reglas imprecisas e inciertas. La inexistencia de una ley a nivel nacional provoca la ausencia de un marco regulatorio que sirva de base a las normas provinciales, situación que provoca inequidades en el paso de una jurisdicción a otra. Asimismo, la profundidad insondable que nos propone el tema, permite entremezclar posturas confesionales, observaciones desde las creencias, la ética o la axiología, todo ello con diferentes voces y miradas, que obstaculizan la puesta en marcha de acuerdos normativos sobre contenidos de esta naturaleza, que deben ser superados.

Este escenario explica *per se* las razones del notable incremento de los reclamos judiciales, que obligan al sistema de justicia a transformarse en un actor y mediador clave de los reclamos sociales en materia sanitaria, ante la ausencia de mecanismos que faciliten gestionar los conflictos en el seno de las propias organizaciones de salud, para permitir el diálogo que hace a la esencia de los procesos democráticos<sup>(35)</sup>.

Se observan en este contexto, situaciones como las descritas por las profesoras brasileñas Delduque y Badim: "la judicialización de las políticas de salud es un fenómeno que está ganando fuerza en los países de América Latina. En los finales del siglo XX y principios del siglo XXI, con los derechos sociales formalmente protegidos en los aparatos jurídicos de muchos de estos países, así como protegidos por acuerdos y convenios internacionales, el Poder Judicial ha llegado a representar un actor político importante para garantizar estos derechos. Varios países latinoamericanos han estado observando el crecimiento de este Poder como un cuerpo político dentro de sus Estados de Derecho, que pueden impactar y cambiar las previsiones políticas tomadas por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en nombre de la protección social"<sup>(36)</sup>.

---

(35) AIZENBERG, MARISA, *La gestión de los conflictos en las organizaciones de salud como una respuesta a la judicialización sanitaria*, LL, Suplemento Actualidad, 10/11/2011.

(36) DELDUQUE, M. CELIA y BADIM, SILVIA, *Judicialización de las Políticas de Salud en América Latina*.

El Derecho de la Salud es un camino en construcción, vallado de desencuentros y contradicciones, pero debemos hacer el máximo de los esfuerzos desde todos los sectores comprometidos para poder superarlos, porque lo que aquí está en juego es la dignidad de las personas y el compromiso con la equidad, la justicia y los derechos humanos.

---

# Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos

por **GUSTAVO CAMELO**<sup>(1)</sup>

## I | Propósito y plan de trabajo

Tras nuestra vuelta a la vida democrática, los argentinos desarrollamos un proceso de instalación jurídica de los Derechos Humanos violados por las dictaduras, evolución que tuvo clara expresión en la reforma constitucional de 1994, cuando se otorgó la máxima jerarquía normativa interna a diversos tratados internacionales vinculados con esos derechos fundamentales, algunos de los cuales habían sido ya adoptados por leyes del Congreso Nacional<sup>(2)</sup>.

La nueva fuerza normativa derivada del emplazamiento constitucional de esos instrumentos viene desde entonces imponiendo una relectura de los conceptos y criterios fraguados en la matriz conceptual previa a la reforma,

(1) Abogado (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA). Docente de grado y de posgrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo. Subdirector de la Carrera de Especialización en Administración de Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña como Juez Nacional en lo Civil.

(2) En razón de lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, incorporada por la ley 19.865. Antes de la reforma constitucional tales tratados tenían una jerarquía normativa superior a la de las leyes e inferior a la de la Constitución, lo que fue dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los conocidos casos "Ekmejdjian c. Sofovich" (7 de julio de 1992, Fallos 315:1503) y "Fibraca" (7 de julio de 1993, Fallos 316: 1669).

generando otros y penetrando poco a poco los intersticios de las prácticas sociales en general y de las de la comunidad jurídica en particular; mucho más allá de las cuestiones vinculadas con los delitos de lesa humanidad que —con rotunda lógica vital— acapararon en primer término la atención del sistema jurídico, de la política y de la sociedad.

Se inició así un proceso de transformación de la cultura jurídica de nuestro país, que se manifiesta en el Derecho Privado por vía de la sanción de nuevas normas, ajustadas a los estándares del bloque de constitucionalidad federal y por la resignificación de las sancionadas con anterioridad a la reforma. Como parte de ese desarrollo, vemos hoy desplegadas en nuestro sistema jurídico disposiciones normativas que, apartándose del molde decimonónico sustancialmente vigente hasta la última parte del siglo XX, otorgan voz propia a los niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones inherentes a su salud.

Como todo proceso cultural, requiere de la comprensión de los fundamentos que lo sustentan. En este trabajo intentaré evaluar la razón de ser del cambio operado, que hoy abarca los distintos derechos de índole social contemplados por los tratados constitucionales, con la mirada puesta en el principio de “capacidad progresiva” de los chicos<sup>(3)</sup>, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y estructuralmente vinculado con el conocido entre nosotros como “superior interés”<sup>(4)</sup>; ello con la finalidad de intentar aportar algún elemento que sirva para precisar el significado y alcances de esos conceptos al tiempo de aplicarlos en el área de la salud, con la esperanza de lograr que no se los emplee con cierto

(3) En el curso del trabajo emplearé también la expresión “chicos” para referirme a los “niños, niñas y adolescentes”, pues considero que denota cierto timbre afectivo con el que los argentinos solemos referirnos a quienes no son aún adultos.

(4) Si bien la iniciativa de la Convención provino de la representación de Polonia en las Naciones Unidas, los borradores de trabajo circularon en inglés y fue en ese idioma que se acordó el texto final, colaborando luego con los sentidos que debían darse a la traducción a los otros idiomas oficiales de Naciones Unidas los representantes de Gran Bretaña, Canadá y Estados Unidos —país que trabajó activamente en ese proceso pero no incorporó luego la Convención a su sistema jurídico—, fue en ese proceso que la expresión “best interest of child” se tradujo como “superior interés del niño” y no como “mejor interés del niño”. Sobre el proceso de elaboración del instrumento, puede consultarse lo explicado por LOPATKA ADAM, Relator del Grupo de Trabajo del borrador de la Convención, en “Legislative History of the Convention on the Rights of the Child”, vol I. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations, New York and Geneva, 2007, p. XXXVII, documento cuyo conocimiento me facilitó Mary Beloff, a quien agradezco.

grado de automatismo, como de tanto en tanto parece ocurrir. Pretendo destacar que, lo que pueden parecer conceptos surgidos de la elaboración académica o abstracta son, en realidad, fruto de la consideración de experiencias atroces por las que ha atravesado la sociedad global.

Para ello, transitaré en primer término por la evaluación de algunos aspectos notoriamente amplios de la cuestión para luego focalizar la mirada en cómo ellos se encuentran tratados hoy en el actual sistema normativo argentino.

## II | Confluencia de factores

Para el estudiante o el operador jurídico argentinos, los conceptos mencionados aparecen hoy como dados en el sistema jurídico. Es ya habitual ver en la práctica judicial el empleo del “superior interés del niño” como un ariete argumental, a menudo destinado a soslayar las exigencias de una adecuada fundamentación acerca de por qué la solución reclamada o adoptada eventualmente satisface la exigencia constitucional; empleo acríptico que nos coloca en el riesgo de devaluar el significado del principio, convirtiéndolo en una de las tantas expresiones vacías de contenido efectivo que impregnan la cotidianeidad del trabajo forense.

La razón de ser de la existencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y de todo un subsistema normativo que abarca las cuestiones vinculadas con los sujetos por ella comprendidos tiene orígenes diversos y complejos, que confluyeron para generar la realidad normativa con la que hoy contamos. Entre otros factores, es posible identificar la estela de efectos normativos derivados de la explotación laboral de niños en el siglo XIX y de las atrocidades producidas durante las dos grandes conflagraciones globales del siglo XX, en especial, de las perpetradas por los nazis en la Segunda Guerra Mundial; circunstancias históricas que condujeron a un cambio en la concepción jurídica del principio de igualdad formal, tal como lo estableció la Revolución Francesa. Por otro lado, encontramos el derrotero de los avances científicos y técnicos producidos en el área de la salud desde el siglo XIX y el desarrollo científico de la Pediatría.

Si bien las disposiciones inherentes a los Derechos Humanos están básicamente orientadas a proteger al individuo frente a las acciones u omisiones

del Estado, obligado en la materia, el carácter normativo de las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad federal —Constitución Nacional más Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional—, determina que los derechos fundamentales tengan también eficacia en el ámbito de las relaciones entre particulares<sup>(5)</sup>.

Es por ello que el cambio producido en nuestro sistema jurídico viene generando, paulatinamente, una transformación de los contenidos de autonomía de nuestro Derecho Privado y de los criterios con los que ellos vienen siendo aplicados, pues quienes elaboran sistemas prestacionales que involucran derechos de niños, no pueden soslayar la especial protección que en nuestro orden normativo se les dispensa.

No debe perderse de vista que las prestaciones de salud constituyen un recurso escaso, pues no es posible que todos los individuos tengan acceso a todas las prestaciones que desean en lo atinente a la salud, por lo que las políticas públicas de nuestro país han establecido estándares mínimos insoslayables, enunciados en el conocido como PMO<sup>(6)</sup>. Esa circunstancia determina que enfrentemos en la materia problemas de asignación que persisten, sea la medicina pública o privada<sup>(7)</sup>; pues diversas normas que integran el bloque de constitucionalidad federal establecen la responsabilidad del Estado como garante de la cobertura de las necesidades sanitarias de la población, lo que determina que sea tanto necesario como lógico que éste intervenga activamente en la regulación de las prestaciones mínimas que deben cumplir los prestadores privados.

## II.a | El proceso político-jurídico

El derecho contempla realidades sociales determinadas y procura regularlas según la concepción imperante en los distintos tramos de la historia

(5) DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO, *Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana*, con cita de LORENZETTI, RICARDO, *Tratado de los contratos, Parte General*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 113.

(6) Programa Médico Obligatorio, establecido por la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación. Se trata de un conjunto de prestaciones que deben ser aseguradas a los pacientes por todos los efectores sanitarios del país.

(7) LORENZETTI, RICARDO L., *La empresa médica*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 15.

de cada sociedad. En sus movimientos define, clasifica, intenta construir un molde conceptual que pueda ser comprendido y empleado por sus destinatarios y que le permita luego explicar sus categorías y emprender nuevos desarrollos a partir de ellas.

Nuestro actual sistema constitucional enuncia algunas categorías de sujetos que son acreedores de un tratamiento jurídico diferenciado, entre quienes se encuentran los vulnerables mencionados en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional: mujeres, niños, ancianos y discapacitados; acreedores de acciones positivas destinadas a garantizar con relación a ellos la vigencia efectiva del principio igualitario.

Tal determinación normativa da cuenta de un cambio de paradigma respecto de la concepción clásica que en nuestro derecho tuvo el principio establecido en el artículo 16 de la ley suprema, tributario de la filosofía política del Iluminismo; cambio que es imprescindible comprender y tener en cuenta al tiempo de evaluar la razón de ser del trato jurídico diferenciado para determinadas categorías de sujetos, entre ellos los niños.

## II.A.1 | LOS CAMBIOS DEL PARADIGMA IGUALITARIO

La Revolución Francesa empleó la idea del sujeto único —titular de derechos subjetivos en relación de igualdad ideal con sus pares— como una herramienta para desarmar, desde la médula, la matriz ideológica del *ancien régime*, construida sobre el reconocimiento de sujetos plurales, de diferencias jurídicas asociadas al mayor o menor poder de la persona en la sociedad<sup>(8)</sup>.

No desconozco la especial influencia que en nuestro derecho constitucional tuvo la experiencia estadounidense, pero destaco la visión del principio igualitario recibida de Francia, pues es la que por tiempo disciplinó nuestro Derecho Privado, cincelado según el modelo europeo continental.

---

(8) El enunciado del paradigma igualitario permite asignar a lo ocurrido en Francia en 1789 la calificación de auténtica "revolución", pues se puede hablar de tal en tanto un nuevo sistema se asienta en principios o ideas que se contraponen o divergen notoriamente de los vigentes hasta que aquéllos se plantean, como lo explicó hace tiempo KHUN, THOMAS S. en *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de México, 1971.

La idea de sujeto entonces construida por la modernidad es una categoría histórica, que lo constituyó como un ideal, caracterizado por un individuo dotado de conciencia y voluntad, autor de sus propias ideas y responsable de las acciones que realiza (autonomía). Este es un individuo consciente, racional, con voluntad y capacitado para decidir. Quien no tiene esas cualidades pierde su calidad plena de sujeto<sup>(9)</sup>. Para la concepción liberal que inspiró las normas producto del proceso denominado de “organización nacional”, la única finalidad por la cual el poder podía, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad contra su voluntad, era evitar que perjudicara a los demás; su propio bien, físico o moral, no era justificación suficiente<sup>(10)</sup>.

La doctrina reiterada de la Corte Suprema ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias<sup>(11)</sup> y es claro que tal enunciado conserva su robustez constitucional hoy en día. Pero el problema ha sido que tanto por el modo en que concibió a los derechos, como por el que organizó el sistema institucional, el liberalismo clásico que campeó en el modelado inicial de nuestro sistema institucional terminó afectando las razonables pretensiones que podría tener una postura igualitaria consistente<sup>(12)</sup>, máxime en un país en la que la mayoría de los habitantes era analfabeta y al que a diario se incorporaban personas en esa condición<sup>(13)</sup>.

Como muestra de las características de la visión igualitaria clásica, basta señalar que, al sancionar el Código Civil argentino —Ley N° 340 del 25

(9) TEDESCHI, SEBASTIÁN ERNESTO, “El Waterloo del Código Civil Napoleónico”, en *Desde otra mirada*, VV.AA., Christian Courtis, compilador, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 159/181.

(10) MILL, JOHN STUART, *Sobre la libertad*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1993, p. 65. En el diseño del Código Civil, Vélez Sarsfield soslayó deliberadamente institutos como el de la lesión, que para la concepción imperante podían contribuir a debilitar la fuerza obligatoria de los contratos, que se presumían celebrados entre iguales.

(11) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, 3ª edición, ampl. y act., Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 181. CSJN, Fallos 105:273; 117:229; 132:198; 150:141 y 153:67, entre muchos otros.

(12) GARGARELLA, ROBERTO, “El contenido igualitario del constitucionalismo”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella, coordinador, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, tomo I, pp. 7/22.

(13) “La educación de jóvenes y adultos – estado de situación en la Argentina” – Ministerio de Educación de la Nación, Agosto, 2000, que cita a: *CFI Analfabetismo en Argentina. Evolución y tendencias actuales*, Buenos Aires, 1963, Ministerio de Educación y Justicia, CONAFEP, Plan Nacional de Alfabetización, Buenos Aires, 1985.

de septiembre de 1869—, se estableció el principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) pero se dejó expresamente de lado la regulación del instituto de la lesión enorme o enormísima, que, como explicó el propio Vélez Sarsfield en la nota al artículo 943, se encontraba previsto como vicio en “casi todos los Códigos y escritos de derecho”; tal situación limitaba la posibilidad de discutir judicialmente numerosas situaciones de vulnerabilidad y que recién fue revisada al producirse la reforma del Código por la ley 17.711, en la segunda parte del siglo pasado. La establecida entonces era así una igualdad formal, no sustantiva.

En esa sociedad de diseño liberal se verificaba, también, una notoria distinción entre la esfera de lo “privado” y de lo “público” —hoy difuminada<sup>(14)</sup>—, con un Estado que debía permanecer neutral en las cuestiones atinentes a la primera. El esquema social era de cuño patriarcal, las mujeres<sup>(15)</sup> y los niños se encontraban sujetos a la autoridad del esposo y padre, quien también representaba a esa suerte de *alieni juris*, quienes carecían de voz propia en el mundo jurídico.

La evolución de la cultura jurídica producida a nivel internacional en el siglo pasado determinó un cambio profundo en la concepción del principio igualitario. Se produjeron numerosas reformas y microsistemas normativos y se intentó superar su concepción formal, para —sin abandonarla, pues su aplicación es imprescindible en diversas situaciones— avanzar hacia una igualdad efectiva y real de oportunidades, mediante medidas orientadas a la superación de las desigualdades estructurales que se verifican a diario en nuestra sociedad.

En los sistemas jurídicos previos a la Revolución Francesa se admitían diferencias de derechos determinadas por el mayor o menor poder del sujeto, según el estamento social del que formara parte; tras ello, se operó por

(14) Ello se advierte diariamente en materia de salud, ámbito en el que el Estado regula, pero también garantiza y debe responder ante los incumplimientos en los que puedan incurrir los distintos integrantes del sistema federal y los efectores sanitarios que integran los distintos subsistemas —hospitalario público, de obras sociales y de medicina prepaga—.

(15) Si bien la sociedad sigue discriminando a las mujeres en algunos ámbitos, jurídicamente sus derechos han evolucionado hacia la equiparación con los de los varones, por vía de la sanción de leyes como la 11.357, la 13.010, la 23.515 y la 23.264, entre otras, así como por la adopción por la República de Convenciones Internacionales como la de Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer o, en el ámbito regional, de la de Belém do Pará.

tiempo con la concepción formal de la igualdad a la que ya hice referencia —funcional a la burguesía, que así lograba diluir las prerrogativas derivadas de la organización nobiliaria, al tiempo que contaba con herramientas que le daban ventaja sobre los sectores sociales menos aventajados— y hoy esas diferencias están determinadas por la mayor vulnerabilidad, presumida en determinadas categorías de personas.

La noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la norma de protección constitucional. Vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica y por ello necesita protección. Se trata de una desigualdad específica, que se refiere a una desigualdad de recursos que el sujeto tiene para relacionarse con los demás y que obsta a la posibilidad de elección racional. Ella puede ser estructural o coyuntural, económica, cognoscitiva, etcétera<sup>(16)</sup>.

La concepción clásica o formal del principio constitucional de igualdad —entendida como “no discriminación”—, según la cual corresponde dispensar idéntico trato a quienes se encuentran en igualdad de circunstancias, resulta hoy insuficiente para enervar las situaciones de desigualdad que a diario presenta nuestra sociedad y que determinan que gran parte de la población no pueda acceder a la posibilidad de estar en paridad de circunstancias con quienes se encuentran en una mejor situación social, transformando así la efectividad de la regla constitucional en un *desiderátum*.

Tal situación incide con mayor gravedad en los niños, pues las limitaciones que puedan sufrir para acceder a derechos básicos, como los de salud o educación, pueden condicionar sus posibilidades de desarrollo futuras, su vida toda.

Ante ello, siguiendo a Roberto Saba<sup>(17)</sup>, distinguimos dos visiones de la igualdad: la “clásica” más cercana al pensamiento liberal clásico, de cariz individualista, que ha dominado entre nosotros la discusión sobre el principio de igualdad, y otra, que podemos denominar “estructural”, para la

---

(16) LORENZETTI, RICARDO L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 35/41.

(17) SABA, ROBERTO, “(Des)igualdad estructural”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, V.V.A.A., Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, coordinadores, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 163/197.

que resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales, que den cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática que afecta a sectores de la sociedad, lo que permite una interpretación diferente del principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 16 de nuestra Constitución, acorde con las modificaciones introducidas a nuestro sistema normativo por la reforma constitucional de 1994 y, en particular, con el nuevo artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional.

Es propio de esta segunda mirada del tema el imponer "acciones afirmativas", que corresponden a un trato estatal diverso, fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a integrantes de otros grupos, tal como ocurre en el caso del artículo 75, inc. 23 de nuestra Constitución Nacional, en el que se impone al Congreso "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 mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Las medidas de acción positiva o afirmativa no siempre han de resistir un test de razonabilidad efectuado desde una concepción clásica del principio de igualdad; pero es necesario comprender que no aspiran a ello. Por el contrario, se establecen con plena conciencia de la necesidad de trabajar sobre las asimetrías estructurales, para aproximarse a cierto estado deseable de igualdad efectiva de oportunidades.

Esta concepción del principio de igualdad se ajusta a nuestro nuevo orden constitucional, tal como ha quedado configurado tras la reforma de 1994; continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos en términos individuales, sólo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad con relación a terceros que comparten su condición y otros que no. Así, se reconoce que la identidad individual de las personas autónomas se constituye, entre otras cosas, por su pertenencia a un determinado grupo dentro de la sociedad.

El objetivo de esta visión estructural de la igualdad ante la ley es evitar la constitución, establecimiento o existencia de grupos sometidos, excluidos

o sojuzgados por otros grupos<sup>(18)</sup>, sin soslayar situaciones en las que la desigualdad es consecuencia de situaciones estructurales sobre las que hay que actuar para evitar la perpetuación de situaciones de inferioridad.

Tras la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento constitucional de las acciones afirmativas vino a confirmar que la concepción de la igualdad con sentido estructural, como no sometimiento, debe complementar la idea de igualdad como no discriminación y esa versión combinada guiar nuestra interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional y la resolución de los casos en los que esa igualdad se encuentra vulnerada por actos u omisiones del Estado o de los particulares. Hoy la Constitución no se limita a establecer lo que el Estado no puede hacer, sino que nos indica lo que debe hacer. Las acciones positivas son una institución a favor de la igualdad como ideal social, no como forma de tratar a los individuos<sup>(19)</sup>.

El carácter socioestructural de una desventaja es relevante tanto para definir la extensión de la obligación social de paliarla como para entender el tipo de remedios necesarios para hacerlo. Si la sociedad tiene una mayor responsabilidad frente a aquellas desventajas que pueden atribuirse más directamente a su estructura, esto quiere decir que los remedios deben enfocarse específicamente en tal estructura. El remedio debe ajustarse a la fuente de desigualdad, enervando los factores que afectan en forma desigual la capacidad de competir de los integrantes del grupo<sup>(20)</sup>.

Pasamos de la noción de "sujeto aislado" a la de "sujeto situado", al tiempo que el Derecho Privado enfrenta la necesidad de reconocimiento de sujetos colectivos, generándose una suerte de "Derecho Privado

---

(18) En este tramo, Saba sigue las elaboraciones de OWEN FISS en "A Community of Equals", Beacon Press, Boston y "Groups ante the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, vol 5, 1976, p. 107.

(19) GROSSMAN, LUCAS SEBASTIÁN, "La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina", en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, V.V.A.A., Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, coordinadores, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 199/226.

(20) GROSSMAN, LUCAS SEBASTIÁN, "La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina", *op. cit.*

Colectivo”<sup>(21)</sup>. Se reconocen esferas de autonomía intrafamiliares, con pluralidad de expresiones donde la matriz patriarcal decimonónica sólo reconocía una voz y una autoridad.

Cuando nuestro sistema jurídico exige escuchar a los chicos y proporcionarles razones, en temas de su interés, para la formación de un proceso de deliberación y de decisión válido —debido proceso en sentido sustantivo— impone una conducta innovativa, con la finalidad de generar un quiebre en las prácticas anteriores, compensando asimetrías y dotando de plena subjetividad a la nueva voz que reconoce. Otro tanto ocurre cuando se exige la valoración de las cualidades de una decisión según satisfaga o no el superior interés del niño.

## II.A.2 | ALGUNAS RAZONES DEL CAMBIO DEL PARADIGMA IGUALITARIO

Cabe, en primer término, que nos preguntemos cuáles han sido los factores que condujeron a un cambio en tales concepciones de las relaciones intersubjetivas y la organización de la sociedad y la familia.

Como sucede invariablemente con las transformaciones sociales, la respuesta no es unívoca ni simple; pues, entre otros factores, involucra el formidable cambio producido en el rol de la mujer, en gran medida originado en su incorporación como mano de obra necesaria para el sostenimiento de las economías industriales en épocas de guerra y que les dio un lugar, desde el cual su voz no podría ya ser soslayada por la estructura patriarcal. Ha sido la lucha por los derechos de las mujeres la que ha actuado como punta de lanza en el proceso de evolución del igualitarismo estructural hoy en curso, que alcanza a otras categorías de habitantes de nuestra comunidad, como los niños, ancianos y discapacitados. Ese desarrollo social abrió así los postigos y posibilitó dar luz para una mirada distinta, novedosa, de la situación de diversas categorías de sujetos.

Pero es claro que entre la situación de las mujeres y la de los niños hay una diferencia notoria, pues mientras que el ejercicio de derechos por aquéllas era limitado en forma arbitraria por el sistema jurídico, en el caso de éstos las restricciones obedecían a una toma de posición expectante frente

(21) TEDESCHI, *op. cit.*

a sus posibilidades vitales efectivas y a la evaluación de su aptitud para comprender la naturaleza de las situaciones en las que se encontraban involucrados, que el derecho argentino resolvió por vía de segmentaciones etarias<sup>(22)</sup> y que hoy no hemos dejado, si bien los límites fijos se han flexibilizado por vía de la introducción a nuestro derecho de la noción de autonomía progresiva.

## II.b | La evolución de la medicina y los derechos de los niños

¿Qué cambió para que cambiara la mirada del sistema jurídico respecto de los niños? Según lo veo, dos son las grandes áreas de cambio que llevaron a ello, por un lado la de los avances científicos y técnicos de la medicina y, en paralelo, la de desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pertenece a una especie cuyos cachorros no pueden sobrevivir sin cuidados biológicos especiales, necesarios por un lapso mucho más extenso que los requeridos por los de cualquier otra del mundo animal, a lo que se suma que nuestros bebés y chicos requieren de un proceso de educación, información e inserción cultural, complejo y prolongado.

Por siglos, enfermedades graves solían conducir a los niños a la muerte; la mortalidad infantil era elevadísima, especialmente en los días siguientes al parto. Por ello, en la antigua Roma recién se daba nombre a los niños tras ocho días de producido su nacimiento; criterio de viabilidad que perdura, si bien atemperado, en algunas legislaciones occidentales<sup>(23)</sup>.

---

(22) Históricamente, nuestro sistema jurídico estableció un régimen de protección especial de los derechos de los menores de edad, en ámbitos ajenos al Derecho Penal, con una distinción importante entre púberes e impúberes, según hubieran alcanzado o no la mayoría de edad, que originariamente se estableció en los 22 años, luego se llevó a los 21 y con la sanción de la ley 26.579, se bajó a los 18, coincidiendo así con el límite fijado en el artículo 1° de la CDN. Todos ellos gozaban de la representación promiscua del Asesor o Defensor Público de Menores e Incapaces, establecida en el artículo 59 del Código Civil y en la Ley Orgánica del Ministerio Público, N° 24.946. En ese sistema protectorio el menor se encontraba subordinado a quien ejerciera la patria potestad, en un diseño normativo de cuño patriarcal, aun en cuestiones vinculadas con sus derechos personalísimos.

(23) Así, en el artículo 30 del Código Civil español, se requiere una sobrevida de 24 hs., para conferir al nacido los atributos de la personalidad y el art. 19 del estado mexicano de Jalisco exige como requisito la viabilidad, sin mayores precisiones temporales.

Era común que los niños murieran<sup>(24)</sup> y ello condujo por tiempo a que no se los tuviera especialmente en cuenta en la asignación de roles y derechos.

Si bien existen registros de establecimientos hospitalarios desde siglos antes de Cristo, el desarrollo fuerte del modelo de centro de salud que conocemos hoy se generó en el siglo XIX, en el ámbito de poblaciones urbanas. Por tiempo, los sectores rurales estuvieron en gran medida librados a su suerte, por las dificultades del transporte hasta las ciudades.

Al desarrollo de estructuras idóneas para atender los problemas de salud de la población<sup>(25)</sup>, se sumaron los grandes avances científicos y tecnológicos habidos durante el siglo XX, principiando por la penicilina —descubierta por Sir Alexander Flemming en 1928, pero producida industrialmente recién a partir de 1943— y continuando por el formidable incremento en la eficiencia y en la eficacia de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que tuvo lugar al terminar la Segunda Guerra Mundial, cuando se buscaron usos civiles para los avances tecnológicos y científicos producidos en el área militar durante la conflagración.

Dos sectores de la población recibieron directamente la incidencia de los fenómenos apuntados: los niños y los ancianos. Ambos grupos vieron mejoradas e incrementadas sus expectativas de vida, motivando con ello la necesidad de una nueva respuesta del derecho a su situación y necesidades. En el caso de los primeros, ello se dio por un cambio de mirada que ha llevado a una ruptura del cascarón patriarcal; en el de los segundos, por su inclusión entre las categorías vulnerables, acreedoras de acciones especiales del Estado, asignatura aún pendiente en la Argentina.

Mientras se producía esa evolución de la ciencia médica, se generaban desarrollos importantes en el área del Derecho Internacional.

(24) Muchas epidemias —como la de fiebre amarilla, que asoló la Ciudad de Buenos Aires en 1871— generan un mayor porcentaje de muertes entre la población menor de diez años, en una diferencia que va del 75% en la población general al 84% en ese segmento etario (RESTREPO, BERTA NELLY, "Fiebre Amarilla", Revista CesMedicina. Volúmen 18, N° 1, Medellín, Colombia, enero/julio 2004, p. 74).

(25) En nuestro país la enseñanza de la Pediatría fue incorporada a la universidad en 1826, en la cátedra de "Partos, enfermedades de niños y medicina legal" y, si bien desde 1779 existía la denominada Casa de Expósitos —destinada a acoger a los chicos abandonados— en 1875 se creó el Hospital General de Niños "Ricardo Gutiérrez", para la atención de toda la población infantil.

En 1890 la Primera Conferencia sobre Protección de los Trabajadores, estableció en los catorce años la edad mínima para el trabajo en minas, procurando así poner límites a la explotación de chicos de aún menor edad en una tarea que, por las condiciones en las que era desarrollada, resultaba altamente riesgosa para su vida y decisivamente condicionante de su salud y posibilidades futuras. Desde su creación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo ha dictado diversas normas en la materia, entre las que cabe destacar el Convenio 138, sobre Edad Mínima para el trabajo y el Convenio 182, sobre Peores Formas del Trabajo Infantil. El valor intrínseco de estos desarrollos normativos para el tema de este trabajo está dado porque han focalizado la mirada sobre la situación de los chicos más allá de los intentos por ocultarla, generada por los intereses económicos que construyeron y construyen el entramado de sometimiento y de exclusión<sup>(26)</sup>; ello tras siglos de evolución en los que los chiquitos eran empleados como mano de obra casi esclava, sin consideraciones sobre su situación, aun dentro de entornos familiares.

En 1920, tras la Primera Guerra Mundial, entró en vigencia el Tratado de Creación de la Liga de las Naciones<sup>(27)</sup>, que en su artículo 23 estableció la obligación de los Estados parte de mantener condiciones de trabajo humanas para hombres, mujeres y niños, así como la de prevenir el tráfico de éstos y de aquéllas. En 1924, esa organización incorporó a su estructura a la "*Association Internationale pour la protection de l'enfant*" y en su Quinta Asamblea, sancionó la Declaración sobre Derechos del Niño, también conocida como Declaración de Ginebra, que establecía el derecho de los niños y niñas a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual, así como asistencia especial cuando quedaran huérfanos o estuvieran hambrientos, enfermos o discapacitados.

La labor del Tribunal de Nürnberg, que juzgó los crímenes de guerra cometidos por la jerarquía nazi durante la Segunda Guerra Mundial, puso

---

(26) Se considera que un niño o niña está excluido con respecto a otros cuando carece de un entorno que lo proteja contra la violencia, los malos tratos y la explotación o cuando no tiene posibilidades de acceder a servicios y bienes esenciales y ello amenaza de alguna manera su capacidad de participar plenamente algún día en la sociedad (conf. "Excluidos e invisibles, Estado Mundial de la Infancia", Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, New York, 2006, p. 7).

(27) En razón de las atrocidades vividas durante ese conflicto, en el que se empleó la doctrina de "guerra total", con enorme afectación de la población civil, bombardeada, gaseada y hambreada.

en evidencia los horrores sufridos por quienes fueron trasladados a los campos de concentración, muchos de ellos localizados en territorio polaco. La referencia geográfica no carece de sentido pues el proyecto inicial de lo que, tras años de labor, culminó siendo la Convención Internacional Sobre Derechos del Niño, fue presentado por Polonia y tuvo su origen en la sensibilidad de la sociedad polaca al sufrimiento experimentado por los chicos durante la ocupación, que no sólo asesinó en las cámaras de gas a los pertenecientes a las comunidades judía y gitana, sino que los sometió a experimentos médicos y los separó de sus familias para ser adoctrinados<sup>(28)</sup>. Aquellas atrocidades condujeron también al dictado, en 1947, del Código de Nüremberg, que regula la experimentación médica en seres humanos y constituye la matriz conceptual en la que se han vaciado la leyes sancionadas en la materia por distintos países del hemisferio, incluida la República Argentina.

Este limitado excursus histórico podría también recalar en la creación del UNICEF, en 1946 y en un sinnúmero de iniciativas adoptadas desde entonces, pero lo limito a los hitos señalados, porque son los que atañen al objetivo propuesto en este trabajo.

### III.a | El estatus constitucional de los niños

La evolución de la ciencia y la técnica médicas posibilitó una mayor supervivencia de la población infantil, lo que, junto con la deconstrucción del sistema patriarcal generada en gran medida por el avance en la conquista de los derechos de las mujeres, contribuyó a un cambio en la mirada de la sociedad con relación a los niños que condujo a la evolución del Sistema Internacional de Derechos Humanos, cuyos efectos se proyectan en el derecho interno.

La nueva mirada del sistema jurídico con relación a la situación de los chicos se expresa en la Convención sobre Derechos del Niño, CDN, que en su artículo 3º, inciso primero, establece: "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 in-

.....

(28) LOPATKA, ADAM, *op. y loc. cit.*

terés superior del niño". En similar sentido, se orientan otros instrumentos internacionales con rango constitucional, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 10, inc. 3, establece que "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social..."; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 7° impone a los Estados Parte tomar "1... todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas...", especificando que "...2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño".

Frente a las características del sistema patriarcal adoptado originariamente por nuestro derecho, la referencia a un "superior interés" del niño tuvo un efecto disruptivo, pues introdujo un profundo cambio en el paradigma de abordaje histórico de la condición jurídica de la niñez argentina. Se trata de un enunciado "performativo" que, como es sabido, por ser tal no intenta describir ni una cosa existente, ni una idea, o un deseo, sino que por su sola enunciación hace advenir o existir lo que dice; no puede ser calificado de verdadero o falso, sino que es en sí mismo realización de un acto, expresión que se extrae del mundo de las ideas para instalarla como existente en el orden social<sup>(29)</sup>.

Por tal camino, se pasa de un régimen eminentemente tutelar a otro de reconocimiento de derechos y garantías del niño en el que se prevé su capacidad progresiva<sup>(30)</sup>, produciéndose un giro radical en la concepción de la infancia y la adolescencia en el que la mirada asistencialista es sustituida por el paradigma de la "protección integral" y en el que se establece que los niños son poseedores de derechos propios, tanto civiles y políticos

(29) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1995, p. 30.

(30) SOLARI, NÉSTOR E., *La capacidad progresiva en la nueva ley de mayoría de edad*, La Ley, 3 de junio de 2011, 1.

como sociales, económicos y culturales, ello sin desconocer su condición de personas en desarrollo<sup>(31)</sup>.

Tales disposiciones constitucionales han tenido derivación normativa concreta con el dictado de la Ley 26.061 de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada en septiembre de 2005 y reglamentada por los Decretos nacionales 415/2006 y 416/2006 que se ajusta notoriamente a las pautas establecidas en las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de los Derechos del Niño, como interpretación genuina de las disposiciones de la Convención. Cabe destacar que —con criterio aplicable por analogía a otras observaciones generales emanadas de órganos de los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal—nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que las opiniones consultivas emanadas del sistema interamericano deben ser tenidas en consideración en la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica<sup>(32)</sup>, lo que llevó a que calificada doctrina nacional sostuviera que tales opiniones consultivas gozan del valor de “doctrina”, en tanto el alcance que ellas asignan a las cláusulas de los tratados que son objeto de su interpretación es generalmente aceptado como derecho<sup>(33)</sup>, lo que, entiendo, puede predicarse de los documentos emanados de órganos de otros tratados, como las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Naciones Unidas o las dictadas por el Comité de los Derechos del Niño, entre otros<sup>(34)</sup>.

### III.b | Los adolescentes

Hoy nuestras leyes hablan de los adolescentes como una categoría de sujetos que merecen una mirada especial, apartándose del molde tradi-

(31) MINYERSKY, NELLY, “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en GROSAMAN, CECILIA, dir. *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 251/277.

(32) CSJN, caso “Bramajo”, 12/09/1996, Fallos 319:1840.

(33) PINTO, MÓNICA, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires, CELS, Editorial del Puerto, 2007, p. 128.

(34) Pueden consultarse estos documentos en la página en la Internet del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la O.N.U. < <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>>.

cional de nuestra legislación, según el cual las personas físicas pueden ser personas por nacer, menores o mayores de edad y que, a su vez, los menores están divididos en menores impúberes, cuando no alcanzan los 14 años de edad y menores adultos, desde entonces y hasta la mayoría de edad, que se adquiere a los 18 años (arts. 126 y 127 del Código Civil).

Destaco el reconocimiento de esta categoría etaria como una categoría jurídica, porque da cuenta del cambio de mirada, de práctica y de lenguaje operado en nuestro derecho, que opera hoy con una modulación más fina, más sutil en la consideración de la autonomía de los sujetos, lo que conlleva una mirada más respetuosa de su dignidad. La reforma constitucional de 1994 produjo una "actualización y recarga" de nuestro sistema jurídico, en torno de la persona, del respeto de sus derechos e intereses.

La adolescencia debe entenderse como un complejo proceso de maduración personal, como una etapa en busca de madurez. Pero la inmadurez del adolescente es distinta a la del niño o el adulto: mientras que la del niño es la de la persona que, sin valerse a sí misma no percibe esa situación como problemática, la inmadurez del adolescente es la de quien no sabiendo valerse por sí mismo experimente el deseo de hacerlo y, al intentar conseguirlo, pone en marcha capacidades nuevas, en un proceso cuyas peculiaridades hacen difícil establecer su duración<sup>(35)</sup>.

La OG N° 4 del Comité sobre Derechos del Niño<sup>(36)</sup>, identifica a la adolescencia como un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognitivos y sociales, incluida la maduración reproductiva y sexual, la construcción gradual de la capacidad para asumir comportamientos adultos y roles involucrando nuevas responsabilidades que requieren nuevos conocimientos y destrezas.

Debido a las presiones sociales, muchas de ellas, provenientes de los grupos de pertenencia adolescente; a que se trata del tramo vital en el que se produce el despertar sexual de los chicos y a la vulnerabilidad relativa

.....

(35) DEL MAZO, CARLOS G., "La Persona Adolescente, vulnerabilidad y adicciones" en *Protección jurídica de la Persona*, VV.AA., homenaje a Rivera Julio César, Graziabile Darío J., coordinador, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 55/101.

(36) "Salud y desarrollo de los Adolescentes en el contexto de la Convención sobre Derechos del Niño" (2003).

de ellos en esta etapa de su desarrollo, son numerosos los retos a la salud que se producen durante este período de la vida.

Según el Comité, dentro del marco de la Convención debe garantizarse al adolescente el alcance del más alto nivel posible de vida, lo que conlleva que se les otorguen garantías a la no discriminación; orientación adecuada para el ejercicio de sus derechos, con acceso a información procedente de diversas fuentes (art. 17 CDN); respeto a sus opiniones y respeto de su intimidad y de la confidencialidad de la información que compartan en el marco de su atención médica (art. 16 CDN).

Se exige a los Estados parte crear entornos propicios y seguros para que se proporcione a los adolescentes información sobre el uso y abuso de sustancias (alcohol, drogas, etc.) y comportamientos sexuales, facilitándoles —en razón de lo establecidos en los artículos 3, 17 y 24 de la CDN— acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz y la prevención del VIH/SIDA y de las enfermedades de transmisión sexual (ETS), con independencia de su estado civil y de que cuenten o no con el consentimiento de sus padres o tutores.

La Observación General mencionada establece también que, cuando sea necesario internar a un adolescente con perturbaciones mentales, tal decisión debe adoptarse por ser la que de mejor modo satisfaga el interés del chico, asegurando al paciente la mínima restricción al ejercicio de otros derechos que le son reconocidos por la Convención.

Respecto de la intimidad, la confidencialidad y el consentimiento fundamentado del tratamiento, en la OG 4 se exige a los Estados parte promulgar normas para que se proporcione a los adolescentes asesoramiento confidencial sobre el tratamiento, para que puedan prestar el consentimiento con conocimiento de causa, debiendo figurar en esas disposiciones la edad requerida para ello o hacer referencia a la evolución de las facultades del niño al tiempo que deben capacitar al personal sanitario para el adecuado respeto de esos derechos. Los servicios de salud deben proporcionarse a los chicos con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

El Comité elaboró también la Observación General N° 3, especialmente dedicada a la prevención y el tratamiento del síndrome HIV/SIDA en los niños. Se destaca allí que los chicos se encuentran en el corazón del problema y establece que debe reconocérseles el derecho a expresar sus opiniones y a que ellas sean tenidas en cuenta, garantizando el acceso confidencial a consejo y a los controles de su salud. También prevé que los niños compartan sus experiencias con otros, como vehículo para la prevención.

## IV | El consentimiento informado

Se entiende por tal la posibilidad del paciente de elegir el tratamiento a seguir, tras haber recibido información suficiente y adecuada a su comprensión sobre el diagnóstico y el pronóstico de la afección que sufre y de las alternativas terapéuticas disponibles.

El desarrollo e incorporación a nuestro derecho del consentimiento informado fue un avance relevante en términos de respeto de la autonomía del paciente; por él se pusieron límites al acendrado paternalismo médico y se adoptaron recaudos para intentar compensar la notoria asimetría generalmente existente en la relación médico-paciente, respecto del manejo de información relevante.

La doctrina especializada coincide en señalar que el concepto se desarrolló a partir de la decisión dictada por la Corte de Apelaciones de Nueva York en abril del año 1914, en el caso "Schloendorff v. Society of New York Hospital", sentencia en la que se estableció con claridad que todo ser humano adulto y sano mentalmente tiene derecho a determinar qué es lo que se hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente<sup>(37)</sup>.

Lo concebido como necesario en ese estado inicial del desarrollo conceptual era el que podía calificarse como "consentimiento simple", al que luego se fueron agregando requisitos que condujeron a la formulación

---

(37) HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., *La Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado*, 2ª edición, Buenos Aires, 2003, p. 13.

del concepto de “consentimiento informado”, aplicado profusamente por nuestra jurisprudencia ya mucho antes de la sanción de la Ley de Derechos de los Pacientes, N° 26.526, que lo establece expresamente en su artículo 5°, en los siguientes términos “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente información clara y precisa con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de las alternativas especificadas”.

Highton y Wierzba consideran que el consentimiento informado no es acto jurídico sino mera manifestación de voluntad no negocial o mero acto lícito, lo que se traduce en una simplificación de las reglas referidas a la capacidad<sup>(38)</sup>.

Tal manifestación de voluntad es inexcusable, salvo; a) cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales (art. 9°) y puede ser verbal, salvo en los siguientes casos: a) internación; b) intervención quirúrgica; c) procedimientos invasivos, sean ellos diagnósticos o terapéuticos; d) procedimientos que implican riesgos y e) revocación, en los que se exige que sea otorgada por escrito y firmada (art. 7°). La decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada y tal decisión debe ser acatada por el médico.

El consentimiento informado, cuando es prestado en forma adecuada y no como un automatismo burocrático, contribuye a que el paciente colabore de mejor modo con su recuperación, porque es conciente de los riesgos y de los beneficios que la sujeción a un determinado tratamiento puede traer aparejados.

.....

(38) HIGHTON – WIERZBA, *op. cit.*, p. 78.

Mientras que en el ámbito de los contratos se habla de capacidad, en las áreas de la Bioética y el Bioderecho se habla también de “competencia”, concepto perteneciente al área de ejercicio de los derechos personalísimos y que da cuenta de un estado de madurez que no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando. La noción de consentimiento informado está unida a la de discernimiento y, consecuentemente, a la de competencia<sup>(39)</sup>.

## V.a | La autonomía progresiva en el ámbito de la salud, la competencia de los niños para consentir en materia de tratamientos médicos

¿Puede un niño consentir por sí un tratamiento médico? Cuando se intenta responder esta pregunta, es necesario penetrar en la distinción entre los conceptos de “capacidad” —de antiguo linaje jurídico— y de “competencia” —de origen bioético, con proyección jurídica innegable—.

Mientras que la de “capacidad” es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos, el de “competencia” es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos y no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día o en una semana. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar<sup>(40)</sup>.

En gran medida, la difusión de la discusión jurídica de la noción de “competencia” se vio instada por el dictado del fallo “Gillick”, en 1985, por la Cámara de los Lores de Gran Bretaña, cuyas circunstancias relevantes son las siguientes<sup>(41)</sup>:

---

(39) HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., “Consentimiento informado”, en *Responsabilidad Profesional de los Médicos*, VV.AA., Oscar Ernesto Garay, coordinador, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 191/206, esp. p. 201.

(40) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en *La Persona Humana*, Guillermo Borda, director, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 255.

(41) HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., *La Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado*, op. cit., 2ª edición, Buenos Aires, 2003, pp. 629/633.

En diciembre de 1980 el Departamento de Salud y Seguridad Social de Inglaterra emitió una circular destinada a hacer saber a los médicos que fueran consultados en las clínicas de planificación familiar por una menor que no hubiera cumplido 16 años, que no actuarían ilegalmente si prescribieran anticonceptivos a la niña, en tanto al hacerlo estuvieran actuando de buena fe para protegerla contra los efectos perjudiciales de las relaciones sexuales. La circular agregaba que, aunque un médico debería actuar bajo la presunción de que el asesoramiento y tratamiento sobre métodos anticonceptivos no debería darse a pacientes menores de 16 años sin el consentimiento de los padres y que debía intentarse persuadir a la niña en cuanto a participar a sus padres, se acepta que las consultas entre médicos y pacientes son confidenciales; y que el Departamento reconoce la importancia que los médicos y pacientes otorgan a este principio. Añadía que el principio de confidencialidad entre el médico y el paciente es aplicable a la menor de 16 años que requiere anticonceptivos y que abandonar este principio puede dar lugar a que no pidan consejo profesional alguno, con la posibilidad de exponerse a los riesgos inmediatos de embarazo y transmisión de enfermedades sexuales además de otras consecuencias físicas, psíquicas y emocionales a largo plazo que también configuran amenazas a la vida familiar estable. Esto sería especialmente aplicable a los jóvenes cuyos padres no se preocuparan, no dieran respuesta o estuvieran enajenados. Además, algunos jóvenes están lejos de sus padres. Por ello, se indicaba que en casos excepcionales, el médico puede recetar métodos anticonceptivos a pacientes menores de 16 años sin informar a los padres ni obtener su consentimiento, si de acuerdo al criterio clínico profesional es conveniente recetar los anticonceptivos.

La Sra. Victoria Gillick, madre de varias niñas menores de 16 años, el 3 de marzo de 1981 envió una carta por la que intentó que la autoridad sanitaria le asegurara que a sus hijas no se le recetarían anticonceptivos sin su conocimiento y consentimiento. La autoridad se negó a dar tal tipo de garantías pues la decisión de prescribir anticonceptivos sin informar a los padres de los pacientes menores de 16 años debía tomarse de acuerdo al criterio clínico del médico involucrado en el tratamiento; lo que llevó a que el 5 de agosto de 1982, la Sra. Gillick iniciara una acción judicial, para que se declarara que: a) la recomendación contenida en la circular era incorrecta y contraria a derecho porque implicaba aconsejar a los médicos cometer el delito de suscitar o instar relaciones sexuales ilegales con una niña menor

de 16 años en violación de la disposición contenida en la legislación sobre ofensas sexuales de 1956 y b) un médico u otro profesional empleado en el servicio de planificación familiar no podía dar asesoramiento y tratamiento sobre métodos anticonceptivos a ningún hijo de la actora menor de 16 años sin su consentimiento porque hacerlo sería ilegal y contrario a los derechos de patria potestad de la actora.

El juez de primera instancia entendió que: 1) un médico que prescribe anticonceptivos a una menor de 16 años de acuerdo a la recomendación contenida en la circular no estaría cometiendo delito de ocasionar o instar relaciones sexuales ilegales con la menor en violación de la disposición contenida en la legislación sobre ofensas sexuales de 1956; y 2) el interés de un padre en su hijo no es tanto como un "derecho" sino que se trata de un deber y, en consecuencia, dar asesoramiento a una niña menor de 16 años sobre anticoncepción sin el consentimiento de los padres no constituiría una interferencia ilegal con los "derechos" de patria potestad.

La Corte de Apelaciones admitió el recurso y concedió las declaraciones requeridas, con fundamento en que un menor de 16 años no podía dar consentimiento válido al tratamiento de anticoncepción sin el consentimiento de sus padres y, en consecuencia, la circular era ilegal. El Departamento de Salud y Seguridad Social recurrió a la Cámara de los Lores, que revocó lo decidido, estableciendo que los menores que no han alcanzado los 16 años pueden considerarse aptos para prestar su consentimiento a la realización de prácticas no terapéuticas, según su madurez y entendimiento, en una evaluación realizada con mira en el mejor interés del menor.

El caso determinó la configuración de una nueva categoría de niños "*Gillick competent*", constituida por quienes, sin contar con la edad de 16 años, establecida por el ordenamiento legal como idónea para prestar un consentimiento válido, pueden hacerlo en función de su grado de madurez o desarrollo. De tal modo, un menor es "*Gillick competent*" si ha alcanzado suficiente aptitud para comprender e inteligencia para expresar su voluntad respecto del tratamiento específicamente propuesto.

La discusión habida en este caso y los criterios empleados para su decisión se encuentran en la base conceptual de las leyes sobre Salud Reproduc-

tiva dictadas en el país. El fallo fue trascendente y dejó en claro que la autoridad paterna no está establecida en beneficio de los padres, sino de los hijos y se justifica sólo en tanto permita que aquéllos lleven a cabo sus deberes hacia éstos.

En 1998, la Asociación Médica Mundial dictó la Declaración de Ottawa sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica, que, con relación al consentimiento y autodeterminación del paciente establece que: "...9. El paciente niño y sus padres o representantes legales tienen derecho a tener una participación informada activa en todas las decisiones que afecten la atención médica del niño. Los deseos del niño deben considerarse al tomar dichas decisiones y se les debe dar importancia, según su capacidad de comprensión. El niño maduro, según la opinión del médico, tiene derecho a tomar sus propias decisiones sobre atención médica; 10. Excepto en una emergencia ...., se necesita el consentimiento informado antes de comenzar un proceso de diagnóstico o de terapia en un niño, en especial cuando se trate de un procedimiento invasivo. En la mayoría de los casos, el consentimiento debe obtenerse de los padres o de los representantes legales; sin embargo, los deseos expresados por el niño deben tomarse en cuenta antes de otorgar el consentimiento. No obstante, si el niño tiene la madurez y comprensión suficientes, el consentimiento informado se debe obtener del niño mismo; 11. En general, el paciente niño capacitado y sus padres o representantes legales pueden abstenerse de otorgar consentimiento a un procedimiento o terapia. Aunque se supone que los padres o representantes legales actuarán en beneficio del niño, a veces no es así. Cuando uno de los padres o representante legal niega el consentimiento a un procedimiento y/o tratamiento, sin el cual la salud del niño se pondría en grave e irreversible peligro y para el cual no hay alternativa dentro del contexto de atención médica generalmente aceptada, el médico debe obtener la autorización judicial o legal pertinente para aplicar dicho procedimiento o tratamiento; 12. Si el niño está inconsciente o no puede dar su consentimiento y no se dispone de uno de los padres o representantes legales, en circunstancias en que se necesita una intervención médica de urgencia, en ese caso se puede suponer el consentimiento específico para la intervención; a menos que sea obvio y que no quede la menor duda, en base a lo expresado previamente o por convicción, de que el consentimiento para la intervención sería rechazado para esa situación en particular..."; 13. El paciente niño y sus padres o representantes legales

tienen derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza de la medicina. Dicha negación nunca debe interferir en la relación médico-paciente o poner en peligro la atención médica del niño u otros beneficios a los que tenga derecho...”.

Es claro que un chico de, por ejemplo, quince años, quien sufre una fractura, está con condiciones de comprender y consentir lo relativo a las prácticas de curación a las que deba ser sometido en ausencia de sus padres; pero el debate se enturbia cuando de lo que se trata es de cuestiones vinculadas con la salud reproductiva.

El problema que suele traer aparejada la regulación por el derecho de cuestiones que involucran principios bioéticos es que el debate se desarrolla en un territorio en el que se encuentran involucradas múltiples visiones morales y religiosas de un mismo asunto y en el que aun el abordaje jurídico puede efectuarse desde diversos ángulos<sup>(42)</sup>.

Los sectores conservadores de la sociedad procuran retardar el inicio de la actividad sexual de los chicos, de ser posible hasta después de celebrado el matrimonio. Se trata de una concepción que merece respeto pero cuyos postulados son a menudo penetrados por otros discursos sociales que aquéllos intentan enfrentar luchando contra las disposiciones del Estado que prevén que se proporcione a los niños, niñas y adolescentes información sobre su sexualidad y sobre métodos anticonceptivos —con la finalidad evidente de evitar embarazos adolescentes y el contagio de enfermedades de transmisión sexual—, cuando siempre está a su alcance formar a sus hijos en el análisis de la información que reciben, según su idea de la vida.

No es constitucionalmente admisible limitar el acceso de los chicos a información necesaria, adecuada y suficiente para la evaluación de decisiones sobre su salud. El que individuos adultos consientan en conformar familias y tener hijos no transforma a sus hijos en su propiedad. Incluso rechazando todo tipo de paternalismo, no hay por qué pensar que los menores deben estar a entera merced de sus padres sólo porque fueron engendrados por .....

(42) Como ejemplo de ello, basta con analizar las distintas posiciones de los jueces cuyos votos conformaron la decisión en el conocido caso “Bahamondez”, fallado por la Corte de Suprema de Justicia de la Nación el 6 de abril de 1993, pues mientras algunos basaron su pronunciamiento en el respeto de la autonomía del sujeto y lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, otros lo hicieron en el respeto por la libertad de culto.

ellos y, en algún sentido muy débil, a ellos les “deben” su existencia. Ello sería análogo a pensar que quien salvó la vida de otro puede luego disponer discrecionalmente de ella<sup>(43)</sup>. Del mismo modo, tampoco puede considerarse que deban estar sometidos a los criterios emanados del Estado. Los chicos deben recibir formación de sus familias y de la comunidad de modo tal de adoptar criterios que les permitan valorar la información que reciban de fuentes diversas.

Debe darse el mayor grado de despliegue posible a la autonomía de los chicos competentes para tomar decisiones sobre el cuidado de su salud. Pero son muchas las ocasiones en las que no se debe rechazar el paternalismo, como ocurre con los niños pequeños o los ancianos seniles, en una etapa de la vida en la que padres e hijos intercambian sus roles sociales. En el caso de individuos que nunca han sido competentes, como ocurre con los recién nacidos, los niños pequeños y los retrasados mentales profundos desde su nacimiento, el paternalismo es inevitable y serán otros quienes elijan en su nombre y quienes determinen lo que más les conviene<sup>(44)</sup>.

Diversas normas preveían la adopción de decisiones en materia de salud por parte de menores de edad. Por ejemplo, cuando el Código Civil establecía en los 21 años la mayoría de edad, la originaria Ley de Trasplantes argentina, N° 21.541, autorizaba a los menores que fueran mayores de 18 años a disponer la ablación en vida de alguno de sus órganos o de material anatómico de su propio cuerpo, para ser implantado en otro ser humano.

La vida cotidiana pone en evidencia que la madurez física, mental y emocional de los adolescentes se ve hoy adelantada por múltiples factores —biológicos, culturales, etc.— que contribuyen a robustecer su discernimiento mucho antes de lo que ocurría en tiempos pasados<sup>(45)</sup>.

(43) RIVERA LÓPEZ, EDUARDO, “Igualdad, libertad y mérito. ¿Valores en conflicto?, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, VV.AA., Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, coordinadores, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 91 a 106.

(44) H. TRISTRAM ENGELHARDT, *Los fundamentos de la bioética*, 2ª edición, Paidós, Barcelona, 1995, p. 350.

(45) URKOVICH, MARCOS C., “Observaciones de un pediatra sobre la relación médico-paciente”, *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, año 1, n° 1, Buenos Aires, Flacso, 1995, pp. 43 y ss., citado por ARRIBERE, ROBERTO y VEGA, MANUEL A., “El asentimiento de los menores de edad a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia génica”, *Cuadernos de Bioética*, n° 2-3, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, pp. 25/36, p. 34.

El desarrollo del ser humano pleno sólo puede ser alcanzado en un ámbito cultural que lo posibilite, de allí que las limitaciones a las posibilidades de ejercicio de determinados actos puede importar también una limitación concreta a la plena expansión de las posibilidades vitales del sujeto; especialmente cuando ellas se producen en etapa temprana, cuando requiere del abrigo del medio para su supervivencia, desarrollo y formación.

Hoy no se comprende de qué manera se puede proteger a los menores declarando su incapacidad, pues éstos no están excluidos de los actos o contratos de la vida social moderna; por lo que tal criterio contraría la realidad social, porque hoy más que nunca la participación de los menores en la vida social y familiar es mucho más intensa<sup>(46)</sup>.

El reconocimiento del niño como sujeto competente para evaluar en forma autónoma las cuestiones atinentes a sus problemas existenciales y cuestiones de su interés, según su evolución y madurez, establecido por el nuevo paradigma derivado de la CDN, impone que su voz sea oída y sus opiniones tenidas en cuenta al tiempo de adoptar decisiones relevantes con relación a aquéllos temas.

No significa esto que el niño decida por sí y ante sí lo que prefiere y que ello deba ser necesariamente seguido por los responsables de su protección —algo que podría contrariar groseramente el respeto del principio del interés superior del niño—, sino que su visión del problema y de las mejores alternativas de solución posibles debe ser tenida en consideración, debiendo justificar los responsables de la toma de decisión tanto los motivos por los que se la adopta como los que llevan a soslayarla; proceso de fundamentación que no puede alcanzarse por el simple recurso de invocar mágicamente el “interés superior del niño”, que es la finalidad que debe ordenar el razonamiento, pero no éste.

El derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes, imprescindible para dotar de efectividad al principio de autonomía progresiva, se encuentra especialmente previsto en los artículos 3, 24 y 27 de la ley 26.061<sup>(47)</sup> y

---

(46) RINESI, ANTONIO JUAN, *La capacidad de los menores*, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anales 2004, Córdoba, 2005, pp. 75/105.

(47) Una evaluación jurídica del desarrollo psíquico del niño según los aportes de la Psicología Evolutiva, puede encontrarse en GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2003, tomo I, pp. 541/547.

encuentra su contrapartida en el derecho a no ser informado, en caso de no querer el chico saber acerca de su pronóstico y tratamiento y querer dejar la decisión en manos de otro.

La ley reconoce lo que surge implícitamente del artículo 12 de la CDN, un amplio ámbito de aplicación del derecho a ser oído, extensible a todos los contextos en los que se desenvuelven los niños y adolescentes (social, escolar, cultural, estatal o político, recreativo, etc.) y a su participación "en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés". Y ello, porque en un sistema democrático, la importancia de la opinión del niño no debe limitarse a las situaciones en que resulten directamente afectados intereses particulares, sino también a todas aquellas en las que éstos pretendan participar, aunque se trate de intereses generales, donde su participación tendrá una función decisiva<sup>(48)</sup>.

En materia de salud, derecho al que se refiere específicamente el artículo 14 de la ley, aparece evidente en el nuevo paradigma el derecho del niño al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental; en este ámbito, el derecho a la autodeterminación de los niños y adolescentes se encuentra ligado al consentimiento informado, que exige que se le provea de información suficiente y adecuada con relación al diagnóstico, pronóstico, alternativas terapéuticas y procedimiento recomendado por el médico, para que así pueda expresar qué es lo que considera conveniente. En este terreno, el principio bioético de autonomía se encuentra íntimamente ligado al valor supremo de la dignidad humana, que exige que el paciente tenga una función participativa en la determinación del criterio a seguir; cobra relevancia aquí el concepto bioético de "competencia", por el que se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar las alternativas y si tiene valores para poder juzgar<sup>(49)</sup>.

(48) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 415.

(49) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en *Bioética y Derecho*, Salvador D. Bergel y Nelly Minyersky, compiladores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 114, citado por GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, op. cit.*, pp. 282 y 283, obra a la que remito, por su completo análisis de la cuestión.

Las ideas de “competencia” o “mayoría anticipada para el acto médico” obligan a rever los tradicionales conceptos civilistas de “capacidad”, “patria potestad” y “representación” de los progenitores, debiendo pensarse, en lo atinente al cuidado del propio cuerpo, en una alternativa que concilie su ejercicio con la responsabilidad parental, excluyendo del ámbito de la representación de los padres aquellos actos que en función de su edad y madurez, el niño pueda ejercer por sí o, en su caso, con la asistencia de sus progenitores<sup>(50)</sup>.

En la OG N° 12<sup>(51)</sup> se establece que “Las opiniones del niño deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis caso por caso indique que el niño es capaz de formarse un juicio propio. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño” (ap. 44).

Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que sus opiniones no se escucharon sólo como mera formalidad, sino que se tomaron en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta<sup>(52)</sup>.

Es claro que un sistema de estas características impone a los facultativos la responsabilidad de evaluar la competencia del niño sujeto del acto médico, lo que en la práctica deriva, a menudo, en la judicialización de cuestiones que debieran ser decididas en el ámbito sanitario, pero que pasan a los tribunales por la aversión al riesgo y falta de conocimientos jurídicos básicos de los profesionales de la salud. Es por ello y porque considero que, en definitiva, hace a una mejor protección de los niños en temas que pueden ser de suma

---

(50) GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*, op. cit., p. 284.

(51) “El derecho del niño a ser escuchado”, Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas (2009).

(52) OG 12, ap. 45.

gravedad, que comparto la opinión que considera que sería conveniente que en una futura reforma legislativa se regule un sistema que permita diferenciar ciertas categorías en función de la edad, del tipo de tratamiento a realizar y del estado de salud del niño, con cierto margen de flexibilidad para un mejor respeto de la autonomía progresiva del paciente<sup>(53)</sup>.

En caso de duda acerca de si se está o no frente a un chico competente para metabolizar la información necesaria para la adopción de una opinión, debe siempre procederse en favor del respeto de la autonomía del niño, informándolo directamente y escuchándolo. La Ley Nacional N° 26.529, de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, establece expresamente que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir, en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud” (art. 2°, inc. “e”).

Cabe entender que la remisión a la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes tiene por objeto lo dispuesto en su artículo 24, en el que se establece el derecho del niño a opinar y a ser oído. Si bien este precepto no menciona expresamente el ámbito sanitario<sup>(54)</sup>, debía considerárselo comprendido aun sin que mediara la referencia expresa de la ley específica.

La previsión de la ley importa que se les debe proporcionar a los chicos “de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informes sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la posible evolución, riesgos y complicaciones o secuelas de los mismos”, ello según la madurez y el desarrollo del paciente, lo que exige de la ponderación del profesional quien, en caso de entender que no corresponde proporcionarle tal información —ya sea porque no lo considera maduro para recibirla y evaluarla o porque entiende que debe hacer ejercicio del denominado “privilegio médico”<sup>(55)</sup>—

(53) GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*, op. cit., p. 293.

(54) Sí el “estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

(55) Se entiende por tal el que permite que el profesional no proporcione determinada información al paciente cuando considera que puede ser perjudicial para él conocerla, como

debe efectuar la comunicación a quienes están legalmente habilitados para tomar decisiones por el niño.

En los casos en los que se presenten conflictos entre una proposición o manifestación de voluntad del chico y la de sus padres, la decisión debe tomarse sobre la base de los principios éticos que rigen en materia bioética, como, por ejemplo, el principio de beneficencia. Para la elaboración de un criterio, si bien sus dictámenes no son vinculantes, es aconsejable dar intervención al Comité Hospitalario de Ética —Ley N° 24.742—, de contarse con tal recurso<sup>(56)</sup>.

## V.b | El consentimiento de los chicos en su participación en ensayos clínicos

La investigación es parte esencial de la medicina como ciencia. Ella genera tensión entre el papel que desempeñan los profesionales de la sanidad como curadores y su papel como científicos. El problema moral que conlleva la experimentación científica con seres humanos es que el sujeto es convertido en un objeto. Dado el conflicto entre roles, el sujeto puede confundir la investigación sin beneficio para él mismo con el tratamiento que podría mejorar su salud<sup>(57)</sup>.

En la OG N°12 el Comité de los Derechos del Niño indica que “Los médicos y las instituciones de atención de la salud deben suministrar información clara y accesible a los niños sobre sus derechos con respecto a su participación en la investigación pediátrica y los ensayos clínicos. Deben ser informados sobre la investigación para que pueda obtenerse su consentimiento otorgado con conocimiento de causa, aparte de otras salvaguardas de procedimiento”.

---

ocurre a menudo con los casos de personas depresivas aquejadas por enfermedades graves. No obstante, en tales casos el médico debe procurar efectuar la comunicación a familiares.

(56) Sus recomendaciones no son vinculantes y no eximen de responsabilidad al personal sanitario, pero pueden acompañar a quienes deben tomar la decisión, contribuyendo a una mayor deliberación y a cierta liberación, por la carga compartida de alcanzar un consejo de dificultosa asimilación.

(57) ENGELHARDT, *op. cit.*, p. 363.

Con relación a la investigación en materia de HIV, la OG prevé que los Estados parte deben asegurar que los chicos no sirvan como sujetos de investigación hasta tanto no se hayan hecho pruebas en adultos y que si participan de proyectos de tal naturaleza, debe ser obtenido su consentimiento, tras una clara explicación de los riesgos y de los probables beneficios, asegurándoles su privacidad.

En las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación y Experimentación Bioética en Seres Humanos —Declaración de Helsinki— se requiere que se transmita a los participantes en un ensayo clínico la información en palabras que concuerden con su nivel de comprensión; el investigador debe tener presente que la capacidad de comprender la información necesaria para otorgar un consentimiento informado depende de la madurez, inteligencia, instrucción y racionalidad del posible participante. Se establece también en ese documento que, antes de dar inicio a una investigación en la que participarán niños, el investigador debe asegurar que: 1) no participen niños en una investigación que podría realizarse en adultos; 2) el propósito de la investigación sea obtener conocimientos pertinentes a las necesidades de salud de los niños; 3) uno de los padres o tutor legal de cada niño haya otorgado su consentimiento; 4) el consentimiento de cada niño se ha obtenido en la medida de su capacidad; 5) se respete siempre la negativa del niño a participar en actividades de investigación a menos que, según el protocolo de investigación, el niño reciba una terapia para la cual no hay una alternativa aceptable desde el punto de vista médico; 6) el riesgo que representan las intervenciones cuyo objetivo no es beneficiar al niño es bajo y proporcional a la importancia de los conocimientos que se obtendrán y 7) es probable que las intervenciones cuyo objetivo es proporcionar un beneficio terapéutico sean al menos tan ventajosas para el niño como cualquier otra alternativa existente.

De tal modo, la investigación en niños debe realizarse sólo cuando la participación de ellos sea indispensable para la investigación de enfermedades de la niñez y afecciones a las cuales los chicos son especialmente susceptibles y los objetivos de la investigación sean acordes a las necesidades de salud de los niños.

Es importante contar con la cooperación del niño, luego de haber sido informado en la medida que su madurez lo permita; por lo que se debe

procurar seleccionar a niños que estén en condiciones de comprender y de opinar sobre aspectos inherentes a sus derechos personalísimos de la práctica a realizar.

La objeción de un niño competente a participar en una investigación debe siempre respetarse, aun cuando sus padres otorguen el consentimiento, pues prima en esto la decisión del chico.

En el comentario a la pauta 5, se dice que "Se puede presumir que los niños mayores de 13 años por lo general son capaces de otorgar un consentimiento informado, pero éste debe ir acompañado del consentimiento de uno de los padres o tutor en calidad de apoderado, salvo que esto no esté dispuesto por una ley local".

Como pauta para la protección del niño, se prevé que el padre o representante que consintió la participación de aquél en la investigación, pueda observarla y retirar al chico en caso de entender que no resulta conveniente para él, es claro que el ensayo debe también ceder, con relación al niño, ante su oposición a su continuidad.

Se establece, asimismo, que las actividades de investigación en las que participen niños deben llevarse a cabo en lugares en los que el niño y el padre o madre puedan obtener apoyo médico y psicológico adecuado y el investigador puede obtener la asesoría del médico de cabecera del niño o de otro profesional de la salud.

En todo caso, los riesgos deben justificarse en relación con los beneficios previstos para el niño y el riesgo de intervenciones cuyo objetivo no presente un beneficio directo para el niño participante, debe justificarse en relación con los beneficios previstos para la sociedad; admitiéndose ligeros aumentos en el nivel de riesgo, cuando un "comité de evaluación ética" se persuade de que el objetivo de la investigación es suficientemente importante como para ello.

En materia de ensayos genéticos, en 1996 se dictó la Declaración Ibero-Latinoamericana sobre Derecho, Bioética y Genoma Humanos<sup>(58)</sup> que en su artículo quinto, apartado d) prevé: "el consentimiento libre e informado

---

(58) Declaración de Manzanillo, 1996, revisada en Buenos Aires, 1998 y en Santiago, 2001.

para la realización de pruebas genéticas e intervenciones sobre el genoma humano debe ser garantizado a través de instancias adecuadas, en particular, cuando se trate de menores, incapaces y grupos vulnerables que requieran de una atención especial.

## VI | La cuestión de las “directivas anticipadas”

El artículo 11 de nuestra Ley Nacional sobre Derechos del Paciente, limita la posibilidad de formular Directivas Anticipadas a “ Toda persona capaz mayor de edad”.

Las directivas anticipadas son instrucciones referidas a la atención médica que el paciente desea recibir en el futuro, cuando no esté en condiciones de expresar su voluntad ante un acto médico concreto. Ellas posibilitan que quienes padecen enfermedades incapacitantes —procesos terminales y degenerativos, por ejemplo— se anticipen a sus impedimentos futuros, dejando establecido qué tratamientos consentirán y cuáles rechazarán, sean ellos preventivos o paliativos; en ningún caso pueden contener previsiones de prácticas eutanásicas.

Por medio de las manifestaciones anticipadas de voluntad, surge la posibilidad de decidir sobre los tratamientos aceptados cuando uno es competente para hacerlo y no cuando la sombra de la muerte próxima proyecta oscuridad sobre nuestros deseos, valores y discernimiento; o nuestro entendimiento se encuentra temporalmente aislado del medio.

En ocasiones, los intereses de la familia pueden entrar en conflicto con los del paciente y, cuando se toman en cuenta todos ellos, puede resultar que lo que es mejor para el grupo familiar en su conjunto tal vez no lo sea para el paciente en particular<sup>(59)</sup>.

Muchos pacientes se preocupan por las cargas emocionales, físicas y financieras que la prolongación de su existencia podría entrañar para la

---

(59) BLUSTEIN, JEFFREY, “La familia en la toma de decisiones médicas”, en *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, VV.AA., selección a cargo de Luna Florencia y Salles Arleen L. F., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1998, p. 162.

familia y desean adoptar, de modo anticipado, decisiones propias en la materia<sup>(60)</sup>.

Existen personas que no pueden soportar la agonía de una enfermedad prolongada e irreversible y, una vez corroborada su existencia, desean un rápido desenlace; o que tienen en especial consideración los padecimientos que deberían soportar sus seres queridos como lógica derivación de la prolongación de un sufrimiento que, de todos modos, habrá de conducir a la muerte del paciente, y prefieren liberarlos de esa situación.

Philippe Ariès<sup>(61)</sup> explica que, a partir del siglo XVII, la familia occidental comenzó a participar de las decisiones que deben adoptarse frente a la muerte inminente de uno de sus integrantes y que, a menudo, lo ha hecho privándolo de información y de libertad. El enfermo se vuelve entonces una suerte de débil mental, del cual se hacen cargo y a quien separan del mundo. Cuando esto sucede, el sujeto queda aislado de sí; enajenado; por lo que, la posibilidad de adoptar decisiones anticipadas respecto de su atención médica final puede contribuir a enervar los efectos del aislamiento y proyectar una decisión autónoma más allá de sus barreras.

Las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamientos médicos, propenden al pleno respeto de la voluntad, los valores y las creencias del paciente; aun más allá de lo conocido por los integrantes de su grupo familiar.

No se advierte cuál es el sentido de excluir a niños competentes, como puede ser un adolescente, de la posibilidad de dejar establecido este tipo de previsiones, que se vinculan con el respeto de su autonomía en materia de derechos personalísimos y con su derecho a morir con dignidad.

A menudo se observa que los chicos que han llevado tiempo hospitalizados o sometidos a largos tratamientos maduran profundamente y se

---

(60) Cabe tener en consideración que para la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1990), los cuidados paliativos "consisten en la atención global e integral de las personas que padecen una enfermedad avanzada, progresiva e incurable y las familias de estas personas" [el destacado me pertenece], conf. MAINETTI, JOSÉ LUIS, "La asistencia al enfermo terminal: una opción ética y eficiente", Disponible en Cuadernos de Bioética [versión digital], sección Doctrina, <http://www.cuadernos.bioetica.org/doctrina11.htm>.

(61) ARIÈS, PHILIPPE, *Morir en Occidente*, Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo, 2000, p. 207.

encuentran en condiciones de opinar cabalmente sobre qué quieren y qué no para su vida e, incluso, de enfrentar la muerte.

Por ello, propongo que, a fin de asegurar el respeto de su autonomía y de su dignidad, la norma sea interpretada en el sentido que establece un derecho del que gozan todas las personas mayores de edad, pero que no excluye la posibilidad de su formulación por niños, de acuerdo a su grado de madurez, evaluada en los términos previstos en el artículo 2º, inc. "e" de la Ley 26.529.

## VII | Aspectos documentales de la información médica en la atención de niños

Es necesario prever la forma de registrar adecuadamente el proceso informativo y deliberativo que involucra la emisión de opiniones sobre su salud por parte de un chico.

Todo paciente es titular de la historia clínica y a su simple requerimiento debe suministrársele copia de ella, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial, según lo establece el artículo 14 de la Ley 26.529. Es claro que debe reconocerse a todo niño competente el derecho a acceder a esa información y que, cualquiera sea el soporte físico en el que los datos se encuentren asentados, debe respetarse el deber de inviolabilidad que recae sobre los establecimientos asistenciales y los profesionales de la salud, según el artículo 18 de la ley mencionada.

Si bien en el artículo 7º de la Ley de Derechos del Paciente se prevé que el consentimiento del paciente podrá ser dado en forma verbal, salvo las excepciones mencionadas, es conveniente que los prestadores registren especialmente lo relativo al cumplimiento del deber de información adecuada y de toma en consideración de la opinión de los pacientes niños.

Por otra parte, el incumplimiento del deber de información necesaria y adecuada para la elaboración del consentimiento informado del paciente constituye por sí un supuesto de responsabilidad de los profesionales de

la salud; por lo que todo médico que actúe con respeto a la dignidad del niño, debe ser cuidadoso en el registro de lo actuado, a fin de evitar que luego se le imputen incumplimientos en la materia.

## VIII | Conclusiones

Hoy no es posible dar respuestas jurídicas válidas, prescindiendo de la nueva realidad constitucional de nuestro sistema jurídico. Ella exige recorrer los textos de las disposiciones que integran nuestro bloque de constitucionalidad, para resignificar los preceptos normativos generados en la fragua anterior a la reforma de 1994, comprendiendo sus alcances y objetivos. De ello se trata la “constitucionalización del Derecho Privado”.

La evolución cultural habida en el último siglo determina que hoy el cambio de paradigma sea visto como lógico y como jurídicamente inadmisiblemente, toda pretensión de fundar decisiones en criterios de cuño patriarcal. La autoridad parental debe respetar la esfera de intimidad y privacidad de sus hijos, respetando un cierto ámbito de decisión que compete exclusivamente a ellos, según su madurez progresiva y las circunstancias del grupo familiar.

Principios como el del “superior o mejor interés del niño” y el de “autonomía progresiva”, deben ser aplicados con criterio racional y fundamentación adecuada, para evitar que se transformen en axiomas vacíos de contenido y que terminen sirviendo para imponer decisiones de matriz paternalista en casos en los que el niño goza de autonomía y criterio como para intervenir en la formulación de los criterios vinculados con la atención de su salud.

Los sistemas prestacionales, sean ellos públicos o privados, deben establecer protocolos de actuación a seguir para recibir la opinión de los chicos con relación a tratamientos a los que deben ser sometidos, previendo la forma de documentar sus manifestaciones y los criterios de valoración frente a ellas.

En el caso de los ensayos clínicos, debe darse un mayor control cuando participan en ellos chicos y debe reconocerse a ellos, en caso de gozar de

autonomía suficiente, y a sus padres, cuando no se da tal circunstancia, la posibilidad de retirar al niño del programa cuando lo consideren adecuado según el mejor interés del chico.

El debate de estas cuestiones suele afectar la sensibilidad de los fieles de distintas religiones, lo que debe ser comprendido y tenido en consideración al tiempo de encararlo, pues tales argumentos no pueden ser soslayados en una sociedad democrática, aun cuando en ella prevalezca una consideración secular, respetuosa de la diversidad.

Finalmente, la norma del artículo 11 de la Ley 26.529 debe interpretarse en el sentido de que ella no excluye a los niños competentes de la posibilidad de formular Directivas Anticipadas, ello a fin de respetar adecuadamente su autonomía y dignidad, según los criterios que surgen de nuestro actual paradigma constitucional.

---



# ¿Puede el hecho de haber nacido constituir un daño resarcible?

(Reflexiones desde el derecho argentino a propósito de la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa)

por **SEBASTIÁN PICASSO<sup>(1)</sup>** y **LUIS R. J. SÁENZ<sup>(2)</sup>**

*¡Ay mísero de mí! ¡Ay infelice!  
Apurar, cielos pretendo,  
ya que me tratáis así,  
qué delito cometí  
contra vosotros naciendo;  
aunque si nací, ya entiendo  
qué delito he cometido;  
bastante causa ha tenido  
vuestra justicia y rigor,  
pues el delito mayor  
del hombre es haber nacido.*

***Calderón de la Barca, La vida es sueño.***

---

(1) Doctor en Derecho. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor adjunto regular de Derecho Civil I en la Facultad de Derecho de la UBA. Dicta regularmente cursos y conferencias en diversas universidades de la Argentina y el extranjero. Autor de numerosas publicaciones en revistas y libros especializados.

(2) Secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A. Profesor de las materias Defensa del Consumidor (UBA), Obligaciones y Daños (Universidad de Palermo). Conferencista. Autor de diversas publicaciones en revistas y libros especializados.

## Introducción

Nacer, “ser arrojado” al mundo —para tomar prestado una expresión cara a Heidegger<sup>(3)</sup>—, es el acto fundacional de un ser humano. El nacimiento nos emplaza en la existencia, abre ese paréntesis que es nuestra vida y que solamente se cerrará con la muerte.

Nacer es algo que “le sucede” al ser humano, pues nadie decide su propio nacimiento. El derecho refleja este dato existencial considerando al nacimiento un hecho jurídico; más precisamente, un hecho de la naturaleza<sup>(4)</sup>, que viene a consolidar la “personalidad condicional” de la que gozaba el *nasciturus* (arts. 70 y 74, Código Civil).

Desde este encuadre, la pregunta que abre nuestro estudio aparece paradójica. Que el hecho de haber nacido pueda constituir un daño resarcible nos resulta a primera vista chocante, pues parece implicar que hay casos en los que el no-ser sería preferible al ser. Más allá de la valoración subjetiva que —en ejercicio de su autonomía personal— pueda hacer al respecto el propio implicado, la pregunta que se impone entonces es, si el derecho puede afirmar tal cosa de manera objetiva y con visos de generalidad, y cuáles serían las consecuencias de la asunción de ese postulado.

Como sea, lo cierto es que la cuestión se ha planteado en la jurisprudencia y la doctrina francesas a partir del famoso precedente “Perruche”, en el que la Corte de Casación de ese país hizo lugar a la acción entablada por una persona gravemente discapacitada contra el médico y el laboratorio que, durante el período de gestación, omitieron culposamente detectar la existencia de esa discapacidad, e impidieron de ese modo que su madre tomara la decisión —admitida por el ordenamiento jurídico francés— de poner fin al embarazo. Como lo veremos, esta muy polémica jurisprudencia dio lugar a un intenso debate doctrinal, que fue saldado, a la postre, con la sanción de una ley especialmente concebida para poner fin a esa clase de reclamos. Sin embargo, la cuestión ha sido recientemente ree-

---

(3) HEIDEGGER, MARTIN, *El ser y el tiempo*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 195. Traducción de José Gaos.

(4) CIFUENTES, SANTOS, *Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 16.

ditada por algunos fallos de la Corte de Casación que declararon procedente la demanda deducida contra su padre por hijos concebidos como consecuencia de la violación de su madre.

Analizaremos someramente esas decisiones, así como el debate que ellas suscitaron en Francia, en la primera parte de este trabajo (A), para pasar luego a considerar la cuestión en nuestro país, a la luz del estado actual de la legislación y la doctrina nacionales (B).

## A | La cuestión en Francia

Si bien se encuentran algunos precedentes jurisprudenciales anteriores<sup>(5)</sup>, fue el caso “Perruche” el que desencadenó la polémica. La Sra. Perruche, que creía estar embarazada, consultó a un médico por una erupción cutánea semejante a la rubeola. Como consecuencia de la culpa de ese médico y del laboratorio encargado de realizar los estudios que aquél ordenó, el facultativo informó —erróneamente— a su paciente que no tenía rubeola, y que, por consiguiente, no podía contagiar a su hijo. Algunos meses más tarde, la Sra. Perruche dio a luz a un niño afectado por una grave disca-

(5) El Consejo de Estado (02/07/1982, “Melle”, *Gazette du Palais*, 13/14 de abril de 1983) y la Corte de Casación (Primera Sala Civil, 25/06/1991, “Mlle. X c/ Y”, *Juris Classeur Périodique*, 1992.II.21784) habían decidido en su momento que el solo hecho del nacimiento de un niño luego del fracaso de un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo —expresamente autorizado por los arts. L2212-1 a L2212-11 del Código de la Salud Pública francés durante las primeras doce semanas del embarazo (diez al momento de esos fallos)— no puede generar para la madre un perjuicio reparable. Inversamente, en lo que puede considerarse el primer antecedente directo de la jurisprudencia “Perruche”, la Primera Sala Civil de la Corte de Casación (16/07/1991, “X c/ Époux Y. et a.”, *Juris Classeur Périodique*, 1992.II.21947) había hecho lugar a la demanda por pérdida de chance entablada a nombre de un niño ya nacido contra los médicos que habían omitido detectar *in utero* la grave discapacidad que lo aquejaba, con lo que habían privado a sus padres de la posibilidad de tomar una decisión esclarecida en punto a recurrir a una intervención voluntaria del embarazo. Asimismo, el 26/03/1996 el mismo tribunal hizo lugar a la demanda contra los médicos en dos casos similares (uno de ellos era ya el primer fallo “Perruche”, tal como lo relatamos en el texto), pero abandonó la idea de la pérdida de chance, y responsabilizó a los demandados por la totalidad del daño sufrido por el niño (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 26/03/1996, “Perruche c/ Ponnousamy et autres” y “Malpuech et autre c/ Epoux Reynard”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1996.624, con nota de Patrice Jourdain). Finalmente, el 14/02/1997 el Consejo de Estado —en otro caso idéntico— declaró improcedente la demanda entablada por el niño —por entender que no había nexo causal entre la discapacidad que lo aquejaba y la culpa médica—, pero acogió la acción de sus padres y condenó a los médicos a pagarles una renta mensual durante toda la vida de su hijo, con lo cual indemnizó también, subrepticamente, el daño sufrido por este último (Consejo de Estado, 14/02/1997, “Centre hospitalier regional de Nize c/ Époux Quarez”, *RDF adm.* 13, marzo-abril de 1997, p. 374).

pacidad (problemas neurológicos graves, sordera bilateral, retinopatía y cardiopatía) causada por la rubeola que había contraído durante la vida intrauterina. Al dejar sin efecto el fallo de la Corte de Apelaciones de París que había rechazado la demanda entablada a nombre del menor (pero había hecho lugar a la de los padres), la Primera Sala Civil de la Corte de Casación relevó que estaba probado que los padres habían declarado su voluntad de provocar una interrupción del embarazo en caso de rubeola, razón por la cual *"las culpas cometidas los habían falsamente inducido en la creencia de que la madre estaba inmunizada"*, de suerte que *"esas culpas eran generadoras del daño sufrido por el niño"* como consecuencia de la rubeola de su madre<sup>(6)</sup>.

La causa fue reenviada a otra corte de apelaciones (la de Orleans), que, sin embargo, se rehusó a seguir el criterio de la Corte de Casación, y rechazó nuevamente la demanda intentada a nombre del menor con el argumento de la ausencia de vínculo causal entre la culpa de los demandados y el daño sufrido por el menor. Ello dio lugar a un nuevo pronunciamiento de la Corte de Casación, esta vez reunida en asamblea plenaria, que declaró: *"dado que las culpas cometidas por el médico y el laboratorio en la ejecución de los contratos celebrados con la Sra. Perruche impidieron a ésta el ejercicio de su decisión de interrumpir su embarazo a fin de evitar el nacimiento de un niño afectado por una discapacidad, este último puede demandar la reparación del perjuicio resultante de esa discapacidad y causado por las culpas retenidas"*<sup>(7)</sup>.

Como ya lo adelantamos, la decisión generó fuertes críticas de un importante sector de la doctrina gala. Se dijo, en primer término, que en puridad no podía afirmarse que hubiera relación causal entre el hecho de los demandados y el daño: la culpa médica podría, a lo sumo, haber generado la decisión de la Sra. Perruche de no poner fin a su embarazo, mas no la discapacidad de su hijo, que encuentra su causa en un proceso natural (el contagio de la rubeola) al que los médicos no han contribuido en absoluto<sup>(8)</sup>. También se señaló que resultaba incorrecto presumir que,

---

(6) Corte de Casación, Primera Sala Civil, 26/03/1996, *op. y loc. cit.* En éste y en los demás párrafos citados en este trabajo, la traducción es nuestra.

(7) Corte de Casación, Asamblea Plenaria, 17/11/2000, *Dalloz*, 2001, 332, con notas de Mazeaud Denis y Jourdain Patrice.

(8) CHABAS, FRANÇOIS, nota en *Juris Classeur Périodique*, 2000.II.10438; MAZEAUD, DENIS, "Réflexions sur un malentendu", *Dalloz*, 2001. 332. Replicando estos argumentos, señala Jourdain

debidamente informada, la madre habría necesariamente decidido poner fin a su embarazo, pues se trataba de una facultad discrecional de la que ella podía arrepentirse a último momento<sup>(9)</sup>.

En segundo lugar, la decisión de la Corte de Casación fue cuestionada por considerarse que no existía, en el caso, un verdadero daño resarcible. ¿Puede realmente afirmarse con semejante nivel de certeza que es preferible no haber nacido que haberlo hecho con una importante discapacidad? Algunos autores, sin embargo, contestaron afirmativamente a esta pregunta y resaltaron que, si bien el aborto habría privado al niño de su vida, también le habría evitado los múltiples sufrimientos derivados de la incapacidad que padecía<sup>(10)</sup>. En una tesis más moderada, otro sector doctrinal afirmó que el caso que estamos analizando no se diferenciaría de otras hipótesis de daños corporales, donde la reparación no busca recrear un equilibrio roto para siempre, sino sólo permitir a la víctima recuperar una vida lo más normal posible<sup>(11)</sup>.

Sin embargo, estas consideraciones se topan con la importante objeción de que en los casos de daños corporales, incluso si se trata de compensar el daño moral, hay una situación preexistente con relación a la cual puede evaluarse el perjuicio, aunque no lo sea en términos de estricta equivalencia económica. En el caso de el niño que ha nacido con una grave discapacidad, en cambio, no hay ninguna situación preexistente que pueda restablecerse: la única comparación que puede hacerse es entre vivir con la discapacidad y no haber nacido, y es imposible, y contrario al principio

.....  
que, dado que el aborto habría impedido que el niño naciera discapacitado, la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones debería conducir a reconocer la existencia del vínculo causal entre la culpa médica y la discapacidad (JOURDAIN, PATRICE, "Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1996.623).

(9) SÉRIAUX, ALAIN, "'Perruche' et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification", *Dalloz*, 2002.1996. *Contra*: Fabre-Magnan, quien estima que no era necesario que se probara que la madre, correctamente informada, habría elegido la vía del aborto, y sostiene que la prueba de un nexo de causalidad suponía únicamente establecer que existía la libertad de abortar por parte de la madre, y que ella había sido víctima de un defecto de información por parte del médico (FABRE-MAGNAN, MURIEL, "Avortement et responsabilité médicale", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001.312).

(10) JOURDAIN, "Le préjudice...", *op. y loc. cit.*

(11) RADÉ, CHRISTOPHE, "Être ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question !", *Responsabilité civile et assurances*, enero de 2001, p. 4.

de la dignidad humana, atribuir a la nada un valor superior a la vida. Como enfáticamente lo señaló Sériaux: “Antes de venir al mundo, el niño no tenía nada; ¿que ha perdido, entonces? ¿La quimera de una vida feliz?”<sup>(12)</sup>”.

Más allá de esta cuestión atinente a la existencia misma del daño, aparece otra relacionada con la licitud del interés tutelado en este caso. ¿Tiene el niño concebido en estas condiciones un interés legítimo a no nacer? Algunos autores, apoyándose sobre el hecho de que el Código de la Salud Pública francesa autoriza el aborto por motivos terapéuticos, encontraron en esa norma la justificación de la existencia de un interés legítimo del niño a no vivir con una discapacidad grave<sup>(13)</sup>. Sin embargo, no parece ser ese el sentido de la legislación en cuestión, en cuyos términos la decisión de someterse a una interrupción del embarazo está establecida en el interés exclusivo de la madre, pues se trata de un componente de su libertad de procrear o no. En esos términos, la enfermedad del niño sólo es tomada en cuenta por la ley en tanto causa objetiva de la situación de angustia o desamparo de la madre y, a esta última, corresponde exclusivamente decidir si quiere o no interrumpir su embarazo. Como se ha señalado, no sólo no puede presumirse que su interés coincida con el del niño en este aspecto, sino que, por lo demás, si el supuesto interés del niño gravemente discapacitado a no nacer se convirtiera en una finalidad directa de la interrupción del embarazo, la sociedad se adentraría peligrosamente en el camino de la “organización de la selección de las personas”<sup>(14)</sup>.

Pese a estas críticas, la Corte de Casación mantuvo en sucesivos pronunciamientos la solución que había adoptado en el precedente “Perruche”<sup>(15)</sup>.

.....  
(12) SÉRIAUX, *op. y loc. cit.* FENOUILLET, DOMINIQUE, “Pour une humanité autrement fondée”, *Droit de famille*, abril de 2001, p. 4; MAZEAUD, “Réflexions...”, *op. y loc. cit.*; AYNÈS, LAURENT, “Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation”, *Dalloz*, 2001.492.

(13) LEDUC, FABRICE, “Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile”, *Responsabilité civile et assurances*, febrero de 2001, p. 4; JOURDAIN, *op. y loc. cit.*

(14) FENOUILLET, *op. y loc. cit.* En el mismo sentido se pronuncia HAUSER, JEAN, “Encore le droit de ne pas naître: l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs”, *Revue Trimetrique de Droit Civil*, 1996.871.

(15) Así, en tres sentencias dictadas el 13/07/2001 la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación reafirmó que: “el niño nacido discapacitado puede demandar la reparación del perjuicio resultante de su discapacidad si este último está en relación de causalidad directa con las culpas cometidas por el médico en la ejecución del contrato formado con su madre y que han

Ello dio lugar a la inclusión en la ley del 4 de marzo de 2002 —relativa a los derechos de los pacientes y la calidad del sistema de salud— de un título I, denominado “Solidaridad hacia las personas discapacitadas”, cuyo artículo 1 —hoy en día codificado como artículo L.114-5 del Código de la Acción Social y de las Familias— reza: “*Nadie puede prevalerse de un perjuicio por el solo hecho de su nacimiento. La persona nacida con una discapacidad debida a una culpa médica puede obtener la reparación de su daño cuando el acto culpable ha provocado directamente la incapacidad o la ha agravado, o no ha permitido tomar las medidas susceptibles de atenuarlo. Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud es comprometida frente a los padres de un niño nacido con una discapacidad, no detectada durante el embarazo como consecuencia de una culpa caracterizada, los padres pueden demandar una indemnización a título de su exclusivo perjuicio. Este perjuicio no podría incluir las cargas particulares que resultan, a lo largo de toda la vida del niño, de esa incapacidad. La compensación de esta última deriva de la solidaridad nacional...*”.

Como se echa de ver, esta norma, denominada popularmente “ley anti Perruche”, hirió de muerte a la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa que estamos analizando y puso a los daños, derivados de la discapacidad en estos casos, a cargo de la seguridad social. Sin embargo, dos recientes pronunciamientos de la mencionada Corte han reabierto el debate acerca de los daños derivados del hecho mismo del nacimiento, esta vez a propósito de demandas por daño moral entabladas contra su padre por niños que habían sido concebidos como consecuencia de la violación de su madre. En ambos casos, la Sala Criminal de la Corte de Casación hizo lugar a la acción, por considerar que el perjuicio alegado por los menores resultaba directamente de los hechos criminales de sus

.....  
*impedido a ésta ejercer su opción de interrumpir su embarazo*”. Sin embargo, teniendo en cuenta que, en esos casos, al momento en que debería haberse detectado la discapacidad se había cumplido ya el plazo establecido por la ley para proceder al aborto por una decisión discrecional de la madre, y que no se había demostrado que se encontraran reunidas las condiciones necesarias para proceder a un aborto terapéutico, confirmó el rechazo de la demanda por parte de los tribunales de apelación (Corte de Casación, Asamblea Plenaria, 13/07/2001, *Dalloz*, 2001.2325). Finalmente, en dos fallos del 28/11/2001 la misma formación de la corte admitió la demanda de los padres (en uno de ellos), y declaró que el daño indemnizable no constituye, en estos casos, una pérdida de chance, sino la totalidad del derivado de la incapacidad del niño (en el otro) (Corte de Casación, Asamblea Plenaria, 28/11/2001, “*Époux X c/ Mme. Y*” y “*Mme. X c/ Y et a.*”, *Juris Classeur Périodique*, 2001.II.10018).

padres<sup>(16)</sup>. Seguramente es esta afirmación (que el origen del daño no es el nacimiento mismo, sino la violación) la que ha permitido al tribunal estimar —erróneamente, a nuestro juicio— que no se trataría de daños derivados del solo hecho del nacimiento de las víctimas, por lo que el art. 1 de la ley del 4 de marzo de 2002 —a la que ya hemos hecho referencia— no resultaría de aplicación al caso.

Esta nueva jurisprudencia se funda, sin lugar a dudas, sobre las mismas bases sentadas en “Perruche”<sup>(17)</sup>. Si en aquella serie de fallos la incapacidad era inescindible del nacimiento del niño, en esta última sucede algo similar, porque el hecho de la violación causa, al mismo tiempo, el nacimiento y el sufrimiento moral del menor que fue concebido como consecuencia de aquel delito. En este caso, como en aquél, hacer lugar a la demanda entablada por el niño (no por la madre, cuyo reclamo, obviamente, no puede encontrar ninguna cortapisa) conduce a sostener que el hecho de existir, confrontado con el de no ser, puede en ciertos casos ser considerado un daño resarcible. En qué medida este criterio puede ser sostenido en nuestro derecho es lo que pretendemos dilucidar en la segunda parte de este trabajo.

## B | La cuestión en la Argentina

En nuestro país, la doctrina sentada por la Corte de Casación francesa a partir del precedente “Perruche”, al cual ya nos hemos referido, no resultaría prácticamente aplicable, pues el presupuesto de hecho allí planteado no puede presentarse en el estado actual del derecho positivo argentino. En efecto, los arts. 85 y ss. del Código Penal expresamente prohíben el aborto, al punir tanto el actuar de las personas y profesionales que intervienen en un aborto (arts. 85 y 86) como el accionar de la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare (art. 88).

---

(16) Corte de Casación, Sala Criminal, 23/09/2010, *Dalloz*, 2010-2365. La solución había sido adoptada ya por la Corte de Casación antes de la ley del 4 de marzo de 2002 en otro caso similar (Sala Criminal, 4/02/1998, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999.64, con nota de Jean Hauser).

(17) Así lo señala expresamente Jourdain, quien ve en estos fallos “el espíritu de la jurisprudencia *Perruche*” (JOURDAIN, PATRICE, “La réparation du préjudice moral de l’enfant né d’un viol u l’esprit de la jurisprudence *Perruche*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2011.132).

Únicamente existen dos supuestos de abortos no punibles. En primer lugar, es admitido el aborto terapéutico, siempre que se encuentren reunidos tres requisitos: a) que el agente que lo lleve adelante sea un médico diplomado; b) que exista un consentimiento expreso de la mujer embarazada, y c) que esté destinado a evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre, siempre que no pueda preservarse su integridad física por otros medios distintos (art. 86 inc. 1 del Código Penal). En segundo término, no resulta punible el aborto eugenésico, siempre que se hubiese originado en una violación, y el hecho ilícito se haya llevado a cabo sobre una mujer idiota o demente (art. 86, inc. 2 del mismo cuerpo legal)<sup>(18)</sup>.

Se nos ocurre entonces, que el único supuesto en el que tal vez podría plantearse en nuestro país la posibilidad de aplicar una solución similar a la seguida en su momento por la Corte de Casación francesa se configuraría si, reunidos los requisitos para el aborto eugenésico, se demostrara que el representante legal de la mujer únicamente habría dado su consentimiento para el aborto en caso de existir algún tipo de malformación o enfermedad en el embrión, y los médicos omitieran culposamente detectarla o informarla, de resultas de lo cual naciera un niño con una seria discapacidad. Como se echa de ver, se trata de una hipótesis de gabinete, cuya real configuración aparece prácticamente imposible. Otra sería la conclusión si se aprobara en el futuro alguno de los proyectos para despenalizar el aborto que actualmente se encuentran en estudio en el Congreso Nacional, de los que se da cuenta en la sección correspondiente de esta revista.

Sin embargo, existen al menos otros dos supuestos en los que la cuestión de si el nacimiento puede constituirse en un daño resarcible podría llegar a plantearse en nuestro país. El primero de ellos es el ya mencionado de la demanda dirigida por el hijo contra el padre que violó a su madre, producto de lo cual se produjo su concepción. En este caso, es indudable que la violación es —a la par de un delito penal— un hecho ilícito civil, que da derecho a la víctima directa a pedir un resarcimiento del daño patrimonial y moral que haya experimentado (arts. 1078, 1079, 1088 y concs., Código Civil). La pregunta que se abre entonces es si el hijo producto de ese acceso carnal tendría también derecho a demandar a su padre por la

---

(18) CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, t. 1, p. 53 y ss.

reparación del daño moral sufrido por él a causa de las circunstancias en las que fue concebido<sup>(19)</sup>.

Una primera valla se yergue frente a ese posible reclamo y es el art. 1078 del Código Civil que, en materia de daño moral extracontractual, limita la legitimación activa al damnificado directo (en nuestro caso, la madre), salvo que éste falleciere como consecuencia del hecho ilícito. Nosotros creemos que —teniendo en cuenta que el principio de reparación integral tiene *status* constitucional<sup>(20)</sup>—, la limitación que al respecto trae la norma en comentario es inconstitucional y, de hecho, así lo viene declarando la jurisprudencia en supuestos cada vez más numerosos<sup>(21)</sup>. Sin embargo, entendemos que ello no implica que el daño en cuestión sería resarcible en el caso que estamos analizando, pues valen al respecto las objeciones que efectuamos *infra*, derivadas de la imposibilidad de escindir el supuesto daño y el nacimiento (luego, la existencia misma) de la víctima.

Como lo adelantamos, existe un segundo supuesto —analizado por la doctrina argentina en diversos trabajos y encuentros académicos<sup>(22)</sup>— en

.....

(19) Nuestro análisis se centra, naturalmente, en este solo aspecto y no incluye las posibles demandas que puedan involucrar rubros distintos, como el daño patrimonial o moral derivado del eventual incumplimiento por parte del padre de los deberes que resultan de esa calidad.

(20) CSJN, 21/09/2004, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.", Sup. Especial LL, 2004, p. 39, con notas de Pizarro Ramón D., Vázquez Ferreyra Roberto A., Capón Filas Rodolfo E., López Mesa Marcelo, Castrillo Carlos V. y Schick Horacio; DJ, 06/10/2004, p. 394, con nota de Vázquez Ferreyra Roberto A.; ED, 25/10/2004, p. 5.

(21) Entre muchos otros: Cám. Apel. Civ. Com. Trenque Lauquen, 01/11/2005, "Méndez, Eduardo N. y otra c/ Municipalidad de Tres Lomas", LLBA, 2006-552; Cám. 2ª Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 23/11/2004, "R., S. E. c/ Bustos, Esteban", JA 2005-IV-284; SCBA, 16/5/2007, "L. A. C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro", RCyS, junio de 2007, p. 46; CCiv. y Com. Mercedes, Sala I, 12/06/2007, "A., H. y otros c/ Hospital Municipal Mariano y Luciano de la Vega y otros", RCyS, agosto de 2007, p. 90; C1ª Civ. y Com. San Isidro, Sala II, 27/02/2007, "Hernández, María R. c/ Witomski, Mario N. y otro"; CNCiv., Sala M, 5/10/2011, "Ríos, Claudia M. c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A.", RCyS, 2012-I-146; ídem, Sala F, 24/08/2009, "Contreras Mamani, Gregorio y otros c. Muñoz, Cristian Edgardo y otros", LL Online; SCBA, 14/9/2011, "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros", LL 2011-E-585, con nota de Sagarna Fernando Alfredo.

(22) TOBIAS, JOSÉ W., *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades*, LL 1992-B-824; SAMBRIZZI, EDUARDO A., *Reclamo a los padres de indemnización por la transmisión genética de enfermedades graves*, LL 2006-F-1249; ZANNONI, EDUARDO A., "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida", en TRIGO REPRESAS,

el que podría plantearse en nuestro derecho la cuestión de si el hecho de haber nacido puede considerarse un daño resarcible. Se trata de la responsabilidad de los padres frente a sus hijos por las taras hereditarias de estos últimos como consecuencia de una enfermedad grave de la que sus progenitores tenían conocimiento<sup>(23)</sup>.

Al respecto, la comisión n° 2 de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil<sup>(24)</sup> declaró, por mayoría, que los padres son responsables frente a sus hijos por las taras hereditarias que éstos sufran a raíz de una enfermedad grave de la que aquéllos tuvieran conocimiento<sup>(25)</sup>. Sin embargo, un sector de la doctrina argentina se ha expedido en sentido contrario a la admisión de las eventuales demandas que pudieran plantear los hijos contra sus padres en este caso.

Una parte de esos autores se centra en la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil y afirma que existiría una causa de justificación (el derecho a mantener relaciones sexuales libremente) que enervaría ese presupuesto. En ese sentido, Zannoni sostiene que no es ilícito el coito de

.....  
FÉLIX A. - STIGLITZ, RUBÉN S. (dirs.), *Derecho de daños. Homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1996, t. 1, p. 619 y ss.; VILLAVARDE, GABRIELA M., *Daños congénitos. Responsabilidad civil de los padres*, LL 2000-E-1295.

Este debate doctrinal se generó, principalmente, a partir del fallo de un tribunal de Piacenza, Italia, que admitió la demanda interpuesta por una mujer contra su padre por haberle transmitido sífilis. El demandado había contagiado dicha enfermedad a una empleada y, de esas relaciones íntimas, nació una hija —actora en aquel proceso— que también la padecía (Trib. de Piacenza, 31/03/1951, *Foro Italiano*, 1951.I.991).

(23) Tal vez podría pensarse en un supuesto más de análisis: aquel en el cual el error de diagnóstico del médico impide conocer a la madre que se encuentra embarazada de un feto anencefálico, con lo que esta pierde la posibilidad de interrumpir el embarazo. Ello, en virtud de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” (del 11/01/2001, LL 2001-A-189), conforme a la cual resulta procedente la inducción del parto respecto de un feto que posee una patología que provocará su inmediata incapacidad para subsistir de manera autónoma luego del nacimiento. Sin embargo, el ámbito del presente estudio no alcanza a dicho caso, pues únicamente podrían promover la acción —por vía de hipótesis— los padres por su propio derecho y, el análisis que aquí se realiza, se vincula con la demanda que podría deducir el hijo por el daño por él padecido.

(24) Que tuvieron lugar en Buenos Aires, en el año 1991.

(25) Posición sustentada por los Dres. Bueres, Messina de Estrella Gutiérrez, Gesualdi, Kraut, Banchio, Velazco, Yarke, Müller, Boragina, Agoglia, Fedullo, Giménez, Bravo, Niel Piug, Alterini, López Cabana, Wayar y Parellada. Por la postura contraria se expidieron los Dres. Tobías, Monti, Seguí, David, Brun, Venegas, Campani, Cures, Irunday y Goitía.

quienes pueden transmitir al futuro hijo taras genéticas o enfermedades infecciosas o hereditarias, por lo que la intervención del Estado a través de la ley no resulta pertinente en estos casos. La admisión de la reparación, en estos supuestos, implicaría un avance sobre la intimidad o la privacidad del hombre y la mujer. Añade que por la vía de esa responsabilidad se trataría de admitir formas de eugenesia —aunque indirectas— susceptibles de los más impensados abusos<sup>(26)</sup>.

A su turno, Sambrizzi también se inclina por la inexistencia de ilicitud en el accionar de los padres, pues entiende que admitir una acción de daños y perjuicios de tales características importaría una limitación al derecho de procrear, que podría llevar inclusive a obligar a los futuros cónyuges, antes de contraer matrimonio, a la realización de un estudio previo para determinar quiénes son aptos o no para transmitir la vida, lo que vulneraría groseramente la intimidad y la libertad de las personas<sup>(27)</sup>.

Nosotros pensamos que estos argumentos, aunque interesantes, no son definitorios, porque podría intentarse desvirtuarlos mediante la distinción entre el derecho de tener relaciones sexuales, e incluso de procrear, y el abuso de ese derecho, que podría constituirse cuando, a sabiendas de que la cópula podría generar la concepción de un hijo con una tara hereditaria, se llevara a cabo de todos modos, sin adoptar ningún tipo de precaución. Por nuestra parte, entendemos que —como lo hemos venido anunciando a lo largo de este trabajo— en este caso, al igual que los otros que podrían plantearse —y, en especial, el de la demanda contra el progenitor que ha violado a la madre—, el elemento de la responsabilidad que se encuentra ausente es el daño resarcible.

En ese derrotero, y en referencia a la posible responsabilidad de los padres por taras hereditarias, Tobías parte de la base de que, toda vez que la concepción se identifica con la acción transmisora de la enfermedad, la no transmisión de esta última habría requerido, indispensablemente, la abstención de los padres en relación al acto generador de la concepción. Pero, añade nuestro autor, “ello supone que, a la par de la inexistencia de la enfermedad, tampoco exista la vida: la alternativa al ‘ser enfermo’

---

(26) ZANNONI, *op. cit.*, p. 628 y ss.

(27) SAMBRIZZI, *op. y loc. cit.*

es, exclusivamente, la de 'no haber sido'. El presunto interés jurídico a la no transmisión de la enfermedad se identificaría, por consiguiente, con el interés o derecho a no ser concebido, pues sólo de esa manera se hubiera evitado la enfermedad. Interesa reiterar aquí que el carácter único e individual de cada ser humano, resultante de un único y diferenciado acto generador de cada vida, impide —lógicamente— evaluar la posibilidad que 'ese' concebido pueda 'haber sido' de una manera distinta (con la ausencia de la enfermedad)". De modo que, la posición que admite la pretensión resarcitoria conduce a calificar como ilícita a la acción generadora de la vida, pero, por tener esta última un valor trascendente y supremo para el derecho, no podría considerarse que la nueva situación sea desfavorable en relación a la preexistente y, simultáneamente, que pueda existir un interés jurídico a la no transmisión de la enfermedad que, como queda dicho, se identifica con el interés en no ser concebido<sup>(28)</sup>.

Estas consideraciones se orientan, a nuestro juicio, en el sentido correcto. Como ya lo señalamos al analizar la jurisprudencia "Perruche", lo cierto es que en todos los casos que estamos estudiando el supuesto daño es inescindible de la concepción y/o el nacimiento del niño. En lo que se refiere a la transmisión hereditaria de enfermedades, el hecho que guardaría relación causal con el daño es, sin duda alguna, la concepción en sí misma, pues ésta es inescindible de la transmisión de la enfermedad. En el supuesto restante, tampoco podría producirse la concepción si no hubiera existido la violación por parte del padre. Lo que nos lleva al punto que consideramos crucial en este tema: la ausencia, en estos casos, de un daño jurídico, pues el derecho no puede tutelar el interés que puede tener una persona en no haber nacido.

El daño, en sentido técnico-jurídico, consiste en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales, respectivamente<sup>(29)</sup>. El daño lesiona esa relación de disfrute entre la persona y algún bien (el interés), lo cual implica que debe haber una situación preexistente que es alterada por el hecho nocivo. En el caso del daño patrimonial, se trata de valores económicos que se pierden o se dejan de ganar y en el moral, de "una modificación

---

(28) TOBIAS, *op. y loc. cit.*

(29) CALVO COSTA, CARLOS A., *Daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97.

disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”<sup>(30)</sup>.

Ahora bien, la primera constatación que se impone es que, en los casos que estamos analizando, no existe ninguna situación anterior de disfrute que se vea afectada por el hecho dañoso. Como el daño (la transmisión de la enfermedad en un caso, la violación de la madre en el otro) es inseparable de la concepción misma, la única situación “anterior” con la que puede compararse la de la víctima es la de no ser (no haber sido concebido o no haber nacido), pues únicamente en ese caso habría podido evitarse la vida y el consiguiente perjuicio experimentado por el reclamante. Ahora bien, cualesquiera que sean las circunstancias de la vida de un ser humano (y es evidente que ellas pueden ser muy penosas), resulta sumamente problemático afirmar desde un punto de vista general y objetivo —pues es ese el punto de vista que maneja el derecho— que hay ciertos casos en que sería preferible no haber nacido. Enténdasenos bien: no negamos la posibilidad de que una persona pueda individualmente considerar que tal cosa efectivamente ocurre en su caso, lo cual resulta una valoración que sólo ella puede hacer y que se enmarca en su esfera de autonomía personal. Ni siquiera creemos que la cuestión involucre o implique un pronunciamiento sobre la licitud o no del suicidio, que es un tema totalmente diferente y se relaciona con el derecho de cada quien a tomar las decisiones fundamentales acerca de su vida. Lo que afirmamos es que el derecho no puede considerar que haya casos en los que sería preferible que una persona no hubiera nacido, lo que importaría, como se dijo, asignar un mayor valor a su no existencia y, desde allí, considerar que el haber venido al mundo en esas condiciones constituye un daño reparable. Más allá de la lesión de la dignidad humana que esa enunciación podría implicar, lo cierto es que, como ya lo señalamos, tal clase de razonamiento puede —sin perjuicio de la evidente buena intención que guía a los sostenedores de esa tesis— tener implicancias peligrosas y abrir la puerta a valoraciones no tan bien intencionadas, que lleven a distinguir entre vidas que merecen o no ser vividas o, directamente, entre personas que merecen o no vivir.

---

(30) PIZARRO, RAMÓN D., *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 31.

Por lo demás, no debe dejarse de lado otra característica fundamental del daño resarcible, que tiene que ver con su licitud. En efecto, el derecho únicamente tutela los intereses lícitos y serios, aunque no constituyan un interés legítimo o el sustrato de un derecho subjetivo<sup>(31)</sup>. Ahora bien, por las razones que venimos exponiendo, entendemos que no es posible sostener que sea digno de tutela jurídica el interés que una persona puede tener a no haber nacido.

Al respecto afirma Supiot que, para poder devenir un sujeto dotado de razón, el ser humano debe acceder a un universo simbólico —determinado por el lenguaje— que le es preexistente. De ahí que “cada uno de nosotros debe aprender a inscribir en el universo del sentido ese triple límite que circunscribe su existencia biológica: el nacimiento, el sexo y la muerte. El aprendizaje de ese límite es también un aprendizaje de la razón”<sup>(32)</sup>. El límite que significa el nacimiento implica, desde el punto de vista jurídico, que no existe un interés jurídicamente tutelado a no nacer, pues nadie puede —de hecho ni de derecho— decidir sobre su propio nacimiento<sup>(33)</sup>. Tal conclusión en nada variaría si una reforma legislativa habilitara el aborto con ribetes más amplios, pues —como ya lo hemos señalado a propósito de la legislación francesa— es evidente que de lo que se trata en ese caso es del derecho de la mujer a abortar y no de una expectativa lícita del *nasciturus* a “ser abortado”.

Hace ya muchos años, Henri Mazeaud advertía sobre el peligro de que la responsabilidad civil terminara por absorber todo el derecho<sup>(34)</sup>. Estas palabras, proféticas por cierto, parecen pecar hoy por insuficientes, pues hay situaciones —como las que ilustra este trabajo— en las que la responsabilidad civil tiende a desbordar incluso el ámbito de lo jurídico, para intentar vanamente definir complejas situaciones existenciales. El límite,

.....

(31) CALVO COSTA, *Daño resarcible*, cit., p. 71.

(32) SUPIOT, ALAIN, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, París, Éditions du Seuil, 2005, p. 41.

(33) Heidegger señalaba, con palabras más que pertinentes para nuestro tema, que el ser-ahí es un “ser arrojado”, pues nunca nadie ha decidido libremente si quiere o no venir a la existencia. Sobre el punto vid. SAFRANSKI, RÜDIGER, *Un maestro de Alemania*, Barcelona, Tusquets, 1997, p. 186.

(34) MAZEAUD, HENRI, “L’ ‘absorption’ des règles juridiques par le principe de responsabilité civile”, *Dalloz Hebdomadaire*, 1935, chr., p. 5.

consustancial a lo humano, constituido por la imposibilidad de que cada sujeto decida acerca de su propio nacimiento, es también un límite a la posibilidad de consagrar una tutela jurídica, por la vía de la sanción resarcitoria, a un supuesto interés en no haber existido nunca.

---

# “Muerte digna”, en pleno debate

por **EDGARDO SAUX**<sup>(1)</sup> y **LUIS D. CROVI**<sup>(2)</sup>

## I | Introducción

“*Omnes una manet nox*” (la misma noche nos espera a todos) es una frase atribuida a “Quintus Horatius Flaccus”, poeta lírico del siglo VIII antes de Cristo, un presagio duro referido al final de la vida. Para muchos, esa oscuridad será el paso obligado a una vida plena llena de luz, para otros, “después de la muerte no hay más que la muerte misma” (Séneca).

Sea como fuere, nadie quiere pensar en la muerte, el sólo imaginar nuestro propio sufrimiento o el de un ser querido nos provoca angustia y desazón. La vida moderna nos lleva a vivir con un ritmo acelerado, los medios de comunicación y la publicidad nos incitan a disfrutar “el hoy”. Los seres humanos corremos tras la posesión de algunas cosas que, cuando las logramos tener, ya no nos atraen tanto y vamos en busca de un nuevo objetivo, ese maratón tiene inexorablemente un final, nos guste o no, la muerte es parte de nuestra propia y finita existencia.

Quienes defienden la eutanasia en todas sus formas suelen hablar de un “derecho a morir”. Ese derecho, desgraciada o afortunadamente, se nos ha dado a todos; todos seremos titulares de éste más tarde o más temprano. Otra cosa bien distinta es que, llegado el momento de la muerte,

---

(1) Abogado, Vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Litoral. Autor de seis libros y de más de 180 trabajos y artículos. Profesor de Posgrado en la Universidad de la República del Uruguay, en la Universidad de Buenos Aires, en la Nacional y Católica de Rosario, en la Nacional de Tucumán, en la Nacional de Mendoza, entre otras.

(2) Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, profesor de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires, profesor de grado y doctorado en la Universidad del Museo Social Argentino, Director del Curso de especialización en Derecho de Daños de la Defensoría General de la Nación.

haya que hacerlo en las mejores condiciones de dignidad, de paz, hasta de *confort* si se quiere<sup>(3)</sup>.

La bioética se puede concebir como una fuente de razones y argumentos para que los legisladores modifiquen las normas jurídicas existentes o creen otras nuevas, ya que las normas jurídicas relacionadas con la medicina y las ciencias biomédicas en general, pueden ser evaluadas desde el punto de vista de la moral. A medida que la medicina y las ciencias biomédicas progresan (y lo hacen rápidamente), la necesidad de nuevas regulaciones legales debe ser permanentemente abordada<sup>(4)</sup>.

## II | La vida como valor supremo

Se pregunta una autora: "¿de qué otro modo podría morir; morir como acto suyo, el sujeto de derecho, sujeto de tal régimen, sino es al modo humano, en proporción a la reconocida dignidad de su estatuto óntico? La condición de mortales es la más palmaria y misteriosa de las igualdades humanas tanto que, realmente, nos fraterniza. El acto de morir es un acto humano que integra los actos de vivir, la vida misma, de cada persona humana. ¡Morimos cuando estamos vivos!"<sup>(5)</sup>

La vida del hombre es un derecho de la personalidad que el orden jurídico ampara junto con la integridad física, la salud, la libertad, el honor, la imagen y el secreto de la vida privada. Desde el punto de vista del pensamiento lógico, la vida es una categoría esencial o existencial a la cual se subordinan las demás categorías que, como cualidades propias del hombre, lo ubican en el plano ontológico. Puede afirmarse así que la vida es, en el orden de los derechos de la personalidad, el primero y, por ello, el principal entre todos ellos, pues si se suprime la vida dejan de existir los

---

(3) LEÓN-CASTRO ALONSO, JOSÉ, *Derecho a la Vida. ¿Hacia una muerte digna?*, Barcelona, España, Ed. Bosch, 2011, p. 41.

(4) RIVERA LÓPEZ, EDUARDO, *Problemas de vida o muerte*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 39.

(5) ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA ELSA, "Consideración bioético-jurídica actual sobre el morir humano ¿morir, un derecho?", ED, 175-932.

demás derechos personalísimos que, como atributos o calidades adjetivas del ser humano, comienzan y terminan con su existencia<sup>(6)</sup>.

Vivir y morir son dos verbos que todos podemos conjugar en primera persona, pues tomándolos como sustantivos, se trata de nuestra vida y de nuestra muerte. Por ello, no podemos pensar en una "muerte digna" sin referirnos a la vida como valor supremo amparado por el derecho. Cuando se habla de la eutanasia, en sus distintas formas o clasificaciones, se la suele contraponer con el derecho a la vida o "a vivir", protegido por el ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>(7)</sup>.

El derecho a vivir nos lleva a reflexionar sobre si la vida protegida tiene un valor absoluto que la contrapone sólo con la muerte o, por el contrario, se puede hablar de una determinada "calidad de vida" o de "una vida con dignidad". Por cierto, estos términos pueden presentarse como ambiguos o de apreciación sumamente subjetiva, sin embargo, hay métodos de prolongación de la vida que pueden no ser considerados dignos por quien pretende transitar de manera *natural* tanto el *proceso* de la vida, como el de su muerte<sup>(8)</sup>.

El modo de morir es un reflejo del modo que hemos elegido para vivir. Para algunas personas puede ser intrascendente el modo de morir, pero para otras puede ser crucial. El respeto por una decisión en este sentido no es el respeto por un aspecto secundario, sino fundamental. Si no hemos de respetar la autonomía de un individuo en ese momento culminante de su vida, ¿Cuándo lo haremos?<sup>(9)</sup>.

.....

(6) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "La voluntad de cada uno es el solo arbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo", LL, 1991-B, 363.

(7) El derecho a la vida está implícitamente protegido por los arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional y, expresamente, por la incorporación de los tratados internacionales prevista en el inciso 22 del art. 75 de la Carta Magna. Por regla general, en los códigos civiles no existe un reconocimiento expreso del derecho a la vida y de sus consecuencias. Puede señalarse como excepción el artículo 5° del Código Civil del Perú, de 1984. De allí que, normalmente, la protección de la vida humana se manifiesta a través del derecho al resarcimiento a favor de los parientes de la persona que ha sido privada de aquélla por un delito o un cuasidelito, tal lo que disponen los artículos 1084, 1085 y 1109 del Código Civil.

(8) CROVI, LUIS D., "Actos de Disposición para la propia incapacidad", en *Protección Jurídica de la Persona*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, p. 103.

(9) RIVERA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 75.

### III | La muerte en la actualidad

Morir es hoy algo solitario, mecánico y deshumanizado porque a menudo el paciente es arrebatado de su ambiente familiar y llevado a toda prisa a una sala de urgencia en la cual lenta, pero inexorablemente, es tratado como una cosa. Las decisiones son tomadas sin tener en cuenta su opinión. Si intenta rebelarse, le administrarán un sedante y, al cabo de unas horas podrá, terminar en una sala de cuidados intensivos. Puede pedir a gritos descanso, paz y dignidad, pero sólo recibirá infusiones, transfusiones, un aparato para el corazón o la traqueotomía si es necesaria. Puede ser que quiera que una sola persona se detenga un solo minuto para poder hacerle una sola pregunta, pero se encontrará con una decena de personas pendientes del reloj, todas activamente preocupadas por su ritmo cardíaco, su pulso, su electrocardiograma o sus funciones pulmonares, sus secreciones o excreciones, pero no por él como ser humano<sup>(10)</sup>.

La muerte, como tal, es un paso del que nadie se libraré. Llegará sin aviso de hora, minuto y segundo, pero se hará presente. Así las cosas, la muerte como tal, no puede ser digna ni indigna, sino que es un hecho, una realidad con la cual acaba la vida terrena de todo ser humano. Por eso una cosa es hablar de "muerte digna" y otra cosa es hablar de morir con dignidad o morir indignamente. En este estadio ya no se hace referencia al paso objetivo e inevitable, la muerte, sino a la disposición anímica de la persona que se enfrenta ahora con esa realidad<sup>(11)</sup>.

Actualmente el tema de la muerte está ligado a la medicina moderna y a la forma en cómo los mortales debemos transitar nuestros últimos días u horas. Como ya se ha dicho en otro trabajo, los pacientes "ya no mueren su muerte", simplemente la sufren, pero no les pertenece. Mueren lejos de su familia, de su casa, de su parroquia, en un universo blanco en el que reinan los aparatos. No tienen oportunidad de despedirse de

---

(10) KÜBLER-ROSS, ELIZABETH, "Sobre la muerte y los moribundos", citada por BLANCO, LUIS GUILLERMO, *Muerte Digna, consideraciones bioéticas-jurídicas*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1977, p. 13.

(11) GONZÁLEZ PONDAL, TOMÁS IGNACIO, "Muerte digna: otra falacia conceptual, otra práctica indigna", LL, Sup. Act. 15/12/2009, p. 1.

los suyos, de rezar su última oración, de vivir la dignidad de un tránsito inexorable<sup>(12)</sup>.

No sin razón se ha dicho<sup>(13)</sup> que en nuestra herencia española, trágica como en su mismo sentido de la vida, se habla casi a diario de la muerte, aludiendo incluso a ella en referencia a situaciones que le son propiamente extrañas (como cuando aludimos a estar "muertos de frío" o "muertos de hambre"); en tanto que en herencia portuguesa, propia del Brasil, se suele eludir toda mención a la muerte y, de un modo más romántico, se habla de un "pasar".

Por ello, al momento de legislar sobre directivas anticipadas no puede soslayarse esta realidad, hay que permitirle al ser humano seguir disfrutando de todos sus derechos hasta su último momento. En ese sentido, es que podemos hablar de una muerte digna.

## IV | La dignidad del paciente

De Lorenzo señala que la noción de dignidad de la persona es relativamente nueva en la teoría jurídica y ha ingresado de modo expreso al derecho constitucional argentino a través de su incorporación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Sin embargo, esta incorporación, por así decirlo, de un principio ético y filosófico en el derecho positivo no está exenta de dificultades en una sociedad pluralista, compleja y no homogénea como la contemporánea. Es mucho más fácil aprehender la dignidad intuitivamente como noción cultural que precisarla como paradigma jurídico<sup>(14)</sup>.

---

(12) SAUX, EDGARDO I. - AZVALINSKY, ALEJANDRO M., "Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales. Utilidad y alternativas", JA, 2007-IV-1034.

(13) ITURRASPE, JORGE MOSSET – PIEDECASAS, MIGUEL A., *Derechos del paciente*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 91.

(14) DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO. "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", LL, diario 19/10/2011. Explica el autor: Es el problema antropológico de la autonomía personal. En efecto, para una visión liberal, el valor objetivo de la autonomía hace que las preferencias subjetivas del individuo, que no contradigan ese valor, deben ser respetadas aun cuando sean consideradas, por la mayoría, como incorrectas. Otros, a diferencia, desde una perspectiva filosóficamente perfeccionista, dan por descontado

El profesor Cifuentes aclara, “la ‘dignidad’ es un ‘valor’ que califica. La dignidad está por encima de los derechos, aun de los fundamentales. Este valor se refiere al principio de la autodeterminación, de la elección frente a las opciones que se presentan en la vida. No hay hechos naturales, externos, accidentales, dignos o indignos. La naturaleza, sus destrucciones y creaciones son lo que son, no valen positiva o negativamente. El hombre es el titular de los derechos personalísimos, especie de los Derechos Humanos”<sup>(15)</sup>.

De la libertad surge la autodeterminación o autonomía del paciente, que es un derecho que abarca a todos, las personas corrientes, desinformadas o ingenuas, los menores, también los incapaces, las programadas genéticamente lo mismo que las que no, porque la autonomía es la posibilidad y necesidad de ejercer la libertad, es el *alma* de Platón, que nos diferencia y nos hace humanos<sup>(16)</sup>.

La autodeterminación es, entonces, una manifestación de la dignidad. El derecho no puede amparar el suicidio voluntario pues es deber del ordenamiento jurídico defender la vida como un valor indisponible. Pero cuando no hablamos de una persona sana sino de un enfermo terminal, en su sano juicio, el respeto de su voluntad se impone por encima del deber de los médicos de intentar curarlo o mantenerlo vivo.

La dignidad como persona humana implica la pretensión de recibir —*erga omnes*— el respeto que la condición humana acredita de vivir lo que le queda de vida como mejor le plazca; reconociendo, por tanto, el derecho a elegir el tratamiento médico que desea recibir o rechazar<sup>(17)</sup>.

---

que objetivamente existen proyectos o planes de vida que tienen un valor jerárquicamente superior a los que los individuos tienen según la sugerencia de sus propios deseos o preferencias. La obligación del Estado —para este enfoque— es ejecutar el poder de tal forma de alentar y promocionar los primeros y, respecto de los segundos, desalentarlos o impedir que se logren.

(15) CIFUENTES, SANTOS, *Las reflexiones jurídicas sobre la muerte, el suicidio asistido y la eutanasia*, Buenos Aires, Ed. La Ley, Acad. Nac. de Derecho 2010 (julio), 19/01/2011, p. 5.

(16) ROVIRA, ANTONIO, *Autonomía personal y tratamiento médico*, Pamplona, España, Ed. Thomson-Arandazi, 2007, p. 49.

(17) URBINA, PAOLA ALEJANDRA, “El fin de la vida hoy”, LL, Sup. Act. 01/03/2011, 1.

## V | La Eutanasia

Se suele destacar la ambigüedad asociada al término "eutanasia", que confunde tres modos de terminación de la vida: la limitación y el fin de terapias activas, los cuidados paliativos y el acto voluntario de provocar la muerte. No puede entablarse el debate sin resolver antes esta confusión. Es necesario distinguir las limitaciones y el fin de tratamientos ("encarnizados") que resultaron inútiles o rechazados por el paciente, que corresponden a una nueva práctica médica, de la eutanasia, que es el acto de provocar voluntariamente la muerte. Ésta, asimismo, debe distinguirse de las prácticas que pueden producir la muerte no deseada y que tienen por finalidad aliviar dolores insoportables<sup>(18)</sup>.

No aburriremos al lector con las diferentes clasificaciones de la eutanasia, ya por todos conocidas, pero citaremos una definición genérica que abarca todos los tipos posibles de eutanasia. Rivera López ha dicho que "se trata de una conducta llevada a cabo por un agente de salud, una de cuyas consecuencias previsibles por él es la muerte de un paciente que padece una enfermedad grave e irreversible y que es llevada a cabo con la justificación de que la muerte del paciente no es un mal o un daño para él, todas las cosas consideradas"<sup>(19)</sup>.

La discusión sobre la legitimación o no de la eutanasia no puede escapar de la influencia de profundas concepciones filosóficas, morales y religiosas. Por ello, existen quienes sostienen con firmeza que la eutanasia no aporta una verdadera solución al problema del sufrimiento humano sino que, más bien, la esquiva porque pretende eliminar el dolor exterminando a quienes lo sufren, en lugar de proporcionarle a la persona los denominados cuidados paliativos, destinados a eliminar el sufrimiento —lo que

---

(18) MORELLO, AUGUSTO M. y MORELLO, GUILLERMO C., "La decisión de dejar morir a enfermos terminales", JA 2005-II-612.

(19) RIVERA LÓPEZ, EDUARDO, *op. cit.*, p. 48. Explica el autor el significado de "todas las cosas consideradas": muchas conductas pueden ser dañinas, si se las observa aisladamente. Por ejemplo, cortarle la pierna a alguien representa, obviamente, un daño para la persona. Pero "todas las cosas consideradas", esa acción puede ser un beneficio, por ejemplo, en el caso de la muerte de una persona. Es una ponderación de las diferentes consecuencias de una conducta lo que hace que, todas las cosas consideradas, represente un daño o no (por ejemplo, que es preferible vivir sin una pierna a morir).

en casi la totalidad de los casos es posible— o hacerlo más soportable en la fase final de la vida; los analgésicos y la medicina paliativa, por un lado, y el consuelo moral, la compañía, el calor humano y el auxilio espiritual, por otro, son los medios que enaltecen la dignidad de la muerte de un ser humano que siempre, aun en el umbral de la propia muerte, conserva la misma dignidad<sup>(20)</sup>.

En esa misma línea, se ha afirmado que convertir la ausencia del dolor en el criterio preferente y aun exclusivo para reconocer ese pretendido carácter digno a la muerte bien pudiera llevar a actuaciones aun mucho más graves bajo el simple y más auténtico nombre de eutanasia. En definitiva, los móviles de nuestra actuación, como compasión, deseo de que nuestros seres queridos no sufran, no puede cambiar el fin intrínseco de nuestro actuar, que en la eutanasia es el de privar de la vida a otro o cooperar con su suicidio<sup>(21)</sup>.

El debate sobre este tema es y será eterno. Despojados de creencias religiosas, con el respeto que impone legislar para una sociedad pluralista, la defensa del “derecho a vivir” nos lleva a manifestarnos en contra de legalizar la llamada “eutanasia activa” o directa (provocar la muerte). En cambio, nos parece aceptable la llamada “ortotanasia”, es decir, “dejar morir en paz” y, por supuesto, rechazamos la denominada “distanasia” que implica un ensañamiento terapéutico con el paciente<sup>(22)</sup>.

## VI | El consentimiento informado

En el umbral de la muerte, la toma de decisiones, que está cargada de emocionalidad para el enfermo, la familia y los médicos asistentes, sólo

---

(20) SAMBRIZZI, EDUARDO A., “La admisión de la eutanasia en Río Negro”, *op. cit.*

(21) LEÓN-CASTRO ALONSO, *op. cit.*, p. 51.

(22) Al margen de las objeciones morales que podría merecer “provocar la muerte” de una persona, la eutanasia activa encierra varios peligros imposibles de controlar, entre ellos, la flexibilización de los requisitos que se impongan a los profesionales médicos, dejando a su criterio y conciencia decidir cuándo una persona “merece morir”. Además, en una sociedad que exalta la juventud y relega a los ancianos, la “muerte piadosa” puede ser aplicada a quien sencillamente ha caído en un tremendo pozo depresivo fruto de la marginación familiar y social.

tiene sentido en el marco del respeto a la dignidad del paciente; es cierto que el deber de asistencia —con su histórico paternalismo— entra en colisión con la autonomía del paciente, pero la preservación no es defendible a ultranza y el derecho a la salud y a la vida digna le ponen límites. Desde esta arista reflexiva, no corresponde sostener que, frente al diagnóstico médico, el enfermo grave pueda ser sometido forzosamente a una terapia. El consentimiento informado es hoy, precisamente, una prerrogativa del enfermo. Ello quiere decir que éste tiene la facultad de rehusar y, a la inversa, consentir tratamientos, cirugías y asistencia médica sobre su cuerpo. La negativa debe respetarse, aun cuando aquel diagnóstico y pronóstico pongan en evidencia la posibilidad de la muerte al no someterse a dichas terapias. El respeto de semejante autonomía del paciente, producto de su dignidad humana, es hoy inocultablemente cuasi universal<sup>(23)</sup>.

Actualmente, la ley 26.529 legisla sobre el consentimiento informado, estableciendo su obligatoriedad en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, dentro de los límites que fije la reglamentación, puede ser suministrado en forma verbal, salvo excepciones. El consentimiento no es obligatorio en casos de peligro para la salud pública o cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente y resulte imposible obtener la conformidad del interesado o de sus parientes<sup>(24)</sup>.

El consentimiento informado es, entonces, una explicación efectuada frente a un paciente que, en uso de su razón, puede entender el diagnóstico de enfermedad, los efectos de la misma, como así también los riesgos y beneficios de la terapia recomendada. La aceptación del tratamiento por parte de quien recibe esta información debe ser libre y voluntaria.

.....

(23) CIFUENTES, "Las reflexiones...", *op. cit.*

(24) El art. 5 de la ley 26.529 define al consentimiento informado como "la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente o, por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

La diferencia entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas radica en que, en el primero, es necesario que quien lo preste sea un paciente ya que precisamente se presta en condición de tal y previa a la internación o acto médico al que va a ser sometido; en cambio, en las segundas, quien las otorga puede estar en perfecto estado de salud y hacerlo única y exclusivamente en previsión de que en un futuro, más o menos lejano, pueda encontrarse en una situación de no poder hacerlo por sí mismo<sup>(25)</sup>.

## VII | Las directivas anticipadas

Nos hemos manifestado a favor de un concepto amplio de directivas anticipadas (testamento vital, disposiciones para la propia incapacidad o el nombre que quiera asignársele), sosteniendo que ellas son las instrucciones que una persona efectúa, en previsión de su futura discapacidad, relativas al cuidado de su salud y de su propia vida, destinadas a ser cumplidas por el médico o el mandatario designado al efecto, en el supuesto de que el predisponente no pudiera expresarse por sí mismo<sup>(26)</sup>.

La doctrina, en general, viene bregando por una regulación más amplia que la actual. La normativa vigente debería completarse con la posibilidad de designar un mandatario curador que lleve adelante las disposiciones del paciente aun cuando no se encuentre en un estado terminal. Así, las previsiones ante una futura discapacidad deberían poder abarcar cuestiones que hacen a su vida cotidiana, al mantenimiento de la calidad de vida del disponente, al destino y administración de sus bienes, a la designación de su eventual apoderado.

Quien prevé caer en una enfermedad que lo prive temporal o permanentemente de su razón, puede lógicamente disponer sobre su patrimonio (para ello existen instrumentos legales y contractuales a su alcance, como

---

(25) CARBONELL CREPÍ, JOSÉ ANTONIO, "Los documentos de voluntades anticipadas", Valencia, España, Ed. Tirant Lo Branch, 2010, p. 18.

(26) CROVI, LUIS D. "Directivas anticipadas, régimen actual y aspectos pendientes", Buenos Aires, Ed. La Ley, Rev. de Derecho de Familia y Personas, Año 2, Nro. 4, p. 258, agosto de 2010.

donaciones, fideicomisos, etc.) y también sobre los tratamientos médicos a los cuales no quiere ser sometido. Pero el enfermo actual o el futuro discapacitado, que teme no poder llegar a expresar su voluntad, debe tener posibilidad de dar directivas sobre aspectos que no tienen un valor económico en sí mismos, como el trato que pretende por parte de sus familiares, su lugar de residencia (si pudiera elegirlo), el cuidado de sus recuerdos o cosas más queridas, sus mascotas, etc.

Señala Sambrizzi que es importante poner de relieve la posibilidad de que la persona que se encuentra en un supuesto estado de inconsciencia tenga algún tipo de percepción. En ese sentido, en una entrevista realizada por la agencia de noticias Zenit en el mes de febrero de 2005, Gian Luigi Gigli, Presidente de la Federación Mundial de Asociaciones Médicas Católicas (FIAMC), afirmó que en el llamado estado vegetativo no se puede excluir una rudimentaria percepción del dolor, pues hay estudios, dice, que constatan la persistencia de procesos rudimentarios de reconocimiento y discriminación de los estímulos<sup>(27)</sup>.

Por eso, se trata no sólo de cuidar la salud sino de respetar al ser humano. La legislación debería otorgar medios a quien ya no tiene voz, para que sus deseos más íntimos sean considerados. Detrás de un ser inmóvil y sin habla, puede existir una persona con cierta dosis de consciencia, quien no debe verse expuesto a ser tratado como no quiere, a perder aquellos recuerdos u objetos que quizás no merezcan cuidado desde su valor patrimonial, pero tienen una estimación afectiva especial para el enfermo<sup>(28)</sup>.

Cualquier ley sobre directivas anticipadas debería reglamentar la existencia de un "registro" que permita el asiento de esas voluntades y su conocimiento posterior por parte del equipo médico que deberá atender al pa-

---

(27) SAMBRIZZI, EDUARDO A., "La eutanasia de Eluana Englaro", LL 2009-B, 820.

(28) Destacamos en otro trabajo el ejemplo que nos brindaba una nota periodística aparecida casi al mismo tiempo que la sanción de la ley 26.529. El diario La Nación en su edición del 24 de noviembre de 2009 publicaba el caso de un paciente belga que pasó veintitrés años con plena consciencia de lo que sucedía a su alrededor. Fueron la intuición y el tesón de su madre los que lograron que un destacado científico descubriera el error con una batería de pruebas. Contaba luego en sus memorias: "Durante todo este tiempo, fui testigo de mi propio calvario, viendo a los médicos y a las enfermeras intentar hablarme y terminar poco a poco renunciando, pensando que no tenía ningún sentido (...). Gritaba, pero no me oían, así que sólo podía soñar. Me dediqué a revivir mi vida entera...".

ciente. Todo registro de voluntades anticipadas está llamado a cumplir, al menos, tres grandes funciones: en primer lugar, la accesibilidad tanto para la persona que se propone otorgar publicidad al documento continente de su declaración, como para el centro o agente sanitario; en segundo lugar, la confidencialidad entendida como una exigencia mínima para la protección del derecho a la intimidad y derivada de toda legislación de protección de datos, mucho más exigible en materia de salud y personalidad; y, en tercer lugar, la legitimidad del documento, que acredite sin lugar a dudas que el paciente otorgó su declaración en forma clara, voluntaria y suficientemente informada<sup>(29)</sup>.

## VIII | La ley de Río Negro

La legislación sobre “muerte digna” tiene un concreto antecedente provincial. El 29 de noviembre de 2008 la Legislatura de la Provincia de Río Negro sancionó la ley 4264, esta ley prevé que toda persona que padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, informada en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado. También se permite que el paciente (al ingresar al establecimiento médico o durante su tratamiento) pueda manifestar su voluntad de que no se implementen o se retiren las medidas de soporte vital que puedan conducir a una prolongación innecesaria de la agonía y que mantengan en forma penosa, gravosa y artificial la vida. También prevé la manifestación de directivas anticipadas por instrumento público y ante un escribano de registro.

La norma ha recibido críticas de la doctrina, se ha dicho que es innegable que dejar de alimentar e hidratar a un paciente es, simplemente, condenarlo a la muerte, no siendo en este caso la causa de la muerte la enfermedad o el estado vegetativo, sino únicamente la inanición y la deshidratación<sup>(30)</sup>.

---

(29) LEÓN-CASTRO ALONSO, *op. cit.*, p. 103.

(30) SAMBRIZZI, EDUARDO A., “La admisión de la eutanasia en Río Negro”, LL 2008-A, 1144.

No hay duda de que es atribución del Congreso Nacional el dictado de las normas civiles, la ley de Río Negro ha tratado de legislar sobre aspectos relativos a la regulación del ejercicio de la medicina, pero ciertamente la forma de extinción de la vida y el ejercicio de los derechos personalísimos deben ser reservados a la legislación nacional<sup>(31)</sup>.

## IX | Una nueva ley en ciernes

Al momento de escribir estas líneas, leemos un artículo aparecido en uno de los principales diarios del país. Una madre implora la promulgación de una ley que ya cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados. Según la nota periodística, esta sufriente mujer pasará otra navidad a la espera de la reforma legislativa que permita "dejar ir a su hija". Resulta llamativa una revelación que da la entrevista: "Fue en julio (de 2011) que esta maestra de música de 37 años buscó hacer pública su historia. Se lo sugirió un diputado: *El Congreso se mueve por los medios de comunicación...*"<sup>(32)</sup>.

Estamos ante una posible modificación legislativa de una ley bastante nueva, aquella que regula en nuestro país los "derechos de los pacientes". El 21 de octubre de 2009, fue sancionada por el Congreso Nacional la ley 26.529. Del debate parlamentario y su posterior sanción, surge que la ley, al legislar sobre directivas anticipadas, sólo ha tenido en vista las instrucciones que un paciente puede dejar escritas relativas al tratamiento de su

.....

(31) La legislación sanitaria se inserta dentro de la estructura jurídica argentina de forma difusa, no organizada. Contribuye a ello la multiplicidad de órganos que intervienen, por razones de competencia, en su elaboración y aplicación. Estos órganos pueden ser el Congreso Nacional, las Legislaturas provinciales, los Poderes Ejecutivos —nacional y provinciales—, los Consejos Deliberantes de los municipios, los Departamentos Ejecutivos Municipales e, incluso, algunos entes autárquicos o empresas del Estado cuya actividad tenga relación con la salud pública. (HOTSCHER, RAÚL WALTER, "La legislación sanitaria argentina. Preceptos jurídicos fundamentales con relación a la salud", en *Bioética y Bioderecho*, compilador BLANCO, LUIS G, p. 52, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2002).

(32) Diario Clarín, 18 de diciembre de 2011. Cuenta esta madre que "la familia se preparó para enfrentar a los periodistas y a los prejuicios de la sociedad. Tenía miedo que me dijeran que era una madre asesina.... Los medios tomaron su historia y Camila se hizo famosa. Desde que nació —muerta por una mala praxis, fue reanimada— vive internada, conectada a un respirador y a un botón gástrico. No ve, no habla, no camina, no tiene consciencia de su ser. Tres comités de ética dijeron que su estado vegetativo permanente es irreversible".

salud. El mismo autor del proyecto legislativo aclara que “en resguardo de la necesaria autonomía humana, el proyecto contempla la posibilidad de que el paciente capaz, mayor de edad, pueda fijar directivas anticipadas sobre su salud, en tanto las mismas no se vinculen con prácticas eutanásicas”<sup>(33)</sup>.

El 30 de noviembre de 2011, la Cámara de Diputados de la Nación ha dado media sanción al proyecto, que integra postulados de varios trabajos afines al tema presentados por los diputados Bonasso, Vega Milman y Rivas, Bianchi, Perez, Malacuse, Sabbatella, Heller, Basteiro y Merchan<sup>(34)</sup>. El Proyecto propone modificar los artículos 2, 5, 6, 7, 10 y 11 de la ley 26.529.

No pretendemos hacer una exégesis del proyecto de ley nacional que, al momento de escribir estas líneas, aún no se encuentra convertido en ley. Mencionaremos las reformas propuestas y esbozaremos algunas ideas que creemos deben servir de guía a cualquier cambio legislativo en esta materia.

## I | El rechazo de tratamientos o procedimientos médicos

El proyecto postula modificar el artículo 2° de la ley 26.529 (concerniente a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud), singularmente, por vía de una modificación extensiva de su inciso “e”, que regula el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la materia.

En orden a ello, se consagra de manera expresa que el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos (con o sin expresión de causa), como así también a revocar *ad nutum* ulteriormente esa manifestación de voluntad ya presta-

---

(33) Antecedentes Parlamentarios, Ley 26.529, La Ley, Nro. 2, marzo 2010.

(34) Se lee en sus fundamentos: “debemos preocuparnos como legisladores no sólo de hacer efectivo desde lo jurídico la vigencia de los Derechos Humanos, de los derechos individuales y así determinar o fijar un umbral donde el derecho pueda permitirle al hombre manifestar su voluntad, limitando el control estatal, ejerciendo su privacidad siempre de acuerdo a sus creencias, valores y principios, pudiendo decidir o, en suma, proteger su propio cuerpo”.

da. Tal facultad (la previsión ya estaba contemplada en el inciso modificado según el texto originario de la ley de derechos de los pacientes) está también contemplada respecto de los niños, niñas y adolescentes —en los términos de la ley nacional n° 26.061, regulatoria de sus derechos específicos—, siempre en relación con las terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Se incorpora al inciso premencionado una disposición conforme a la cual el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o que se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en tal situación, previa información de la misma hecha de manera fehaciente a su respecto, tiene el derecho a manifestar su voluntad en el sentido de rechazar los procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o el retiro de las medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado. Lo mismo cabe para los procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

Se dispone que, en todos los casos, la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

## 2 | El deber de información

Se modifica el artículo 5° de la ley de derechos de los pacientes (que regula la temática del consentimiento informado), manteniéndose la conceptualización primigenia de la norma a sustituir respecto del instituto<sup>(35)</sup>, pero expandiendo los supuestos que integran la información necesaria para brindarlo.

Según el proyecto, se debe hacer conocer al paciente, para que pueda brindar su consentimiento informado respecto de la autorización para la

---

(35) La ley 26.529 dispone, en dicho artículo, que el consentimiento informado es la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente o, por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a los ítems que luego la misma norma desarrolla, los que son ampliados en el proyecto de reforma.

práctica médica de la cual será objeto —por sí mismo o a través de sus representantes legales— su estado de salud, el procedimiento propuesto con especificación de los objetivos que persigue; los beneficios que éste puede irrogarle; los riesgos, molestias y efectos adversos que sean previsibles; los procedimientos alternativos si existieren y sus riesgos, beneficios y perjuicios; las consecuencias de la no realización de la prestación en cuestión; el derecho que le asiste (en relación con lo normado en el inciso “e” del artículo 2° de la ley de derechos de los pacientes, a lo cual hemos aludido *supra*) a rechazar los mecanismos extraordinarios de prolongación de su vida en cuadros terminales o irreversibles; y el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de su enfermedad o padecimiento.

### 3 | Las personas que pueden decidir por el paciente

Se propone también modificar el artículo 6° de la ley 26.529 (que impone la obligatoriedad de brindar al paciente el consentimiento informado descrito en el artículo 5°), ampliándose la regulación actualmente existente<sup>(36)</sup>, en el sentido de agregar que en el caso de incapacidad del paciente<sup>(37)</sup> o imposibilidad material de prestar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecidos<sup>(38)</sup>. Un párrafo final alude a que, sin perjuicio de ello, deberá garantizarse que el paciente, en la me-

(36) Que dispone que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario público o privado requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

(37) No queda claro, y sería bueno que lo fuese, si la mención alude propiamente al concepto de “capacidad de hecho” del Código Civil (donde se involucran a menores de edad, sordomudos que no saben comunicarse e interdictos por causas síquicas), o mas propiamente al de “competencia”, propio de la bioética, que abarca otros supuestos en los cuales el sentido de la referencia se relaciona con la pura aptitud para comprender los alcances del acto médico que los tiene como protagonistas pasivos.

(38) Se refiere a la ley nacional de trasplantes de órganos, la cual en su artículo 21 enuncia secuencialmente a las personas que, en caso de muerte natural de alguien que no hubiera manifestado en vida su voluntad de ser donante de órganos de origen cadavérico, podrán otorgar la autorización para la ablación (el cónyuge no divorciado o el conviviente por más de tres años, los hijos mayores, los padres, los hermanos mayores, los nietos mayores, los abuelos o cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado y afín hasta el segundo).

dida de sus posibilidades, participe en la toma de las decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Lo atinente a la proporcionalidad de los tratamientos con el fin perseguido resulta importante cuando, quien presta el consentimiento para la finalización de la terapia o el no sometimiento a técnicas de recuperación, no es el propio paciente sino su representante. En este caso, hay que tener en cuenta la relación entre el medio buscado y el fin obtenido, pues en definitiva se está disponiendo de la vida de otro, siempre habrá que obrar con infinita prudencia<sup>(39)</sup>.

La situación en que se encuentra un enfermo terminal puede determinar la incapacidad para tomar decisiones de vida o muerte. Sin embargo, el sólo hecho de que una persona sufra una enfermedad terminal no implica necesariamente que sea incompetente. Puede perfectamente ocurrir que la persona sea completamente consciente y responsable de sus decisiones. Pareciera que, en todo caso, se impone una evaluación caso por caso y no una presunción irrevocable de incompetencia<sup>(40)</sup>.

La ley 4264 de Río Negro establece: "Cuando se tratare de una persona incapaz que padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estado terminal o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación; o de una persona que no esté consciente o en pleno uso de sus facultades mentales por causa de la enfermedad que padezca o del accidente que haya sufrido, la información a que se refieren los artículos 2º y 3º es brindada al representante legal o al cónyuge, descendiente, ascendiente, o a los parientes consanguíneos hasta el segundo grado incluido de la persona incapaz, o que no se encuentre consciente o en pleno uso de sus facultades mentales. En el caso de una persona incapaz, interviene el Asesor de Menores e Incapaces en virtud de la representación promiscua que determina el artículo 59 del Código Civil".

---

(39) MEDINA, GRACIELA - WINOGRAD, CAROLINA, "El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte (El caso de Ms. B.)", JA 2002-II-979.

(40) RIVERA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 75

## 4 | La manifestación del consentimiento

En el artículo 7° de la ley de derechos de los pacientes —que trata sobre la instrumentación material del consentimiento informado, disponiendo que en cuanto a su forma, en principio, pueda ser verbalmente prestado, salvo excepciones para las cuales se requiere la forma escrita, las que se enumeran en diversos incisos— se incorpora el inciso “f” (dentro de los casos en los que se impone la forma escrita), que es el relacionado con el inciso “g” del artículo 5° de la misma ley (incorporado por el proyecto de reformas y atinente al derecho a rechazar las prácticas médicas en supuestos de enfermedad irreversible, terminal o incurable).

## 5 | La revocación de la voluntad

En el artículo 10 de la ley 26.529 (relacionado al derecho a revocar el consentimiento informado prestado anteriormente sobre prácticas médicas a ejercitar sobre el paciente), se suprime una parte del texto vigente (concretamente, el último párrafo, hartamente controvertido, según el cual el profesional actuante sólo acatará la revocación del paciente o su representante “si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento, debiendo asentarse la decisión fundada del profesional en la historia clínica) y, en su lugar, se dispone que cuando el paciente no esté en condiciones materiales o físicas o psíquicas de proceder a revocar aquel consentimiento, podrán hacerlo por él las personas iteradas en el ya mencionado artículo 21 de la Ley de Trasplantes de órganos, agregándose un párrafo final similar al incorporado al artículo 6°, en el sentido de que sin perjuicio de la aplicación del párrafo precedente, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de las decisiones que hacen a esa revocación. El texto reformado pareciera, plausiblemente según nuestro criterio, tender a limitar las facultades de los médicos y profesionales del arte de curar en el sentido de apartarse de la revocación del consentimiento informado hecha por el paciente o sus representantes, priorizando a estos últimos por sobre aquél.

## 6 | La instrumentación de las directivas

En el artículo 11 de la ley 26.529 (dentro de la temática de las directivas anticipadas), al texto primigenio de la ley<sup>(41)</sup> se agrega un segundo párrafo, el cual reza textualmente: "La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante un escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó"<sup>(42)</sup>.

## 7 | La responsabilidad de los médicos

Finalmente, se agrega un artículo nuevo (como 11 bis, lo cual quizás no sea de una técnica legislativa elogiada, porque numéricamente pareciera estar vinculado al tema de las directivas anticipadas, cuando en realidad de su texto pareciera inferirse una proyección general hacia todo el contexto del tema de los derechos de los pacientes), conforme al cual se dispone que "ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma".

.....

(41) "Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamiento médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes".

(42) El tema de la formalidad —a los fines probatorios— de las directivas anticipadas (DMA) o testamentos vitales o *living wills*, ha sido objeto de análisis en algún trabajo al que hemos aludido *supra* (ver nota n° 10 de esta labor, así como también los trabajos de LÓPEZ MIRÓ, H., "Responsabilidad médica. El derecho a morir con dignidad", Zeus 77-D-131; LEMON, ALFREDO, "La mas secreta intimidad", LL 1993-E-829 e HIRUELA, OMAR e HIRUELA DE FERNÁNDEZ, MARÍA DEL P., "El denominado testamento vital y el derecho a morir dignamente", JA 2004-IV-1111) y creemos que es de la mayor trascendencia, con lo cual estimamos elogiada la incorporación en tanto tiende a cubrir un vacío normativo inherente a la cuestión. En derecho comparado se muestran no menos de tres opciones (la instrumental pública por escritura, la hecha ante oficial público con dos testigos, y la incorporada a la historia clínica por el médico tratante, que es la cual aparece mas vulnerable a los fines de consignar fehacientemente la existencia del designio del paciente y sus matices), y el proyecto parece inclinarse por las dos primeras alternativas, resguardando la acreditación fehaciente del acto de voluntad del interesado. Varias leyes provinciales hay regulado los registros de asentamiento de estas manifestaciones, normalmente por vía notarial.

Nos parece que el precepto, aun quizás plausible en la intención de tranquilizar a los profesionales del arte de curar respecto de las consecuencias de lo que se haga en lo concerniente a la eventualidad de acatar la voluntad del paciente, en orden al acotamiento de las prácticas médicas tendientes a prolongar su vida en casos extremos o a hacerlo respecto también del acatamiento de la revocación de su consentimiento informado para determinada práctica o tratamiento, es sobreabundante. Toda vez que, si la propia ley suprime la antijuridicidad que eventualmente pudiera generar algún proceso civil, administrativo o penal vinculado a alguna su- puesta mala *praxis* relacionada a las consecuencias de ese acatamiento, no hace falta que se lo mencione de modo reiterativo<sup>(43)</sup>.

## 8 | La muerte digna

Más allá de las alentables incorporaciones que el proyecto postula en relación a aspectos propios del consentimiento informado (su contenido, el cual se especifica más detalladamente, la perspectiva de brindarlo o revocarlo a través de otras personas cuando el propio paciente no esté en condiciones de hacerlo, el acotamiento de las facultades médicas de apartarse de la decisión del interesado tanto en uno como en otro caso) o de la forma instrumental pública para la corporización de las directivas anticipadas, lo más relevante de la propuesta legislativa en trámite parlamentario al tiempo de la redacción de estas líneas pasa por la inclusión del derecho que se incorpora en la modificación del artículo 2° de la ley 26.529, relacionado puntualmente con el tema de estas reflexiones: la muerte digna.

Esa posibilidad del paciente competente, en términos bioéticos, y debidamente informado por el prestador médico de los alcances de su cuadro de negarse al sometimiento a tratamientos o prácticas o intervenciones fútiles próximas a la distanasia, cuando el diagnóstico es irreversible, incurable o terminal y le producen tanto a él como a su familia un padecimiento

---

(43) Es distinta la mirada de algún colega que ha tenido ocasión de manifestarse en relación al proyecto dotado de media sanción por la Cámara de Diputados de la Nación (ver ROITMAN, ADRIEL J. , "Decisiones vinculadas con el final de la vida", LL 20/12/2011), para quien la mencionada disposición que libera de responsabilidad civil, penal y administrativa a los profesionales de la salud que acaten lo dispuesto en la ley es "la piedra angular de la reforma". No alcanzamos a avizorar tal relevancia y, reiteramos, nuestra opinión crítica (por sobreabundante, ya que, de alguna manera, lo que pretende decir está enunciado en el ya viejo y hasta objetable texto del artículo 1066 del Código Civil).

desmesurado y sin resultados curativos posibles, es —nos parece— el eje de la reforma propuesta.

Es altamente representativa del conflicto ético planteado para el médico, formado para retener, todo el tiempo y por todos los medios posibles, a su paciente del destino al cual, inexorablemente, en algún momento lo arrastra su naturaleza mortal, la imagen que aparece plasmada en una conocida representación gráfica en la cual el galeno lucha, a brazo partido, para evitar que la Parca le arrebatase a quien, hasta entonces, estaba profesionalmente en sus manos. La formación que recibe desde su ingreso a los claustros de la Facultad de Medicina apunta a eso.

Y así debe ser. Pero mas allá de ello, no debe olvidar que, como postulamos en el primer punto de esta breve labor, la muerte biológica es parte de la vida y destino final de todos los seres humanos y que, a veces, no es tanto esa culminación natural del ciclo biológico lo que nos asusta en vida, sino las circunstancias en las cuales ella se produce.

Con razón se ha dicho<sup>(44)</sup> que es deber de los médicos luchar contra la muerte, "pero los individuos tienen derecho a aceptarla cuando están viendo destinos peores que ella". En similar línea de pensamiento<sup>(45)</sup>, se ha apuntado que así como toda persona posee el derecho de planear, en la medida de lo posible, su proyecto personal de vida, posee igualmente el derecho a determinar, también en la medida de lo posible, el curso de acción a seguir en su propia muerte, lo cual constituye también un "proyecto existencial".

Probablemente tenga razón quien ha postulado que tales disposiciones más que destinadas a elegir "una forma de morir", apuntan a elegir "una forma de vivir los últimos momentos"<sup>(46)</sup>.

.....

(44) V. HIGHTON DE NOLASCO, ELENA, "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso problema entre el daño y el beneficio a la persona", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 176.

(45) Conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, "La muerte digna como proyecto existencial", LL, entrega del 17/02/2009, 1. En la referencia a la que aludimos, invoca la opinión de COHEN, AGREST DIANA en su obra "¿Qué piensan los que no piensan como yo?".

(46) L. CÚNEO, DARÍO, "Los testamentos de vida o *living wills* y la voluntad de vivir dignamente", JA 1991-IV-666.

## X | Reflexión final

En algún trabajo relativamente afín al tema ahora abordado<sup>(47)</sup>, decíamos al respecto que, así como los guerreros de otrora deseaban en combate una muerte digna que los elevara a la consideración de sus dioses y de sus congéneres —con la espada en la mano y bañados con la sangre del enemigo—, los habitantes de este complejo mundo posmoderno también la anhelamos, pero no empuñando las armas (si esa no ha sido nuestra vocación), sino asumiendo, dentro de las lógicas razonabilidades del caso, las decisiones que incumban sino al momento, al menos sí al escenario y a las condiciones en las cuales ella sobrevenga.

La existencia de especialistas médicos en tanatología y de institutos especializados en la prestación de cuidados intensivos a enfermos terminales son una plausible demostración de esa humanización que normativamente se busca, de tal modo que los instantes finales del ciclo vital, cuando la enfermedad ha agotado toda perspectiva de curación o sobrevida digna, sean transitados en un ámbito y en condiciones que sean las queridas por el enfermo y no las impuestas por los equipos médicos o, hasta incluso, —las brujas no existen, pero que las hay, las hay— por espurios intereses económicos de establecimientos de salud que requieren terapias pobladas y costosas (aunque fútiles) prestaciones para subvenir sus costos operativos.

Que todos moriremos no es, por cierto, una novedad, pero la auspiciosa noticia es que nuestra legislación está dejando de ver la muerte sólo como el fin de la existencia de las personas físicas y como un hecho generador de derechos patrimoniales. Hay un sano propósito de proteger nuestros últimos días y horas, tan importantes y tan sublimes como toda la vida que los precedió.

---

---

(47) SAUX, EDGARDO I. - AZVALINSKY, ALEJANDRO M., "Vida, muerte y dignidad...", *op. cit.*, p. 1035.

# Acerca de la despenalización del aborto

por **HÉCTOR P. IRIBARNE**<sup>(1)</sup>

## I | Objeto de este trabajo. Encuadre conceptual

Se me ha invitado a exponer en esta revista mi criterio sobre la despenalización del aborto voluntario. Me resulta honrosa esa invitación que debo suponer vinculada con un invariable compromiso con la tutela de la vida que he sostenido a lo largo de mi labor doctrinaria, como abogado y como juez<sup>(2)</sup>.

No existe sobre este tópico una genuina confrontación de opiniones. Se eluden o se desconocen comprobaciones científicas irrefutables y se invoca con ligereza la libertad religiosa con el objeto de salvaguardar potestades para sustraer la vida al ser humano en su estadio de mayor indefensión.

.....

(1) Abogado (UBA 1971). Ex Juez en lo Civil y Comercial en Morón, (PBA) y del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén. Profesor Titular Ordinario de Derecho Civil I. Ex Profesor Adjunto de Teoría General y Filosofía del Derecho, en la Facultad de Derecho de la UBA. Autor de numerosas publicaciones.

(2) Dan cuenta de ello mi obra *De los daños a la persona*, Buenos Aires, Ediar, 1993, 1ª reimpresión corregida 1995; voto en minoría como Juez del Tribunal Superior de la Provincia del Neuquén, dado en la causa "M., M. E. y otras", del 14 de abril de 1988, publicada en ED T. 129, pp. 392 y ss, el "Rapport presentado en les Journées Québécoises de la Association Henri Capitant, celebradas en Montréal y Québec, Canadá, 2004, publicadas en el volumen *L'indemnisation, Journées Québécoises*, T. LIV / 2004, Societé de Législation Comparé, Paris 2007, y la nota a la sentencia de la Excma. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en la causa "Sánchez, Elvira B. c/ Estado Nacional", "Injusto rechazo de la pretensión resarcitoria de la muerte de una criatura por nacer, junto a su madre, durante el llamado 'proceso'. Su adecuada refutación en una sólida disidencia", publicado en "Suplemento de Derecho Constitucional" del diario La Ley, del 25 de febrero de 2005, pp. 41/50.

No nos es dado entonces a quienes mantenemos posiciones que sostienen el disvalor y la iniquidad del aborto, tomar parte en una controversia que desemboque en una auténtica confrontación de argumentos, orientada como es propio en materias de esta trascendencia por una sincera investigación acerca de la verdad. La existencia de vida desde la concepción es una conclusión indiscutible de la ciencia moderna<sup>(3)</sup>. En consecuencia, su tipificación como delito criminal es un indeclinable arbitrio legal para la tutela de la vida del *nasciturus*. La facultad de abortar abre el camino a su indiscriminada práctica, que además habría de recibir el fomento de su prestación estatal gratuita.

Sus partidarios tratan de teñir a la desincriminación del aborto con el favor de su supuesta "corrección política". Sin embargo se han desplegado en su sustento una serie de argumentos, a menudo establecidos sobre notorias falacias, conocidas hasta por quienes los sostienen. El aborto es para ellos un dogma.

No obstante he de aportar argumentos a favor de la tesis que sustento y he de exponer ante todo los criterios que es necesario precisar para su ponderación.

En efecto, el debate en la república democrática no consiste en la mera yuxtaposición de opiniones contradictorias, sino que —en lo posible— debe preceder al esclarecimiento objetivo de la cuestión planteada. Con ese fin no es válido eludir las respuestas que proporcionan las investigaciones científicas.

Planteados los interrogantes pertinentes para resolver el problema, y el marco argumentativo en debate se hace necesario enunciar un criterio para la dilucidación de tales cuestiones, aun asumiendo el riesgo de que se le atribuya fundamento en opciones que pretendan encuadrarse en mi subjetividad.

Desde ya se propone que quien así lo considere, formule otras prioridades para esclarecer los interrogantes planteados y las justifique.

Por nuestra parte, estimamos que para dirimir la controversia es necesario acudir a los siguientes criterios:

.....

(3) V. capítulo 8 de este trabajo.

a) Ante todo no nos encontramos frente a el arduo problema de la veracidad de los juicios morales, estudiado con brillo por Georges Kalinowski<sup>(4)</sup>. Se trata aquí de advertir que no estamos ante un interrogante acerca de la verdad de un juicio moral o jurídico, sino de develar la verdad respecto de la cuestión esencial que es determinar si existe vida desde la concepción: su respuesta es del resorte de la biología, y no puede eludirse introduciendo distinciones capciosas dirigidas a eludir las comprobaciones que nos brinda esa ciencia.

b) Primacía de las comprobaciones de la ciencia por encima de lo opinable.

Cuando hay comprobaciones que brinda la ciencia el marco de lo opinable, o de lo subjetivamente disponible, se restringe. La ciencia (*episteme*) limita el ámbito de la opinión (*doxa*).

Sólo puede hacerse aquí una referencia somera a la cuestión, pues resultará fecunda para encausar el debate en sus términos correctos.

El tema nos reenvía a la filosofía del conocimiento, que —en la tradición de Occidente— jerarquiza el saber y el discurso racional (*episteme*, basados en conocimientos ciertos, propios del saber científico)<sup>(5)</sup>. La retórica no convence mediante ese conocimiento racional, sino mediante argumentos<sup>(6)</sup>.

La elección del método debe corresponder a la naturaleza del objeto. Cuando se trata de develar un hecho susceptible de comprobación científica, debe estarse a lo que la respectiva rama del saber compruebe. Así debe suceder en lo que respecta al comienzo de la vida humana y a la naturaleza del embrión. La biología lo determina inequívocamente.

---

(4) KALINOWSKI, GEORGES, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Traducción de Enrique Marí, Buenos Aires, Eudeba, 1979.

(5) V. al respecto GRASSI, ERNESTO, *Vico y el humanismo*, Barcelona, Anthropos, 1999, pp. 83/84.

(6) Se denomina "argumento" al enunciado que hace fe respecto de una materia incierta, "*res dubia*". La certeza del saber científico sustrae la duda que pueden plantear algunos interrogantes respecto del objeto.

La controversia se enturbia pues esa comprobación no es aceptada por el abortismo, que pretende modificar su resultado alterando el concepto propio de la vida, supeditándolo a la racionalidad o a la sensibilidad del embrión; obviamente *en desarrollo* a partir de la concepción<sup>(7)</sup>.

### c) Primacía del Derecho a la vida.

Explicamos luego la jerarquía, que a nuestro juicio corresponde asignar al derecho a la vida, y en qué medida éste virtualmente se desvanece en virtud de las tesis que anima el abortismo<sup>(8)</sup>.

También hacemos referencia a la cuestión del conflicto entre el derecho a la vida desde la concepción y las propuestas de dar primacía a otros derechos, con frecuencia de la madre<sup>(9)</sup>.

### d) Reconocimiento de los derechos del *nasciturus*.

La naturaleza única e irrepetible de cada ser desde la concepción determina el reconocimiento de los derechos de la persona por nacer y en particular su derecho a la vida, que debe ser tutelado desde la concepción<sup>(10)</sup>.

### e) La libertad religiosa no puede autorizar la muerte de nadie. Tampoco la del *nasciturus*

La postura de la Iglesia Católica Apostólica Romana y de muchos otros credos ha suscitado que la causa de la legalización del aborto haya levan-

(7) Compartimos en este aspecto la postura de John Finnis, quien sostiene que: "He supuesto que el niño no nacido es, desde el momento de la concepción, una persona, y por tanto no debe ser discriminado con motivo de la edad, la apariencia u otros factores en la medida en que tales factores se consideren razonablemente irrelevantes cuando lo que importa es el respeto por los valores humanos básicos". V. Finnis, John, "Pros y contras del aborto", pp. 140/142, en *Debate sobre el aborto-cinco ensayos de filosofía moral*, VV. AA., Madrid, 1992, Ediciones Cátedra, pp. 99/100. También su sólida y contundente refutación a JARVIS THOMSON, JUDITH, contenida en "Derechos e injusticias del aborto", trabajo incluido en *La Filosofía del Derecho*, DWORKIN, RONALD M., compilador, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 241 y ss.

(8) V. *infra*, capítulo 12.

(9) V. *infra* capítulo 12, apartado e).

(10) V. *infra*, capítulo 8.

tado la bandera del anticatolicismo, y —consecuentemente— pretenda connotar cualquier postura en su favor bajo el prisma de la libertad religiosa. No es un criterio de invocación válida para resolver la controversia, pues no hay libertad religiosa para matar. No permitiríamos restablecer los sacrificios humanos en nombre de ningún culto religioso, ni de ninguna otra cultura. El mundo entero rechaza la lapidación de mujeres adúlteras vigente en algunos países islámicos. La libertad de culto no es en nuestro tiempo un salvoconducto para matar a nadie, y nunca puede autorizar la supresión de un feto absolutamente indefenso.

Calificados pensadores agnósticos, por otra parte, rechazan el aborto y se enrolan decididamente en la tutela de la vida desde la concepción, con sólidos argumentos<sup>(11)</sup>.

f) Es necesario conformar y poner en vigor sin dilaciones una política de prevención del aborto y de acompañamiento a la potencial abortante en preservación de su propia vida, y de la de su hijo, y de las consecuencias patogénicas que el aborto imprime en toda mujer. Proponemos luego, más extensamente, las bases y objetivos de esa política<sup>(12)</sup>.

g) Por último cabe invocar en provecho de la persona por nacer el “*favor debilis*”.

El *favor debilis* es un inveterado principio jurídico. En el caso debe consagrarse, como *favor vitae*, en beneficio del ser concebido. En nombre de esa pauta, genuino principio general del derecho, tutelamos —desde Roma para aquí— de modo preferente a los deudores, a las personas laboralmente dependientes, a los discapacitados, etc. No puede negarse la pertinencia de la extensión del principio a favor del niño por nacer, frente a quien la opinión elaborada para su supresión física, a partir de distinciones conceptuales seriamente cuestionables, debe ceder —en virtud de su absoluta indefensión frente a su activa y deliberada destrucción— con sustento en este principio que postulo aplicable a su respecto.

(11) Nos referimos en particular a NORBERTO BOBBIO, V. capítulo 14.

(12) V. *infra* Capítulos, 16 y 17.

El abortismo encarna un sinalagma absurdo. Lo que al embrión falta, para poder afirmar que ya se ha consumado en él vida plena, se invoca como título para sustraerle la que tiene.

Para poder formular respuestas a nuestro interrogante a la luz de esos criterios, hemos de ocuparnos a lo largo de este trabajo de poner a la vista la realidad del aborto, en su práctica y a la luz de la ciencia. Examinaremos también algunos aspectos de la controversia, atendiendo a consideraciones culturales y políticas. Luego el enfoque jurídico y el desarrollo concerniente a la tutela de los derechos humanos. Por último expondremos propuestas operativas, aptas para superar la virtual parálisis que la controversia así planteada cristaliza, que orientan la adopción activa de políticas dirigidas a la disminución del número de abortos y adecuada asistencia de madres e hijos.

Esperamos que el examen que sigue sirva para orientar la opinión de quienes estén llamados a participar en este debate, en ejercicio de facultades que los invistan de la potestad de decidir sobre la seria cuestión bajo examen.

## 2 | La realidad concreta del aborto

El deber del legislador de ponderar las cuestiones que deban ser regladas guarda una sensible analogía con el deber del juez al dictar sentencia: ambas deben reposar en la **primacía de los hechos**. Consiste, nada menos, que en la consideración de la materia concreta que ha de ser objeto de decisión. Ambas, regidas por la prudencia, que es ante todo un juicio de realidad<sup>(13)</sup>.

Por eso considero oportuno comenzar develando la realidad concreta del aborto, y poner a la vista cómo se materializa, de qué manera se lleva a cabo.

Ese punto de partida nos permitirá entender realmente de qué estamos hablando. También veremos que es verdaderamente necesario no soslayar este tópico, por más de una razón.

.....

(13) PIEPER, JOSEF, *Las virtudes fundamentales*, 3ª edición, Bogotá, Rialp en coedición con Editorial Printer Colombiana, 1988, p. 33 y ss.

Varios motivos conducen a que la realidad del aborto se escamotee. O no se la mira, o se la oculta. Hasta se ha considerado inconveniente exhibirla públicamente para no lastimar a quienes han abortado despojando a su percepción cierta de su aptitud de convicción de elocuente valor preventivo de su consumación<sup>(14)</sup>.

El examen de los modos para llevar a cabo un aborto devela su naturaleza criminal.

## a | El aborto en los tres primeros meses de gestación<sup>(15)</sup>

### 1 | SUCCIÓN O VACUUM

El cuello del útero es ampliamente dilatado. Un tubo especial es introducido en él. Una violenta aspiración 29 veces más poderosa que la de una aspiradora común, succiona al bebé descoyuntando sus miembros y transformándolo en un puré sanguinolento que es depositado en un recipiente.<sup>(16)</sup> Es un método usual en las clínicas de aborto y era utilizado preferentemente por Nathanson mientras se dedicó a esa actividad.

(14) "En los últimos años y como parte de la campaña en contra de la despenalización del aborto, los grupos llamados 'pro vida' han llevado a cabo una intensa difusión acerca de las características del embrión. Folletos con fotografías intrauterinas donde se ve al feto ya formado (correspondientes a 20 semanas de embarazo) con leyendas que rezan 'mamá, no me mates' o 'mamita déjame vivir' han inundado las calles de Montevideo. No son éstos mensajes inocuos (el subrayado es nuestro), sino que sustentados en argumentos supuestamente científicos están diseñados para ser captados e incorporados a la subjetividad como prueba de realidades materiales tangibles. Una de esas 'realidades' es la caracterización del embrión como persona física y psicológicamente completa, dotada de las capacidades para pensar, autorreflexionar o sentir. O la del cigoto o el embrión —según la etapa de gestación de que se trate— como un niño capaz de comunicarse con su madre. Este es el efecto de un movimiento que tiende al borramiento de su madre como sujeto, al visualizar al embrión o feto y visualizarlo como alguien separado de la madre (Cornell 1985)". (CARRIL BERRO, ELENA y LÓPEZ GÓMEZ, ALEJANDRA, en su obra *Entre el alivio y el dolor – mujeres, aborto y subjetividad*, Montevideo, Ediciones Trilce, 2008, p. 97).

(15) ASHOK P. W., KIDD A., FLETT G. M. M., FITZMAURICE A., GRAHAM W., TEMPLETON A., *A randomized comparison of medical abortion and surgical vacuum aspiration at 10–13 weeks of gestation*. Hum Reprod 2002;17:92-8. y TEMPLETON, ALLAN M.D., and GRIMES, DAVID A. M.D., *A Request for Abortion*. N Engl J Med. 2011;365:2198-204.

(16) WEN J., CAI Q. Y., DENG F., LI Y. P., *Manual versus electric vacuum aspiration for first trimester*

## 2 | DILATACIÓN Y RASPAJE

Un objeto afilado (la cureta), de forma semejante a una cuchara, corta la placenta y despedaza el cuerpo del bebé, el que es succionado a través del cuello del útero, cuya superficie interna es raspada para extraer fragmentos que se dejan caer en un recipiente. También son usadas para tratar otras afecciones uterinas, o para evacuar restos de un aborto espontáneo. Pueden suscitar hemorragias, infecciones, o perforaciones de la pared uterina<sup>(17)</sup>.

## 3 | ABORTO POR PROSTAGLANDINAS

Las prostaglandinas son sustancias que provocan contracciones propias del parto. Son inyectadas en el líquido amniótico o suministradas a la madre. Como consecuencia de las contracciones uterinas, la madre expulsa la criatura ya muerta o insuficientemente desarrollada para sobrevivir fuera del útero materno<sup>(18)</sup>.

# b | El aborto del tercero al noveno mes de gestación<sup>(19)</sup>

## 1 | DILATACIÓN Y EVACUACIÓN

Una vez que la víctima es más grande pues ya tiene de 13 a 24 semanas, el cuello del útero es ampliamente dilatado. Como los huesos de la criatura ya han comenzado a calcificarse, se hace necesario utilizar tenazas espe-

(17) KAPP, N., LOHR, P. A., NGO, T. D., HAYES, J. L., *Cervical preparation for first trimester surgical abortion*. Cochrane Database Syst Rev. 2010;2:CD007207 y GRIMES, D. A., SCHULZ, K. F., CATES, W. J. JR., *Prevention of uterine perforation during curettage abortion*. JAMA 1984;251:2108-11.

(18) BAIRD, D. T., *Medical abortion in the first trimester*. Best Pract Res Clin Obstet Gynaecol. 2002;16:221-36. KULIER, R., KAPP, N., GÜLMEZOGLU, A. M., HOFMEYR, G. J., CHENG, L., CAMPANA, A., *Medical methods for first trimester abortion*. Cochrane Database Syst Rev 2004;1:CD002855. EL-REFAEY, H., RAJASEKAR, D., ABDALLA, M., CALDER, L., TEMPLETON, A., *Induction of abortion with mifepristone (RU 486) and oral or vaginal misoprostol*. N Engl J Med. 1995;332:983-7. VON HERTZEN, H., HUONG, N. T., PIAGGIO, G., et al. *Misoprostol dose and route after mifepristone for early medical abortion: a randomised controlled non inferiority trial*. BJOG 2010;117:1186-96.

(19) DREY, E. A., FOSTER, D. G., JACKSON, R. A., LEE, S. J., CARDENAS, L. H., DARNEY, P. D., *Risk factors associated with presenting for abortion in the second trimester*. Obstet Gynecol 2006;107;128-135. *Audit of abortion requests above 22 weeks' gestation in 2008*. British Pregnancy Advisory Service (BPAS). May 2008.

ciales para desconyuntarlos. Primero se destrozan los brazos y las piernas del niño, y después se destroza su columna vertebral. Por último, antes de ser succionado, su cráneo es aplastado. Algunas partes del cuerpo del feto son removidas con fórceps. A medida que el proceso se desarrolla se examinan las partes del cuerpo extraídas para comprobar si fue eliminado por completo.

La subsistencia de fragmentos del feto o de la placenta en el útero tiene importante eficacia para generar infecciones que pueden resultar mortales.

## 2 | INYECCIÓN DE SOLUCIÓN SALINA<sup>(20)</sup>

Una aguja perfora la pared abdominal de la mujer y el saco amniótico, por medio del que se extrae líquido amniótico. A continuación se inyecta una solución salina fuertemente hipertónica. El bebé que sorbe habitualmente líquido amniótico ingiere la solución salina que lo ha reemplazado. Ella va quemando externamente su piel y —a medida que es ingerida— su garganta y sus órganos internos. Se agita intensamente dentro del útero hasta que muere. Luego es expelido del útero. El cadáver enrojecido muestra las lesiones sufridas.

## 3 | “CESÁREA” ABORTIVA<sup>(21)</sup>

Se práctica una intervención, análoga a la cesárea, pues se abren quirúrgicamente el abdomen y el útero, con la diferencia de que la cirugía se practica para eliminar al bebé.

## 4 | ABORTO POR “NACIMIENTO PARCIAL”<sup>(22)</sup>

Se comienza observando la posición de la criatura en el seno materno a través de una pantalla que muestra las imágenes del ultrasonido. El abortista

(20) WAGATSUMA, T., *Intra-amniotic Injection of Saline for Therapeutic Abortion*. Am J Obstet. Gynecol 1965;93:743-5. y MANABE, Y., *Danger of Hypertonic-Saline-Induced Abortion*. JAMA 1969; 210:2091.

(21) 12. “Abortion”, ([http:// encarta. msn. com/ encyclopedia\\_761553899/ Abortion. html#s3](http://encarta.msn.com/encyclopedia_761553899/Abortion.html#s3)) artículo en inglés en la enciclopedia MSN Encarta del 2007; consultado el 1 de julio de 2007.

(22) “Críticos entram na Justiça contra proibição de aborto nos EUA” ([http:// www. bbc. co. uk/ portuguese/ noticias/ story/ 2003/ 11/ 031106\\_ abortoeua. shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2003/11/031106_abortoeua.shtml)) artículo en portugués en el sitio web BBC Brasil, del 2003. Consultado el 22 de febrero de 2008.

pincha a continuación el saco amniótico e introduce un fórceps, especie de pinza o tenaza para atrapar los pies de la criatura. Después tira de las piernas hacia el canal de nacimiento. En cuanto estas asoman, utiliza sus propias manos para tirar el resto del cuerpo, el tronco y los brazos hasta que sólo queda la cabeza dentro del cuello del útero de la madre. En esa postura, a escasos centímetros del nacimiento pleno, los bebés ya mueven brazos y piernas, reacciona con sensibilidad y pueden comenzar a respirar. Pero en lugar de terminar de sacar la cabeza del bebé, el abortista le perfora la nuca con una tijera curva y puntiaguda que retuerce y abre varias veces para agrandar el agujero. Momentos después introduce a través del agujero un catéter y un tubo de succión con el que extrae la masa cerebral de la criatura. El cráneo es todavía muy flexible y la cabeza disminuye de tamaño, lo cual permitirá sacarla con más facilidad. Finalmente el abortista corta el cordón umbilical y dispone del cadáver<sup>(23)</sup>.

## c | Las complicaciones del aborto

Sin perjuicio del síndrome *post aborto*, que es descripto luego, la polémica a favor de la desincriminación del aborto se centra en el argumento de las muertes maternas de mujeres pobres que no han podido acudir al aborto en condiciones “seguras”. Hasta allí el interés por la salud materna, que —de manera paradójal— se conjuga con el escamoteo de las graves complicaciones que puede generar un aborto, que son mayores que las de un parto corriente de embarazo a término<sup>(24)</sup>.

*El estudio epidemiológico más completo data de 1997, y fue realizado sobre una muestra de 9.129 mujeres tomada de la base de datos nacional de Finlandia, financiado por el Centro de Investigaciones y Desarrollo para el Bienestar y la Salud de dicho país. Esta investigación eliminó el posible sesgo de anteriores estudios basados en entrevistas, realizando un estudio*

---

(23) Diario ABC, Madrid, 31 de marzo de 1996. El método corriente en los Estados Unidos de Norteamérica fue prohibido por dos leyes del Congreso Norteamericano vetadas por el presidente Bill Clinton.

(24) No debe olvidarse que la obstetricia es reputada como una de las especialidades más expuestas a la mala praxis médica. Si ellas resultan del tratamiento de un embarazo a término y el parto en el que concluye, es fácil advertir que las consecuencias de las maniobras abortivas que soporta la madre sobre su cuerpo, cualquiera sea el método escogido, tienen una potencialidad dañosa superior que el parto en el que se produce la expulsión normal del feto.

objetivo de los certificados de defunción de mujeres en edad reproductiva entre los años 1987 y 1994 que habían abortado en el año anterior a su muerte. El estudio reveló que, las mujeres que habían abortado, en comparación con las que habían llevado su embarazo a término, tuvieron 60% más muertes por causas naturales (enfermedad), 7 veces más suicidios, 4 veces más muertes por accidentes y 14 veces más muertes por homicidios. Las conclusiones indican que **las mujeres que abortan tienen 4 veces más probabilidades de morir al año siguiente que las que tienen a sus hijos**. Además, las mujeres que dieron a luz tuvieron 50% menos probabilidad de morir que las que no tuvieron hijos. Este estudio confirma que **el aborto es mucho más peligroso que llevar a término un embarazo, aunque éste no sea deseado**<sup>(25)</sup>.

La práctica del aborto genera corrientemente hemorragias<sup>(26)</sup>, y puede producir lesiones que inhiban nuevos embarazos, o susciten disfunciones sexuales insuperables.

## d | El submundo del aborto

La práctica del aborto fuera del circuito médico incluye las más variadas agresiones a la mujer. Desde la ingestión de sustancias de efecto tóxico, a la agresión traumática en su vientre, pasando por el suministro de drogas, hierbas<sup>(27)</sup>, introducción de cuerpos extraños, etc. Sus complicaciones: sepsis, hemorragias, lesiones irreversibles en el cuerpo femenino, a veces la muerte. Nos referimos luego al tema al considerar la política sanitaria del aborto, señalando desde ya que sólo se invoca, incluso por parte de funcionarios con responsabilidades políticas en la asistencia sanitaria, como argumento a favor de la desincriminación. Los riesgos del aborto en

(25) Información que surge de la página web [www.nomassilencio.com](http://www.nomassilencio.com), que brinda extensa información sobre las consecuencias del aborto en las abortantes. Es órgano de expresión de asociaciones de mujeres que han padecido abortos.

(26) 9. NIINIMÄKI, M., POUTA, A., BLOIGU, A., et al., *Immediate complications after medical compared with surgical termination of pregnancy*. *Obstet Gynecol* 2009;114:795-804. y 10. *The care of women requesting induced abortion. Evidence-based clinical guideline number 7*. London: Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, 2011.

(27) V. SIMONIN, C., *Medicina Legal Judicial*, Editorial JIMS, Barcelona 1992, p. 444 y ss. y BONNET, EMILIO FEDERICO PABLO, *Medicina Legal*, Libreros López Editores, Buenos Aires, 1967, p. 407 y ss (hay ediciones posteriores).

sí mismo, y de las prácticas abortivas de comadronas y afines deberían, ser advertidos masiva y permanentemente como cualquier otro riesgo sanitario, y aun con más énfasis si tenemos en cuenta los bienes en juego. También debería advertirse sobre la oferta médica del ilícito servicio.

El sistema de salud puede alertar sobre el dengue y los charcos o aguas estancadas, o recomendar el uso de vacunas, pero calla respecto de la práctica del aborto y de sus riesgos.

Pueden recordarse con ternura las exhortaciones de Tita Merello a que las mujeres se sometieran regularmente al Papanicolau, que seguramente han servido para que algunas registren el consejo, lo pongan en práctica, y descubran el cáncer uterino que ese estudio permite develar precozmente.

La plétora de métodos abortivos que Bonnet describe minuciosamente<sup>(28)</sup> permanece en el subsuelo y nadie advierte a las mujeres de los riesgos de su empleo. Esa noticia debería ser un lugar común de la educación y de la difusión de su prevención como ingrediente necesario de la política sanitaria.

Podemos decir que —dentro de un prevaleciente silencio sobre el tema— interrumpido siempre por las diatribas a favor de la desincriminación del aborto, se calla sobre la práctica de esa intervención y sobre sus riesgos y consecuencias.

Hemos visto en cambio notas apolegéticas del aborto, como la publicada en el diario Perfil del 10 de diciembre de 2010, donde personalidades notorias de los mundos de la cultura y del espectáculo han referido sus experiencias de haberlo practicado, en la mayor parte de los casos con cierta jactancia, que incluye en alguno la alegación del no arrepentimiento y la referencia a su reiteración<sup>(29)</sup>. En pocos casos se refirieron informaciones sobre sus efectos, como la causación de esterilidad, o su evocación dolorosa. Todas las entrevistadas postulaban su legalización. Ese tipo de

.....

(28) BONNET, EMILIO F. P., *op. cit.*, p. 408. Destaca el autor que en la materia rige un antiguo principio de las novelas policíacas "Las armas menos sospechosas son la preferidas". Sólo un profundo auto desvalimiento pues permitir que las mujeres consientan la profanación de su cuerpo con los más variados instrumentos, con el fin de suprimir a su hijo indefenso.

(29) Diario Perfil, edición del 10 de diciembre de 2010.

comentarios es eficaz para promover el aborto y favorece la legitimación de su práctica y excluye toda forma de prevención o advertencia de los riesgos que conlleva.

## e | Conclusión

Los métodos descritos excluyen toda duda sobre la naturaleza mortífera de la actividad abortiva.

Debe destacarse que, en general, las mujeres en trance de abortar no son informadas acerca de esas prácticas. Es muy común escuchar de ellas frases como “no tenía idea que el aborto era eso, no, yo no quiero eso para mí o para mi hijo”, etc. Otra información importante a proporcionar es la que tiene que ver con las consecuencias físicas y psicológicas del aborto. El abortismo se desentiende de tales comprobaciones. Se ocultan como forma de prevención del aborto, y se escamotean a la abortante en concreto a quien no se le advierte acerca de las consecuencias nocivas que puede tener esa práctica.

En el mundo del derecho esa realidad se suele desconocer. Además del carácter dogmático de las posiciones sustentadas, que impide un verdadero diálogo y la adopción de *standards* para dirimir la controversia, la materialidad del aborto consiste en una cuestión casi abstracta. Las comprobaciones de la biología se soslayan, y las médicas sobre las consecuencias del aborto se relegan.

Es ilustrativo acudir al film “El grito silencioso”, que produjera Bernard Nathanson y que ha sido difundido extensamente en la web. Basta acudir a un buscador para encontrarlo en numerosos lugares de Internet<sup>(30)</sup>.

Estimo que, en conciencia, nadie con responsabilidad política puede considerarse autorizado para adoptar decisiones al respecto sin detenerse a verlo. Es apto para ilustrar a quienes opinan con ligereza, sin conocer realmente de qué están hablando.

---

(30) <http://www.youtube.com/watch?v=zlWrZlaC3rM&feature=related> y [http://www.silentscream.org/silent\\_sp.htm](http://www.silentscream.org/silent_sp.htm)

A la luz de la lectura de esos métodos, y de la profundización de informaciones de acceso público acerca de su modo de realización, no quedan dudas acerca de la naturaleza homicida de las prácticas abortivas.

Permiten adquirir una primera impresión sobre la lesividad de esas actividades para la salud materna, cuestión sobre la que volveremos luego, pero que ya señalan los límites, en general desconocidos, por quienes propugnan establecer el aborto como supuesta solución del embarazo indeseado, haciendo disponible al feto por la sola voluntad de la gestante, facilitada activamente por el Estado<sup>(31)</sup>.

Será menester ahora penetrar en sus consecuencias, que suelen sustraerse del debate.

### 3 | Consecuencias de la práctica del aborto que suelen ocultarse: el síndrome post aborto

Tanto los modos de llevar a cabo un aborto, como las consecuencias que tiene éste para la salud materna, están sustraídos del debate público y de la información a la propia abortante.

Es oportuno informar que según un estudio del Medical Science Monitor (2004). Un 64% de las mujeres norteamericanas dijeron que se sintieron presionadas por otros a abortar; un 84% dijo que no había recibido asesoramiento adecuado ([www.nomassilencio.com](http://www.nomassilencio.com))<sup>(32)</sup>.

Ya hemos esbozado en qué consiste concretamente un aborto. Nos detendremos, ahora, en describir el síndrome post aborto. Hemos de ver así como el ofrecimiento de desincriminación del aborto como vehículo de protección de la salud materna implica un argumento engañoso no menos

---

(31) V. Capítulo 17.

(32) Página web de una asociación de mujeres españolas víctimas de aborto, arriba citada en nota 19.

grave que las tergiversaciones estadísticas o falsedades concernientes a la naturaleza del embrión.

## a | Su caracterización

Inteligentes estudios médicos y psicológicos vienen estudiando las consecuencias del aborto en la mujer, en su familia, y sus efectos indirectos.

Se destacan en este cauce, y han abierto camino los estudios de Philippe Ney<sup>(33)</sup>, prestigioso médico canadiense autor de la obra "Daño profundo" (1979)<sup>(34)</sup>. El autor ha comprobado la vinculación entre aborto y maltrato infantil. Reseñamos someramente el concepto de síndrome post aborto a partir de su obra clásica respecto de este tópico.

Reseñamos ahora la caracterización del síndrome post aborto. Es sabido que se denomina síndrome al "conjunto de síntomas característicos de una enfermedad" (Diccionario de la Real Academia española, 22ª edición, extraído de su página web).

Se ha comprobado así que quienes han sufrido un aborto padecen:

- a. Trastornos emocionales/afectivos: baja autoestima, inestabilidad emocional, sentimiento de culpa, angustia, tristeza, desasosiego, ansiedad, sentimiento de fracaso, dolor, pena, depresión.
- b. Suelen padecer trastornos de la comunicación o turbación de sus relaciones, agresividad, irritabilidad, baja tolerancia a la frustración, incapacidad para establecer buenas relaciones interpersonales, rechazo a establecer compromisos afectivos.

.....

(33) Philip Ney es un médico canadiense que se graduó en medicina en la Universidad de British Columbia y se capacitó como psiquiatra infantil y psicólogo infantil en la Universidad de Mc.Gill, Universidad de Londres y Universidad de Illinois. Es académico y clínico desde hace 30 años. Ha enseñado en cinco escuelas de Medicina, fue profesor de tiempo completo, ejerció como Presidente del Departamento en un hospital y academia y estableció tres centros de psiquiatría infantil. Ha realizado investigaciones sobre el abuso infantil durante veinte años y publicó más de veinticinco ensayos y libros sobre este tema. Durante su primera época de investigación, tomó cada vez más conciencia de la conexión que existe entre el abuso infantil y el aborto. Últimamente ha estudiado a niños sobrevivientes del aborto

(34) NEY, P., *Deeply Damaged. An explanation for the profound problems arising from infant abortion and child abuse*, Ney Philip G., MD. FRCP (C). MA. RPsych, Canadá, Pioneer Publishing Co. Ltd., 1997, ISBN 0-920952-10-0 p. 8

- c. Las perturbaciones relaciones tienen especial incidencia respecto de los vínculos materno filiales, y muy frecuentemente suscitan una propensión al maltrato.
- d. Trastornos en la esfera sexual, que pueden comprender desde frigidez hasta una propensión a la promiscuidad de la que puede derivar la reiteración de los abortos.
- e. Trastornos del sueño, pesadillas, insomnio.
- f. Ideas recurrentes de muerte, reminiscencias del niño abortado, "síndrome del aniversario", asociado a la fecha del aborto o a la de probable nacimiento de la criatura.

*"La familia entera sufre las consecuencias de la violencia intrínseca al aborto, en forma de malos tratos, también a los hijos. El Dr. Ney (1979) descubrió que el aborto aumenta el maltrato infantil al disminuir el autocontrol instintivo natural y como resultado de la hostilidad y agresividad sintomática del Síndrome P-A. Y en última instancia, es la sociedad entera la que se ve afectada por las secuelas del aborto de numerosas formas"*<sup>(35)</sup>.

"El SPA también puede darse en hombres y familiares de la mujer que aborta (padres e hijos) y en quienes la ayudaron a abortar, incluyendo el personal de las clínicas abortistas".

Interesa referir que, según se refiere en la página [www.nomasilencio.com](http://www.nomasilencio.com), las investigaciones del doctor Ney son confirmadas:

Se afirma allí que:

*"En España existen pocos estudios sobre este Síndrome, pero ya en 1993, un informe de la Asociación Española de Neuropsiquiatría titulado 'Mujer y salud mental' señalaba como rasgos de las mujeres que abortan más de*

.....

(35) El examen más exhaustivo de las relaciones entre aborto y maltrato infantil supera los márgenes de este trabajo, pues ofrece un amplio campo de estudio. No cabe duda que la extensión del aborto institucionaliza una gravísima desvalorización de los niños, que pesa sobre las criaturas vivas. A medida que crecen y se enteran de su práctica, a veces en su propia familia, pueden considerarse "sobrevivientes". Además, padecen habitualmente las consecuencias del SPA, que turba la relación materno filial y la inserción de la criatura en su familia toda.

una vez la inmadurez, la inestabilidad emocional, la sexualidad pasiva y dependiente, la aversión a los métodos anticonceptivos, los problemas de pareja, conflictos con los padres, mala auto imagen, vivencias negativas o traumáticas, y tendencia y rasgos de personalidad patológica: esquizofrenia, paranoia y psicopatía. Confrontando los datos oficiales, el 25% de las mujeres que abortan cada año ya han abortado previamente. Según la OMS, 'las mujeres con alguna señal indicativa de trastorno emocional corren mayor riesgo de graves desajustes mentales después del aborto, y más si tienen enfermedad psiquiátrica previa. Cuanto más grave sea el diagnóstico psiquiátrico, más perjudicial es para ella el aborto''<sup>(36)</sup>.

## b | Confirmación de la existencia del síndrome post aborto

La caracterización de estas consecuencias del aborto ha sido confirmada por otros estudios, emanados de grupos abortistas de los que [www.nomassilencio.com](http://www.nomassilencio.com) da cuenta de que:

*"Son numerosos los estudios en todo el mundo (Canadá, EEUU, Austria, Inglaterra, Francia, Finlandia...) que demuestran la existencia y gravedad de este Síndrome, que sin embargo, se mantiene oculto por los medios de comunicación y los centros médicos oficiales de países como España. Tan claros son los resultados de estos estudios que hasta la organización mundial de control de la población (los que promocionan el aborto), la **Planned Parenthood Federation** (en España Federación de Planificación Familiar) los ha confirmado en su documento titulado 'Plan Trienal y Programa de Objetivos a Largo Plazo, 1990-1993'. Dice así: 'Una serie de estudios y encuestas de los opositores al aborto han mostrado que la incidencia del trauma post-aborto para clientes de abortos quirúrgicos puede llegar a alcanzar a un 91% de los casos. Algunos informes recientes del Instituto Alan Guttmacher (su organización investigadora afiliada) que no han sido publicados, indican que el alcance del problema puede haber sido correctamente calculado en dichos estudios...' (p. 29). También la organización feminista Movimiento Manuela Ramos y el **Consejo de la Población** (agencia de la ONU que promueve el aborto en el Tercer Mundo) reconocieron los trastornos psicológicos derivados del aborto voluntario en su libro de*

(36) [www.nomassilencio.com](http://www.nomassilencio.com), link de caracterización del SPA (síndrome post aborto).

1993 titulado 'Desde las Mujeres. Visiones del aborto. Nexos entre sexualidad, anticoncepción y aborto' donde aparecen varios testimonios de mujeres que los padecían".

"Igualmente claro era el folleto de la londinense 'Clínica de la Mujer' que ofrece terapia post-aborto: 'Después del aborto, algunas mujeres sienten una sensación de pérdida que puede experimentarse como tristeza o puede ser enmascarada por otras sensaciones como aletargamiento, vacío, falsa euforia, hiperactividad, depresión generalizada y difusa, dificultades en las relaciones sexuales u otras, e ira'. En Estados Unidos también manifiestan los mismos síntomas las mujeres que han abortado y que forman la Asociación WEBA (Mujeres explotadas por el aborto), que recientemente han creado la plataforma internacional 'Silent No More' ('No más silencio') con la página web [www.helpafterabortion.com](http://www.helpafterabortion.com), y en España: [www.nomas-silencio.com](http://www.nomas-silencio.com). En países como Holanda, donde el aborto es legal, se han tomado medidas para controlar los efectos del Síndrome Post-aborto. En los centros de salud, uno de los criterios de selección de enfermeras es que no hayan intervenido en abortos ni se hayan provocado uno, pues consideran que el trauma emocional resultante sería incompatible con su trabajo".

La desincriminación del aborto y la generalización de su práctica se dirigen a ocultar esa realidad, no la previenen advirtiendo a quienes tengan intención de abortar, y se desentienden de sus consecuencias. Existe una verdadera política de colonización cultural en pro del aborto, dirigida a imponer su hábito y a despojarlo de toda connotación negativa.

## 4 | Cauces y causas de la promoción del aborto en los últimos cincuenta años

Puede ser que a alguien no le baste la percepción del aborto en concreto, tal como lo hemos descrito, para compartir el juicio que sostenemos, con otros muchos, acerca de la privación de la vida del ser humano que es su consecuencia. Para eso nos quedará luego la respuesta científica, que ya avanzada la modernidad, como anticipamos, nos proporciona una objetividad de la que no es posible prescindir. Será muy somera aquí en virtud

de las limitaciones que se imponen a este trabajo, pero es extensísima, y de fácil acceso, frente a la comprobación de esa jerarquía del saber, cede la opinión subjetiva, el criterio personal basado en otros fundamentos.

Antes de llegar a esos terrenos debemos acudir a dos referencias insoslayables, que nos explicarán, a mi juicio sin dejar dudas, acerca de por qué nos ocupan estos planteos a favor de la extensión del aborto y de la verdadera promoción de su práctica que resulta de su y desincriminación que deriva en su implantación como medio habitual de control de la natalidad.

Con ese objeto deberemos detenernos en noticias ciertas sobre el modo de desarrollo de la campaña desplegada en los Estados Unidos de Norteamérica para la generalización de la práctica del aborto.

## 5 | Las maniobras desarrolladas en los Estados Unidos de Norteamérica en pro de la legalización del aborto develadas por uno de sus promotores

Bernard Nathanson fue el fundador de 1969 de la Asociación Nacional para la Revocación de las Leyes contra el Aborto (más tarde llamada Liga Nacional para la Acción por el Derecho al Aborto). Luchó por impulsar el aborto libre y legal mientras rechazaba y criticaba las ideas de los movimientos pro-vida al respecto.

A mediados de los años 80, Nathanson solicitó a un médico de su amistad, que practicaba de quince a veinte abortos diarios, autorización para un experimento con los ultrasonidos. Esto consistía en aplicar ese instrumental sobre la madre, grabando la intervención. El trabajo sirvió para la obtención de material para un documental que sorprendió a la comunidad médica en particular y la sociedad en general.

*“Lo hizo —explica Nathanson— y, cuando vio las cintas conmigo, quedó tan afectado que ya nunca más volvió a realizar un aborto. Las cintas eran*

*asombrosas, aunque no de muy buena calidad. Seleccioné la mejor y empecé a proyectarla en mis encuentros pro-vida por todo el país”.*

El estudio también suscitó su convicción respecto de la existencia de vida humana desde la concepción, y dio lugar a la producción del material colectado como film, que se difundió extensamente llamado *El grito silencioso*<sup>(37)</sup>.

En 1992, luego practicar 75.000 abortos, incluso el de hijos propios, expresó públicamente su arrepentimiento en una carta abierta<sup>(38)</sup> que ha tenido una enorme difusión mundial, a punto que con un buscador se la encuentra en la web, en diversas versiones y en varios idiomas, de texto coincidente. Explicó allí que las tácticas pro aborto consistieron en:

*“1° persuadir a los medios de comunicación de que la causa pro aborto favorecía un avanzado liberalismo y se tergiversaron las estadísticas para demostrar falsamente una adhesión mayoritaria a la práctica del aborto:*

- *Para demostrar la existencia de una opinión mayoritaria a favor del aborto se inventaron encuestas que decuplicaban el número de abortos ilegales que se cometía anualmente. En realidad eran aproximadamente 100.000, pero se denunció la existencia anual de 1.000,000 de abortos ilegales.*
- *Se incrementó el número de muertes que padecían las mujeres que practicaban abortos ilegales, que oscilaba entre doscientas y doscientas cincuenta, pero se difundió reiteradamente la información falsa de que eran aproximadamente 10.000 (diez mil), generando un argumento a favor de la legalización del aborto para salvar la vida de esas mujeres.*
- *Se sostuvo que la legalización del aborto sólo tornaría lícitos los que se practicaban ilegalmente. No obstante, admitió que en 1992 el aborto se había incrementado en un 1500% y que era el principal método de control de la natalidad practicado en los EE.UU.*

*2° Se añadió a ello la táctica del anticatolicismo. Vilipendiamos sistemáticamente a la Iglesia Católica, calificando sus ideas sociales de retrógradas; y atribuimos a sus Jerarquías el papel del ‘malvado’ principal entre los*

---

(37) V. referencias en nota 29.

(38) *Confession of an ex-abortionist*, <http://www.aboutabortions.com/Confess.html>.

opositores al aborto permisivo. Lo resaltamos incesantemente. Los medios reiteraban que la oposición al aborto procedía de dichas Jerarquías, no del pueblo católico; y una vez más, falsas encuestas 'probaban' reiteradamente que la mayoría de los católicos deseaban la reforma de las leyes antiaborto. Y los tambores de los medios persuadieron al pueblo americano de que cualquier oposición al aborto tenía su origen en la Jerarquía Católica y que los católicos proaborto eran los inteligentes y progresistas. El hecho de que grupos cristianos no católicos, y aún ateos, se declarasen pro-vida, fue constantemente silenciado.

3° La tercera táctica fundamental fue denigrar o ignorar, cualquier evidencia científica de que la vida comienza con la concepción.

Frecuentemente me preguntan que es lo que me hizo cambiar. ¿Cómo pasé de ser un destacado abortista a un abogado pro-vida? En 1973 llegué a ser Director de Obstetricia en un gran Hospital de la ciudad de Nueva York, y tuve que iniciar una unidad de investigación perinatal; era el comienzo de una nueva tecnología que ahora utilizamos diariamente para estudiar el feto en el útero materno. Un típico argumento pro aborto es aducir la imposibilidad de definir cuándo comienza el principio de la vida, afirmando que ello es un problema teológico o filosófico, no científico.

Pero la fetología demuestra la evidencia de que la vida comienza en la concepción y requiere toda la protección de que gozamos cualquiera de nosotros. Ud. podría preguntar: ¿Entonces, por qué algunos doctores, conocedores de la fetología, se desacreditan practicando abortos? Cuestión de aritmética: a 300 dólares cada uno, un millón quinientos cincuenta mil (1.550.000) abortos en los Estados Unidos, implican una industria que produce 500 millones de dólares anualmente. De los cuales, la mayor parte van a los bolsillos de los doctores que practican el aborto.

Es un hecho claro que el aborto voluntario es una premeditada destrucción de vidas humanas. Es un acto de mortífera violencia. Debe de reconocerse que un embarazo inesperado plantea graves y difíciles problemas. Pero acudir para solucionarlo a un deliberado acto de destrucción supone podar la capacidad de recursos de los seres humanos; y, en el orden social, subordinar el bien público a una respuesta utilitarista<sup>(39)</sup>.

(39) NATHANSON, BERNARD. Lo transcripto es una reseña, practicada por el suscripto, a partir de la versión inglesa de la carta publicada en el sitio web denominado: <http://www.abouta->

## 6 | Confluencias ideológicas a favor del aborto

Esas estrategias de propaganda —denunciadas por Nathanson— han sido corrientes en el mundo, y se orquestan en una curiosa confluencia en pos de la legitimación del aborto, en la que se integran posturas de ideologías a veces opuestas. Desde enfoques invocados como “progresistas” que jerarquizan la opción de la mujer y los derechos sobre su cuerpo hasta las posturas neo malthusianas y racistas, de gran proyección internacional, en particular asentadas en intereses del mundo desarrollado que adquieren diversa coloratura y relieve según contingencias de política interna de los Estados Unidos, donde la controversia sobre la cuestión es encarnizada. La eugenesia anima a menudo a unos y a otros.

Para todos, la pretendida admisión de un “derecho al aborto” es un verdadero dogma y sus respectivos fundamentos no admiten controversia alguna.

Las concepciones autocalificadas como “progresistas”, enarbolan derechos supuestamente superiores de la mujer, que inspiran a los devotos abortistas, “pro choice”, para asimilar al feto a una excrecencia del cuerpo femenino, poco menos que análoga a un lunar o al cabello, o a un diente infectado, disponible, según su exclusiva voluntad, por cada una y sólo por quien lo concibió.

Por otro lado los abortistas unidos por el común denominador del economicismo malthusiano, con notas de discriminación racial y activa exclusión social exhiben idéntico fundamentalismo, al que en estos tiempos se añade un singular activismo respaldado por los Estados Unidos, según los avatares de su política interna, pues —como anticipamos— la controversia sobre la cuestión es muy dura allí<sup>(40)</sup>.

---

[bortions.com/Confess.html](http://bortions.com/Confess.html) A través de cualquier buscador la carta aparece en numerosas versiones en español.

(40) Por ejemplo apenas asumió el Presidente Barack Obama restableció la operatividad de disposiciones que condicionan el otorgamiento de determinados créditos de desarrollo a la implementación de políticas pro aborto, y la de financiar ONG que apoyen su práctica. Las normas en cuestión, suelen suspenderse cuando gobiernan los republicanos, y se reactivaron en las presidencias de Clinton y de Obama.

No es extraño oír, ante algunas villas de emergencia *exabruptos* tales como *“aquí hace falta el aborto, para evitar que este tipo de gente se multiplique”*.

De tal modo, aunque parezca paradójal, esas corrientes concurren en la promoción de la política de desincriminación que produce el incremento del número de abortos, y que implica la deserción absoluta en la tutela de la vida de las personas por nacer y de la integridad de sus madres.

El debate se torna así infecundo, más aun cuando se estigmatiza a los sujetos de la controversia y se manipulan los argumentos, sin respeto por la verdad científica y con disturbios valorativos que conducen directa e inmediatamente a la desprotección de los niños por nacer y, por añadidura producen efectos nocivos en las abortantes, y en sus familias, con sensibles efectos que menoscaban el bien común.

El abortismo, por otra parte, ha inficionado los sistemas penales, aun donde el aborto es un delito, con una serie de atajos que tienden a enervar su virtualidad represiva, y que incluyen desde criterios judiciales dirigidos a desincriminar de hecho ese ilícito. Es evidente la ausencia de una política criminal, para sancionar la industria del aborto, que resulte congruente con su naturaleza delictual<sup>(41)</sup>.

A la vez podemos advertir que la realidad del aborto suele ser escamoteada en los medios de comunicación y su prevención aparece ausente en el ámbito de la información sanitaria masiva.

Los múltiples ribetes de la cuestión no pueden ser examinados en un trabajo de la extensión requerida, al menos con el rigor que merece cada uno sus los tópicos. No obstante trataremos de verter en estas páginas los temas esenciales a considerar en nuestro país, hoy.

Intentaremos exponer los argumentos que fundan nuestra postura procurando extraer de ellos su mayor fuerza de convicción. Entendemos que

.....

(41) Es un lugar común argumentar a favor de la desincriminación del aborto desde el ángulo de la desigualdad, sosteniéndose a tal fin que las abortantes “ricas” pueden acudir a la comodidad de clínicas especializadas, que le ofrecerían un aborto “seguro” y las abortantes “pobres” atrapadas por la red de comadronas. Ya nos ocupamos luego del problema de la política criminal del aborto en el capítulo 15 de este trabajo.

es un compromiso indeclinable la tutela de la vida de cada niño en riesgo de ser abortado, y aun a costa de que se nos responda con los consabidos argumentos rígidamente postulados para justificar la pretendida desincriminación, vale el esfuerzo que intentamos que se justificará con cada vida que logre preservarse de esta singular pasión homicida de nuestro tiempo.

Por ese motivo nos empeñamos en examinar con nuevos ángulos de mira los puntos de la controversia, donde ésta se ha hecho más apacible.

La esterilidad de la confrontación en los términos planteados arroja consecuencias nefastas. Nos detendremos en esbozar políticas superadoras, que configuren carriles eficaces para superar la monstruosa cantidad de abortos que se invoca como consumada en nuestro país, preservando la vida de los niños y cuidando la salud de la madre.

## 7 | El aborto y las investigaciones de la biología

No hemos de menguar el valor científico que el diagnóstico por imágenes ha brindado para poner a la vista la vitalidad del feto en el útero y su resistencia activa al aborto durante su práctica, nudo de los argumentos de Bernard Nathanson en "El grito silencioso".

La embriología confirma esas comprobaciones y demuestra sin dudas la existencia de vida desde la concepción.

Debemos tomar conciencia, sin embargo, que insistir sobre la existencia de vida desde la concepción puede parecer redundante.

En efecto, ya hace casi veinte años que Ronald Dworkin escribe como primeros renglones de su obra "El dominio de la vida"<sup>(42)</sup> que:

*"Tanto el aborto, que significa matar deliberadamente a un embrión humano en desarrollo, como la eutanasia, que significa matar delibera-*

---

(42) DWORKIN, RONALD, *El dominio de la vida una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción de "Life's dominion", 1st. edition 1993, by Alfred. A. Knopf, Inc., edición española: Editorial Ariel, Barcelona, 1994. La consideración exhaustiva de esa obra y sus argumentos excede las posibilidades de este trabajo.

mente a una persona por benevolencia, son supuestos en los que se elige la muerte”<sup>(43)</sup>.

Tal sinceramiento permite reducir las referencias, en este breve espacio, de los muy copiosos aportes científicos de la biología que confirman la existencia de vida desde la concepción. No obstante efectuaremos una breve reseña.

Habrà que hacer ademàs breves referencias a tres tópicos:

- a. Comprobada la existencia de vida desde la concepción, el abortismo intenta desplazar el centro del debate al excluir del amparo al embrión desde ese momento con líneas argumentales que intentan extraer licencia para el aborto según el desarrollo neurológico del embrión. Llevó a la invención de la categoría de “preembrión”, a mediados de los años '80 del siglo XX, que se conceptuaba superada el día 14, luego de la concepción, cuando la diferenciación de las células totipotenciales del embrión derivaba en la identificación del surco neuronal.
- b. Se han desarrollado inferencias con idéntico objeto a partir de la evolución de su “racionalidad”.
- c. Se intentan esbozar períodos de incerteza respecto de la pertinencia de tutelar su subsistencia a partir de la supuesta escasez de “sensibilidad” del feto.

## 8 | Fundamento de la tutela de la vida desde la concepción en las comprobaciones científicas de la biología

Remitimos a la amplia reseña que sobre el tópicó ha efectuado Javier Gafo, en su obra *“El aborto y el comienzo de la vida humana”*<sup>(44)</sup>, pues

(43) DWORKIN, RONALD, op. cit., p. 9.

(44) GAFO, JAVIER, *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Santander, Sal Terrae, 1979, cap. III, y en particular pp. 166/185.

las limitaciones de la extensión de este trabajo impiden su desarrollo exhaustivo.

## a | El estado de la cuestión antes de las investigaciones y grandes debates originados por la fecundación “in vitro”

Ya entonces las ciencias biológicas habían determinado suficientemente la existencia de vida desde la concepción.

Si acudimos a un enunciado preliminar, debemos decir que hoy se enseña en las facultades de medicina que:

*“... La fecundación se produce en la trompa uterina. Una vez que el ovocito fecundado concluye la meiosis, los cromosomas paternos y maternos se unen para formar el cigoto (léase huevo), que contiene un único núcleo diploide. Se considera que el desarrollo embrionario comienza a partir de ese momento”<sup>(45)</sup>.*

Hemos de efectuar una somera mención a las investigaciones de Paul Chauchard, quien ha afirmado categóricamente que *“existe certeza biológica absoluta de que el ser humano comienza en la concepción”, fundando tal afirmación en “la existencia en el cigoto de un código genético, en el que ya está preformado desde un principio el futuro ser humano y el desarrollo que conducirá al mismo”<sup>(46)</sup>.*

Chauchard también ha refutado en esa obra a quienes *“consideran la formación del cerebro como comienzo de una verdadera existencia humana en el embrión”*. Objeta la imprecisión del límite adoptado, pues *“el sistema nervioso comienza a formarse unos 17 días después de la concepción; hacia los 32 días el encéfalo posee ya su típica configuración externa, el comienzo de la actividad eléctrica puede constatarse, en forma aún muy débil a los cincuenta días y, seis más tarde se manifiestan los primeros*

---

(45) LARSEN, W. J., *Embriología Humana*, 3ª ed., Elsevier Science, Churchill Livingstone, 2003.

(46) CHAUCHARD, PAUL, *L'avortement, réalité biologique, conséquences philosophiques, morales et juridiques*, en “Revue Thomiste”, 81, 1973, pp. 33/46, citado por GAFO, op. cit., p. 171.

*reflejos. En tanto, el acabamiento anatómico del cerebro tiene lugar a los 5/7 años y su maduración fisiológica aproximadamente a los 18 años”.*

Esas precisas determinaciones no tienen refutación adecuada. Las distinciones introducidas, en general, con el objeto de legitimar de algún modo el aborto, carecen de rigor y aparecen como razonamientos *ex post facto* ordenados al objetivo enunciado.

Tales criterios admiten unánimemente la “dificultad” de encontrar esa frontera entre el embrión y el feto para establecer el umbral hasta el que resulte admisible la supresión de la criatura.

Carl Wellman, luego de un extenso análisis, admite que no ha podido refutar la afirmación según la cual *“matar a un feto es un asesinato”*, añadiendo que sus objeciones y réplicas revelan *“que el tema es complicado y que puede presentarse una amplia variedad de argumentos por cada parte en litigio”*<sup>(47)</sup>.

Ello no basta para desvirtuar las comprobaciones científicas reseñadas.

Más sorpresa aún causan las expresiones de Peter Singer, quien afirma que *“la fuerza de la posición conservadora depende de la dificultad que tiene los liberales para señalar una distinción moralmente significativa entre un feto y un recién nacido”*.

Lo cierto es que se desecha la verdad de las cosas, nítidamente develada desde la ciencia moderna, y se trata de restringir la definición de vida, o la noción de embrión, para que el aborto *“quepa”* en ella, introduciendo límites conceptuales que la biología desautoriza.

## b | Las investigaciones posteriores

Las comprobaciones reseñadas hasta aquí no han tenido refutación válida. Se intenta crear una distinción conceptual, teñida de nominalismo, que deriva de la construcción del concepto de *“preembrión”*, status que comprendería el período previo a la conformación del sistema nervioso<sup>(48)</sup>. Una

---

(47) WELLMAN, KARL, *Morales y éticas*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 253.

(48) QUINTANA, EDUARDO MARTÍN, “Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la existencia del embrión humano comienza con la fecundación, Rechazo del patentamiento biotecnológico

reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acaba de reconocer que la existencia del embrión humano comienza con la fecundación del óvulo<sup>(49)</sup>. Desecha la capciosa categoría de preembrión que no permite reputar como autorizadas las intervenciones abortivas<sup>(50)</sup>.

El concepto tuvo sólida refutación por parte del doctor Jérôme Lejeune En el *leading case* "Sue Davis y Junior Davis" tramitado en el Estado de Tennessee, USA<sup>(51)</sup>.

Las investigaciones biológicas confirman la existencia de vida humana desde el instante mismo de la fecundación. Refiere en tal sentido Eduardo Martín Quintana que:

*"La sentencia ha recogido las conclusiones más avanzadas de la ciencia y puede afirmarse sin hesitación que no hay argumentos con fundamento que puedan oponerse a que la vida embrionaria humana comienza con la fecundación, o sea, la aparición de una realidad celular con fenotipo cigoto, que tiene identidad genética propia, con un ciclo vital definido".*

Quintana reseña las investigaciones de Tomás y Garrido, López Moratella y Daniel Serrao que confirman los enunciados de Chauchard, no desmentidos muchos años después.

Por el contrario, el descubrimiento ha generado nuevos esclarecimientos: así refiere Quintana que:

*La molécula del ADN descubierta por Watson y Kirk hace más de cincuenta años, en la cual se encuentra el código genético, contiene instrucciones que se comunicarán a las células cuando éstas se dividan en tres todas las informaciones necesarias para la formación del individuo único. Pero aún antes de la división celular, cuando el ovocito se activa mediante la*

.....  
co", El Derecho, diario del 20 de diciembre 2011.

(49) V. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, octubre 18 de 2011: Oliver Brüstle c/ Greenpeace eV, publicada en la misma revista. V. *infra* capítulo 12, c).

(50) Se escatima la condición de embrión humano, que se subordina a la conformación del "surco neural". El concepto se desarrolló en Gran Bretaña, en el llamado informe "Warnock" 1984, y fue empleado en la ley española de 1988 que se refería a los óvulo fecundados como "preembriones".

(51) QUINTANA, EDUARDO MARTÍN, *op. cit.*, p. 1.

*fecundación, se produce el comienzo de todo el proceso de desarrollo del nuevo individuo y, por ende, de la vida humana. En ese momento el espermatozoide está unido indefectiblemente al ovocito y en el proceso de englobamiento del ADN seleccionado (del espermatozoide que finalmente fecundó) ya está asociado al gameto femenino. El ADN del hijo ya se está organizando para la primera división y se encuentra dentro de una estructura capaz de hacerlo duplicar y luego expresar<sup>(52)</sup>.*

Como corolario, se hace necesario destacar que el concepto de “preembrión” es un mero enunciado “a priori”, enderezado a sustraer de tutela al embrión hasta su anidación. El desarrollo celular, *in fieri* desde la concepción, no autoriza semejante distinción, puesto que se dirige a turbar el desarrollo regular del embrión, que está llamado a proseguir su evolución propia. Que ésta incluya la posibilidad de que no se consume la anidación no faculta a nadie a impedirla, pues de esa manera se obsta el derecho fundamental a la vida del embrión, interrumpiendo su desarrollo natural. Las investigaciones que ha reseñado Quintana, confirman las comprobaciones biológicas que hemos referido a partir de los trabajos de Chauchard.

Si concedemos por un instante que la introducción de la noción de preembrión se admitiera como concepto para servir a una finalidad distinta que la de habilitar el aborto y despojarlo de su naturaleza homicida, suponiendo que comprenda un estadio de desarrollo previo a la condición humana, nos remitimos al *favor vitae*, enunciado en el capítulo 19 del presente. En efecto, el estado de indefensión del embrión, como el del feto a lo largo de todo el embarazo, impone sin duda habilitar la virtualidad del inveterado principio jurídico del *favor debilis*, que en el caso —como explicaremos para concluir— deriva de la introducción del *favor vitae* que preserve la vida del embrión desde la concepción.

## c | Las distinciones en punto a la “racionalidad” y “sensibilidad” del feto como presupuestos para habilitar el aborto

La vocación de desarrollar argumentos a favor de habilitar lapsos durante los que se pueda predicar la ausencia de notas de humanidad en el

(52) QUINTANA, EDUARDO MARTÍN, op. cit., p. 3

embrión ha llevado a efectuar disquisiciones acerca de las etapas de su desarrollo según la evolución de su "racionalidad" y "sensibilidad". En los límites de este aporte, para poner a la vista la impertinencia de esas distinciones para autorizar el aborto, bastan algunos argumentos básicos, casi obvios. La sustracción de condición humana por insuficiente desarrollo de la racionalidad, además de habilitar el infanticidio, como sostienen Peter Singer y Ferrater Mora - Cohen, pueden ser aptos para inspirar formas superiores de discriminación de cualquier ser humano, en cualquier etapa de su vida, y —de admitirse para habilitar el aborto— pueden justificar títulos para ingresar en cualquier Gulag, o instituto análogo, admitida la eventual benevolencia del titular de la potestad calificadoria que —con ese sustento— puede optar por decretar una eliminación radical.

En cuanto a la "sensibilidad", sin acudir a profundizaciones científicas, basta ver el film "El grito silencioso" y la resistencia activa a la succión por parte del feto en trance de ser abortado, y el incremento de sus pulsaciones hasta la taquicardia, para desechar cualquier hipótesis al respecto ordenada a admitir el aborto sobre la base de que el abortado "nada sentiría".

## 9 | Aborto e infanticidio

Pero el grave disturbio valorativo que anida en tal concepción, se advierte al profundizar el examen de los razonamientos de sus corifeos.

El mismo Singer sostiene inmediatamente que *"la vida de un feto no tiene mayor valor que la vida de un animal no humano que se halle en nivel similar de racionalidad, autoconciencia, percatación, capacidad de sentir, etc., y puesto que ningún feto es persona, ninguno tiene el mismo derecho a la vida de una persona"*. Prosigue afirmando que *"un bebé de una semana no es un ser racional y autoconsciente, y hay muchos animales no humanos cuya racionalidad y capacidad de sentir exceden a la de un bebé humano de una semana, de un mes y hasta de un año"*. De allí concluye que si el feto no tiene el mismo derecho a la vida que una persona, el recién nacido no lo tiene tampoco, y que *"la vida de un recién nacido tiene menos valor que la de un cerdo, un perro o un chimpancé"*. Prosigue su análisis con una detenida evocación de las culturas que han admitido la muerte de bebés y niños para sostener finalmente que *"nada de eso tiene la intención de sugerir que alguien que ande por el mundo matando bebés al azar está*

*en el mismo nivel que una mujer que se hace un aborto o que un hombre a quien le parece grato el deporte cazar patos. Indudablemente —concluye Singer— se deberían imponer condiciones muy estrictas al infanticidio permisible; pero tal vez esas restricciones se debieran más al efecto del infanticidio sobre otros que a la justicia intrínseca de matar a un infante”<sup>(53)</sup>.*

José Ferrater Mora y Priscilla Cohen confirman que algunos autores están no sólo a favor del aborto sino también del infanticidio<sup>(54)</sup>.

Los citados autores, equiparan la eliminación del feto a la extirpación del riñón o de la córnea para su trasplante, sugiriendo que la oposición al aborto en nombre de que el feto “tiene todos los cromosomas, también deberían oponerse al trasplante en nombre de que el riñón y la córnea también los tienen”<sup>(55)</sup>.

De tal modo, no se desvirtúa en absoluto la condición humana de la persona por nacer. Al contrario, se exterioriza el alcance del mismo menoscabo del derecho a la vida que resulta de las posiciones a favor del aborto.

El mismo no se desvanece cuando se pretende mantener, como Ferrater Mora, una distinción entre la postura “pro aborto” y la postura “pro elección”<sup>(56)</sup> a favor de la libertad de la madre para decidir sobre el aborto. Esa libertad no puede prevalecer pese al derecho a la vida del feto, puesto que en caso de colisión entre derechos fundamentales de dos personas debe preferirse la interpretación que asegure la tutela a todos.

## 10 | El aborto en el mundo contemporáneo

Es necesario percibir la realidad sobre la que se plantea la singular controversia descripta.

---

(53) SINGER, PETER, *Ética práctica*, Madrid, Ariel, 1982, pp. 159/16.

(54) FERRATER MORA, JOSÉ y COHEN, PRISCILLA, *Ética aplicada, del aborto a la violencia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, pp. 43/44.

(55) FERRATER MORA - COHEN, op. cit., p. 48.

(56) FERRATER MORA - COHEN, op. cit., pp. 41/43.

Se exhiben cifras astronómicas de abortos en el mundo (se llega a hablar de hasta 60.000.000 de abortos por año en este planeta) y se invoca la consumación de 500.000 abortos anuales en nuestro país<sup>(57)</sup>.

Es razonable suponer que esos números padecen las distorsiones que confesara Nathanson y que la cantidad de víctimas sea menor, aunque en este, como en todo otro caso de homicidio, uno solo es mucho.

El significado de la supresión anual de ese número de personas, visto bajo el prisma del abortismo, no forma parte del problema del aborto. Por el contrario no sólo busca extraerse de tales datos un argumento a favor de su inevitabilidad, sino que —al propugnar su desincriminación y su prestación por los servicios de salud pública— se introducen cauces para su expansión, que comprueba la evolución del número de abortos que han puesto en vigor esas políticas<sup>(58)</sup>.

El ex Presidente de la República Oriental del Uruguay, Tabaré Vázquez ha sostenido fundadamente que:

*“Se observan en forma total por razones de constitucionalidad y conveniencia las citadas disposiciones por los fundamentos que se exponen a continuación. Hay consenso en que el aborto es un mal social que hay que evitar. Sin embargo, en los países en que se ha liberalizado el aborto, éstos han aumentado. En los Estados Unidos, en los primeros diez años, se*

---

(57) Debe advertirse el paralelismo con la situación denunciada por Bernard Nathanson, reseñada en el capítulo 5 del presente. Resulta llamativo que se atribuya a nuestro país una tasa de abortos por habitante superior a la mundial. En efecto: 60.000.000 de abortos por año con una población mundial de 7.000.000.000 de seres humanos, implican una tasa del 8,6 % y 500.000 abortos por año en la República Argentina con una población de 40.000.000, implican una tasa de abortos de 12,5 %. Las cifras fueron enunciadas en una publicación efectuada en el diario La Nación del 4 de noviembre de 2011 por la Diputada Nacional (m.c.) Vilma Ibarra. Establece el número de abortantes muertas en abortos clandestinos en 100, que es alta respecto de la real de los EE. UU. en 1968. Bernard Nathanson dice que allí se producían 200 0 250 muertes maternas anuales por aborto y se denunciaban diez mil. (V. *supra* capítulo 5). En tanto en 1970 en los Estados Unidos se censaron 203,3 millones de habitantes. De tal modo, la Argentina tendría la mitad de las muertes por aborto que se padecían entonces en los Estados Unidos, con el veinte por ciento de la población. La muerte absurda de cualquiera es una demasía, pero su incremento arbitrario implica una tergiversación argumentativa inaceptable.

(58) Desde la legalización del aborto en España se han producido dos millones de abortos, el doble de los muertos de la guerra civil.

*triplicó, y la cifra se mantiene: la costumbre se instaló. Lo mismo sucedió en España<sup>(59)</sup>.*

Lo cierto es que las cifras denunciadas, sin perjuicio de la controversia sobre su exactitud, que las confesiones de Bernard Nathanson alientan, ponen sobre nuestras generaciones, la carga —a mi juicio insoportable— de producir más muertos anuales por aborto que los acaecidos en la Segunda Guerra Mundial<sup>(60)</sup>. Casi un 30 % más. Las que se asignan a nuestro país sugieren una tergiversación casi evidente, y merecen las serias refutaciones que se vierten en la nota 51.

En cambio, parece necesario concluir que para el mundo contemporáneo, y para muchos filósofos y moralistas a menudo connotados por el mayor prestigio, cometer anualmente tal número abortos, equiparable o superior al número de muertos de una de las más grandes catástrofes bélicas que pueden recordarse, resulta indiferente y aparece autorizado por criterios morales, jerarquizados en la prensa, inspiradores de dirigentes políticos, y generadores de un peculiar prestigio a través del elogio recíproco. En su nombre se ofrece como “subsanción” de algunos de sus males la transformación del aborto en un servicio estatal, y desconsiderar la situación de la mujer abortante, antes y después del hecho.

A la vez se advierte la inexistencia de políticas de prevención sanitaria y de asistencia del post-aborto, que se ignora reforzando la supuesta legitimidad que se le atribuye desentendiéndose de sus efectos, que llevan a postular virtualmente su inocuidad.

## II | Los términos del debate

Como ya anticiparan las referencias efectuadas acerca de las expresiones públicas acerca del tema por Bernard Nathanson (v. *supra* cap. 5), la con-

(59) Mensaje del entonces Presidente de la República Oriental del Uruguay, Tabaré Vázquez, dado el 13 de noviembre de 2008, para fundar el veto a la ley de aborto que acababa de sancionar el Congreso de esa República.

(60) La contabilización de las víctimas de la Segunda Guerra Mundial ha sido objeto de numerosos estudios, que generalmente ofrecen estimaciones de entre 55 y 60 millones de personas fallecidas, elevándose hasta más de 70 millones según los cálculos más pesimistas y de 40 a 45 millones según los más optimistas. Hay otras posturas más pesimistas que elevan el número de 100 millones de muertos. V. Wikipedia: Anexo: Víctimas de la Segunda Guerra Mundial

troversia se encuentra despojada de objetividad, y la que brinda la ciencia —piedra fundamental para dirimir racionalmente la cuestión— se elude a sabiendas. Se acude a varios caminos. Uno, la reducción del tema a una cuestión opinable. El otro, ya anticipado, la búsqueda de argumentos revestidos de apariencia científica que habiliten la práctica.

## a | ¿Una controversia saludable?

El debate acerca del aborto llega a ser definido como materia de una controversia que Mario Vargas Llosa, por ejemplo, califica como saludable. En efecto, tiene dicho el escritor peruano que *“como el liberalismo no es una religión laica y dogmática, sino una doctrina abierta que evoluciona y se pliega a la realidad en vez de tratar de forzar la realidad a plegarse a ella, hay entre los liberales tendencia diversas y discrepancias profundas. Respecto a la religión, por ejemplo, o a los matrimonios gays, o al aborto, y, así como yo, hay liberales que somos agnósticos, partidarios de separar la Iglesia del Estado, y defendemos la descriminalización del aborto y el matrimonio homosexual, somos a veces criticados con dureza por otros liberales, que piensan en estos asuntos lo contrario a nosotros, Estas discrepancias son sanas y provechosas, porque no violentan los presupuestos básicos del liberalismo, que son la democracia política, la economía de mercado y la defensa del individuo frente al Estado”*<sup>(61)</sup>.

El aserto deviene paradójico cuando en el mismo texto Vargas Llosa postula las ventajas del liberalismo, que consisten en la *“tolerancia y respeto a los demás, y principalmente a quien piensa distinto de nosotros, practica otras costumbres y adora otro dios o es un incrédulo, Aceptar esa coexistencia con el que es distinto ha sido el paso más extraordinario dado por los seres humanos en el camino de la civilización, una actitud o disposición que precedió a la democracia y la hizo posible, y contribuyó más que ningún descubrimiento científico o sistema filosófico a atenuar la violencia y el instinto de dominio y de muerte en las relaciones humanas y lo que despertó esa desconfianza natural hacia el poder, hacia todos los poderes, que es en los liberales algo así como nuestra segunda naturaleza”*<sup>(62)</sup>.

---

(61) VARGAS LLOSA, MARIO, *Sables y Utopías*, Aguilar, Uruguay, agosto de 2009, p. 329. El párrafo transcrito proviene de la conferencia pronunciada por el autor en Washington, el 4 de marzo de 2005, al recibir el Irving Kristol Award, del American Institut for Public Policy Research.

(62) VARGAS LLOSA, MARIO, op. cit., p. 331.

No puede explicarse, ni en el marco meramente lógico, ni en el valorativo, que con esos fundamentos se justifique el aborto, o que se lo defiera a una decisión meramente subjetiva, que se adscribe o al poder del estado o a la coacción religiosa. El objetivo de *“atenuar la violencia y el instinto de dominio y de muerte en las relaciones humanas”* que Vargas Llosa destaca como logro fundamental de la democracia representativa queda gravemente desvirtuado. A través del aborto, de lo que se trata es de imponer la muerte a un ser absolutamente indefenso, que se puede suprimir en virtud del absoluto poder de hecho que —inerme en el seno materno— ha de sufrir por decisión de su madre, naturalmente constituida para su protección, o de quien la constriña a hacerlo. O del poder del Estado, que obrará activamente para suprimirlo si se lograra imponer la vieja bandera del aborto libre, seguro y gratuito, o siguiendo las directivas o imposiciones de políticas globales se sometiera a su imposición como método antinatalista. También pasivamente, abdicando de la protección severa que su naturaleza delictual impone, prescindiendo de castigar el aborto clandestino —desde la comadrona al doctor “Cureta”<sup>(63)</sup>— o absteniéndose de difundir su realidad para prevención y aviso dirigido a quienes se les ofrece ese atajo sin conocer su verdadero espanto, y sin medir sus graves consecuencias.

Las controversias, debo reiterarlo, son saludables en la República cuando conducen a resolver los tópicos planteados con sujeción a la verdad. No cuando ésta se escamotea y oculta al servicio de una respuesta asumida *ex ante*, apta para profundizar el problema antes que darle la respuesta que merece.

## b | Las cuestiones implicadas y los criterios para esclarecer el debate

Cuando la ciencia contemporánea ha logrado las precisiones que hemos referido no es necesario acudir a sutiles disquisiciones escolásticas para tratar de construir fronteras naturalmente inexistentes en el desarrollo del embrión para justificar su supresión.

Sin perjuicio de la consideración que ha de prestarse luego a otros argumentos que animan el abortismo, partiremos del que consideramos nu-

(63) Personaje de la revista Humor, que caracterizaba al médico amoral, designado con el nombre de “Cureta”, instrumento de uso generalizado para la realización de abortos.

clear. Optamos por ponderarlo a partir de la enunciación formulada por Umberto Eco, en su rico intercambio epistolar con Carlo María Martini. ¿"En qué creen los que no creen?"<sup>(64)</sup>.

Eco comienza por manifestar que comparte el juicio disvalioso sobre el aborto, y luego de referir la resistencia que hubiera mantenido para admitir un aborto a raíz de un embarazo que lo involucrara dice que considera "que el nacimiento de un niño es algo maravilloso, un milagro natural que hay que aceptar"<sup>(65)</sup>.

Añade la expresión de su dificultad para imponer esa opción personal a quien se encuentre en trance de abortar, que considera con acierto terrible, para ingresar en las habituales preguntas sobre el comienzo de la vida humana.

Luego de transitar una vez más los interrogantes de Aristóteles, San Agustín y San Tomás sobre la "animación retardada", concluye afirmando que la noción de vida es un concepto "fuzzy"<sup>(66)</sup>.

Como se advierte a la luz de las precisiones que se han referido al pie sobre la noción de "fuzzy", no es adecuado acudir a ella para resolver el status del embrión y del feto respecto del aborto. El principio *in dubio pro vita*, que hemos postulado no autoriza a dirimir las imprecisiones que

(64) UMBERTO ECO - CARLO MARÍA MARTINI, Arzobispo de Milán, *¿En qué creen los que no creen?*, "Temas de hoy", Buenos Aires, Planeta, 1998.

(65) UMBERTO ECO, en op. cit., p. 32.

(66) Cabe consignar que el término *fuzzy* significa impreciso, vago, poco claro. Cuando se aplica a la teoría de conjuntos *fuzzy*, se refiere a elementos pertenecientes a las fronteras (difusas) de los conjuntos. La lógica difusa es una metodología que proporciona una manera simple y elegante de obtener una conclusión a partir de información de entrada vaga, ambigua, imprecisa, con ruido o incompleta, en general la lógica difusa imita como una persona toma decisiones basada en información con las características mencionadas. Una de las ventajas de la lógica difusa es la posibilidad de implementar sistemas basados en ella tanto en hardware como en software o en combinación de ambos. El concepto de Lógica Difusa fue concebido por Lofti Zadeh un profesor de la Universidad de California en Berkley, quien inconforme con los conjuntos clásicos (*crisp sets*) que solo permiten dos opciones, la pertenencia o no de un elemento a dicho conjunto la presentó como una forma de procesar información permitiendo pertenencias parciales a unos conjuntos que en contraposición a los clásicos los denominó Conjuntos Difusos (*fuzzy sets*). El concepto de conjunto difuso fue expuesto por LOFTI ZADEH en un paper hoy clásico en la literatura de la lógica difusa en el año de 1965, el artículo se titula "Fuzzy Sets" y fue publicado en la revista *Information and Control*. El mismo ZADEH publica en 1971 el artículo, *Quantitative Fuzzy Semantics*, en donde introduce los elementos formales que acabarían componiendo el cuerpo de la doctrina de la lógica difusa y sus aplicaciones tal como se conocen en la actualidad. [http://members.tripod.com/jesus\\_alfonso\\_lopez/FuzzyIntro.html](http://members.tripod.com/jesus_alfonso_lopez/FuzzyIntro.html)

según el juicio de algunos puedan predicarse acerca de la naturaleza humana del embrión, para derivarlo a la certeza de la muerte a través del aborto, o de la menos amigable categoría de "residuo patológico", o a su incorporación a un proceso industrial de la cosmética o de la industrialización de embriones. Las comprobaciones de la biología no arrojan incertidumbre alguna para incluir al embrión en el conjunto de las personas humanas vivas, y las que se introducen son artificios conceptuales para justificar el aborto.

Insistimos. Lo que de vida plena le falte al feto, no autoriza a sustraerle la que tiene.

No nos extenderemos sobre el recurso a la "animación retardada" debate escolástico al que, como Eco, se acude con frecuencia para procurar argumentos a favor del aborto en las primeras etapas del embarazo. La controversia intentaba a responder al interrogante acerca de ¿cuándo "anidaba" el alma en el cuerpo? Había sido sostenida entre otros por Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás de Aquino.

Cabe mencionar que el argumento es desarrollado, sin pudor, por agnósticos, que descreen tanto de la existencia del alma, como la de Dios, de modo que rescatan tal cuestión, en la convicción de generar una suerte de contraargumento en el campo religioso ajeno a su fe. Curiosamente prescinden de su inviable admisión en estos tiempos, a la luz de la ciencia.

Tales recursos argumentales son seriamente insostenibles. Sucede que las imprecisiones de la biología en la Antigüedad y en la Edad Media, y los interrogantes religiosos acerca de la presencia del alma en el feto, podían generar incerteza acerca de la consumación de la "animación", como momento en que podía reputarse humano al embrión.

La cuestión es tributaria del "hilemorfismo" que reputaba que los entes eran resultado de la integración de dos principios "materia" y "forma". Los seres vivos también se consideraban así regidos y el interrogante sobre la animación correspondía a la necesidad de definir el momento de la animación, de la que habría de resultar la integración de un ser humano pues el alma, o *anima* era definida como *forma corporis*.

La posibilidad de disipar la cuestión a través del examen extrínseco de los resultados de un aborto espontáneo, y sus conclusiones a la luz de esas

comprobaciones no pueden invocarse seriamente como argumento contra la naturaleza humana del embrión conformado en el momento de la concepción, que es una conclusión indiscutida de la ciencia moderna<sup>(67)</sup>.

El viaje a la Edad Media, habitualmente desdeñada predicando su *oscurantismo* e ignorancia por falta de desarrollo científico, está en el caso especialmente desautorizado, pues justamente las limitaciones de la investigación biológica que padecían la Antigüedad y el Medioevo han sido superadas con singular precisión por la ciencia moderna, que ha demostrado concluyentemente que desde el instante mismo de la concepción se engendra un ser humano único e irrepetible, como luego referimos.

Concluye Eco planteando un dilema en estos términos:

*“No hay ninguna teoría matemática de las catástrofes que sepa decirnos si existe un punto de inflexión, de explosión instantánea; tal vez estemos condenados a saber únicamente que tiene lugar un proceso cuyo resultado final es el milagro del recién nacido, y que decidir hasta qué momento se tiene el derecho de intervenir en ese proceso y a partir del cual ya no es lícito hacerlo no puede ser aclarado ni discutido. Y por lo tanto o tal decisión no debe tomarse nunca, o tomarla es un riesgo del que la madre debe responder sólo ante Dios o ante el Tribunal de su propia conciencia, o del de la humanidad”<sup>(68)</sup>.*

A partir de ese marco conceptual la posibilidad de debate sobre la existencia del límite, que Eco considera necesario encontrar, está superada. Y no está superada por una opción voluntaria de nadie, por una cuestión de

.....

(67) Nótese que se pretende extraer conclusiones válidas para elucidar la cuestión del comienzo de la vida, de razonamientos teológicos o filosóficos elaborados varios siglos antes de la invención del microscopio. Baste decir que según puede comprobarse con la mera lectura de Wikipedia que “el microscopio fue inventado hacia los años 1610, según los italianos, o por Zacharias Janssen en 1590, en opinión de los holandeses. En 1665 aparece en la obra de William Harvey sobre la circulación sanguínea al observar al microscopio los capilares sanguíneos y Robert Hooke publica su obra *Micrographia*. En 1665 Robert Hooke observó con un microscopio un delgado corte de corcho y notó que el material era poroso, en su conjunto, formaban cavidades poco profundas a modo de celditas a las que llamó células. Se trataba de la primera observación de células muertas. Unos años más tarde, Marcello Malpighi, anatomista y biólogo italiano, observó células vivas. Fue el primero en estudiar tejidos vivos al microscopio. Santo Tomás de Aquino, último de los autores rescatados para el desarrollo de esta línea argumental murió en 1274”.

.....

(68) ECO, UMBERTO, op. cit., p. 38.

fe, sino gracias a la respuesta científica al interrogante sobre la existencia de ese momento que Eco supone sujeto a la develación que podría proporcionar la “teoría matemática de las catástrofes” para encontrar un límite antes del cual pueda disponerse de la vida del embrión. La incógnita propuesta ha sido despejada con recursos científicos ordinarios. No hace falta acudir a semejante herramienta conceptual, y tenemos dos caminos muy evidentes que confirman la existencia de vida desde la concepción, en la medida que no autoriza a interrumpir el proceso natural que conduce al “milagro del recién nacido” que sólo será obstado mediante una intervención expulsiva violenta. Ese tiempo, que conduce a la muerte del niño, es la catástrofe en sí misma, derivada de actos humanos deliberados, y no de una incógnita aritmética. No se funda en ningún avatar intrínseco del embrión, sino que proviene de la mera voluntad de suprimirlo de su madre, o de quienes le impongan la decisión de abortar.

El primero de los caminos, y único válido a la luz de la biología, es el que Eco avizora: “la existencia de vida desde la concepción no autoriza a interrumpir el proceso natural que conduce al nacimiento”. Pues analizada la secuencia causal el embrión concebido no llegará a consumarse como un ser pleno por algún vicio que le sea inherente sino como resultado de la maniobra abortiva.

Su descripción y las comprobaciones de la biología lo confirman.

## 12 | El aborto y la vulneración de los derechos fundamentales

### a | La desincriminación del aborto es vehículo para habilitar la vulneración del derecho a la vida de los potenciales abortados

Suele repetirse que la desincriminación del aborto no implica la desprotección del derecho a la vida que se reconozca al feto. La propuesta es llanamente insostenible, más allá de la parálisis del castigo al aborto y de la ausencia de una política de prevención, la legitimidad que confiere a

esa práctica la derogación de las leyes penales que la tipifican habilita su libre ejercicio.

Sostener que despenalizado el aborto quienes tengan riesgo de ser abortados no ven menguada la tutela de su derecho de vivir no puede afirmarse seriamente.

Que en la práctica, en esta área como en tantas otras, la ley penal no alcance para tutelar los derechos fundamentales de las víctimas de los delitos, muchas veces en virtud de una política criminal activamente prescindente, no implica sostener que la protección que de ella pueda derivar subsista si se la deroga.

La desincriminación abre camino a la disponibilidad de la vida del feto, y tiene como secuencia inexorable la prestación del servicio de abortos en el hospital público. Se crea un mecanismo que desprotege materialmente la vida de los fetos abortados y, en consecuencia, sus derechos fundamentales a que se la preserve.

Será menester conjugarla con otras prácticas de prevención y asistencia que, asumiendo la vulnerabilidad de la mujer sujeto de un embarazo no deseado, y la consecuente de su hijo, agote los recursos económicos y cree estructuras asistenciales aptas para brindar la contención y los servicios necesarios para asegurar la salud y la vida de madre e hijo.

## b | Se desatienden compromisos internacionales del país

No nos extenderemos en una reseña amplia del tema, que excede los límites de este trabajo. Ya que, la cuestión se ha tratado extensamente en numerosos y calificados trabajos, de modo que he preferido prescindir de un examen exhaustivo del tópico y verter en estas líneas informaciones que no son de alcance general y que permiten disponer de noticia apta para esclarecer la cuestión que examinamos, y algunas perspectivas de debate que trascienden el marco estrictamente jurídico.

La tutela de la vida desde la concepción integra el bloque de constitucionalidad de nuestro orden jurídico.

La propia Constitución y numerosos tratados internacionales de derechos humanos otorgan en nuestro derecho soporte del mayor rango normativo a la tutela de la vida desde la concepción.

Así podemos referir a los artículos 14 bis, 16, 33, 43, 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional.

También a la Convención de Derechos del Niño (Nueva York, 1989, Preámbulo, artículos 1, 2, 3, 6 inc. 1, 23 y 24, Reserva Argentina al artículo 1º, dispuesta por la ley 23.869, artículo 2, párrafo 3º; Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica. San José de Costa Rica 1969), artículo 1º, párrafos 2, 3, 4, 5, 16, 19 y 14; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) artículos 6, 10, 12 y 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos I y XVII; Declaración Universal de los Derechos Humanos: artículos 3 y 6.

Es buen momento de recordar la fundada expresión del ex Presidente de la República Oriental del Uruguay, Tabaré Vázquez, sobre el fundamento positivo de ese derecho en el ordenamiento jurídico latinoamericano, al vetar la ley uruguaya de aborto:

“Esta ley afecta el orden constitucional (artículos 7, 8, 36, 40, 41, 42, 44, 72 y 332) y compromisos asumidos por nuestro país en tratados internacionales, entre otros el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la Ley N° 15.737 del 8 de marzo de 1985 y la Convención Sobre los Derechos del Niño aprobada por la Ley N° 16.137 del 28 de setiembre de 1990. En efecto, disposiciones como el artículo 42 de nuestra Carta, que obliga expresamente a proteger a la maternidad, y el Pacto de San José de Costa Rica —convertido además en ley interna como manera de reafirmar su adhesión a la protección y vigencia de los derechos humanos— contiene disposiciones expresas, como su artículo 2º y su artículo 4º, que obligan a nuestro país a proteger la vida del ser humano desde su concepción.

“Además, le otorgan el estatus de persona. Si bien una ley puede ser derogada por otra ley, no sucede lo mismo con los tratados internacionales, que no pueden ser derogados por una ley interna posterior. Si Uruguay quiere seguir una línea jurídico-política diferente a la que establece la

Convención Americana de Derechos Humanos, debería denunciar la mencionada Convención (Art. 78 de la referida Convención).<sup>(69)</sup>

Existe copiosísima bibliografía sobre el tema, pero nos resulta de inexcusable referencia el valioso trabajo de Úrsula Cristina Basset titulado "¿Tiene derechos el embrión humano?"<sup>(70)</sup>

Dice la autora, en términos que compartimos, que:

*"Debe reconocerse que el embrión, como ser humano, difiere de los seres humanos adultos. Un hombre nonagenario en coma inducido para representar con mayor densidad o plenitud la esencia de la humanidad. Pero aunque haya grados, hay un plafond fundamental, a saber la pertenencia de un ser vivo a la especie humana. Traspasando ese umbral, cualquier otra distinción en punto a los derechos humanos básicos (vida, salud, cuidado familiar, inserción social) acaba por ser arbitraria"*<sup>(71)</sup>.

## c | La vida del embrión, desde la concepción, ha merecido tutela según una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La sentencia en cuestión ha sostenido que:

*"Constituye un 'embrión humano' todo óvulo humano a partir del estadio de fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividir y para desarrollarse mediante partenogénesis"*<sup>(72)</sup>.

---

(69) Mensaje del Presidente de la República Oriental del Uruguay, Tabaré Vázquez, del 13 de noviembre de 2008, en el que enuncia los fundamentos del veto a la ley de aborto que había sancionado el Congreso de su país.

(70) El Derecho, diario del 6 de diciembre de 2011, p. 6.

(71) BASSET, ÚRSULA CRISTINA, op. cit., p. 3.

(72) V. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, octubre 18 de 2011: Oliver Brüstle c/ Greenpeace eV, publicada en ED, diario del 20 de diciembre de 2011, con la nota de EDUARDO MARTÍN QUINTANA, citada arriba en el Capítulo 8 b).

Esa comprensión de la noción de embrión humano se formuló con el objeto de vedar el empleo de embriones humanos con fines industriales.

No obstante su importancia conceptual radica en haber desechado, para brindar la tutela que dispensa, categorías conceptuales, como la de “pre-embrión” edificadas para sustraer el amparo a la vida humana desde la concepción en materia de aborto.

## d | La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la tutela de la vida desde la concepción

En la causa S. 1091. XLI, caratulada Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art.6 ley 24.411 (Resol. 409/01), según sentencia del 22 de mayo de 2007, tuteló el derecho a la vida de la nieta de la reclamante, que había sido muerta junto a su madre antes de su nacimiento.

Al hacerlo tuvo en cuenta que *“los señores Peritos en Antropología Forense han constatado que los restos identificados como pertenecientes a Ana María del Carmen Pérez tenían asociados, en su zona pelviana, los restos óseos de un nonato que al momento de la muerte contaba con una edad comprendida entre 9 y 10 meses lunares; resultando ello plenamente compatible con el embarazo a término que presentaba la nombrada al momento de ser privada ilegítimamente de su libertad cumplía nueve meses el 20 de septiembre de 1976 (ver informe de fs. 4).*

*Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona ‘por nacer’, vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina ‘ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus’, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión” (considerando 11).*

Lo resuelto implica tutelar el derecho a la vida de la infortunada criatura, antes de su nacimiento y luego de su concepción.

Conviene tener presente que en su dictamen, previo a la sentencia aludida, el Procurador Fiscal doctor Ricardo O. Bausset, dirigiéndose a la Corte, afirmó que:

“Es del caso recordar lo declarado por V.E. en torno a que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323:1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”.

## e | El derecho a la vida del *nasciturus* y su conflicto con otros derechos

El estudio de la problemática del aborto plantea el problema de la colisión del derecho a la vida del *nasciturus*, con otros derechos. En general se estiman a tales fines los derechos de la madre.

En tren de buscar la respuesta somera que los límites de este trabajo permiten, debo destacar la posición de Norberto Bobbio, a la que se hace referencia en el capítulo 14 de este estudio.

No obstante, las posturas a favor del aborto van más lejos, y han extremado argumentos. No es posible extenderse sobre todos ellos aquí.

Tendremos en cuenta la argumentación de Ferrater Mora y Cohen, quienes enuncian un discurso sosteniendo que “*la vida no es un valor supremo*”<sup>(73)</sup>, para fundar en él la privación de la vida del feto. La vida es para el feto un valor indispensable e irrenunciable. En nombre de la existencia de otros valores supuestamente superiores no puede privárselo de él, pues la eventual superioridad de éstos le resulta siempre ajena e insuficiente para legitimar el despojo de su vida. Merece por tanto toda tutela.

No dispensarla contraviene criterios hermenéuticos inexcusables respecto de la interpretación de tales derechos.

A favor de amparar la privacidad de la madre y su libertad, se desvanece la adecuada protección del derecho a la vida del *nasciturus*.

Los derechos fundamentales, como toda norma de jerarquía constitucional, deben ser interpretados en armonía, sin que la protección brindada

---

(73) FERRATER MORA - COHEN, op. cit., p. 50.

a uno extinga en absoluto la que merezcan otros. Así se ha dicho que “se evitará que las normas constitucionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se procurará dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto” *standard* que es un verdadero lugar común en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Es congruente con ese principio hermenéutico establecido por nuestra Corte Suprema la llamada “teoría multifuncional de los derechos fundamentales”, desarrollada en Alemana por Helmut Eillke y Fritz Ossenbühl. Según ha explicado este último “la diversidad de funciones constitucionalmente asignadas a los distintos derechos fundamentales obliga a una interpretación que condicione recíprocamente su contenido, sin que quepa la realización de ningún derecho a costa de los demás”. Por ello los autores “cifran la labor hermenéutica en el esfuerzo por hacer compatibles los valores, bienes y derechos fundamentales que puedan incidir en forma simultánea en un supuesto... En suma, la tesis multifuncional trata de optimizar la eficacia de los derechos fundamentales compatibilizando su plena aplicación. Cuando esto no es posible, por existir un conflicto insalvable entre los derechos fundamentales aplicables, postula una limitación equivalente de los derechos, salvo que por razón del caso sea preciso recurrir a un criterio cualitativo (prioridad de los fines de un derecho fundamental sobre otros) o cuantitativos (cuando uno de los derechos en conflicto es afectado en su núcleo y otro sólo marginalmente debe ceder este último)”<sup>(74)</sup>.

Tales orientaciones poseen indudable aptitud para esclarecer la solución de nuestro arduo interrogante. Los mismos conducen, sin duda, a jerarquizar la incriminación del aborto, pues toda interpretación contraria diluye absolutamente la tutela del derecho a la vida del *nasciturus*. Y conste que no nos limitamos a la víctima de un aborto concreto, que siempre sufre un daño irreparable, sino a la función de prevención general que resultará del castigo del hecho en cuestión, único servicio póstumo que puede prestar el feto muerto.

Debe advertirse finalmente que, sin perjuicio de que ambas cuestiones autoricen un debate que extendería este trabajo en medida inviable.

(74) Conf. PÉREZ LUÑO, ANTONIO, *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, ps. 302/303. El autor informa a la vez respecto del “amplio eco” que han hallados estos postulados “en la jurisprudencia de los Tribunales europeos.

## 13 | El problema del aborto y la libertad religiosa

La cuestión religiosa tiñe la controversia y —paradojalmente— sirve al abortismo para edificar una de sus grandes falacias, que consiste en invocar en su favor la libertad de culto. La consideración racional del aborto no puede dirimirse a la luz de la fe, simplemente porque no es admisible que ninguna opción religiosa se constituya en presupuesto de una facultad para matar.

La postura de la Iglesia Católica Apostólica Romana, y las de muchas otras iglesias cristianas y no cristianas, han llevado a adscribir la cuestión al ámbito de la libertad religiosa, atribuyendo la interdicción del abortismo a las jerarquías eclesiásticas y a cuestiones de fe, reservadas a la voluntad y criterio de cada uno.

Bernard Nathanson ha reconocido que el anticatolicismo fue una de los soportes tácticos de la campaña en pos de la legitimación del aborto en los Estados Unidos. Comprobada la existencia de vida en el embrión desde la concepción no puede considerarse inherente a la religión el curso regular de su subsistencia ni liberar la cuestión a decisiones basadas en la exclusiva voluntad de otra persona, aun de la madre de la criatura.

La tutela de la vida, luego de las infinitas afrentas que recibió a lo largo del siglo XX, muchas de ellas expresiones de crueldad sin precedentes en la Historia, es un compromiso inherente a la condición humana, que la promoción del aborto pone en grave crisis.

Utilizar las posturas de las diversas Iglesias que se oponen a esa práctica, a menudo con fundados argumentos científicos, no autoriza la práctica del aborto en nombre de la libertad religiosa.

## 14 | Provida: Empresa para la confluencia pastoral de las iglesias y de los movimientos laicos pro-vida

Interesa recordar dos juicios contrarios al aborto que provienen de no creyentes. Se trata de Norberto Bobbio y de Pier Paolo Pasolini.

Nos constreñiremos sólo a escuchar a Bobbio. Sus expresiones se han recogido de la nota de Carlos Colón, el “El diario de Sevilla”<sup>(75)</sup> que integra al parecer una sección regular del periódico titulada “La ciudad y los días”, que figura en la web en la página aludida actualizada el 11 de marzo de 2009<sup>(76)</sup>.

Dice allí el periodista que:

*“Prometí ayer aportar los testimonios contra el aborto libre de dos personalidades inequívocamente progresistas y laicistas: el catedrático de Filosofía Política Norberto Bobbio y el cineasta Pier Paolo Pasolini. Ellos, a quienes ni la mismísima Aída podría llamar fundamentalistas o reaccionarios, se expresaron así cuando la ley se debatió en Italia”.*

En la ocasión, Norberto Bobbio sostuvo que:

*“Este asunto del aborto es el típico problema en el que nos encontramos frente a un conflicto de derechos y deberes. Ante todo el derecho fundamental del concebido, el derecho a nacer, sobre el cual, creo yo, no se puede transigir. Es el mismo derecho en cuyo nombre soy contrario a la pena de muerte. Se puede hablar de despenalización del aborto, pero no se puede ser moralmente indiferente frente al aborto... Está también el derecho de la mujer a no ser sacrificada por un hijo que no quiere. Y el de la sociedad (...) a ejercer el control de la natalidad. Son derechos incompatibles. Y cuando uno se encuentra frente a derechos incompatibles, la elección siempre es dolorosa. He hablado de tres derechos. El primero, el del concebido, es el fundamental; los otros, el de la mujer y el de la sociedad, son derechos derivados. Por otro lado, y para mí este es el punto central, el derecho de la mujer y el de la sociedad, que suelen esgrimirse para justificar el aborto, pueden ser satisfechos sin necesidad de recurrir al aborto, evitando la concepción. Pero una vez que hay concepción, el derecho del concebido sólo puede ser satisfecho dejándole nacer. Reenviar*

---

(75) [www.diariodesevilla.es](http://www.diariodesevilla.es).

(76) No nos extendemos sobre los argumentos de Pier Paolo Pasolini. Escribió: “Soy contrario a la legalización del aborto porque la considero una legalización del homicidio. Que la vida humana sea sagrada es obvio: es un principio más fuerte que cualquier principio de la democracia”. *Corriere de la Sera*, 19 de enero de 1975, luego publicado en un volumen titulado *Scritti corsari*, según referencias obtenidas en [www.europaoggi.it/content/view/1358/45](http://www.europaoggi.it/content/view/1358/45),

la solución al momento en el que la concepción ya se ha producido es huir del fondo del problema”.

*“El hecho de que el aborto esté extendido es un argumento debilísimo desde el punto de vista jurídico y moral. Me sorprende que se adopte con tanta frecuencia. Los hombres son como son, pero precisamente por eso existen la moral y el derecho. El robo de automóviles, por ejemplo, está muy extendido y es algo ya casi impune, pero ¿eso legitima el robo? Las feministas dicen: ‘Mi cuerpo es mío y lo gestiono yo’. Pero yo digo que aplicar ese razonamiento al aborto es aberrante. El individuo es uno, singular, pero en el caso del aborto hay un ‘otro’ en el cuerpo de la mujer. El suicida dispone de su propia vida. Con el aborto se dispone de una vida ajena” (Il Corriere della Sera, mayo de 1981).*

La transcripción reseña una entrevista concedida por el prestigioso jurfilósofo al diario Corriere de la Sera del 8 de mayo de 1981, durante la discusión de la ley italiana sobre aborto.

Al concluir la entrevista Bobbio fue interrogado por el periodista en estos términos:

— *Toda su larga actividad, profesor Bobbio, sus libros, sus enseñanzas, son el testimonio de un espíritu firmemente laico. ¿Imagina cuál será la sorpresa en el mundo laico por estas declaraciones tuyas?*

Bobbio respondió:

— *No veo qué sorpresa puede haber en el hecho de que un laico considere como válido en sentido absoluto, como un imperativo categórico, el “no matar”. Y a mi vez me sorprende que los laicos dejen a los creyentes el privilegio y el honor de afirmar que no se debe matar.*

El enunciado es fecundo, además, pues devela con claridad que esta cuestión no es de naturaleza religiosa y que no hay libertad de culto que autorice el aborto.

Se ha alterado el significado del laicismo, valioso arbitrio de convivencia en países como el nuestro, donde el pluralismo religioso resulta de su

conformación poblacional, desde una inmigración que incorporó pueblos que practicaba diversas religiones.

Ese principio, que conduce a la conformación de un estado laico, se trastoca en un fomento activo del agnosticismo y de una verdadera dilución de los diversos credos. En puridad el laicismo implica el respeto de la posición religiosa —propia y ajena— y también la del agnosticismo, pero no es el vehículo para relativizar la verdad de las cosas, en la materia que nos ocupa científicamente comprobada, para desvanecer toda actitud comunitaria a favor de la conservación de principios morales, que se arrinconan en el desván de la subjetividad irrestricta.

Confesiones religiosas y agnósticos pueden confluir en la preservación de valores esenciales, como en el caso el de la vida. La ética pública, el cuidado del ambiente y la preservación y explotación racional de recursos naturales, la resistencia activa a la violencia y al tráfico de personas y muchos otros, que no pueden enumerarse exhaustivamente aquí no deben conducir a controversias religiosas y son un fecundo campo de encuentro cívico y multirreligioso. La confluencia sobre la cuestión que denota el diálogo con Norberto Bobbio lo muestra acabadamente.

## 15 | Para una política criminal del aborto

La insignificancia conferida a la descomunal magnitud de abortos que denuncian las estadísticas invocadas por los promotores de su legalización y transformación en práctica de rutina por parte del sistema sanitario revela su absoluta desconsideración por la vida de esas criaturas. Reiteramos que desde nuestro ángulo de mira la pérdida de sólo una persona destinada a vivir es un perjuicio intolerable. La supuesta pérdida de quinientos mil por año, implicaría una carga de iniquidad que, no es un juego de palabras, asombra que no asombre.

Advertida esa burocratización de la referencia, al margen de todo debate sobre su inexactitud, debe verse que coexiste con la excluyente vocación desincriminante.

La “desigualdad” entre la abortante “pobre” y la “rica” deriva la desincriminación por abstención del Estado en la aplicación de la ley penal vigente respecto del establecimiento abortero.

El doctor “Cureta”, símbolo de la amoralidad médica según la revista *Humor*, no es investigado ni castigado y la abortante “rica” goza la de la prescindencia estatal respecto del tema, incardinada en la promoción del aborto, que —en la materia— deriva en su activa tolerancia.

El cumplimiento de las funciones del Ministerio Público Fiscal y la sustracción de la tolerancia a la práctica del aborto brindada a veces por la pasividad de fuerzas policiales o la ausencia de una activa política criminal al respecto tutelaría la vida de los niños, que en este debate no es considerada y la de toda mujer, rica o pobre, expuesta a esa industria.

## 16 | Para una política sanitaria del aborto

Ni decir que la controversia se agota, en tanto coexiste con ese *status quo*, entretenida en confrontaciones conceptuales, mientras escasean entre nosotros movimientos activos de prevención del aborto y mitigación de sus efectos. No los encara el Estado, dividido según el criterio que vaya prevaleciendo entre sus diversos rangos respecto de la desincriminación.

Se impone hacer referencia a nobles instituciones como los “Centros de Ayuda”, que pertenecen a la “Red Latinoamericana de Centros de Ayuda”. Hay más de 100 Centros en toda Latinoamérica, 50 de ellos localizados en México, país donde se originan. Allí, desde el año 1989 se atendieron más de 122.000 mujeres y un 80% continuó adelante con el embarazo. En este elevado número de casos, sólo hubo 72 embarazos por violación, cifra que equivale al 0,06% del total de casos. Todas estas mujeres continuaron adelante con el embarazo y 71 de estas mamás se quedó con su bebé al nacer, sólo una lo dio en adopción, lo cual es legítimo con tal que el niño viva<sup>(77)</sup>.

---

(77) Luce una información extensa sobre los “Centros de Ayuda a la Mujer”, en toda Iberoamérica, de la página web [http://www.magicsc.com/magweb/mujer/aborto/ayuda\\_mujer.htm](http://www.magicsc.com/magweb/mujer/aborto/ayuda_mujer.htm). En Canadá, donde el aborto es lícito, es habitual que el aviso de la clínica abortista en la guía de teléfonos esté precedido por algunos de entidades privadas que se dedican activamente a su prevención asistiendo a la mujer que concibe la posibilidad de abortar.

Son frecuentes en países donde el aborto ha dejado de ser delito.

El desconocimiento de la realidad patogénica del aborto, como factor del Síndrome post aborto, que deriva de los efectos físicos y psicológicos del aborto en la madre y en los demás familiares del niño abortado, es otro de los aspectos que el sistema de salud debe atender.

No debe olvidarse que esa situación afecta a menudo a mujeres pobres. En ese sentido corresponde destacar lo dispuesto por la Señora Presidenta de la Nación Cristina Fernández de Kirchner, en el Decreto N° 446/2011 al establecer la extensión de la asignación universal por hijo a la madre embarazada. Los fundamentos de ese decreto dicen:

“Que la mortalidad materna es un indicador de injusticia social, la inequidad de género y la pobreza, ya que el problema se vincula con las dificultades de acceso a la educación y a los servicios de atención médica especializados”.

“Que entendemos que la cobertura en el ámbito de la seguridad social debe ser atendida desde el estado de gestación, de forma tal de brindar a la madre embarazada programas públicos de atención de diagnóstico y tratamiento oportuno, disminuyendo de esta forma los índice de mortalidad maternal, perinatal, neonatal e infantil que se encuentran asociados a problemas en el acceso a los servicios de salud.”

“Que el hecho de que la mortalidad maternal, perinatal y neonatal sea superior en los estratos de ingresos más bajos, indica que hacer universales los programas públicos es una cuestión de equidad y de justicia social”.

Se trata de un criterio de gran sensibilidad, que implementa una política plausible, apta para la inclusión social y para la asistencia a madres especialmente vulnerables en virtud de su embarazo. Posee efectos sin duda disuasivos del aborto, pero estimo que la activa prevención de esa práctica, a favor de madre e hijo, requiere asistencia activa desde el mismo momento en que la noticia del embarazo no deseado puede activar el interés en abortar, como propongo luego.

Merece ser tomada en cuenta la propuesta conclusiva del ex Presidente de la República Oriental del Uruguay, Tabaré Vázquez, quien cerró su veto

a la ley de aborto uruguaya, dado el 13 de noviembre de 2008 afirmando, en términos que tienen vigencia en la República Argentina, que:

“De acuerdo a la idiosincrasia de nuestro pueblo, es más adecuado buscar una solución basada en la solidaridad que permita promocionar a la mujer y a su criatura, otorgándole la libertad de poder optar por otras vías y, de esta forma, salvar a los dos. Es menester atacar las verdaderas causas del aborto en nuestro país y que surgen de nuestra realidad socio-económica”.

Compartimos ese criterio, que debería verse implementando tan activamente como hoy se omite, en general, la atención del tema. La prevención del aborto y el cuidado solícito de madres e hijos en esa situación debe ser el ofrecimiento concreto que el sistema de salud debería brindar en ese trance.

## 17 | La postulación del aborto como servicio público y sus consecuencias

La tutela del aborto “libre gratuito y seguro”, verdadero dogma de las posturas abortistas auto conceptuadas como “progresistas”, en el marco del amparo a la salud materna conduce a desconocer los efectos del aborto en la madre y llevan a abdicar salvar la vida de la criatura.

Se llega a esa situación con absoluto y activo desconocimiento de los efectos del aborto sobre la propia abortante, sobre su desarrollo psicoafectivo futuro, sobre el del progenitor varón, y sobre los hermanos que el abortado ya tenga o los que vinieren después del aborto, abuelos, etc.

Se prescinde de toda consideración concreta de la situación de la mujer víctima de un embarazo no deseado a quien —si las propuestas legislativas abortistas tuvieren andamiaje— ha de ofrecérsele, antes que una asistencia congruente con la crisis psicoafectiva que padece, el expediente más expeditivo “eficaz” y “barato” de sacrificar a su hijo rápida y gratuitamente, en vez de proporcionar la asistencia que merecen ambos, y que preserve a madre e hijo de los terribles efectos que el aborto

produce: muerte del *nasciturus*, injuria irreparable en la mujer, que se verá privada de su pleno desarrollo vital a través del embarazo del niño abortado.

¿Qué se le debe ofrecer a la potencial abortante ante un embarazo no querido? En primer lugar, escucharla, suscitar el incremento de su autoestima, despejar las angustias que promueven el proyecto de abortar, sustraerla de las presiones que pueden imponerle el cauce del aborto: pueden provenir de su pareja, de algún familiar y hasta, si es víctima de trata, del mismo proxeneta.

También, si es necesario, el apoyo económico. La Asignación Universal por hijo a la embarazada es un importante avance a favor de la vida, y el anuncio de su adopción por parte de la señora Presidenta constituye una opción que debe celebrarse. A pesar de ello, resulta insuficiente en apariencia si se la concibe como exclusivo medio para prevenir el aborto.

Aunque resulte repugnante decirlo el aborto es sin duda un sistema de asistencia de menor costo económico, pero cuyos costos humanos no se ponderan debidamente. Seguramente cuesta menos que los subsidios, que muchas veces algunos cuestionan genéricamente sin mirar hacia el horizonte, y seguramente menos que suministrar educación y contención social al niño ya nacido, pero su extensión nos dejará muchos ciudadanos menos, y muchas madres lastimadas. Daría también satisfacción a las propuestas malthusianas de restricción de la población, que sustrae a las mujeres la dignidad de la maternidad y la vida a nuestros niños.

Las palabras de la señora Presidenta en ocasión de formular ese anuncio, que hemos transcripto arriba, tienen hoy un singular valor y una de las grandes esperanzas de preservación de la vida de las personas por nacer en nuestro país.

En el contexto político de los tiempos que corren puede suponerse válidamente que la tutela de la vida de los niños por nacer, en nuestro país, reposa hoy en la decisión política de la señora Presidenta.

## 18 | Una impropia declaración del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires

El abortismo, que viene intentando crear “clima” a favor de su invariable dogma, ha obtenido una declaración en su favor emanada del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, dada el 5 de agosto de 2010, en el expediente 26.514/2010, pronunciándose a favor de la “despenalización de la interrupción de embarazos” (artículo 1º), y del “aborto legal, seguro y gratuito” (artículo 2º) y declarar el “interés institucional en la Campaña por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito”.

Tal opinión es ajena a sus facultades, y la autoridad de la que está investida la Universidad no le confiere en estas materias representación de sus claustros, en los que debe reinar la libertad académica. Aun considerando opinable la existencia de vida desde la concepción, extremo que como se ha referido la ciencia no autoriza, la Universidad, como institución, no está autorizada a tomar partido en esta materia.

La extralimitación objetiva de esa declaración excluye naturalmente suponer que implique el asentimiento a esa postura por parte de quienes ejercemos funciones académicas en esa Universidad.

## 19 | El “favor vitae” en pro del “nasciturus”. Expresión superior del “favor debilis”

A modo de síntesis hemos de reiterar lo ya enunciado acerca de la preponderancia del derecho a la vida del *nasciturus*, que no autoriza la desincriminación del aborto.

El *favor vitae* que implica la concreción, en esta materia de un inveterado principio general del derecho e implica privilegiar el derecho a la vida del embrión desde la concepción.

Se trata en el caso del ser más débil, que es el embrión en desarrollo, o si se prefiere el feto, o persona por nacer. Debe recibir tutela en proporción a su vulnerabilidad, que es virtualmente absoluta.

Prescindir de ese amparo suscita su absoluta desprotección, demostrada ampliamente en el derecho comparado en virtud del incremento del número de abortos que siempre ha sido el resultado de su desincriminación.

Se trata de una forma superior de exclusión social, que vulnera compromisos internacionales de la República.

Esperamos que puesta a la vista de los operadores jurídicos la práctica concreta del aborto se profundice la comprensión que se tiene del problema, que ello sirva para evitar la extensión de su práctica en nuestro país, y para prevenirlo con esmero. También para suscitar un acompañamiento activo dirigido a preservar la vida del hijo y la salud de la madre.

---



# El derecho como modelador de las decisiones reproductivas y los límites del giro procedimental

por **PAOLA BERGALLO**<sup>(1)</sup>

Los debates jurídicos sobre la regulación del aborto han demostrado tradicionalmente una preocupación sesgada hacia la vida en gestación y la determinación de su inicio<sup>(2)</sup>. A su vez, al sobredimensionar los aspectos biológicos de la procreación, han suprimido y distorsionado los contextos materiales de las relaciones reproductivas. En los últimos años, sin embargo, algunos de esos sesgos parecen finalmente haber comenzado a ceder. Hoy resulta evidente que la valoración de la constitucionalidad de

(1) El presente comentario es parte de una investigación más amplia aún en progreso. Algunas secciones incorporan extractos de trabajos anteriores desarrollados por la autora como Investigadora Visitante del Área de Economía, Salud y Sociedad del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES). Véase, al respecto, BERGALLO, PAOLA, "La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate", Estudio Preliminar, en BERGALLO, PAOLA (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011; "Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Número 7, Julio 2010, pp. 1139/1166.; "A propósito de un fallo formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto", en *Derechos de las Mujeres y Discurso Jurídico*, Observatorio de Sentencias Judiciales, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), Buenos Aires, 2010; RAMOS, SILVINA; BERGALLO, PAOLA; ROMERO, MARIANA; ARIAS FEIJÓO, JIMENA, "El aborto no punible: una cuestión de derechos humanos", Informe Anual 2008, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009.

(2) Gran parte de las contribuciones al debate producidas en el país se han centrado en cuestiones como la interpretación del artículo 4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o las reservas efectuadas a la Convención de los Derechos del Niño. En el afán de aclarar algunos de los múltiples malentendidos registrados sobre las demandas del derecho argentino en la protección de la vida en gestación, algunos de mis escritos de divulgación citados en la nota anterior probablemente hayan contribuido también a reforzar esos sesgos.

la regulación penal del aborto no puede soslayar el contexto más amplio de su impacto sobre la vida y los derechos de las mujeres.

También parece obvio que el derecho argentino determina las decisiones de las mujeres que evalúan interrumpir un embarazo a través de un complejo repertorio de normas. Esas normas abarcan las consagradas en el Código Penal pero también otras como las que regulan el trabajo, las políticas sociales, el deber de confidencialidad, el consentimiento informado, el trato de la violencia, el derecho de familia o las relaciones del Estado y la Iglesia<sup>(3)</sup>. A través de la interacción de esas reglas, el derecho contribuye a definir el contexto material en el que transcurren nuestras experiencias reproductivas o su rechazo<sup>(4)</sup>. Al mismo tiempo, esa interacción integra de forma singular derechos individuales y responsabilidades sociales ejercidas en ámbitos que distan mucho de las imágenes idealizadas de la reproducción y la maternidad asumidas por quienes resisten la liberalización del aborto. Partiendo de esas premisas, este comentario propone contribuir a la discusión jurídica de las iniciativas para la reforma del régimen legal del aborto. Y se propone hacerlo a través de dos ejercicios que muestran la necesidad de apoyar los proyectos que promueven la legalización del

(3) Los escritos feministas llamaron la atención sobre este punto ya desde los albores de la segunda ola. Al respecto, pueden consultarse la obra de GORDON, LINDA, "Who is frightened of reproductive freedom for women and why? Some historical answers." *Frontiers*. 9(1), 23-6, 1986; y MacKinnon, Catherine A., *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989. En una compilación reciente de documentos pueden rastrearse las primeras articulaciones de estas ideas en los reclamos de reforma legal del aborto, GREENHOUSE, LINDA, y SIEGEL, REVA B., *Before Roe v. Wade: voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court's ruling*, New York: Kaplan Pub, 2010. En español, JARAMILLO, ISABEL; ALFONSO, TATIANA, *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008, ofrecen una buena reconstrucción de las dos grandes concepciones feministas sobre la dominación sexual a través de la reproducción y la sexualidad.

(4) Como ejemplo, en el derecho argentino, este argumento ha sido articulado, por ejemplo, en CIAROTTI, SUSANA, GARCÍA JURADO, MARIANA, SHUSTER, GLORIA, "El embarazo forzado y el aborto terapéutico en el marco de los derechos humanos," en *Foro por los Derechos Reproductivos*, 1997. Concurso de ensayos: Peligro para la vida y la salud de la madre, su significación actual en torno al artículo 86 del código penal, *Foro por los Derechos Reproductivos*, Buenos Aires. Véanse también, los artículos como CHIAROTTI, SUSANA "El aborto en el marco de los derechos humanos. La situación en Argentina." En su formulación más allá del discurso jurídico estos argumentos aparecen en el volumen compilado por CHECA, SUSANA (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto: Entre el derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Paidós, 2006.

aborto<sup>(5)</sup>. El primero busca ilustrar cómo podrían reorientarse los debates jurídicos de la biología hacia los contextos sociales de la reproducción. El segundo de esos ejercicios, tiene por fin enfocar el debate sobre la legislación penal para observar en la práctica cómo han operado las reglas de prohibición/permisión del aborto en nuestro país.

Con ese propósito, el comentario se divide en tres partes. En la primera, describiré algunas de las dinámicas que muestran el papel modelador de un conjunto de normas que van más allá del derecho penal sobre las opciones que ponderan las mujeres al considerar interrumpir o no un embarazo (Parte I). Me centraré, en particular, en tres ejemplos de áreas de regulación relacionados con: las responsabilidades del cuidado (Punto I.A.), la violencia de género (Punto I.B.) y los riesgos sanitarios asociados al embarazo y la maternidad (Punto I.C).

En cambio, el resto del comentario regresará sobre las discusiones convencionales en torno al derecho penal para ofrecer algunas consideraciones sobre el contexto argentino de la criminalización (Partes II y III). Para ello, propondré primero observar algunas dinámicas de la prohibición y el castigo del aborto en el país (Parte II). Después de revisar las opciones empleadas por el derecho comparado para regular la interrupción del embarazo (Parte II.A.), luego presentaré, algunos datos sobre las consecuencias de la penalización en el mundo y en nuestro país (Punto II.B.). Igual que en los países centrales antes de los procesos de liberalización emprendidos hace más de cuarenta años, las cifras que presento nos recuerdan que las argentinas recurren a menudo al aborto y que, al hacerlo, algunas enfrentan la denuncia y el castigo. Otras, la muerte.

Comprender la penalización exigirá, sin embargo, observar también cómo han operado en nuestro país las normas de permisión, es decir, las que

.....

(5) El primero fue elaborado por la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, y recogió la firma de varios legisladores. Replicaba uno similar que había perdido estado parlamentario el año anterior. Véase, MARIANA CARBAJAL, "El día de los pañuelos verdes en el Congreso", Página 12, 17 de marzo de 2010, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-142177-2010-03-17.html> (visitado el 15 de febrero de 2012). El segundo proyecto fue suscrito por los diputados del bloque Nuevo Encuentro y que sigue la línea del de la Campaña, pero extiende la despenalización hasta las catorce semanas (el de la Campaña lo hacía hasta la duodécima). Véase, al respecto, "Los diputados de Nuevo Encuentro presentaron un proyecto para legalizar el aborto", Página 12, 8 de marzo de 2010, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-141614-2010-03-08.html> (visitado el 15 de febrero de 2012).

establecen un “modelo de indicaciones” en las que el aborto es legal. Esa observación será el eje de la tercera parte del comentario (Parte III). En nuestro país, el régimen de indicaciones ha sido previsto en el artículo 86 del Código Penal de la Nación (CP) que permite el aborto en ciertas circunstancias como el peligro para la vida y la salud de la mujer o el caso de violación<sup>(6)</sup>. Según argumentaré, en la última década, el modelo de indicaciones del artículo 86 del CP ha transitado un cambio de paradigma. Como consecuencia de ese cambio, se ha reconfigurado el alcance y la implementación de una norma otrora olvidada. El nuevo paradigma de las indicaciones se caracteriza por la adopción de regulaciones sanitarias que definen los procedimientos para la realización de los abortos en los casos de no punibilidad.

En el comienzo de la tercera parte, sugeriré que en sus primeras nueve décadas, el artículo 86 del CP no fue más que una promesa en el Código (Punto III.A.). A partir del último lustro, sin embargo, ese modelo atravesó varias transformaciones que propongo reconstruir como parte de un “giro procedimental” (Punto III.B). Luego de revisar la trayectoria de ese “giro procedimental”, presentaré las razones por las que entiendo que tanto el giro como el régimen de indicaciones han fracasado (Parte III.C.). Por un lado, el giro procedimental ha mostrado una importante fragmentación regulatoria y de derechos. Segundo, ese giro ha inspirado, al mismo tiempo, múltiples resistencias conservadoras que contribuyen a socavarlo. Tercero, en la práctica, allí donde existen normas procedimentales, el giro no ha logrado revertir su múltiples déficits. Por último, según veremos, esos factores se han visto reforzados, a su vez, por la inseguridad jurídica inherente al modelo de indicaciones.

En definitiva, la observación del papel modelador del derecho y el fracaso del giro procedimental muestran la necesidad de tomarse en serio los compromisos constitucionales en torno a la igualdad de género<sup>(7)</sup> y abandonar la penalización del aborto, como lo han hecho las naciones

(6) Véase, al respecto, la Declaración de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, emitida en 2010.

(7) Estos mandatos surgen de una lectura armónica de las normas de la Constitución sobre igualdad y las de los tratados de derechos humanos incorporados en su artículo 75, inciso 22. Véase, al respecto, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), Informe sobre género y derechos humanos: Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008), Buenos Aires, Ed. Biblos, 2009.

modernas del mundo. Tanto a través del derecho penal como mediante otras áreas de la regulación social, el derecho argentino vulnera el mandato igualitario de nuestra Constitución, interpretado como prohibición de la dominación o el sometimiento por razones de género<sup>(8)</sup>.

## Parte I. Decisiones reproductivas y entornos de inequidad: el papel del derecho

Las razones que llevan a las mujeres a considerar la opción del aborto incluyen, entre otras, tanto las circunstancias materiales que rodean al embarazo como la evaluación de la potencial afectación de los proyectos de vida que podrían verse coartados por la maternidad. Por eso, las oportunidades de enfrentar el cuidado de los hijos y compatibilizarlo con el trabajo para lograr la autosuficiencia económica son, obviamente, consideraciones que las mujeres tienen a menudo en cuenta a la hora de pensar en el aborto. La experiencia de la violencia de género y las percepciones sobre los riesgos de salud asociados al embarazo, el parto y el cuidado de los

(8) Además, son argumentos que interactúan con otras razones que fundamentan la legalización del aborto según se las ha reivindicado hace tiempo desde el feminismo. En nuestro país, estos argumentos han sido articulados desde distintas concepciones feministas. Están hoy encarnados en los discursos de la Campaña por el Aborto Legal Seguro y Gratuito y de un amplio espectro de organizaciones movilizadas por la reforma del régimen legal del aborto. Un mapeo posible de los argumentos de igualdad y autonomía centrados en los derechos de las mujeres puede hallarse en WARREN, MARY ANNE, "El aborto", en *Compendio de Ética*, Peter Singer (comp.), Madrid. Ed. Alianza, 2000. Otra revisión más actualizada de las perspectivas feministas sobre la reproducción y la familia y, por tanto, sobre el aborto, se encuentra en SATZ, DEBRA, "Feminist Perspectives on Reproduction and the Family", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/feminism-family/> (visitado el 15 de febrero de 2012). La recepción legal de esos argumentos puede rastrearse en los votos de algunas de las sentencias que han considerado la constitucionalidad de la regulación del aborto. Para una revisión de algunas de las sentencias europeas, véase, por ejemplo, RUBIO-MARÍN, RUTH, "Engendering the Constitution: the Spanish experience," en RUBIO-MARÍN, RUTH y BAINES, BEVERLY, *The gender of constitutional jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005; MacKinnon, CATHERINE A., "Abortion: On public and private," en *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989, p. 184; Siegel, Reva, "Abortion as a sex equality right: its basis in feminist theory," en *Mothers in law: Feminist theory and the legal regulation of motherhood*. Gender and culture, de KARPIN, IRENE; FINEMAN, MARTHA, New York: Columbia University Press, 1995. En América Latina, consideraciones sobre esas sentencias pueden hallarse en: JARAMILLO, ISABEL; ALFONSO, TATIANA, *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto*, supra nota 2.

hijos también forman parte de los factores que sopesan al decidir continuar o no un embarazo. En todos estos ámbitos, el derecho argentino interviene generando profundas condiciones de inequidad que socavan las exigencias de trato igualitario de nuestra Constitución. Al acentuar las inequidades que surgen de la falta de recursos para cuidar los niños, la deficiente protección frente a la violencia y la insuficiente cobertura en salud, el derecho empuja a la opción por el aborto que simultáneamente amenaza castigar.

## A. Desigualdad y responsabilidades de cuidado

Para comenzar, las condiciones socioeconómicas que impactan la decisión del aborto no son hechos meramente fortuitos que cada mujer enfrenta como consecuencia de sus elecciones personales. Para muchas, en verdad, no existen condiciones reales de “elección” frente a la noticia del embarazo. Las circunstancias materiales del menú de opciones abierto son regladas también por el derecho que impone diversas restricciones en los libros y en las prácticas<sup>(9)</sup>. Estas normas interactúan, por ejemplo, incentivando a las madres a cargar de forma desproporcionada con las responsabilidades domésticas<sup>(10)</sup>. Se refuerzan, además, con normas como las que establecen u omiten las condiciones para la provisión de servicios de cuidado. Y operan en el trasfondo más amplio que construye códigos de sentido común que asumen que las mujeres que adoptan responsabilidades de cuidado “consienten” la pérdida de independencia que implica el asumirlas en las desiguales condiciones materiales que nos rodean.

(9) Según adelanté en la introducción, esas normas incluyen una variedad de ámbitos de regulación que van mucho más allá de los aquí considerados. Para un panorama estadístico sobre el impacto del género en diversas áreas de la vida social, véase: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe Aportes para el desarrollo humano en la Argentina 2011: Género en cifras, disponible en: [http://www.undp.org.ar/desarrollohumano/Género%20en%20cifras\\_23.06.pdf](http://www.undp.org.ar/desarrollohumano/Género%20en%20cifras_23.06.pdf), (visitado el 15 de febrero de 2012), ELA, Informe sobre género y derechos humanos: Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008), supra nota 6.

(10) Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, CORINA; GIOSA ZUAZÚA, NOEMÍ; NIEVA, DORA, *Las políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar. Las implicancias económicas y sociales de su ausencia en América Latina*, Documento de Trabajo CIEPP Nro. 77, Noviembre 2010, disponible en: <http://ciepp.org.ar/trabajo.htm> (visitado el 15 de febrero de 2012). Para un informe reciente sobre el cuidado en la Ciudad de Buenos Aires, véase, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *De eso no se habla: El cuidado en la agenda pública*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2012.

Pensemos, como ejemplo, algunas de las condiciones en que se ejercen las tareas de cuidado en la Argentina. Según lo confirma una encuesta realizada por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) en tres conglomerados urbanos<sup>(11)</sup> en el país las cargas de cuidado recaen en mayor proporción sobre las mujeres<sup>(12)</sup>. Entre las reglas que definen de forma específica los recursos que tendrán las mujeres para la asistencia en el cuidado se encuentran, primero, las normas de la seguridad social que protegen a la trabajadora formal durante el embarazo, el puerperio y la lactancia; y segundo, la regulación de la educación obligatoria.

A través de la historia del siglo XX, las políticas sociales argentinas fueron concebidas para la protección de los trabajadores formales asumiendo que, si hubiera que pagarlas, sería el salario el recurso para contribuir a erogaciones familiares como las del cuidado inicial y la educación<sup>(13)</sup>. De este modo, entre los recursos organizados en torno al trabajo, los que se vinculan con el cuidado incluyen las asignaciones familiares<sup>(14)</sup>, las licencias parentales y, en algunos empleos, las contraprestaciones para los gastos de guardería cuya implementación ha sido históricamente insuficiente. Estas prestaciones, sin embargo, están disponibles en general sólo para quienes trabajan en relación de dependencia, ya que las trabajadoras formales autónomas o monotributistas no reciben contraprestaciones por

(11) Según cita del estudio en GHERARDI, NATALIA; ZIBECCHI, CARLA, "El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?", Revista Política, Volumen 49, 1, 107-138, 2011. Para observaciones cualitativas que mostraban hace diez años pautas similares, véase, por ejemplo, WAINERMAN, CATALINA, "Padres y Maridos. Los varones en la familia," en WAINERMAN, CATALINA (comp.), Familia, Trabajo y Género, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.

(12) Esa distribución de cargas es causa y consecuencia de una serie de normas de la seguridad social, el derecho laboral y de familia que incentivan la distribución inequitativa de tareas domésticas como, por ejemplo, las que definen licencias paternas muy breves.

(13) Véase, CECCHINI, SIMONE; MARTÍNEZ, RODRIGO, Protección social inclusiva en América Latina: Un enfoque integral, un enfoque de derechos, CEPAL, 2011, para una revisión de la evolución de los paradigmas de la protección social en la región. Para su revisión en la Argentina y la constatación de la ausencia de la consideración del cuidado en la historia de la protección social en el país, véase, GOLBERG, LAURA, *De la Sociedad de Beneficencia a los Derecho Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, Buenos Aires, 2011.

(14) Según el Censo Nacional de Población del 2001, más del 70% de las personas menores de edad no estaban cubiertas por las asignaciones familiares. Véase GHERARDI y ZIBECCHI, "El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina," supra nota 10.

beneficios sociales. Tampoco reciben ese tipo de prestaciones grupos especiales de trabajadoras como las de casas de familia<sup>(15)</sup>.

En relación con el segundo tipo de recursos para el cuidado, es decir, la oferta educativa, si bien la propuesta pública en el país fue amplia, ella actualmente padece también importantes restricciones que se distribuyen de forma dispar a nivel territorial. Primero, la provisión de servicios de educación inicial es especialmente escasa, la jornada que ofrecen es reducida y la calidad, una cuestión pendiente<sup>(16)</sup>. De hecho, las guarderías o jardines maternos atienden a la población infantil hasta los 2 años de edad y lo han hecho con un marcado sesgo asistencial en lugar de reforzar las funciones pedagógicas de gran importancia en el nivel inicial<sup>(17)</sup>. Segundo, los jardines de infantes reciben a los niños y niñas de 3 a 5 años y, en algunas jurisdicciones, la oferta de éstos tampoco responde a las necesidades de la demanda<sup>(18)</sup>. Otro informe de ELA revela que en la Ciudad de Buenos Aires el total de la oferta de educación pública alcanza sólo al 32%<sup>(19)</sup>. Tercero, la baja oferta de escuelas de doble jornada es otro de los problemas del sistema educativo con impacto en el trabajo de cuidado. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ejemplo, el 2,3% de la oferta educativa estatal es de jornada doble en el nivel inicial y la cifra aumenta a 5,5% en el nivel medio<sup>(20)</sup>. Pero además, en el Gran Buenos Aires, el 5% de las per-

(15) Véase, por ejemplo, DÍAZ, ESTELA, "Situación del trabajo en casa de familias", disponible en: <http://www.artemisanoticias.com.ar/images/FotosNotas/Informe%20Nº2%20CEMYT.pdf> (visitado el 15 de febrero de 2012).

(16) RODRÍGUEZ ENRIQUEZ, CORINA, "Macroeconomía y Economía del Cuidado: un abordaje conceptual preliminar", Santiago de Chile: Centro de Estudios de la Mujer (Mimeo), 2005.

(17) RODRÍGUEZ ENRIQUEZ, CORINA, *La organización del cuidado de niños y niñas en Argentina y Uruguay*, Serie Mujer y Desarrollo: 20, CEPAL, 2007.

(18) Sobre este tema puede consultarse el caso llevado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), en GHERARDI, NATALIA; ZIBECCHI, CARLA, "El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina," supra nota 10.

(19) Véase, ELA, *Informe sobre género y derechos humanos: Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008)*, supra nota 6.

(20) Al respecto, véase, RODRÍGUEZ ENRIQUEZ, CORINA, "La organización del cuidado de niños y niñas en Argentina y Uruguay", supra nota 16.

sonas menores de 14 años se quedaban solas mientras sus progenitores trabajaban<sup>(21)</sup>.

Finalmente, en los últimos años, un conjunto de políticas de transferencia de recursos, como los Planes Jefas y Jefes de Hogar, el Programa Familias y, más recientemente, la Asignación Universal por Hijo o el Subsidio por Embarazo, por citar los del nivel federal, han ampliado algunos beneficios sociales para los sectores más vulnerables. Si bien estas medidas buscan garantizar las necesidades de las familias en situación de pobreza, sus alcances distan mucho aún de haberlo logrado<sup>(22)</sup>.

En definitiva, este sistema de regulaciones supone que las familias funcionarán para que sea posible, al mismo tiempo, que algunas personas adultas trabajen y otras estén desocupadas para cuidar niños o adultos. Estas opciones asumen que, al menos dos personas adultas, distribuyen las responsabilidades en la generación de recursos y el cuidado. O suponen, en cambio, que los ingresos salariales permitirán contratar servicios de cuidado, educación inicial o jornadas más extendidas en el sistema educativo en general. Presumir la disponibilidad de las dos opciones sería, de por sí, problemático. Pero, además, cuando existen esas opciones, funcionan con grandes diferencias para las mujeres de las clases más privilegiadas y las más pobres. Se complican aun más en los hogares monoparentales, mayoritariamente a cargo de mujeres<sup>(23)</sup>. Éstos son difíciles de imaginar

(21) Al respecto, véase, GHERARDI, NATALIA; ZIBECCHI, CARLA, "El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?" supra nota 10.

(22) Sobre algunos de los límites de estos programas en su aplicación respecto de las mujeres, véase, ELA, 2009, supra nota 8; ZIBECCHI, CARLA, "Programas de transferencias de ingresos: ¿Más condicionalidades y menos derechos para las madres pobres? Un análisis en base a tres experiencias en América Latina", Revista Aportes Andinos 21. Como ejemplo de los límites presentados por algunas de estas iniciativas en términos de su alcance, véase, por ejemplo, ARCIDIÁCONO, PILAR; FAIRSTEIN, CAROLINA; KLETZEL, GABRIELA, "La judicialización del Programa jefas y Jefas de Hogar Desocupados: ¿por la buena senda?", en ABRAMOVICH, VÍCTOR; PAUTASSI, LAURA, *La revisión judicial de políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

(23) Véase, al respecto, Fondo de Población de Naciones Unidas, Informe sobre el Estado de la Población en la Argentina, UNFPA, 2011; Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe Aportes para el desarrollo humano en la Argentina 2011: Género en cifras, supra nota 8.

cuando las responsabilidades de cuidado recaen sobre madres niñas o adolescentes<sup>(24)</sup>.

Hasta aquí, hemos visto, como ejemplo, la aproximación a una de las múltiples dimensiones de la regulación legal de las relaciones entre la familia y el cuidado. A mi juicio, ella pone de manifiesto la vulneración del principio de igualdad en la que participa el ordenamiento jurídico al construir el entorno socioeconómico en el que las mujeres “evalúan” continuar el embarazo o recurrir al aborto. De esta forma, el derecho crea un entorno de opciones que, para algunas, están lejos de serlo.

## B. La violencia de género: el rol del derecho

El derecho es también una de las causas de la violencia de género. Por ejemplo, al contribuir a reforzar la dependencia económica de las mujeres mediante normas como las revisadas en la sección anterior, el derecho reduce las opciones de salida de relaciones interpersonales violentas, en muchos casos. Asimismo, el derecho puede fomentar el ejercicio de la violencia al instaurar mecanismos débiles para su prevención y para la protección de las víctimas<sup>(25)</sup>. Así lo hacían, por ejemplo, las normas o prácticas que toleraban la violación entre cónyuges o promovían el avenimiento entre la víctima y el perpetrador de la violencia<sup>(26)</sup>. Pero el rol del derecho en la estructuración de prácticas de violencia puede resultar también de

(24) En este último caso, dada la ausencia de datos que tengan en cuenta las necesidades de cuidado de mujeres menores de edad (sea para continuar sus estudios o para trabajar), resulta más difícil estimar el impacto de la falta de opciones de cuidado. Véase, por ejemplo, ZAPATA SAPIENCIA, DANIELA, *Trabajo, educación y salud de las niñas en América Latina y el Caribe*: indicadores elaborados en el marco de la plataforma de Beijing, Serie Mujer y Desarrollo, Documento Nro. 87, CEPAL, Santiago de Chile, 2007.

(25) Si bien la sanción de la ley 26.485 es un importante paso adelante, y el montaje de iniciativas como la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema, las Brigadas del Programa de las Víctimas contra las Violencias, y las tareas que desarrolla por fin el Consejo Nacional de la Mujer, ofrecen ejemplos de iniciativas valoradas, todavía los recursos y el alcance localizado de esos programas es altamente insuficiente para enfrentar el problema de la violencia en las relaciones interpersonales. Véase, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas*, Buenos Aires, 2009.

(26) Véase al respecto, un terrible caso ocurrido de forma reciente en General Pico, Provincia de La Pampa, en torno al avenimiento. Mariana Carabajal, “Asimetría entre el victimario y la víctima,” Página 12, diciembre de 2011, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-183261-2011-12-13.html> (visitado el 15 de febrero de 2012).

persistentes formas de omisión, muchas veces producto de los déficits de administración del sistema judicial o de las incapacidades estatales que plagan la gestión de la política pública argentina: financiamiento insuficiente, falta de capital humano, problemas de coordinación intra e inter-agencial, debilidades organizacionales, en especial en las regiones más pobres del país, son tan sólo algunos ejemplos de los límites típicos de la gestión estatal en el país<sup>(27)</sup>.

Por otro lado, nuestro sistema jurídico regula la violencia a través de un *corpus* de normas que comprenden la legislación penal, normas de procedimiento civil del nivel provincial y regímenes de protección de víctimas de violencia. La protección ofrecida por estos mecanismos padece diversas limitaciones, comenzando por el reconocimiento de la falta de datos básicos para estimar el alcance de la problemática y siguiendo por la debilidad de los mecanismos estatales de prevención y, en el plano judicial, de sanción<sup>(28)</sup>.

La producción de datos sistemáticos suficientemente desagregados a nivel nacional y local sobre la violencia de género sigue siendo una deuda pendiente para estimar el problema y evaluar las, a menudo, limitadas intervenciones puestas en marcha desde el Estado en ese campo<sup>(29)</sup>. Pese a la ausencia de información comprehensiva<sup>(30)</sup>, hoy es posible reconstruir aspectos del fenómeno de la violencia a partir de cifras dispersas generadas en ámbitos estatales o de la sociedad civil. Así, por ejemplo, de los conteos sobre el recurso al sistema de justicia sabemos que, entre 2002 y

.....

(27) La literatura sobre capacidades estatales es abundante. En la Argentina, véase sobre por ejemplo, trabajos sobre el sistema de salud, como ALONSO, GUILLERMO, *Capacidades estatales, instituciones y política social*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

(28) Véase, ELA supra nota 8.

(29) SÁNCHEZ, LUCIANA, "Información judicial y derechos humanos de las mujeres," en RODRÍGUEZ, MARCELA, y ASENSIO, RAQUEL, *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009; ELA supra nota 8. Un avance en la producción de información sobre violencia lo constituyen los datos presentados en el Informe Aportes para el desarrollo humano en la Argentina 2011: Género en cifras, supra nota 8.

(30) Sobre la ausencia de datos véase, por ejemplo, el trabajo de SÁNCHEZ, LUCIANA, "Información judicial y derechos humanos de las mujeres", op. cit., sobre la falta de encuestas de victimización, y los análisis y estudios sobre el tema producidos por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas*, supra nota 22.

2008, las denuncias sobre violencia doméstica ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal aumentaron de 2200 a 5152<sup>(31)</sup>. Más aún, entre septiembre de 2008 y septiembre de 2010, la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de la Nación (OVD) recibió 12.869 denuncias y el 13% de ellas refería a situaciones de violencia sexual. Además, según el mismo documento, el 86% de las personas indicadas como autoras de hechos de violencia eran varones y, entre el total de personas afectadas que ascendió a 17.013, el 80% fueron mujeres y el 19% de ellas niñas o adolescentes (0-18 años)<sup>(32)</sup>. Un total de 424 de las mujeres estaban embarazadas al momento de la consulta. Finalmente, según los datos recientemente publicados en el Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violencia Sexual del Ministerio de Salud de la Nación, durante el 2007 se efectuaron un total de 3276 denuncias por violación ante los sistemas judiciales de todas las provincias del país y, de ellas, 195 y 523 se formularon en la Ciudad de Buenos Aires y la provincia homónima, respectivamente.

Entre las consecuencias que la violencia imprime en la vida de las mujeres se encuentra también la posibilidad del embarazo producto de la violación. Dada la falta de datos, no es posible estimar tampoco la incidencia de esos casos ni su impacto en las mujeres menores de edad, las que tienen alguna discapacidad o las que pertenecen a otros colectivos en situaciones de vulnerabilidad. A través de todas estas dinámicas y de reacciones institucionales deficitarias, el derecho refuerza una vez más las desigualdades que caracterizan el contexto de la violencia de género. Al hacerlo, sigue contribuyendo también para determinar el contexto de la opción por el aborto.

## C. La salud y los riesgos asociados al embarazo y la maternidad

La mayoría de los riesgos de salud asociados al embarazo, el parto y la salud de los niños pequeños son, en principio, casi totalmente evita-

.....

(31) Véase, ELA supra nota 8, p.16.

(32) Oficina de Violencia Doméstica, Datos del Funcionamiento de la OVD al 15 de septiembre de 2010 (a dos años de su funcionamiento), Oficina de Violencia Doméstica, Corte Suprema de Justicia de la Nación, disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>, (visitado el 15 de febrero de 2012).

bles<sup>(33)</sup>. Sin embargo, las altas tasas de muerte materna<sup>(34)</sup> e infantil<sup>(35)</sup> del país son riesgos que las mujeres argentinas a menudo deben ponderar cuando piensan en la opción por el aborto. Esto es común, en especial, para quienes viven en los ámbitos donde la cobertura sanitaria no existe o es altamente deficiente. Por ejemplo, la siguiente Tabla I, muestra las tasas de muerte infantil y materna promedio que nos comparan con Chile y Uruguay y que llaman la atención frente a la elevada proporción del gasto promedio en salud.

TABLA 1. Indicadores de salud para Argentina, Chile y Uruguay.

País	Tasa Mortalidad Infantil (menores de 5 años) (2007)	Tasa Mortalidad materna (100,000 nacidos vivos) (2005)	Expectativa de vida (2007)	Gasto en Salud Porcentaje del PBI per cápita (2006) (*)
Argentina	16	77	74.8	10.1
Chile	9	16	78,3	5.3
Uruguay	14	20	75,9	8.2

Fuente: World Health Organization, World health statistics 2009, Geneva, Switzerland.

La regulación jurídica del sistema de salud argentino es otro de los instrumentos a través de los que el derecho refuerza la inequidad y la ineficacia que sugiere la tabla anterior. Esa regulación modela también el trasfondo de la opción por el aborto. En definitiva, las normas de nivel nacional y provincial que construyeron diversos sistemas de salud caracterizados por

(33) RAMOS, SILVINA, *Para que cada muerte materna importe*, Buenos Aires, Argentina, CEDES, 2004; YAMIN, ALICIA ELY, "Hacia una Rendición de Cuentas Transformadora: Aplicando un Enfoque de Derechos Humanos para Satisfacer las Obligaciones en relación a la Salud Materna", *Revista Sur*, v. 7, n. 12, pp. 99/127, 2010; YAMIN, ALICIA ELY, "Mortalidad materna: Una cuestión de derechos humanos", en BERGALLO, PAOLA, *Justicia, Género y Reproducción*, Librería Ediciones, 2010.

(34) Véase al respecto, los datos presentados en el siguiente acápite sobre la desigualdad entre los sistemas de salud provinciales del país.

(35) Véase, UNFPA 2011, supra nota 22, PNUD 2011, supra nota 8.

la fragmentación y la segmentación son parte de esos mecanismos condicionantes<sup>(36)</sup>. Veamos algunos datos agregados sobre el sistema argentino de salud que sirven para sustentar esta afirmación.

De acuerdo al informe Aportes para el Desarrollo Humano en Argentina 2011, de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Argentina destina cuantiosos recursos al financiamiento de la salud. No logra, sin embargo, evitar los problemas de eficiencia y equidad que emergen de la excesiva fragmentación del gasto y la escasa participación del sector público<sup>(37)</sup>. En este sistema, los seguros públicos y contributivos de salud exhiben un bajo alcance en la cobertura. Además, la oferta pública de servicios de salud universal y gratuita, fuertemente descentralizada, refuerza los desequilibrios regionales y no compensa los problemas distributivos. Así, por ejemplo, mientras Santa Cruz gasta \$1932 *per cápita* por año, la provincia de Misiones emplea \$269 y la de Buenos Aires unos \$210. Al mismo tiempo, mientras en Santa Cruz el 29% de la población no tiene seguro de salud contributivo, en Misiones la población en esa situación llega al 58% y la de Buenos Aires alcanza el 49%. Finalmente, las reformas de la década de 1990 han reducido el efecto redistributivo de las obras sociales y los problemas de fragmentación se traducen, al mismo tiempo, en bajos niveles de solidaridad. Este panorama se completa con la debilitada capacidad de gobernabilidad y regulación que tienen los Estados provinciales y federal sobre el sistema<sup>(38)</sup>.

Por lo tanto, según concluye el informe, el sistema de salud argentino se caracteriza por una acentuada fragmentación de derechos, de regulación y territorial<sup>(39)</sup>. En un escenario caracterizado por serias desigualdades territoriales, donde los indicadores sanitarios son altamente dependientes del desarrollo económico de cada región, cada provincia constituye un espacio

(36) Esta sección ha sido elaborada en base a: Aportes para el desarrollo humano en la Argentina 2011, Organización Panamericana de la Salud, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Comisión Económica para América Latina, 2011, disponible en: [http://www.undp.org.ar/publi\\_desarr\\_hum.htm](http://www.undp.org.ar/publi_desarr_hum.htm), (visitado el 15 de febrero de 2012).

(37) Véase, Informe PNUD, *supra* nota 35.

(38) LLOYD-SHERLOCK, PETER, *Health Sector Reform in Argentina: A Cautionary Tale*, 60 *Soc. Sci. & Med.* 1893, 1894-96, 2005.

(39) *Ibidem*.

con particulares restricciones presupuestarias, políticas sanitarias —locales y regionales—, perfiles diferenciados de demandas, marcos regulatorios específicos y diferente grado de desarrollo de la oferta privada<sup>(40)</sup>.

Asimismo, al enfocar áreas específicas de la gestión de la salud, el derecho vuelve a aparecer estructurando condicionamientos de las decisiones de las mujeres que evalúan terminar o no un embarazo. La insuficiente disponibilidad de servicios de salud para la atención médica específica del embarazo, el puerperio y sus complicaciones, en grandes extensiones del país, resultan de la violación del derecho a la salud.

Esos problemas de diseño y de gestión se refuerzan en algunas áreas de servicios por restricciones ideológicas y políticas que implican luego un insuficiente desarrollo de los programas de salud sexual y reproductiva, por un lado, y una cantidad de nuevas instancias de violación de los derechos de las mujeres, por otro. Esta es otra de las formas en las que puede observarse el impacto modelador del derecho<sup>(41)</sup>. Un impacto que, en este caso, surge tanto a partir de las debilidades mostradas en la ejecución de programas exigidos por las leyes de salud reproductiva, como a partir de las restricciones impuestas desde el poder judicial para acceder, por ejemplo, a un menú amplio de anticonceptivos<sup>(42)</sup>.

En ese entorno de profundas desigualdades respecto del derecho a la salud, las mujeres argentinas sopesan los riesgos asociados al embarazo y al parto frente a la alternativa del aborto. Al hacerlo, podrían también tener en cuenta que tanto los servicios de salud para las víctimas de violencia como los relacionados con el aborto legal son escasos, deficientes o no existen. Muchas recordarán el maltrato que pueden enfrentar en los servicios de salud en la atención de controles ginecológicos, el embarazo o el

.....  
(40) *Ibidem*.

(41) En ese sentido, pueden observarse algunas de las deficiencias de los programas de salud reproductiva en diversas provincias del país en el Informe Monitoreo Social y Exigibilidad sobre los Derechos Sexuales y Reproductivos en la Argentina 2010, disponible en: <http://www.conders.org.ar/pdf/conders2010.pdf> (visitado el 15 de febrero de 2012).

(42) Para una revisión de algunos de los conflictos judicializados en torno a otros temas de derechos reproductivos véase, BERGALLO, PAOLA, "A propósito de un fallo formoseño", *supra* nota 2.

parto<sup>(43)</sup>. Finalmente, también frente a ese sistema de salud con grandes inequidades e ineficiencias, las mujeres sopesarán los riesgos de salud que correrán sus hijos.

Hasta aquí he intentando ilustrar algunas de las dinámicas que muestran el rol del ordenamiento jurídico en tres cuestiones relevantes al ponderar la opción de interrumpir un embarazo: las opciones frente a las responsabilidades del cuidado de personas y de niños, en particular, la violencia de género y rasgos del sistema de salud que impactan directamente en los riesgos sanitarios asociados al embarazo y la maternidad. Me centré en estas tres categorías de normas dados sus efectos sobre las oportunidades de auto-subsistencia a través del trabajo y su capacidad para dar sentido a nuestras concepciones de la libertad y la seguridad física al “decidir” sobre la maternidad. Asumiré, sin embargo, que es obvio que estos tres ámbitos de regulación son sólo un ejemplo de la multiplicidad de leyes y arreglos institucionales que más allá del Código Penal deberían tenerse en cuenta para pensar la cuestión del aborto. A mi juicio, una vez que pensamos las normas que penalizan el aborto como parte de ese entramado mucho más amplio de relaciones de dominación y sojuzgamiento basadas en el género que el derecho contribuye a moldear también por fuera de la herramienta penal, la penalización del aborto se torna incompatible con las obligaciones constitucionales que exigen el respeto de la igualdad entre géneros<sup>(44)</sup>. Pero, volvamos ahora a las conversaciones tradicionales, en la perspectiva del derecho penal.

## Parte II. El aborto en el derecho penal

Según las taxonomías elaboradas para comparar los regímenes legales del aborto, los sistemas jurídicos del mundo regulan la interrupción del

---

(43) Un revelador estudio sobre las experiencias de las mujeres en la atención ginecológica, puede hallarse en: CHIAROTTI, SUSANA; GARCÍA JURADO, MARIANA; AUCÍA, ANALÍA y ARMICHIARDI, SUSANA, “Con todo al aire”. Reporte de derechos humanos sobre la atención en salud reproductiva en hospitales públicos, Ingsenar, 2003.

(44) Estos mandatos surgen de una lectura armónica de las normas de la Constitución sobre igualdad y las de los tratados de derechos humanos incorporados en su artículo 75, inciso 22. Véase, al respecto, ELA, Informe sobre género y derechos humanos: Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008), supra nota 6.

embarazo con alcance dispar<sup>(45)</sup>. Varían no sólo por el modelo de regulación consagrado en las normas escritas sino también por sus aplicaciones en la práctica. Para localizar la regulación argentina, repasemos primero las distintas alternativas adoptadas en el derecho comparado.

#### A. MODELOS DE REGULACIÓN DEL ABORTO "EN LOS LIBROS".

Desde el punto de vista de su recepción textual, los regímenes de aborto se distinguen, primero, entre aquellos que continúan apelando al derecho penal, por un lado, y los que, a diferencia de estos, han abandonado totalmente las opciones punitivas para reglar la práctica a partir de regulaciones sanitarias<sup>(46)</sup>. Entre los países que han renunciado a castigar penalmente el aborto se encuentran, por ejemplo, Cuba, Canadá u Holanda. Así, entre los regímenes que persisten en el uso del derecho penal existen, a su vez, legislaciones que emplean la penalización con distinta extensión, según sucede en la mayoría de los países de América Latina<sup>(47)</sup>. Por otro lado, entre los países que continúan considerando al aborto como delito, pueden diferenciarse, a su vez, tres tipos principales de modelos "textuales", dependiendo del alcance total o parcial con el que el derecho positivo sancione la práctica.

Así, quienes penalizan el aborto, abarcan un primer núcleo de países que mantienen vigente un modelo de penalización total, que castiga el aborto sin contemplar expresamente ninguna clase de excepciones. Estos países se encuentran entre los que enfocan con mayor restricción la regulación del aborto. Si bien es plausible que donde rigen estas normas, en la prácti-

.....  
(45) Para un análisis de las distintas variables que pueden tomarse en cuenta para comparar las legislaciones sobre aborto, véase la obra de ESER, ALVIN; KOCH, HUGO G. *Abortion and the law: From international comparison to legal policy*, The Hague: T.M.C., Asser Press, 2005.

(46) Con la expresión "regulaciones sanitarias" haré referencias a las reglas que regulan la oferta de servicios de aborto legal y las condiciones de acceso a los mismos. Sin embargo, dos aclaraciones caben aquí. Por un lado, esas regulaciones pueden adoptarse a través de distintos tipos de normas: leyes, decretos, resoluciones administrativas o guías, protocolos o directrices sanitarias. Usaré la expresión regulación sanitaria para englobar todo tipo de formato regulatorio. En segundo lugar, también cabe aclarar que muchas de las cuestiones reguladas por las normativas sanitarias surgen de un abanico más amplio de normas del derecho civil, penal, administrativo, etcétera.

(47) GONZÁLEZ VÉLEZ, ANA CRISTINA, "Una mirada analítica a la legislación sobre interrupción del embarazo en países de Iberoamérica y el Caribe", Serie Mujer y Desarrollo, Documento 110, Santiago de Chile, CEPAL, Noviembre 2011.

ca, algunos jueces o profesionales de la salud hayan admitido el aborto en casos en los que las mujeres alegaban un estado de necesidad por peligro grave para sus vidas, las reglas por defecto de estos países prevén el castigo sin excepción. Al hacerlo, sin embargo, algunas varían la extensión de la pena, que nunca es equivalente al homicidio. Otras gradúan también la determinación del sujeto sobre el que recaerá la sanción incluyendo a la mujer, profesionales de la salud y otros partícipes<sup>(48)</sup>.

Los modelos intermedios de regulación del aborto incluyen aquellos que contienen "en los libros" variaciones de lo que conocemos como el modelo de permisos o de indicaciones. Este tipo de regulaciones determina una serie de causales o indicaciones en las que se permite el aborto. En ellas se justifica la terminación del embarazo o se exime la conducta de castigo. En los países que adoptan este modelo, el abordaje punitivo permanece vigente durante todo el embarazo, pero se establecen una serie de excepciones que serán eximentes de responsabilidad o de castigo, según se defina en cada ordenamiento. Los textos vigentes en estos países contemplan las siguientes situaciones de aborto legal: (a) peligro o riesgo para la vida de las mujeres; (b) peligro o riesgo para la salud de las mujeres; (c) malformaciones incompatibles con la vida; (d) circunstancias socioeconómicas; (e) inseminación forzada o (f) violación. Estos modelos varían también entre países según su complementación con normas sanitarias y administrativas sobre la provisión de servicios de interrupción legal del embarazo. La existencia y aplicación de estas últimas normas, a menudo, determina la efectiva disponibilidad de servicios profesionales para el aborto legal. Asimismo, en algunos casos, como el de Italia o Inglaterra, los modelos de indicaciones prevén un régimen de plazos a través de los cuales van variando las causas de no punibilidad.

Por último, un tercer grupo de leyes establece modelos de plazos en los que derogan la penalización del aborto hasta algún momento del embarazo temprano fijado por trimestres, semanas de gestación o meses. Si bien la amenaza del castigo penal permanece, sólo se cierne a las etapas avanzadas y, también en ellas, se admite la interrupción legal del embarazo en ciertas circunstancias como las contempladas en las indicaciones del modelo descrito en el punto anterior. En los países que han adoptado esta opción, el aborto a demanda de la mujer es la regla y los plazos a par-

(48) KOCH, ALVIN; ESER, HUGO, *Abortion and the law: From international comparison to legal policy*, supra nota 44.

tir de los cuales se lo prohíbe deben establecerse con distinto criterio. En Dinamarca, por ejemplo, el plazo gestacional durante el cual se deroga la penalización se extiende por doce (12) semanas, mientras que en Francia o Alemania se ha establecido en catorce (14)<sup>(49)</sup>.

La siguiente Tabla II clasifica algunas legislaciones del mundo y distingue las que aún recurren a la penalización del aborto en algún momento o todo el embarazo.

Tabla II. Modelos de regulación del aborto según el derecho positivo.

Países	Modelo de penalización total	Modelo de permisos o indicaciones					Modelo de plazos o trimestres
		Peligro para la vida de la mujer	Peligro para la salud de la mujer	Violación	Malformaciones incompatibles con la vida	Inseminación forzada	
Alemania							♦
Argentina		♦	♦	♦			
Brasil		♦		♦			
Bolivia		♦	♦	♦			
Canadá							♦
Chile	♦						
Colombia		♦	♦	♦	♦		
El Salvador	♦						
España							♦
Estados Unidos							♦
Francia							♦
México		♦	♦	♦	♦		♦(MéxicoDF)
Nicaragua	♦						
Perú		♦	♦				
República Dominicana	♦						
Uruguay		♦	♦			♦	
Venezuela		♦	♦				

Fuente: ONU Mujer, El progreso de las mujeres en el mundo, Organización de Naciones Unidas, 2011; GONZÁLEZ VÉLEZ, A.C., Una mirada analítica a la legislación sobre aborto y embarazo en América Latina y el Caribe, Serie Mujer y Desarrollo Nro. 110, CAPAL, 2011.

(49) Ibidem.

Muchos de los países que han optado por algunas de las alternativas más permisivas del aborto, han emitido normativas sanitarias que establecen las condiciones de acceso y prestación de servicios de salud para el aborto<sup>(50)</sup>. Las regulaciones tienen *status* variados y alcanzan niveles de detalle heterogéneo. En general, esas normativas suelen integrar las referencias al *corpus* más amplio de reglas dispersas aplicadas en las distintas etapas de la ruta crítica que sigue una mujer que demanda el aborto legal. Estas reglas incluyen, por ejemplo, las normas que dentro del sistema de salud determinan la cobertura de los servicios para la interrupción legal del embarazo en los sectores públicos y contributivos. Pero también abarcan otras como las que regulan el ejercicio de la medicina y actividades profesionales relacionadas; protegen los derechos de las pacientes; definen aspectos de la actuación para la atención integral de las víctimas de violencia; prevén los deberes y las potestades de denunciar en sede civil, penal o administrativa, el conocimiento de hechos de violencia en las relaciones interpersonales; resguardan el secreto profesional o definen la capacidad civil de las mujeres<sup>(51)</sup>.

Así, donde existen normas procedimentales en particular, ellas incluyen, además de las mencionadas, otras como: los procedimientos de constatación de las indicaciones (determinación del peligro para la vida o la salud, como ejemplo), la exigencia de comités o de un solo profesional para esa tarea, la presentación de prueba de la denuncia previa o posterior de la violación, plazos, mecanismos de apelación y provisiones específicas para colectivos de mujeres como las menores de edad, las

.....

(50) Véase, GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana C. Aborto legal: regulaciones sanitarias comparadas. IPPF/RHO, 2007.

(51) Como ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, más allá del Código Penal, las normas que regulan el acceso al aborto incluyen: (a) Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable Nro. 25.673, (b) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes Nro. 26.061, (c) Ley de Derechos de los Pacientes Nro. 26.529, (d) Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales Nro. 26.485, (e) Decreto PEN 1011/10 regulatorio de la Ley Nro. 26.485, (f) Ley de Salud Mental Nro. 26.657, (g) Ley de Ejercicio Profesional de la Medicina Nro. 17.732, (h) Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violencia Sexual, (i) Resolución de la Subsecretaría de Salud Nro. 1740/07. Guía para la Realización de Abortos No Punibles, (j) Ley Básica de Salud Nro. 153, su Decreto Reglamentario Nro. 208/01 y su modificatorio el Decreto Nro. 2316/03, (k) Resolución Nro. 2384/06 sobre Consentimiento Informado, y (l) Resolución Nro. 437/08 sobre Consentimiento Informado.

que sufren una discapacidad o se encuentran en situación de prisión, por citar algunas<sup>(52)</sup>. Otras exigen plazos de espera, formalidades para la toma del consentimiento informado de las mujeres, la notificación de tutores o cónyuges y exigencias sobre las instalaciones, los métodos técnicos permitidos para el aborto y el contenido de la consejería anterior y posterior a la realización del aborto.

Investigaciones como la realizada por González Vélez recogen la diversidad de opciones reglamentarias disponibles, exploran las diferencias que muestran y su potencial impacto sobre la accesibilidad del aborto en los casos permitidos<sup>(53)</sup>. El giro histórico que representó el surgimiento de reglamentaciones de los servicios para la interrupción legal del embarazo en las décadas del sesenta hasta hoy, ha sido caracterizado como un fenómeno hacia la procedimentalización de las normas sobre aborto<sup>(54)</sup>. Desde la última década, ese viraje también puede reconocerse en algunos países de América Latina como México, Colombia, Brasil y la Argentina donde nuevas regulaciones sanitarias delimitan los términos de la oferta de servicios médicos para el aborto legal<sup>(55)</sup>. En el plano transnacional, ese giro procedimental se ha dado en una serie de casos de tribunales internacionales o comités de derechos humanos que han considerado aspectos de la regulación procedimental del aborto<sup>(56)</sup>.

(52) GONZÁLEZ VÉLEZ, ANA CRISTINA, Una mirada analítica a la legislación sobre interrupción del embarazo en países de Iberoamérica y el Caribe, supra nota 47.

(53) Ibidem.

(54) Ibidem.

(55) Ibidem.

(56) Un panorama de estos eventos en la Argentina puede adquirirse a través de la lectura de trabajos como MENÉNDEZ, VIRGINIA, "Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible"; en BERGALLO, PAOLA, Aborto y Justicia Reproductiva, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011; MINYERSKI, NÉLIDA, "El artículo 86 del Código Penal: Eficacia y Efectividad." Revista Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial, Junio 2011; CAVALLO, MERCEDES, "La falta de enforcement del aborto no punible en Argentina", en Revista Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial, Junio 2011. Sobre las experiencias en el derecho internacional de los derechos humanos y sus implicancias concretas en la regulación del aborto en ese nivel, véase ZAMPAS, CHRISTINA; GHER, J.L. "Abortion as a Human Right: International and Regional Standards." Human Rights Law Review, Oxford University Press) 8 2008: 2.

## A. La regulación comparada “en acción”

A diferencia de lo que muchos suponen, la mayoría de los regímenes jurídicos del aborto adoptan alternativas de los modelos de indicaciones y de plazos o versiones híbridas que combinan las indicaciones del aborto con plazos o trimestres, como el caso de Italia. En las Américas, por ejemplo, las normas vigentes en por lo menos 30 países del continente establecen variaciones de excepciones a la penalización en algunas circunstancias o directamente la legalidad del aborto a demanda<sup>(57)</sup>. Es decir, la mayoría de los países de nuestro continente y de nuestra región rechazan la penalización sin excepciones del aborto.

No obstante, la permisión del aborto a través de cualquiera de los dos modelos clásicos más permisivos no se traduce de forma necesaria en el acceso de las mujeres al aborto seguro en los casos despenalizados. Según lo ha documentado la Organización Mundial de la Salud (OMS), una serie de barreras obstaculizan el acceso a los servicios de salud allí donde se admite la interrupción legal del embarazo<sup>(58)</sup>. Esas barreras están presentes con independencia de cuál sea el diseño regulatorio y más allá de cuán liberal resulte en los libros el régimen legal del aborto. Para la OMS, esas barreras incluyen restricciones en la información sobre el derecho vigente para los profesionales de la salud y sobre la oferta de servicios para las mujeres, falta de voluntad política para implementar normas, especulaciones e incertidumbres sobre la probabilidad de castigo por el derecho aplicable, restricciones económicas y de infraestructura de los servicios, falta de calidad y malos tratos en la atención y el abuso de la objeción de conciencia<sup>(59)</sup>.

La documentación de las barreras mencionadas muestra que la limitación de la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y calidad de los servi-

(57) Según la clasificación disponible en la página 1 del informe, Hechos sobre el aborto en América Latina y el Caribe, 28 países de la región establecen formas de permisión variadas del aborto. Si sumamos a ellos los casos de Estados Unidos y Canadá, en las Américas un total de 30 países permite el aborto frente a 7 que lo restringen. Véase, para estos datos: Allan Guttmacher Institute, Hechos sobre el aborto en América Latina y el Caribe, 2012, disponible en [http://www.guttmacher.org/pubs/IB\\_AWW-Latin-America-ES.pdf](http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf), (visitado el 15 de febrero de 2012).

(58) Ibidem.

(59) World Health Organization, Unsafe abortion Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008, Sexta ed., pp. 7/8.

cios de salud es un problema ubicuo en regímenes más o menos liberalizados<sup>(60)</sup>. No obstante, la evidencia reciente producida por un estudio del Allan Guttmacher Institute y la OMS también indica que allí donde las normas de aborto son más restrictivas, la incidencia del aborto inseguro es mayor<sup>(61)</sup>. Es decir, si bien las barreras de acceso al aborto siguen siendo una realidad incluso donde se ha limitado o abandonado el derecho penal, esas barreras se intensifican en ciertos contextos de penalización y tienen mayor impacto en el aborto inseguro. Las Tablas III y IV producidas en base a estimaciones del Allan Guttmacher Institute sobre el aborto en el mundo para los años 1995, 2003 y 2008, ofrecen algunos datos en este sentido. Así, muestran, por ejemplo, que en los países donde las normas son más permisivas como América del Norte o Europa Occidental, las tasas de aborto inseguro son inferiores al 0,5%. Un porcentaje significativamente menor a los promedios de regiones como América Latina, donde el 95% de los abortos se realizan en condiciones de inseguridad.

TABLA III. Estimaciones de la tasa de aborto seguro e inseguro\* por región para los años 1995, 2003 y 2008.

	2008			2003			1995		
	Tasa	Seguro	Inseguro	Tasa	Seguro	Inseguro	Tasa	Seguro	Inseguro
Total mundial	28	14	14	29	15	14	35	20	15
Países desarrollados	24	22	1	25	24	2	39	35	4
Sin Europa del Este	17	17	†	19	18	1	20	20	1
Países en desarrollo	29	13	16	29	13	16	34	16	18
Sin China	29	8	22	30	8	22	33	8	25

\* Cantidad de abortos por 1.000 mujeres entre 15-44 años. † Tasa o porcentaje inferior a 0.5.

Fuente: Sedgh G. et al., "Induced abortion worldwide in 2008: levels and trends," *Lancet*, 2012. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/media/presskits/abortion-WWW/graphics.html>, (visitado el 15 de febrero de 2012).

(60) Sobre el tema, véase el documento, *Access to abortion: Report*, Faculty of Law, University of Toronto, disponible en: <http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/abortionbib.pdf>, (visitado el 15 de febrero de 2012).

(61) SEDGH, GILDAO, SINGH, SUSHEELA, SHAH, IQBAL H., ÁHMAN, ELISABETH, HENSHAW, STANLEY K., BANKOLE, AKINRINOLA, *Induced abortion worldwide in 2008: levels and trends*, *Lancet*, 2012.

Disponible en: <http://www.guttmacher.org/media/presskits/abortion-WWW/graphics.html> (visitado el 15 de febrero de 2012).

TABLA IV. Estimaciones de la tasa de aborto seguro e inseguro\* por región y sub-región para los años 1995, 2003 y 2008.

	2008			2003			1995		
	Tasa	Safe	Inseguro	Tasa	Seguro	Inseguro	Tasa	Seguro	Inseguro
<b>África</b>	29	1	28	29	†	29	33	†	33
Eastern Africa	38	2	36	39	†	39	41	†	41
Middle Africa	36	†	36	26	†	26	35	†	35
Northern Africa	18	†	18	22	†	22	17	1	17
Southern Africa	15	7	9	24	5	18	19	†	19
Western Africa	28	†	28	27	†	27	37	†	37
<b>Asia</b>	28	17	11	29	18	11	33	21	12
Asia Oriental	28	28	†	28	28	†	36	36	†
Asia Central	26	9	17	27	9	18	28	6	22
Sudeste Asiático	36	14	22	39	16	23	40	16	24
Asia Occidental	26	11	16	24	16	8	32	18	13
<b>Europa</b>	27	25	2	28	25	3	48	43	6
Europa Oriental	43	38	5	44	39	5	90	78	12
Europa del Norte	17	17	†	17	17	†	18	17	1
Europa Mediterránea	18	18	†	18	15	3	24	22	3
Europa Occidental	12	12	†	12	12	†	11	11	†
<b>América Latina</b>	32	2	31	31	1	30	37	2	35
Caribe	39	21	18	35	19	16	50	27	23
América Central	29	†	29	25	†	25	30	†	30
América del Sur	32	†	32	33	†	33	39	†	39
América del Norte	19	19	†	21	21	†	22	22	†
Oceanía	17	14	2	18	15	3	21	17	5

\* Cantidad de abortos por 1.000 mujeres entre 15-44 años. † Tasa o porcentaje inferior a 0.5. Fuente: Sedgh G. et al., Induced abortion worldwide in 2008: levels and trends, Lancet, 2012. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/media/presskits/abortion-WW/graphics.html>, visitado el 15.2.2012.

Más allá de volver a confirmar la relación entre países con normas restrictivas y la relativa presencia del aborto inseguro adelantada en estudios anteriores<sup>(62)</sup>, las tablas transcritas evocan algunas conclusiones desarrolladas en más detalle por Sedgh et al<sup>(63)</sup> en la publicación de una reciente actualización de su investigación en el Allan Guttmacher Institute. Allí, las autoras resaltan las cifras que muestran que entre 1995 y 2008, el aumento del porcentaje de los embarazos terminados en aborto en América Latina no sólo no se ha detenido, sino que muestra, al igual que las tasas globales, la reversión del fenómeno de retroceso que se había observado entre 1995 y 2003. En efecto, mientras en 1995 el 23% de los embarazos terminaba en un aborto, para el 2003 el porcentaje había descendido una unidad al 22%. En cambio, para el 2008, la proporción de embarazos que terminaron en aborto aumentó un 3% mostrando que un cuarto del total de embarazos terminó ese año en aborto. Además, entre 2003 y 2008, el número estimado anual de abortos en América Latina aumentó ligeramente de 4.1 millones a 4.4 millones<sup>(64)</sup>. Mientras esta era la pauta en nuestra región, en cambio, en América del Norte, donde las leyes son más liberales, el total de los abortos en términos absolutos disminuía de 1.5 millones por año en 1995 y 2003, a 1.4 en el 2008<sup>(65)</sup>. El gráfico I exhibe la reversión de la pauta de disminución que se observaba entre 1995 y 2003 para América Latina y sus sub-regiones, donde también puede observarse la variación intra-regional.

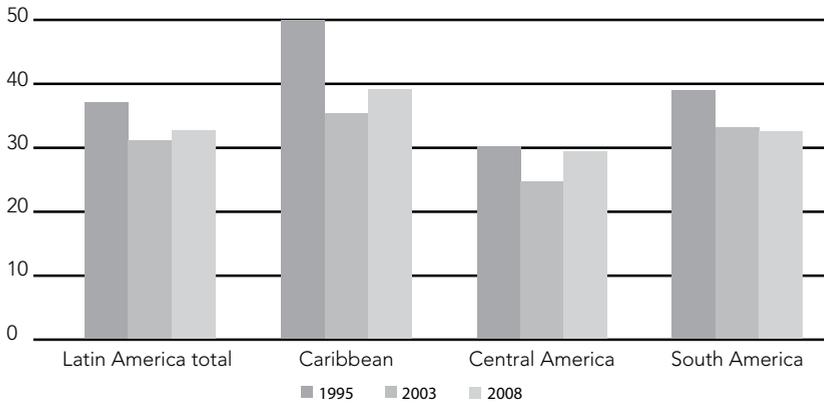
(62) Esta relación había sido establecida en investigaciones anteriores como BERGER, MARGE, "National laws and unsafe abortion: the parameters of change". *Reproductive Health Matters* 12:1-8, 2004; SEDGH, G. HENSHAW, S.K, SINGH, S. BANKOLE, A., DRESCHER J., "Legal Abortion Worldwide: Incidence and Recent Trends " *International Family Planning Perspectives* 33:106 – 116, 2007.

(63) Véase, supra nota 60.

(64) Allan Guttmacher Institute, "'Hechos sobre el aborto en América Latina y el Caribe', 2012", disponible en [http://www.guttmacher.org/pubs/IB\\_AWW-Latin-America-ES.pdf](http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf), (visitado el 15 de febrero de 2012).

(65) Otro hallazgo interesante del estudio muestra también que la situación en nuestra región no es homogénea. De los 4.4 millones de abortos estimados en América Latina en el 2008, aunque la proporción agregada de abortos inseguros fue del 95%, en la sub-región del Caribe, donde las legislaciones son más permisivas, el porcentaje de abortos inseguros alcanzó menos de la mitad (43%). La investigación también reveló que cerca de un millón de mujeres ingresan a los sistemas hospitalarios de la región cada año como consecuencia de la complicación de los abortos inseguros producto del aborto incompleto, la pérdida excesiva de sangre y la infección, que a veces incluye el shock séptico, la perforación de órganos internos y la inflamación de peritoneo. Véase, supra nota 51.

GRÁFICO I. Número de abortos por cada 1000 mujeres en edad reproductiva. América Latina, 1995, 2003, 2008.



Fuente: Allan Guttmacher Institute sobre la base del trabajo de Sedgh G. et al. (2012) Disponible en: <http://www.guttmacher.org/media/presskits/abortion-WW/graphics.html>, visitado el 15.2.2012.

## B. EL DERECHO PENAL ARGENTINO. PRIMERA PARTE: LA PENALIZACIÓN

Hasta aquí he presentado una revisión agregada del contorno de las normas y las cifras del aborto. ¿Dónde podría ubicarse la legislación argentina? Responder este interrogante exige, como mínimo, repasar algunos de los datos sobre el derecho y las prácticas locales de criminalización del aborto<sup>(66)</sup>. Ellas mostrarán que, a pesar de compartir una legislación similar a la canadiense hasta 1988, la alemana hasta 1993 o la española hasta el 2010, las prácticas del modelo de indicaciones en nuestro país han sido llamativamente distintas en términos de disponibilidad de la oferta de servicios de aborto legal.

Al igual que sus antecedentes coloniales, el primer Código Penal argentino en vigor a partir de 1887, sancionaba el aborto en todas las circunstancias y lo castigaba con uno a tres años de prisión autorizando la reducción de la condena cuando la mujer buscaba ocultar la deshonra<sup>(67)</sup>. Esa norma estuvo vigente poco más de tres décadas hasta 1921 cuando fue reem-

(66) Esta sección sigue en parte del publicado como BERGALLO, PAOLA: "La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate", Estudio Preliminar, en BERGALLO, PAOLA (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

(67) LAVRIN, ABIGAIL, *Sexuality and marriage in colonial Latin America*. Lincoln: Nebraska University Press, 1989.

plazada por el Código Penal que rige hasta hoy. Desde entonces, el CPN sanciona el aborto durante todo el embarazo y establece en el artículo 86 las causales de justificación al considerar que no serán punibles los abortos practicados por un médico con el consentimiento de la mujer en caso de peligro para la salud o la vida cuando éste no pudiera evitarse por otros medios (artículo 86.1.) o en caso de violación (artículo 86.2.).

El artículo 86 establece, entonces, un sistema de penalización y un mecanismo de excepciones que encuadra en lo que la literatura comparada identifica como un modelo de indicaciones. ¿Cómo han operado en el país estas dos dimensiones de la regla de penalización? Intentemos, primero, comprender el paradójico juego de transacciones que enmarca la práctica de penalización del aborto en nuestro entorno. Un primer paso en ese sentido supone sopesar la eficacia instrumental de sus normas del CPN. Al hacerlo, vemos, primero, que en la medida en que muchos embarazos no deseados o no planificados han sido llevados a término y, continúan siéndolo, la penalización del aborto opera con un grado de eficacia al forzar a las mujeres a la maternidad, cuando algunas de ellas si fuera legal hubieran optado por el aborto. Pero mientras los embarazos no deseados llevados a término son un indicador de eficacia de la norma del CPN, también es verdad que a través de su historia la regla de criminalización ha mostrado una alta ineficacia como mecanismo de protección de la vida en gestación y de la vida de las mujeres. Esa ineficacia puede rastrearse a través de un conjunto de cifras hoy bien conocidas.

El aborto ha sido y, sigue siendo, una práctica a la que miles de mujeres recurren cada año en todo el territorio del país. Del último siglo, se sabe, por ejemplo, que los abortos aumentaron significativamente en las primeras décadas, cuando los médicos calculaban que representaban entre el 60% y el 70% de los casos en las salas de emergencia de los hospitales públicos<sup>(68)</sup>. Rastrear el número de abortos que se realizan anualmente no es tarea sencilla. Un estudio encargado por el Ministerio de Salud de la Nación a Edith Pantelides y Nélica Mario, estimó que en el país se realizan aproximadamente 450.000 abortos por año, a un ritmo de casi un aborto por cada dos nacimientos (0,64)<sup>(69)</sup>.

(68) NARI, MARIANA, *Políticas de maternidad y maternalismo político*: Buenos Aires, 1890-1940. Buenos Aires, Biblos, 2004.

(69) Citadas por RAMOS, SILVINA; ROMERO, MARIANA; FEIJÓO, MARÍA DEL CARMEN, "El aborto no punible: una cuestión de derechos humanos", Informe Anual 2008, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009; supra nota 1.

Otra evidencia sobre las consecuencias del aborto en el país la suministran los registros de mortalidad materna de los últimos veinte años en los cuales en ese período, casi sin variación, las complicaciones del aborto figuran como la primera causa de muerte materna<sup>(70)</sup>. Los abortos inseguros son, además, la principal causa de muerte materna en términos agregados. Esta es la situación en más de la mitad de las provincias del país, incluyendo a Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Córdoba, Corrientes, Formosa, Jujuy, Neuquén, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tucumán<sup>(71)</sup>. Es más, según la Dirección de Estadísticas Vitales del Ministerio de Salud de la Nación, en el 2009 y el 2010, por ejemplo, el total de las muertes maternas en cada año fue 410 y 331, respectivamente<sup>(72)</sup>. De ellas, 87 mujeres murieron por complicaciones relacionadas con el aborto en el 2009 y 68 fallecieron en el 2010<sup>(73)</sup>. Pero, además, los datos por provincia muestran que las cifras esconden grandes diferencias regionales como ocurre en la mayoría de los indicadores sociales del país. Así, según el Observatorio de Derechos Sexuales y Reproductivos, para el 2008, mientras la tasa de muerte materna por aborto en la Ciudad de Buenos Aires fue de 1,8/10.000 mujeres por nacidos vivos, en Catamarca alcanzó a 16/10.000 mujeres por nacidos vivos y en Formosa a 15/10.000 mujeres por nacidos vivos<sup>(74)</sup>. Por otra parte, las cifras más penosas indican que entre 1984 y 2010 fallecieron en el país un total de 2733 mujeres por

(70) Para una revisión comprehensiva de los datos sobre mortalidad materna disponibles en el país, véase, la Hoja Informativa Nro. 1, del Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva, 2010. Disponible en: [http://www.8300.com.ar/wp-content/uploads/2010/05/hoja\\_1.pdf](http://www.8300.com.ar/wp-content/uploads/2010/05/hoja_1.pdf), (visitado el 15 de febrero de 2012).

(71) Ibidem, página 6.ojo ver armado yo pondría nota 23

(72) Otra prueba del alcance del aborto en el país surge de los registros de mortalidad materna de los últimos veinte años. Según éstos, los abortos inseguros no han dejado de ser la principal causa de muerte materna en el país, véase ROMERO et al. 2010, supra nota 61. Según los datos del INDEC en base a la Dirección de Estadísticas Vitales del Ministerio de Salud de la Nación, en el 2009, por ejemplo, murieron un total de 410 mujeres en todo el país. De ellas, 87 murieron por complicaciones relacionadas con el aborto. Pero además, entre ellas existieron importantes diferencias. Mientras la tasa de muerte materna por aborto en la Ciudad de Buenos Aires fue de 1,8/10.000 mujeres por nacidos vivos, en Catamarca la tasa alcanzó a 16/10.000 mujeres por nacidos vivos y en Formosa a 15/10.000 mujeres por nacidos vivos.

(73) Véase, las series publicadas por la Dirección de Estadísticas Vitales del Ministerio de Salud de la Nación, disponible en: <http://www.deis.gov.ar/Publicaciones/Archivos/Serie5Nro53.pdf> (visitado el 15 de febrero de 2012).

(74) Ibidem.

causas asociadas al aborto<sup>(75)</sup>. De ellas, en el 2008 y el 2010, 19 eran niñas y adolescentes menores de 19 años.

La Tabla V presenta una perspectiva comparada del impacto de la muerte materna por aborto en la Argentina al contrastarla con cifras para Brasil, Chile, Colombia y México. Pese a tener tasas agregadas similares a México y más bajas que las colombianas, los datos correspondientes a tres años de la última década sobre la proporción de las muertes maternas asociadas al aborto, ubican al país junto a México y Brasil y lejos de Chile y Colombia, donde la presencia relativa de muertes por aborto es significativamente inferior.

TABLA V. Muertes maternas por aborto, por país. Año 2008.

País	Muertes Maternas por Aborto (Totales por país)			Tasa de Muerte Materna (100.000 naci- dos vivos)
	2005	2006	2007	
Argentina	79	93	74	82
Brasil	93	109	111	260
Chile	4	7	7	31
Colombia	32	26	22	130
México	81	94	93	83

Más allá de estas comparaciones que permiten localizar en términos relativos las ineficacias de la penalización, otro conjunto de datos alcanza para dimensionar el impacto que los abortos inseguros terminan imprimiendo en la demanda de servicios de salud por parte de las mujeres. Nuestro sistema de estadísticas sanitarias registra anualmente una cantidad importante de demandas de atención de las complicaciones post-aborto. Si bien no es posible desagregar la información respecto de los abortos espontáneos y aquellos que podrían ser legales, para distinguir a estos del fenómeno de la clandestinidad, los registros de egresos hospitalarios por complicaciones del aborto indican que, en el 2007, 69.797 mujeres egresaron luego internaciones en los sistemas públicos de salud de las provincias del país<sup>(76)</sup>.

(75) Ibidem.

(76) Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico para todo el país menos la provincia de Entre Ríos. Año 2007. Dirección Nacional de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud, disponible en <http://www.deis.gov.ar/publicaciones/Archivos/Serie11N->

TABLA VI. Egresos hospitalarios por complicaciones de aborto.

Provincia	2000	2005	2006	2007
Ciudad de Buenos Aires	6.446	6.545	6.086	5.874
Buenos Aires	30.604	31.089	29.208	22.880
Catamarca	765	711	646	626
Córdoba	3.773	2.520	4.692	3.185
Corrientes	2.111	2.175	2.104	1.992
Chaco	2.212	2.308	2.037	1.956
Chubut	790	701	709	729
Entre Ríos	1.591	1.782	n/d	n/d
Formosa	1.750	1.851	1.672	221
Jujuy	2.558	2.101	1.877	1.731
La Pampa	480	549	571	452
La Rioja	1.373	1.336	416	988
Mendoza	3.438	3.155	3.140	3.150
Misiones	2.399	1.629	1.470	1.536
Neuquén	1.141	1.044	990	709
Río Negro	964	850	692	801
Salta	4.997	n/d	3.792	3.536
San Juan	1.720	997	267	147
San Luis	941	1.093	978	850
Santa Cruz	571	672	695	696
Santa Fe	3.265	2.987	2.766	2.252
Santiago del Estero	2.184	2.667	2358	1.995
Tierra del Fuego	n/d	107	122	172
Tucumán	2.821	n/d	n/d	2.228
Totales	78.894	68.869	68.264	69.797

Fuente. Series publicadas por la Dirección de Estadísticas Vitales del Ministerio de Salud de la Nación, disponible en: <http://www.deis.gov.ar> (visitado el 15 de febrero de 2012).

Los datos de la Tabla VI sugieren variaciones temporales en las cantidades provinciales. Si bien esos datos deberían confrontarse con la proporción de población por provincia, la tabla muestra jurisdicciones en las que en

ro3.pdf, (visitado el 15 de febrero de 2012). Más allá de no incorporar los datos de la provincia de Entre Ríos, este dato es sólo una indicación preliminar, ya que no incluye los casos atendidos en el sistema contributivo de salud de ninguna de las provincias del país.

términos absolutos se han producido importantes disminuciones en los egresos hospitalarios por aborto a través de la última década, como es el caso de las provincias de Buenos Aires y Santa Fe y otras como Tierra del Fuego y Santa Cruz, donde los números han aumentado.

Las evaluaciones de la primera Encuesta Nacional sobre Nutrición y Necesidades de Salud aplicada en el año 2005 informan que el aborto es una práctica extendida entre mujeres de diversas clases, más presente entre las de clase media<sup>(77)</sup>. La Encuesta señala también que, entre las mujeres menores de edad, los abortos son más frecuentes entre las adolescentes que pertenecen a hogares con necesidades básicas insatisfechas y que el número es especialmente alto entre los grupos indigentes.

Ahora bien, las vivencias de las mujeres que resuelven llevar adelante un aborto han sido poco documentadas desde el punto de vista histórico y cualitativo en el país. En una investigación de Ramos et al., las autoras revisaron algunos de los estudios que hasta 2009 habían indagado sobre esas experiencias<sup>(78)</sup>. Los trabajos presentaban un esquema de las desigualdades con las que mujeres de diversos grupos sociales enfrentan el aborto. Entre las contribuciones más recientes, los informes de la Línea Más Información, Más Derechos y los documentos producidos por Human Rights Watch develan otras de las condiciones de la práctica del aborto en el país<sup>(79)</sup>. El último año, la investigación etnográfica de Chaneton y Vacarezza aporta nuevas narraciones desde la perspectiva de las mujeres<sup>(80)</sup>. En todo caso, según veremos en las siguientes secciones, las vivencias que revelan los escasos estudios cualitativos disponibles confirman que la penalización del aborto es un problema serio en la dignidad y la vida de las

(77) Encuesta Nacional de Nutrición y Salud, Encuesta Nacional de Nutrición y Salud, Ministerio de Salud de la Nación, Buenos Aires, 2007.

(78) Véase, por ejemplo, ALLER ATUCHA, LILIANA; PAILLES, JOSEFINA, *La práctica del aborto en la Argentina. Actualización de los estudios realizados. Estimación de la magnitud del problema*, Marketing Social, Buenos Aires, 1996; LÓPEZ, ESTER, MASAUTIS, A. "Aborto en el conurbano de Buenos Aires: opiniones, evidencias e interrogantes", en LÓPEZ, ELSA; MASAUTIS, ALEJANDRA, *Determinantes del aborto y factores asociados*. Encuentro de investigadores sobre aborto inducido en América Latina, Bogotá, 1994.

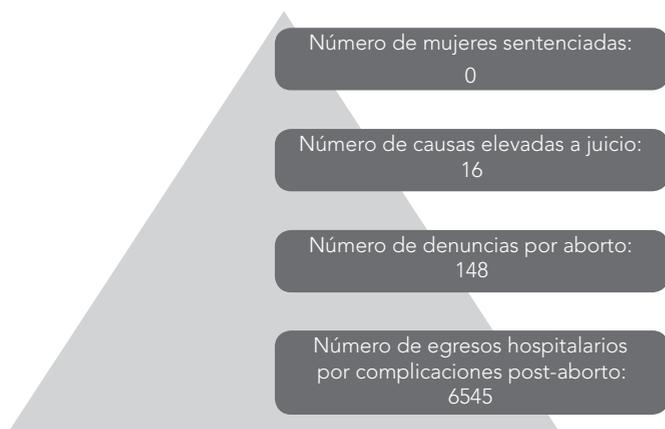
(79) Human Rights Watch, *Derecho internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina. Derechos humanos y aborto*, 2005.

(80) CHANETON, JULY, VACAREZZA, NAYLA, *La intemperie y lo intempestivo: Experiencias del aborto voluntario en el relato de mujeres y varones*, Buenos Aires, Marea Editorial, 2011.

mujeres y que el recurso de la amenaza del castigo no logra desincentivar la determinación a confrontar la imposición de la maternidad.

Al mismo tiempo, las zonas de eficacia e ineficacia descritas conviven con la pasividad que históricamente ha caracterizado la persecución penal del delito de aborto. En ese sentido, los datos que registra la Figura I sugieren la tolerancia oficial y social al delito.

FIGURA I. Figura piramidal que evidencia la falta de persecución penal efectiva del delito



Fuentes: Datos disponibles para la Ciudad de Buenos Aires en la web para el año 2005 por el Ministerio de Salud de la Nación (2007) y el Ministerio Público Fiscal (2009).

En la Ciudad de Buenos Aires, las cifras de los distintos escalones de la pirámide sobre la Ciudad de Buenos Aires delinean una dinámica de ineficacia que podría interpretarse como intencional. En primer lugar, el porcentaje de denuncias de abortos que llega del sistema público de salud local —148 denuncias—, comparado con los egresos anuales de hospitales públicos por complicaciones post-aborto en la ciudad —6.545 egresos—, es relativamente bajo. Esta baja proporción de denuncias puede obedecer a consideraciones humanitarias de los profesionales de la salud o a que una mayoría de ellos asume que su obligación de respetar el secreto profesional prevalece el deber de denunciar los delitos que arriban a su conocimiento. Dada la ausencia de un precedente claro en ese sentido, y teniendo en cuenta que no es posible asumir que la mayoría de los profesionales acepte la prevalencia de la obligación de confidencialidad,<sup>(81)</sup> no

(81) Véase, CAVALLO, MERCEDES, "La falta de enforcement del aborto no punible en Argentina," en JA, Suplemento Especial, Junio 2011.

sería absurdo aventurar que muchos actores del sistema sanitario omiten intencionalmente la denuncia del aborto.

Los datos también revelan una importante diferencia entre el número de abortos que fueron denunciados en un año ante los tribunales —148—, el de los casos que en efecto fueron llevados a juicio en un año —16—, y entre éstos y los que resultaron en condenas —0—. Si bien en la mayoría de los delitos se puede observar esta disminución de las causas, cuando los números se comparan con los de las complicaciones post-aborto y con las proyecciones de abortos clandestinos es inevitable colegir que el interés o la voluntad por investigar y enjuiciar un delito que se sabe se comete con frecuencia, es bastante moderado. En definitiva, la aparentemente extendida condena moral de la práctica del aborto, no se ve reflejada en la voluntad de su sanción.

Pero los números anteriores también deben ser leídos entre líneas. La baja persecución penal no implica que algunas mujeres no sean denunciadas, enjuiciadas y condenadas selectivamente por el delito. Los números disponibles muestran además que algunas, probablemente las que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, son efectivas y enfrentan, como mínimo, las primeras instancias de un proceso penal. Son ellas quienes sufren las consecuencias de la denuncia y quienes experimentan el castigo que implica el proceso penal y la amenaza pendiente de una pena<sup>(82)</sup>. Por esta experiencia pasan muchas mujeres, de las que se sabe muy poco. Esa experiencia conforma parte del trasfondo selectivo en el que opera la criminalización del aborto en nuestro medio. A este dato debe sumarse, finalmente, el de las mujeres que efectivamente son condenadas en el país por el delito de aborto: según cifras oficiales, veintidós de ellas lo fueron entre los años 2002 y 2008<sup>(83)</sup>.

Los datos revisados hasta aquí muestran las opciones regulatorias del derecho comparado donde una mayoría de los países del mundo ha adop-

(82) En algunos casos, ese mero involucramiento puede implicar sanciones diversas y muy costosas para las mujeres, en especial para las que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad. Obviamente, el involucramiento en un caso penal cuyo posible resultado se desconoce es de por sí una amenaza suficiente para cualquier mujer a la que se le suman otras formas de castigo, como la posibilidad de perder subsidios o beneficios sociales cuando éstos exigen la ausencia de antecedentes penales. Véase, CHIAROTTI, SUSANA, 2006, supra nota 4,

(83) Según la respuesta del Ministerio de Justicia de la Nación ante un pedido de información por condenas de aborto tramitado en febrero de 2010 por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), entre el 2002 y el 2009 fueron condenadas veintidós mujeres por el delito de aborto en el país.

tado normas, en general, permisivas, llegando incluso a abandonar totalmente la opción penal. Esas opciones, sin embargo, producen realidades materiales diferentes según las pautas de implementación. Así, aunque normas permisivas están vigentes en varios países de América Latina, entre ellos, como en Argentina, la penalización casi sin excepciones es la regla. A su vez, esa penalización funciona generando ámbitos de eficacia que conviven con otros en los que la ineficacia es la regla. Esa convivencia produce, en simultáneo, denuncias y castigos para algunas, y condena a muchas por la opción del aborto clandestino, e inseguro. Una opción que, en nuestro país, tiene un impacto relativo mayor al de otros de la región, tanto por la magnitud de la estimación de la cantidad total de abortos, como por el número de vidas que se cobra.

## Parte III. El aborto legal: El modelo de indicaciones del artículo 86 del CPN

Luego de prever el castigo del aborto en el artículo 85, el CPN delimita el segundo componente de la regulación de su práctica: un modelo de indicaciones en las que el aborto no es punible en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer y en caso de violación (artículo 86, segunda parte). Hasta donde sabemos, durante la mayor parte del siglo XX, los servicios médicos para acceder a los abortos en las circunstancias previstas en las indicaciones casi nunca estuvieron disponibles en sistemas de salud del país. Desde el año 2005, sin embargo, las normas y prácticas relativas al acceso al modelo de indicaciones y la excepción a la penalización de la violación, en particular, han experimentado varias transformaciones. Esas transformaciones pueden ser interpretadas como un cambio de paradigmas. ¿Cómo se han instrumentado esos cambios y cuáles son sus implicancias? ¿Han traído aparejados un mayor acceso al aborto para las mujeres que lo demandaban en las circunstancias del artículo 86? En lo que resta del comentario intento responder estas preguntas para mostrar por qué sus respuestas nos llevan a justificar los proyectos de legalización del aborto sometidos a discusión del Congreso.

Con ese objetivo, comenzaré con un repaso de la evolución en la aplicación del modelo de indicaciones que, según argumentaré, ha transitado un cambio de paradigma signado por la adopción de regulaciones sanitarias que forjan los procedimientos para la realización de los abortos en los ca-

sos de no punibilidad, es decir, en los casos de las indicaciones. Mientras en sus primeros noventa años, el artículo 86 del CPN no fue más que una promesa en el código, en el último tiempo se ha producido en torno a él un “giro procedimental.” Ese tránsito hacia la adopción de regulaciones procedimentales no ha sido un tránsito original. Ocurrió también en otras latitudes cuando a partir de los años sesenta las legislaciones de los países centrales comenzaron a reglar los procedimientos para la interrupción legal del embarazo donde regían modelos de indicaciones<sup>(84)</sup>. Pero además, en la última década, ese giro procedimental también se ha observado en nuestra región, con la sanción de regulaciones sanitarias en Brasil, Colombia y México, y en el plano transnacional en una serie de casos de tribunales internacionales o comités de derechos humanos que han considerado aspectos de la regulación procedimental del aborto<sup>(85)</sup>. A continuación, luego de reconstruir la trayectoria del “giro procedimental” ocurrido en Argentina, dedicaré la última parte de esta sección a mostrar los límites de su aplicación práctica. Para terminar, defenderé la idea de que esos límites sumados a las restricciones inherentes al modelo de indicaciones, justifican también el deber de abandonar la penalización. Veamos.

## A. El artículo 86, primera época: las indicaciones como promesa

Aunque el artículo 86 mantiene hoy la redacción original de 1921, a través del siglo XX ese texto sufrió dos modificaciones dejadas sin efecto, en el

(84) Para un estudio comparado de las regulaciones sanitarias de una selección de países, véase, GONZÁLEZ VÉLEZ, ANAC. *Aborto legal: regulaciones sanitarias comparadas*. IPPF/RHO, 2007. Quizás lo original del caso argentino en el avance de la producción de regulaciones del procedimiento sobre los abortos permitidos reside en que fueron más la reacción frente a las reivindicaciones feministas y casos escandalosos, que una corriente de cambio liderada por los profesionales de la salud por una preocupación desde la salud pública.

(85) Un panorama de estos eventos en la Argentina puede adquirirse a través de la lectura de trabajos como MENÉNDEZ, VIRGINIA “Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible,” en BERGALLO, PAOLA, *Aborto y Justicia Reproductiva*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011; MINYERSKI, NÉLIDA, “El artículo 86 del Código Penal: Eficacia y Efectividad.” *Supra* nota 55; CAVALLO, MERCEDES, “La falta de enforcement del aborto no punible en Argentina,” *supra* nota 86.

Sobre las experiencias en el derecho internacional de los derechos humanos y sus implicancias concretas en la regulación del aborto en ese nivel, véase ZAMPAS, CHRISTINA; GHER, J.L. “Abortion as a Human Right: International and Regional Standards.” *Human Rights Law Review* (Oxford University Press) 8 (2008): 2.

último caso, en 1984.<sup>(86)</sup> Comprender cómo ha funcionado esa norma de permisión en la práctica requeriría, sin embargo, más información sistemática sobre la performance de la comunidad médica respecto de la oferta de servicios de salud para el aborto legal a partir de su vigencia.<sup>(87)</sup> Se desconoce la forma en la que el modelo de indicaciones fue puesto “en acción” en las décadas que siguieron a la sanción del artículo 86. No se conocen registros históricos ni sistemáticos de experiencias puntuales de mujeres que hayan accedido a las modalidades de abortos legales desde entonces y no hay datos oficiales públicos en los ámbitos nacional o provincial sobre abortos terapéuticos o los requeridos en casos de violación. Si en alguna época antes de la última década y desde que se encuentra vigente el artículo 86, las mujeres recibieron de forma sistemática servicios médicos en los casos de abortos permitidos, no hay constancia de ello y en algún momento las restricciones se tornaron la regla.

En los hechos, el modelo de indicaciones funcionó más bien como una mera promesa. Fue aplicado de facto como un modelo de penalización total del tipo del que prevén “en los libros” Chile o Nicaragua, aunque dada la ineficacia de la persecución penal esa aplicación sin excepciones sólo funcionó forzando a las mujeres a la opción por el aborto clandestino. Podríamos denominar a esta primera época de inaplicabilidad del artículo 86, la etapa de “las indicaciones como promesa.” En una reconstrucción optimista hacia parte de la literatura penal argentina que alguna vez inter-

(86) La primera fue efectuada en 1968, cuando como consecuencia de los desacuerdos sobre el alcance de los permisos, el decreto-ley 17.567 incorporó la demanda de gravedad en el peligro mencionado en el inciso 1 y, reformó el inciso 2, eliminando la frase “o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”, y requiriendo además: (i) la iniciación de la acción judicial por la violación, y (b) “el consentimiento de su representante legal” si “la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente.” Sobre el texto del artículo 86, inciso 2, los cambios confirmaron que la norma establecía una permisión del aborto en caso de violación de cualquier mujer y aclaraba la necesidad de representación legal en el caso de violación de la mujer “idiota o demente” o de la mujer menor de edad. La reforma de 1968 mantuvo su vigencia durante el gobierno militar que gobernó hasta 1973 y fue dejada sin efecto por el gobierno electo en 1973 que revirtió las reformas efectuadas por la dictadura en 1968. Una segunda reforma de parte del artículo 86 se llevó a cabo en 1976, cuando la última dictadura volvió a introducir las mismas reformas que su antecesora en 1968 y esa modificación quedó sin efecto nuevamente en 1984. Ese año el gobierno electo eliminó los cambios impuestos al C.P por el Proceso y retornó al texto sancionado en 1921, el cual rige desde entonces en su redacción original.

(87) Véase, por ejemplo, el estudio realizado por GOGNA, MÓNICA; PETRACCI MÓNICA; RAMOS, SILVINA; ROMERO, MARIANA; SZULIK, DALIA, “Anticoncepción y aborto en Argentina: perspectivas de obstetras y ginecólogos.” Instituto Nacional de Salud Pública (México), 2008, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2548963>

pretó que las indicaciones eran causales de justificación,<sup>(88)</sup> la razón por la que los servicios para la interrupción legal del embarazo no abundaron o no existieron, podría haber sido sólo una falla de implementación.

Olvidemos, por un momento, que durante décadas, y ciertamente desde el retorno democrático, fue casi nula la preocupación desde el derecho por reparar esa falla de implementación de servicios médicos de aborto en los casos justificados. Aunque por menos tiempo, algo parecido había ocurrido en muchos de los países que tenían normas como la argentina hasta la década del sesenta cuando la cuestión del aborto se reconfiguró, como resultado, primero, de la preocupación de sanitaristas y sectores progresistas, y luego, de la demanda feminista.<sup>(89)</sup>

Esta opinión no es compartida por quienes se oponen a cualquier mecanismo de liberalización de la regulación del aborto, en cambio. Ellos no aceptarán la reconstrucción del modelo de indicaciones que propongo aquí porque piensan -y siempre pensaron- que el modelo de indicaciones es un instrumento de regulación mucho más restrictivo. De un lado, para quienes abrazan interpretaciones de la Constitución, que en otro ámbito he denominado "conservadoras de máxima", se trata tan sólo de un modelo inconstitucional que debería eliminarse de nuestra legislación. Para otros, quienes sostienen concepciones más moderadas, enfrentamos más bien un modelo de excusas absolutorias que nada exigen en términos de regulación de los servicios para la interrupción legal del embarazo. He considerado parte de estas objeciones al modelo de indicaciones del artículo 86 en otros trabajos,<sup>(90)</sup> explicando porqué entiendo que son incompatibles con la Constitución. No es ese el debate que me interesa abordar aquí.<sup>(91)</sup> Entre otras razones, porque entiendo que la mayoría de las senten-

(88) SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1956, vol. 3.

Para una reconstrucción de los debates clásicos en torno al tema entre penalistas, véase FER-RANTE, MARCELO, "Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto", en BERGALLO, PAOLA, "Aborto y Justicia Reproductiva", Editores del Puerto. 2011.

(89) Sobre esta historia pueden verse los textos de la nota Supra.

(90) Al respecto, véanse los escritos citados en la nota Supra. En relación a la indicación del aborto en caso de violación, puede consultarse, BERGALLO, PAOLA, "El acceso al aborto por la causal violación: pautas para la interpretación y aplicación de la normativa vigente en la Ciudad de Buenos Aires" Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012. (en prensa)

(91) Me parece importante aclarar, sin embargo, que la interpretación del modelo de indicaciones como un modelo que exigía reglamentación a fin de generar una oferta legal de

cias y normas provinciales que revisaré como parte del giro procedimental revela una cantidad de actores políticos que asumen una comprensión del modelo de indicaciones como la que propongo, es decir, una que demanda normas sanitarias para su implementación.

## B.El artículo 86, segunda época 2005-2012: La reconfiguración a través del giro procedimental/federal

Desde los primeros años del retorno democrático en 1983, las feministas movilizadas por la liberalización del aborto reclamaron abandonar la penalización de la práctica a través de un modelo de plazos como los imperantes hoy en los países centrales. Sin embargo, pocas veces esas propuestas se tradujeron en proyectos legislativos que concitaran efectivamente el apoyo de actores políticos relevantes.<sup>(92)</sup> Recién a partir del 2006 se abrieron nuevos debates legislativos sobre la reforma jurídica con ese propósito. Ese año, por primera vez, surgió una iniciativa en el seno del poder ejecutivo que proponía revisar la penalización vigente.<sup>(93)</sup> El Ministerio de Justicia de la Nación elaboró un anteproyecto de reforma integral del CPN que recomendaba adoptar el modelo de derogación de la penalización en el primer trimestre.<sup>(94)</sup> Más allá de aquella propuesta, el debate sobre la reforma de los artículos que penalizan el aborto o reglan las indicaciones avanzó poco en el Congreso hasta el 2008 cuando comenzaron a considerarse algunos anteproyectos que proponían la adecuación del modelo

servicios para el aborto justificado, ha sido objetada. Aunque creo que esas objeciones son infundadas a la luz de las normas constitucionales aplicables, en lo que sigue dejaré ese debate a un lado.

(92) BROWN, JOSEFINA L., "El aborto como bisagra entre los derechos reproductivos y los sexuales", en PECHENY, MARIO; FIGARI, CARLOS; JONES, DANIEL, *Todo sexo es político*, Buenos Aires, Libros del Zorzal 2008 PECHENY, MARIO, "Yo no soy feminista," en BERGALLO PAOLA, *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

(93) ILEANA Y LU

(94) El proyecto fue presentado por la comisión redactora al público, pero la oposición de los sectores conservadores llevó a los responsables del poder ejecutivo nacional a quitar rápidamente su apoyo a la propuesta sobre aborto y más ampliamente al proyecto de revisión integral, que era más ambicioso en su pretensión de redefinir la cuestión penal. Véase, al respecto, la entrevista al Ministro de la Corte, Eugenio Zaffaroni, HAUSER, IRINA, "Dejemos el aborto como está porque el debate impide reformar el Código", Página 12, 26 de agosto de 2006, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-72041-2006-08-26.html> (visitado el 30 de mayo de 2010).

de permisos,<sup>(95)</sup> y más tarde a partir de fines del 2010 cuando se inició formalmente la discusión en comisión de un proyecto de reforma hacia el modelo de plazos presentado por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito (la "Campaña").<sup>(96)</sup>

Aunque esos debates parlamentarios sobre el modelo de plazos avanzaron poco, y cobraron mayor relevancia, al menos simbólica, en los últimos meses, sostendré a continuación que la regulación del aborto en el Código Penal de la Nación experimentó una importante transformación. Esos cambios tuvieron lugar en el contexto de otros procesos que implicaron la "procedimentalización" y la descentralización de la regulación del modelo de indicaciones.<sup>(97)</sup> En efecto, a partir del año 2005 comenzó a ponerse en práctica un nuevo paradigma en la interpretación y aplicación del modelo de indicaciones. Ese paradigma surgió, entre otros, en un contexto más amplio de iniciativas de movilización de las organizaciones de mujeres nucleadas en la Campaña, por un lado, y de varios casos judicializados por mujeres o sus madres al enfrentar obstáculos en la ruta de acceso al aborto legal.

Entre mediados del 2005 y fines del 2007, surgieron por lo menos cinco casos individuales encuadrables en el artículo 86 del CPN. Como había ocurrido en torno a otros litigios para el acceso a prestaciones de salud

(95) Véase, nota supra.

(96) Desde la Campaña, luego de un proceso de discusiones entre grupos y organizaciones de mujeres, se propuso una reforma del Código Penal hacia un modelo de plazos que prevé el aborto cuando la mujer lo demanda y sin condicionamientos durante el primer trimestre. Éste fue el proyecto de ley que en el 2008 entregó la Campaña ante el Congreso. Fue firmado por varios legisladores y concitó el apoyo decidido de importantes actores en el debate público sobre el tema. El proyecto no fue debatido en comisiones, pero se mantuvo en algunos espacios de discusión pública desde su origen en el 2007 y su posterior presentación en el 2008. Hacia fines del 2009 perdió estado parlamentario. En marzo del 2010 volvió al poder legislativo, esta vez con más adhesiones. Véase, CARABAJAL, MARIANA, "El día de los pañuelos verdes en el Congreso", Página 12, 17 de marzo de 2010, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-142177-2010-03-17.html> (visitado el 15 de febrero de 2012). Hacia fines del año 2010, el proyecto comenzó a ser discutido en reuniones de comisión.

(97) Esta sección se basa en una revisión sistemática de casos, en general judicializados, cubiertos por la prensa en diarios del país realizada entre 1ro. de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2011. Se complementa además con la información recabada en 12 entrevistas efectuadas para explorar la aplicación de la Resolución 1174/07 en dos hospitales de la Ciudad de Buenos Aires entre abril y junio de 2010. Los hallazgos de esta indagación se encuentran sintetizados en BERGALLO, PAOLA "Exploración de barreras de oferta en el acceso a la interrupción legal del embarazo en dos hospitales de la Ciudad de Buenos Aires," Buenos Aires, 2011 (mimeo).

reproductiva,<sup>(98)</sup> los casos dieron lugar a precedentes judiciales en los que los jueces insistieron que no correspondía pedir su venia para realizar los abortos previstos en el artículo 86 del CPN cuando quienes los requerían se encontraban en las circunstancias indicadas en él<sup>(99)</sup>. Pero además, ante importantes desacuerdos interpretativos en el seno de las comunidades de la salud y el derecho, en algunos casos, esas sentencias también conllevaron la aclaración de la constitucionalidad del modelo de indicaciones. En el primero de esos litigios, en el año 2005, C.P. de P.A.K.,<sup>(100)</sup> requirió a los tribunales la autorización para un aborto ante el peligro que generaba para su salud sostener el embarazo.<sup>(101)</sup> Luego de que su pedido de autorización fuera denegado, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires finalmente autorizó la práctica.<sup>(102)</sup> Al año siguiente un nuevo conflicto en la misma provincia enfrentó a la madre de L.M.R., una menor violada que sufría una discapacidad mental, a la necesidad de sobrellevar un litigio que autorizara el aborto<sup>(103)</sup>. Si bien una vez más el caso L.M.R. fue resuelto positivamente por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, las dilaciones y las dificultades para encontrar quien realizara el aborto termi-

(98) Hacia fines de la década del noventa y comienzos del nuevo siglo, un conjunto de demandas de aborto en casos de diagnóstico de anencefalia había llegado a los tribunales del país, y luego también a la Corte Suprema. Ante ellas, la respuesta legal evadió el desafío y se perdió entonces la posibilidad de que los tribunales ordenaran una reglamentación del aborto. Véase BERGALLO, PAOLA, "A propósito de un fallo formoseño....", supra nota 2.

(99) Estudios sobre estos casos pueden encontrarse por ejemplo, en los trabajos citados en la nota 8 supra. Además, véase, Para una reseña más completa de estos casos, véase por ejemplo CÁRDENAS, EDURNE; TANDETER, LEAH, *Derechos sexuales y reproductivos en Argentina*, Buenos Aires CONDERS, 2008; PUJÓ, SOLEDAD; DERDOY, MALENA, "Algunas notas críticas sobre el tratamiento judicial del aborto en Argentina", en *Anuario de derechos humanos*, Santiago de Chile, 2007. pp.137/139

(100) C. P. d. P., A.K. s/autorización, SCBA, 27 de junio de 2005, LLBA, Julio-2005, 629.

(101) Para una análisis de este caso, véase, CAVALLO, MERCEDES, "La falta de enforcement del aborto no punible en Argentina," en RJ, Suplemento Especial, supra nota 86.

(102) Sobre el caso L.M.R. puede consultarse la información disponible en la base de datos del Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, CLADEM: [http://cladem.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=409:caso-lmr-argentina-aborto&catid=47&Itemid=132](http://cladem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=409:caso-lmr-argentina-aborto&catid=47&Itemid=132) (visitado el 15 de febrero de 2012).

(103) Esta vez, empero, la intervención judicial fue provocada a raíz del pedido de la defensa pública en representación del feto luego de que la mujer notificara la violación de su hija.

narón inspirando una demanda contra el país ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resuelto en el 2011 a favor de L.M.R.<sup>(104)</sup>

Los dos casos mencionados recibieron difusión en varios medios nacionales y provinciales que cubrieron el tema<sup>(105)</sup>. A partir ellos, después de junio de 2006 se sucedieron otros litigios similares en los que las demandantes buscaban la implementación del modelo de indicaciones, en su mayoría, como consecuencia de una violación. Entre 2006 y mediados del 2007, la prensa nacional divulgó cuatro casos más que llegaron a los tribunales de Mendoza,<sup>(106)</sup> Entre Ríos,<sup>(107)</sup> Mar del Plata<sup>(108)</sup> y Santa Fe. En los tres primeros, madres de víctimas de violación requerían una autorización para interrumpir el embarazo en los sistemas provinciales de salud. En los casos de Mendoza y Entre Ríos, las víctimas además sufrían una discapacidad mental. Por otro lado, en Santa Fe, el caso de A.M.C., embarazada y con una enfermedad terminal, convocó diversas movilizaciones aunque no dio lugar, como los otros a pronunciamientos judiciales a favor o contra la denegación. El caso puso de manifiesto, más bien, la crueldad que podían imponer los profesionales de salud y el sistema sanitario de la provincia. En la interpretación abrazada por quienes habían recibido la petición de interrupción del embarazo, la normativa penal argentina no permitía excepciones a la penalización ni siquiera frente al riesgo para la vida y un diagnóstico terminal<sup>(109)</sup>.

(104) L.M.R., SCBA, 31 de julio de 2006, LLBA, Agosto- 2006, 895. El caso es sobre el pedido de autorización para que se interrumpa el embarazo de una niña discapacitada mental violada de Guernica, Provincia de Buenos Aires, en junio de 2006. Véase "El costo de no cumplir con el Código Penal," Página 12, 26 de noviembre de 2007.

(105) Los casos fueron cubiertos por diversos periodistas, pero el trabajo de seguimiento de los litigios más completo puede leerse en CARABAJAL, MARIANA, "El aborto en debate: aportes para una discusión pendiente". Paidós, Buenos Aires, 2009.

(106) C., S. M. y otros, 22 de agosto de 2006, Sala 1ª SCJ de Mendoza, La Ley, 2006-E, 171.

(107) Véase, "Le practicaron el aborto a la chica discapacitada de Entre Ríos que fue violada," Clarín, 24 de septiembre de 2007, disponible en: <http://www.clarin.com/diario/2007/09/24/sociedad/s-02606.htm> ().

(108) Véanse las citas anteriores sobre trabajos que discuten los litigios sobre aborto no punible, supra nota 7

(109) Véase, CARABAJAL, MARIANA, "El aborto en debate: aportes para una discusión pendiente". Paidós, Buenos Aires, 2009. Para un análisis de la sentencia a la que más tarde daría lugar el caso para sancionar a los profesionales del Hospital Iturralde que se negaron a realizar el aborto no punible, véase, , CAVALLO, MERCEDES, "La falta de enforcement del aborto no punible en Argentina," en RJ, Suplemento Especial, Junio 2011; supra nota 7. La

En cada uno de estos litigios surgidos en distintos lugares del país, activistas y abogadas colaboraron para defender el acceso a las indicaciones del artículo 86 y fomentar amplios debates públicos. Mientras esto sucedía, la Campaña también abogaba por la regulación sanitaria de procedimientos que evitaran la judicialización, tal como lo declaraban los jueces en las sentencias inspiradas por los casos.

En mayo de 2007, el Instituto Nacional contra la Discriminación y la Xenofobia (INADI) emitió una recomendación sobre la justificación y la regulación de los abortos no punibles que representó un paso inicial para recuperar la agenda del poder ejecutivo sobre la cuestión como problema de discriminación<sup>(110)</sup>. Durante el año 2007, las reacciones regulatorias a esas demandas no se hicieron esperar. Luego de casi noventa años, por primera vez, los ministerios de salud de cuatro jurisdicciones del país aprobaron directrices para definir los procedimientos de aborto no punible en los sistemas de salud pública locales. En pocos meses, las ciudades de Buenos Aires y Rosario, y las provincias de Buenos Aires y Neuquén aprobaron protocolos para la realización de los abortos no punibles<sup>(111)</sup>. En tan sólo un par de meses, más de la mitad de las mujeres del país vivía ahora en jurisdicciones que regulaban los servicios para la interrupción legal del embarazo. Aunque las normas podían representar sólo un mensaje formal, revelaban una reacción histórica desde la política pública sanitaria provincial. De forma concomitante, empero, otros intentos similares fracasaban en Mendoza y La Pampa según comentaré en la sección c infra.

Las directrices fijadas por los protocolos de esta primera generación de normas procedimentales sobre el aborto eran breves. Consistían en dos o tres páginas casi sin considerandos de fundamentación que comenzaban por aclarar la improcedencia del requisito de autorización judicial, como lo habían dejado en claro los jueces en los casos cubiertos por la prensa.

---

sentencia se identifica como: Requerimiento de Instrucción por la muerte de A.M.C., Expte. N° 2165, año 2007, Juzgado Correccional de la 5° Nominación de Santa Fe – Argentina.

(110) Recomendación Nro. 2, emitida por el Instituto Nacional contra la Discriminación y la Xenofobia, en mayor de 2009, Disponible en: [http://www.inadi.gob.ar/uploads/recomendaciones/rec\\_gral\\_abortoslegales.pdf](http://www.inadi.gob.ar/uploads/recomendaciones/rec_gral_abortoslegales.pdf) (visitado el 15 de febrero de 2012).

(111) RAMOS, SILVIA; BERGALLO PAOLA; ROMERO, MARIANA: "El aborto no punible: una cuestión de derechos humanos," Informe Anual 2008, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Siglo XXI Editores, 2009.

Además, las normas, aún vigentes -con el cambio de la de Rosario donde desde el 2009 rige también una norma provincial-, recordaban el deber de los médicos de informarse sobre los procedimientos de aborto legal y regulaban el funcionamiento; optativo o no; de comités de expertos, interdisciplinarios o ad hoc; la solicitud de consentimiento informado; y las formalidades para la representación de las mujeres menores de edad o con alguna discapacidad.

Los textos de los protocolos muestran similitudes en las provincias de Neuquén y Buenos Aires, por ejemplo. Reflejan además una transformación importante en los gestores de los sistemas de salud provinciales respecto de las normas del código penal. Para los ministerios de salud de algunas jurisdicciones del país, el modelo de indicaciones comenzaba a ser algo más que una promesa. Según veremos a continuación no mucho más, de todos modos.

#### **A. UNA NUEVA ETAPA EN EL GIRO PROCEDIMENTAL (2007-2011)**

Hacia fines del año 2007, comenzó a gestarse un segundo conjunto de reformas que propondré interpretar como parte de una nueva etapa dentro del cambio de paradigma que implicó el giro procedimental. Los cambios incluyeron, primero, procesos de deliberación y, a veces, de aprobación de una variedad más completa de normas procedimentales. En el plano federal, se desarrollaron iniciativas en el Congreso y el Ministerio de Salud. A nivel provincial, las legislaturas o los poderes ejecutivos de la Ciudad de Buenos Aires, Chubut, y Santa Fe, consideraron y, en los dos últimos casos, aprobaron, nuevos procedimientos para la interrupción legal de embarazo<sup>(112)</sup>. En segundo lugar, los procesos fueron acompañados por un par de sentencias que fueron un poco más allá en su interpretación del artículo 86 del CPN cuando se las compara con las del primer momento del giro procedimental. Veamos ambos desplazamientos.

En el plano federal, en noviembre de año 2007, el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación divulgó el texto de una Guía de Atención Integral para los Abortos No

.....  
(112) Véase, FAERMAN, ROMINA; MENÉNDEZ, VIRGINIA, supra nota 130.

Punibles (la Guía)<sup>(113)</sup>. Con el fin del mandato del ex Presidente Kirchner en diciembre de 2007, el Ministro de Salud Ginés González García dejó el cargo y fue sucedido por Graciela Ocaña. A diferencia de su predecesor, que había impulsado la redacción de la Guía, la nueva ministra pronto hizo pública su comprensión del problema del aborto como una cuestión de política criminal<sup>(114)</sup> y no acompañó la Guía con una resolución administrativa o su promoción en el seno del Consejo Federal del Salud (COFESA) como estándar federal para que fuera adoptado por las provincias. A pesar del desinterés demostrado por la nueva gestión sobre el tema, la Guía comenzó a ser mencionada por algunos actores preocupados por fomentar la regulación procedimental.

A los pocos meses, durante el 2008, cuatro legisladoras y legisladores de la Ciudad de Buenos Aires comenzaron otra instancia de ese giro procedimental proponiendo una nueva regulación del aborto no punible a nivel de la Ciudad. Los proyectos, que seguían varias de las pautas regulatorias planteadas en la Guía, y ampliaban su fundamentación generaron una serie de debates en audiencias públicas de la Legislatura de las que participaron expertos a favor y en contra de la normativa. Tal como surge de los registros de una de sus líderes, la Legisladora Diana Maffía,<sup>(115)</sup> el proyecto unificado que resultó de las cuatro propuestas no logró el apoyo de la mayoría, en manos del PRO, y perdió estado parlamentario al año siguiente. Implicó, sin embargo, un paso único hacia la deliberación pública y abierta sobre aspectos del giro procedimental que no habían sido debatidos en otra instancia de participación.

Entre el 2008 y el 2009, otras iniciativas regulatorias a nivel provincial siguieron indicando cambios. La provincia de Santa Fe adoptó por resolución ministerial la Guía. Algunos hospitales de la Provincia de Buenos Aires o la Ciudad comenzaron a resolver demandas de aborto no punible

(113) En cuya redacción participé junto a la Lic. Mariana Romero y un conjunto de expertos que revisó el proyecto elaborado con el apoyo de la Organización Panamericana de la Salud a pedido del Ministerio de Salud de la Nación.

(114) La opinión de la Ministra Graciela Ocaña en uno de los primeros reportajes concedidos, CARABAJAL, MARIANA, Página 12, 27 de diciembre de 2007, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-96668-2007-12-26.html> (visitado el 15 de febrero de 2012).

(115) Las transcripciones de las audiencias públicas convocadas por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires pueden consultarse en el portal de la ex Legisladora Diana Maffía, disponible en: [http://dianamaffia.com.ar/?page\\_id=1753](http://dianamaffia.com.ar/?page_id=1753) (visitado el 15 de febrero de 2012).

y realizaron los abortos. En Neuquén se avanzó con la implementación de la normativa aprobada en el 2007<sup>(116)</sup>.

La aprobación frustrada de la Guía a nivel federal, las deliberaciones de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires y la adopción de la Guía en la provincia de Santa Fe implicaron además pasos especialmente importantes al señalar que distintas instancias institucionales del país ofrecían interpretaciones más ambiciosas del alcance de las indicaciones para el aborto en los dos incisos del artículo 86, y en el sentido de disminuir la exigencia de requisitos para la constatación de las causales. En el mismo sentido, comenzaron a pronunciarse los tribunales de algunas provincias del país hacia fines del año 2009.

De hecho, entre fines de 2009 y comienzos de 2010, nuevas sentencias mostraron a los jueces en Río Negro y Chubut autorizando la realización de abortos no punibles solicitados por víctimas de violación. Las nuevas sentencias adoptaban ahora la interpretación de la permisión del aborto por violación que proponían la Guía o los proyectos de la Legislatura de la CABA, y consideraban que el aborto debía permitirse también a las víctimas que no sufrían una discapacidad mental.

En particular, los casos F.A.L.<sup>(117)</sup> y M.<sup>(118)</sup> tramitados con pocos días de distancia en Chubut, representaron hitos en el desplazamiento de la jurisprudencia nacional. Al decidir el primero, el Tribunal Superior de Chubut estableció un importante precedente al autorizar el aborto por violación a una víctima que no sufría una discapacidad mental instando a los otros

.....

(116) Una investigación realizada en la Provincia de Neuquén que contó con el apoyo de la Secretaría de Ciencia y Tecnología del Ministerio de Salud de la Nación, mostró el avance de la implementación de las normas de aborto no punible en la provincia. Así, por ejemplo, del total de 108 profesionales que respondieron la encuesta, el 70% estaba a favor de la realización de los abortos no punibles. Programa de Salud Reproductiva de la Provincia de Neuquén, "Percepciones, prácticas y actitudes de los profesionales médicos en la atención del aborto," 2011, disponible en: <http://www.hypermedios.com/aborto/aborto%20final.pdf>, (visitado el 15 de febrero de 2012). En el mismo sentido, las autoridades del ministerio de salud de la provincia coinciden en su apoyo a la regulación, véase al respecto, CARABAJAL, MARIANA, "Médicos a favor de la despenalización," Página 12, de 2011, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-170971-2011-06-28.html> (visitado el 15 de febrero de 2012).

(117) F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, Trib. Sup. Just. de Chubut, 8.3.2010, Expte. 21.912-f-2010

(118) M., Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, 19.3.2010, Expte. 93/10.

poderes del estado a regular los procedimientos para la realización de abortos no punible según lo previsto en la Guía.

Dos meses después, la Legislatura de Chubut reaccionaba frente a la demanda de la Corte aprobando por unanimidad la Ley XV Nro.14, en mayo de 2010 que regula los procedimientos sobre aborto no punible<sup>(119)</sup>. Con la ley, el Ministerio de Salud provincial inició entonces una política pública para fomentar la aplicación del procedimiento legislado, como las que avanzaban desafortunadamente sin publicidad, en Neuquén, Santa Fe y, de forma aislada, de la mano de profesionales serios con iniciativa en algunos hospitales de la Provincia de Buenos Aires o la Ciudad<sup>(120)</sup>.

Los acontecimientos de reforma legal que he descripto en este punto reflejan algunos cambios sobre los primeros pasos del giro procedimental que identifiqué en el acápite anterior. En primer lugar, avanzan sobre el desarrollo de su justificación aludiendo a diversos derechos de las mujeres en la fundamentación. Dado que las primeras regulaciones abordaban sólo la definición de procedimientos sin encuadrarlos en un marco de derechos, esta expansión en la identificación de las razones para la regulación representa un gesto en el sentido de recuperar desde el discurso oficial el rol de las mujeres como sujetas de derecho en el debate sobre el aborto. Pero al mismo tiempo, esta ampliación de la justificación del modelo de indicaciones refleja también un ejercicio de modernización de la fundamentación constitucional del artículo 86, aggiornada en las nuevas normas, a un acuerdo constitucional donde la promesa de igualdad entre los géneros ocupa un lugar diferente. Sin duda, un lugar seguramente diferente al de las justificaciones abrazadas por los legisladores que en 1921 aprobaron el CPN.

En segundo término, los eventos referidos muestran una transformación de los procedimientos como herramientas para la determinación del alcance de las causales del modelo de indicaciones. Las nuevas regulaciones reconfiguran la definición de las indicaciones del aborto por peligro

(119) Ley provincial de procedimientos a desarrollar en los establecimientos de salud pública, respecto de la atención de los casos de abortos no punibles. Chubut - Argentina. Ley XV N° 14 .

(120) Véanse, al respecto, CARABAJAL, MARIANA , "Guías para garantizar el acceso a la salud," Página 12, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-150200-2010-07-27.html> (visitado el 15 de febrero de 2012).

para la salud y violación, aclarando respecto de la primera que la salud debe definirse de forma integral según el concepto de la OMS, y sobre la segunda, que se trata de un permiso habilitado a cualquier víctima. Al hacerlo, aportan pautas de interpretación que suponen también una mirada sustantiva a la interpretación del derecho con un enfoque de derechos humanos. En tercer lugar, las nuevas herramientas procedimentales amplían la especificidad de las reglas de aplicación de la causal fijando posición frente a cuestiones controvertidas o reguladas más restrictivamente en los primeros protocolos. Así, por ejemplo, las normas definen que la constatación de la causal salud la hará un solo profesional médico o del área de la salud mental, mientras que interpreta que no corresponde “constatar” la violación. Respecto del requisito de la denuncia previa de la violación, si bien normas como la Guía o los proyectos legislativos presentados en la Ciudad la exigían, otros como la norma sancionada en Chubut la sustituye por una declaración jurada. Las resoluciones exigen además el suministro de información completa y veraz, prohíben las dilaciones, alertan sobre la posibilidad de aplicar sanciones administrativas o penales, y hacen referencia a los deberes de confidencialidad y la objeción de conciencia.

Pero además de los cambios en el contenido del derecho, esta etapa del giro procedimental también fue acompañada por al menos cuatro importantes cambios políticos con impacto en la legitimidad de los procesos de reforma legal que he descripto. En primer lugar, las regulaciones fueron seguidas del desarrollo creciente de tareas de implementación. En algunas localidades como Buenos Aires, Chubut, Neuquén o Santa Fe, la tarea de implementación fue asumida por la gestión ministerial provincial<sup>(121)</sup>. En otros sitios como en Santa Fe, además, la implementación implicó también el avance en la regulación de cuestiones asociadas a la garantía de la oferta de servicios de salud como la reglamentación de la objeción de conciencia.<sup>(122)</sup>

Un segundo cambio en este sentido resultó también de la importante ampliación de los canales de participación que más allá del activismo de

.....

(121) *Ibidem*.

(122) En el año 2009, la provincia de Santa Fe sancionó una ley que regula el registro de objetores de conciencia. Por otra parte, según consta en el portal del gobierno provincial, estaba desarrollando un relevamiento de los profesionales de salud que se manifestaran como objetores. Véase, al respecto, [http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/126120/\(subtema\)](http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/126120/(subtema)), (visitado el 15 de febrero de 2012).

quienes integran la Campaña, en esta etapa implicaron (a) la presencia de profesionales de diversas disciplinas en los debates de la Legislatura de la CABA,<sup>(123)</sup> (b) la participación de organizaciones nacionales e internacionales a través de *amicus curiae* ante casos como el de Chubut,<sup>(124)</sup> (c) la emisión de posicionamientos públicos de diversos actores frente a los casos judicializados,<sup>(125)</sup> y (d) la elaboración de opiniones profesionales sobre los alcances del modelo de indicaciones<sup>(126)</sup>.

Pero además, el trabajo legal se expandió también en la abogacía transnacional a través del litigio de casos como L.M.R.<sup>(127)</sup> y la reiteración de viejos reclamos en las evaluaciones del país frente a los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos y el sistema regional de derechos humanos<sup>(128)</sup>. Si bien la reivindicación de un derecho al aborto había figu-

.....

(123) Véanse, al respecto las transcripciones de las audiencias públicas, supra nota .....

(124) La presentación de *amicus curiae* en el caso se dio tanto a nivel provincial, primero, como ante la Corte Suprema de la Nación, más tarde. Recibió el tratamiento de la prensa, véase, por ejemplo, CARABAJAL, MARIANA, "Una oportunidad histórica," 23 de mayo de 2011, Diario *Página 12*, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/168668-53739-2011-05-23.html>.

(125) El dictamen puede encontrarse en el portal de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, disponible en: <http://www.aapdp.com.ar/declaraciones.html> (visitado el 15 de febrero de 2012).

(126) Otras declaraciones incluyen, por ejemplo, las peticiones de audiencia presentadas por profesionales de la salud y del derecho a la Ministra Ocaña adjuntando un pronunciamiento sobre la Guía, o las elaboradas por un conjunto de profesores y académicos del derecho en el 2008 o por Profesores de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal en el 2010. Véase, al respecto, FAERMAN, ROMINA; MENÉNDEZ, VIRGINIA, "El caso Profamilia: Un análisis de la regulación del aborto no punible en la Ciudad." JA, Suplemento Especial, Junio 2011.

(127) CARABAJAL, MARIANA, "Una sanción por incumplir la ley," *Diario Página 12*, 23 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-168072-2011-05-13.html> (visitado el 15 de febrero de 2012).

(128) Así, por ejemplo, en agosto de 2010 el Comité que monitorea el cumplimiento de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), luego de recibir varias referencias a la necesidad de regular los abortos no punibles en los informes sombra presentados por organizaciones del país, expresó: "su preocupación por la elevada tasa de embarazos entre las adolescentes y la elevada tasa de mortalidad materna, que en una tercera parte tiene como causa el aborto ilegal," instando al Estado a revisar "la legislación vigente que penaliza el aborto, que tiene graves consecuencias para la salud y la vida de las mujeres. El Estado parte debe asegurarse de que la "Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles," se aplique en todo el país de manera uniforme de modo que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para interrumpir el embarazo". Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la

rado en esos foros antaño, los nuevos reclamos se centraron también en los procedimientos de aborto no punible, ahora enmarcados en la reivindicación por la Guía o la sanción de regulaciones provinciales, y la implementación de las existentes.

En todos estos nuevos ámbitos de movilización en torno al derecho y la aplicación de la regulación procedimental para el acceso a los abortos no punibles, se ampliaron los actores involucrados, se profundizó la sustancia de las contribuciones, y se expandieron sustantiva y procedimentalmente las condiciones de la deliberación sobre el aborto, terminando de conformar lo que entiendo es claramente un nuevo paradigma de procedimentalización y federalización del modelo de indicaciones.

### C. LOS LÍMITES DEL MODELO DE INDICACIONES Y EL GIRO PROCEDIMENTAL

La reconstrucción de la trayectoria de reformas legales que he descrito podría interpretarse como un simple proceso de evolución hacia la ampliación del acceso al aborto legal; caer en este tipo de interpretación sería erróneo. Una comprensión más compleja de ese proceso, al menos desde el punto de vista de los cambios en los textos normativos, demandaría observar otras dinámicas políticas e institucionales. Ellas fortalecieron y en muchas ocasiones limitaron los alcances prácticos de la transformación que he trazado hasta llegar a explicar, en parte, su fracaso<sup>(129)</sup>.

Discriminación contra la Mujer, 16 de agosto de 2010, CEDAW/C/ARG/CO/6. También se han pronunciado sobre el tema Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 31/03/2010, CCPR/C/ARG/CO/4; y el Comité de derechos del Niño en el año 2010, Observaciones finales del Comité de derechos del niño, 21 de junio de 2010, CRC/C/ARG/CO/34. Véase, al respecto, PEÑA FAGO, ANGÉLICA, y CÁRDENAS, EDURNE, "Barreras judiciales al acceso al aborto legal: La intervención ilegítima de la justicia en casos de Aborto No Punible en Argentina," Buenos Aires, agosto de 2011, ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales de Salud y Población, disponible en: <http://webiigg.sociales.uba.ar/saludypoblacion/ixjornadas/principal.php?resumenid=78> (visitado el 15 de febrero de 2012).

(129) Al pensar en los procesos político-jurídicos que pueden haber fomentado algunos de los cambios anteriores, una reconstrucción más allá de la genealogía de las normas debería incorporar datos relevantes, por ejemplo, como la sanción de nuevo marco regulatorio sobre la violencia de género a nivel federal o la recepción legislativa del matrimonio igualitario. De otro lado, para pensar los contextos de restricción que han limitado fuertemente la aplicación práctica de los procedimientos previstos en los protocolos sanitarios sobre aborto, deberíamos observar de forma más compleja el entramado de acciones sobre el giro procedimental que han demostrado convivir a veces en distintas áreas de una misma institución o ministerio del país. Esa observación podría incluir, por ejemplo, una consideración de la evolución y

Pero en particular, para comprender ese fracaso también será necesario enfocarnos en cuatro factores que revelan las limitaciones del giro procedimental y del modelo de indicaciones, en un sentido más amplio. Según argumentaré a continuación, estos factores comprenden: (a) el carácter incompleto del giro procedimental desde la perspectiva de la estructura federal argentina, (b) las resistencias contra él puestas en práctica desde la movilización legal conservadora, (c) los déficits de interpretación e implementación de las regulaciones sanitarias aprobadas en el último lustro, y (d) la inseguridad jurídica inherente al modelo de indicaciones más allá de la experiencia concreta de su aplicación en el país.

Según argumentaré al cerrar este comentario, esta reconstrucción de los límites del giro procedimental y el modelo de indicaciones proveen otras razones para justificar la constitucionalidad de los proyectos legislativos que promocionan el abandono de la penalización del aborto.

El carácter incompleto del giro procedimental: Una nueva fragmentación de derechos.

En primer lugar, el giro procedimental ha sido hasta ahora un fenómeno acotado a un número de jurisdicciones del país, 6 para ser más precisa. Si bien en ellas habitan más de la mitad de la población de la Argentina, se trata de cambios legales a nivel local que pueden haber contribuido a incrementar la fragmentación de derechos que caracteriza la provisión de servicios de salud en el país.

En la mayoría de las provincias no ha habido cambios regulatorios. Si bien en algunas donde no rigen nuevas regulaciones sanitarias pueden haber surgido iniciativas micro-institucionales para garantizar la oferta de servicios de aborto legal, no hay evidencia de que las provincias sin normas de aplicación del artículo 86 del CPN hayan desarrollado políticas públicas en ese sentido. Dada la ausencia de un marco procedimental a nivel federal y la falta de apoyo mostrada por el gobierno federal a iniciativas como la Guía, ¿quién podría culpar a las 18 provincias del país que ni siquiera regulan la realización de los abortos del artículo 86? En definitiva, en varias de esas 18 provincias, el modelo de indicaciones sigue aún siendo sólo una promesa y la penalización total, sin excepciones de facto la práctica.

---

los momentos de la relación política entre los líderes de la Iglesia Católica y funcionarios de todas las escalas y fueros del poder en el país.

## La resistencia al cambio legal: Reacciones jurídicas contra el giro procedimental.

Completar la observación panorámica del giro procedimental requiere, también, recuperar el trasfondo de las resistencias legales que nunca dejaron de oponerse a la aprobación de regulaciones sanitarias. En efecto, la expansión del giro procedimental que he descripto, no sucedió de forma lineal. Una y otra vez desde el año 2006, la generación de normas procedimentales enfrentó acontecimientos que más o menos soterradamente socavaron su efectividad. Entre las instancias de resistencia que alcanzaron más publicidad y que convivieron en las provincias mientras los cambios que describí en el punto anterior se producían, podríamos diferenciar las desplegadas, primero, en el plano judicial. Ellas incluyeron la obstrucción de varios casos individuales surgidos en contextos donde mujeres o niñas víctimas de violación o cuya vida estaba en peligro finalmente no accedieron al aborto. Según lo han testimoniado los medios, la configuración de verdaderos casos de tortura incluyó, por ejemplo, algunos en los que la judicialización indebida de pedidos de aborto para víctimas de violación de 11 o 12 años terminó sometiendo a las madres a presiones insostenibles que las llevaron a retirar la solicitud del aborto<sup>(130)</sup>. En otros casos, mujeres con riesgos severos para su vida y su salud fueron obligadas a sostener un embarazo en condiciones infrahumanas<sup>(131)</sup>.

En segundo lugar, las estrategias de resistencia al giro procedimental abarcaron también solicitudes como la apelación presentada ante el caso F.A.L. por un defensor público de la provincia de Chubut, aún pendiente de resolución ante la Corte Suprema por el caso F.A.L. de Chubut<sup>(132)</sup>. En

.....

(130) CARABAJAL MARIANA "Puerta abierta al golpe bajo en un hospital," Página 12, Buenos Aires, 6 julio de 2008. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-111093-2008-09-06.html>, (visitado el 15 de febrero de 2012). Como ejemplo de este tipo de prácticas, puede verse, "Mendoza: Piden autorización judicial para que aborta una niña violada," Magdalena Tempranísimo, agosto de 2008, <http://www.continental.com.ar/noticias/actualidad/mendoza-piden-autorizacion-a-la-justicia-para-que-aborte-una-nina-violada-ministro-de-salud-se-desliga-del-tema/20080904/nota/664672.aspx>, (visitado el 15 de febrero de 2012)

(131) CAVALLO, MERCEDES, "La falta de enforcement del aborto no punible en Argentina," en JA, Suplemento Especial, Junio 2011; supra nota 86.

(132) F.A.L. 2010, supra nota 121.

el mismo sentido, funcionó el caso Profamilia,<sup>(133)</sup> planteado ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires contra la regulación del procedimiento establecida mediante la Resolución 1174/07.<sup>(134)</sup> Finalmente, la estrategia de reacciones judiciales llegó a incluir en el año 2010 la puesta en marcha de un pedido de juicio político a un juez de Río Negro que había resuelto el caso mencionado arriba, y que no avanzó<sup>(135)</sup>.

Además de estas instancias de resistencia judicial, las obstrucciones ante el giro procedimental también se tradujeron en acciones políticas. En una primera etapa, esas resistencias incluyeron iniciativas instrumentadas en el contexto de la transición de mandatos que ocurrió en diciembre de 2007. En Mendoza, por ejemplo, resultaron en la frustración de la aprobación de un proyecto de regulación del aborto no punible. Allí, la gestión del Ministerio de Salud que asumió en diciembre de 2007 nunca aprobó un proyecto de protocolo elaborado a instancias del programa provincial de salud sexual y reproductiva. Ese mismo diciembre, el gobernador electo de La Pampa, vetó el proyecto de legislación que había aprobado por unanimidad la legislatura provincial para la realización de los abortos legales. Si bien la constitucionalidad de ese veto fue observada en un planteo judicial que llegó a la Corte Suprema, ésta lo desestimó<sup>(136)</sup>.

A partir del año siguiente, las resistencias conservadoras a las iniciativas en pos de la regulación procedimental se manifestaron también en el congelamiento de los debates sobre los proyectos de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Esa obstrucción fue liderada por actores tan diversos como los líderes del PRO y legisladores conservadores de las mismas fuer-

(133) Profamilia Asoc. Civil. Vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/impugnación de actos administrativos, Expte: EXP 31117/0, 7.11.2008.

(134) Un comentario sobre el caso pueden encontrarse en FAERMAN, ROMINA; MENÉNDEZ, VIRGINIA, supra nota 130.

(135) Véase, sobre el caso: "Deciden si va a juicio político al juez que autorizó el aborto no punible," Clarín, 5 de agosto de 2010, disponible en: [http://www.clarin.com/sociedad/Deciden-juicio-politico-autorizo-aborto\\_0\\_311368934.html](http://www.clarin.com/sociedad/Deciden-juicio-politico-autorizo-aborto_0_311368934.html)).

(136) Sobre el evento de aprobación en el congreso provincial, véase, "La Pampa: Reglamentan los abortos no punibles", La Nación, 27 de noviembre de 2007, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/966675-la-pampa-reglamentan-el-aborto-no-punible>. En relación a la consideración del veto por parte de la Corte Sup. Nac. véase disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/3-54401-2011-06-28.html>, (visitado el 15 de febrero de 2012).

zas que impulsaban las iniciativas<sup>(137)</sup>. Finalmente, en el ámbito del gobierno federal, los gestos de resistencia surgieron también de liderazgos del poder ejecutivo de la nación. Algo parecido, sucedió en la conducción de la Ciudad de Buenos Aires. En ambos foros, se detuvieron de alguna forma iniciativas que buscaban profundizar el procedo de producción de regulaciones sanitarias<sup>(138)</sup>.

En el plano del gobierno federal, la resistencia y la confrontación de posiciones frente al cambio de paradigma también ha caracterizado las relaciones intra-departamentales. Durante el 2010, el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable encargó la revisión de la Guía y produjo una segunda versión, la Guía Revisada<sup>(139)</sup>. Sin embargo, en junio de ese año, ante el anuncio de su aprobación mediante resolución ministerial, el Ministro Manzur, que en el 2009 había reemplazado a Graciela Ocaña, desmintió la aprobación de la norma.<sup>(140)</sup> En el mismo sentido, el Secretario de Salud de la Ciudad retiró la Resolución 1174/07 que había regulado los abortos de la página web y detuvo, por lo menos hasta el año 2009, las iniciativas para fomentar su implementación en los hospitales de la ciudad.

### C. DÉFICITS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL GIRO PROCEDIMENTAL

Pero allí donde el giro procedimental se tradujo en la aprobación de nuevas normas, también ha mostrado limitaciones<sup>(141)</sup>. Desde el punto de vis-

(137) El proyecto recibió un dictamen positivo en la Comisión de Salud de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires durante el 2010, pero perdió estado parlamentario el último año al no recibir aprobación en el recinto. Véase, al respecto, disponible en: Legislatura porteña: aprobaron en comisión un proyecto sobre aborto no punible," TN, 24 de agosto de 2010, disponible en: <http://tn.com.ar/politica/00041055/legislatura-portena-aprobaron-en-comision-un-proyecto-sobre-aborto-no-punible>, (visitado el 15 de febrero de 2012).

(138) Sin embargo, este primer estadio del giro procedimental comenzaría a mostrar pronto algunas de sus restricciones.

(139) GALLO, DANIEL, "Polémica ampliación del aborto legal," *Diario La Nación*, 21 de julio de 2010, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1286804-polemica-ampliacion-del-aborto-legal>, (visitado el 15 de febrero de 2012).

(140) GALLO, DANIEL, "Confusión por la guía sobre el aborto que sigue vigente," *Diario La Nación*, 22 de julio de 2010, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1287135-confusion-por-la-guia-sobre-el-aborto-que-sigue-vigente>, (visitado el 15 de febrero de 2012).

(141) Sobre las barreras concretas en el contexto argentino, véase, RAMÓN MICHEL, Agustina, "La inaccesibilidad del aborto no punible," en BERGALLO, PAOLA, *Aborto y justicia re-*

ta legal, esas limitaciones se presentan en un espectro que incluye, por ejemplo, casos como el de la Ciudad Buenos Aires, donde la ausencia de políticas públicas para implementar el procedimiento previsto en la Resolución 1174/07 ha sido un rasgo de la gestión del PRO<sup>(142)</sup>. De este modo, si bien en algunos hospitales la oferta de servicios de aborto legal está disponible gracias al compromiso con los derechos de las pacientes de algunas profesionales, en la mayoría de las instituciones del sistema de salud de la Ciudad, esos servicios no existen<sup>(143)</sup>.

Al otro extremo de ese espectro, es posible hallar instancias de mayor implementación como lo refleja, por ejemplo, la situación en Neuquén. Allí, desde el 2007 se aplica de forma creciente la directiva provincial para al sistema público de salud<sup>(144)</sup>. Pero la implementación nunca es completa. Por ejemplo, a pesar del significativo avance hacia la generación de oferta de servicios de aborto legal, el sistema de salud de esa provincia no la publicita ampliamente. Por lo tanto, poco se sabe sobre la localización de los servicios que efectivamente realizan abortos, sus horarios de atención, o los nombres de profesionales a los que podrían recurrir quienes enfrentan las circunstancias del artículo 86<sup>(145)</sup>. En ese contexto, la generación de demanda por mujeres que podrían necesitarlos podría ser más limitada de la efectivamente existente.

Ahora bien, una revisión de la cobertura periodística efectuada en los últimos cuatro años de litigios para el acceso al aborto en las circunstancias indicadas en el artículo 86 y los datos que recabé a través de 12 entrevistas exploratorias realizadas en tres instituciones de salud de la Ciudad Au-

.....  
*productiva*, Buenos Aires Editores del Puerto, 2011. Para una revisión analítica de las barreras en otros contextos, véase, GONZÁLEZ VÉLEZ, ANA CRISTINA, supra nota 46.

(142) Aprobada por Resolución 1174-MSGC-07 del Ministerio de Salud del Gobierno la Ciudad de Buenos Aires.

(143) Según información recabada en entrevistas con profesionales de la salud de hospitales públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abril-Junio 2010.

(144) Procedimiento para la atención profesional del aborto no punible, Resolución No 1.380, 28/11/07, Ministerio de Salud y Seguridad Social de la provincia de Neuquén.

(145) La cuestión de la publicidad insuficiente de la oferta de servicios de aborto en los hospitales públicos donde se realizan es fundamental, especialmente teniendo en cuenta el contexto de restricción en el acceso a esos servicios. Sin embargo, el tema no ha sido debatido en público en el contexto local. Véase, el tratamiento de la cuestión en el Informe del Brudgley Committee de Canadá, considerado infra nota III.C.b.

tónoma de Buenos Aires,<sup>(146)</sup> sugiere que donde se ha concretado el giro procedimental, todavía se observan múltiples obstáculos desde el punto de vista de la oferta de servicios. Entre las restricciones vinculadas al funcionamiento del derecho, estos déficits en la oferta de servicios de aborto legal pueden distinguirse por lo menos en tres categorías:

(a) Déficits de interpretación y aplicación de las indicaciones mediante exigencias improcedentes. En primer lugar, en algunas jurisdicciones los procedimientos vigentes no aclaran, por ejemplo, la extensión de la permisibilidad del aborto justificado en los casos de violación de mujeres que no sufren discapacidad. Entonces, al ser interpretada de forma dispar, la causal de despenalización del aborto por violación genera una variación en el alcance de la casuística de abortos permitidos entre provincias del país donde ocurrió el giro procedimental. En el mismo sentido, dada la variación en la interpretación de la causal salud, mientras en alguna provincia los servicios pueden incluir el aborto en caso de peligro para la salud psíquica, en otra simplemente se limitan a los peligros que afectan la salud física.

También en la aplicación de las normas procedimentales se observan discordancias y abusos que incluyen la imposición de exigencias no previstas como requisitos previos a la práctica del aborto legal. Estos requisitos terminan dilatando el acceso a servicios que las mujeres muchas veces requirieron en etapas tempranas del embarazo. Las demandas de formalidades no previstas pueden incluir: (a) la judicialización indebida de la autorización del aborto incluso a pesar de la existencia de reglas procedimentales claras que dicen que ella no corresponde;<sup>(147)</sup> (b) la denuncia penal de la violación como requisito previo para el aborto o incluso su prueba pericial o constatación médica; (b) la prueba de la declaración judicial de insania si la mujer sufre una discapacidad mental; (c) el consentimiento de ambos

.....  
(146) Las instituciones abarcaban: dos hospitales, un hospital escuela, y un centro de atención primaria.

(147) Un ejemplo en este sentido lo ofrece el caso ocurrido en la localidad de Bahía Blanca desde durante el año 2008, a pesar de que allí debía aplicarse el protocolo que regula las prácticas de aborto no punible sancionado el año anterior. Véase, al respecto, "Bahía Blanca, disputa por el freno al aborto de una joven violada," La Nación, 1ro. de octubre de 2008, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1055239-bahia-blanca-disputa-por-el-freno-al-aborto-de-una-joven-violada> (visitado el 15 de febrero de 2012). Caso S.G.N. s/situación, Tribunal de Familia de Bahía Blanca, 1.10.2008 (Causa 30.790), surgido en la Ciudad de Bahía Blanca ante la violación de una joven con una discapacidad mental, a pesar de la normativa vigente en la Provincia de Buenos Aires y la sentencia en el caso L.M.R.

progenitores para las menores de edad o mujeres con discapacidad;<sup>(148)</sup> o (d) la imposición de plazos gestacionales no previstos en la normativa<sup>(149)</sup>.

(b) Déficits vinculados a prácticas de vulneración de derechos en particular: En ocasiones, las normas que regulan el aborto no punible han sido aplicadas sin respetar ciertos deberes profesionales hacia los derechos de las pacientes en cuestiones como: (a) la protección del secreto profesional, (b) el deber de informar y requerir un consentimiento informado; (c) el deber de respetar los derechos de la mujer a la dignidad y la privacidad, por ejemplo, en el proceso de constatación de las causales, (d) el deber de respetar la intimidad que se ha violentado en ocasiones por la excesiva divulgación de información sobre quien demandaba los abortos legales; (e) el derecho a ser oída de las mujeres menores de edad; (f) el derecho a su protección frente a potenciales conflictos de intereses con sus progenitores o representantes; o (g) el derecho a gozar de los avances del conocimiento científico que se vulnera al restringir los métodos disponibles para la realización del aborto, excluyendo, por ejemplo, recursos seguros como el aborto con medicamentos<sup>(150)</sup>. Por último, la vulneración de derechos en la oferta de servicios de aborto legal, allí dónde ésta existe, puede surgir también de la tolerancia indebida de las autoridades hospitalarias y del sistema de salud ante usos abusivos de la objeción de conciencia. Esa tolerancia puede resultar de la falta de control y sanción de la objeción de conciencia<sup>(151)</sup>.

(c) Déficits de infraestructura: Un tercer conjunto de problemas legales vinculados a la aplicación del modelo de indicaciones y las normas procedimentales sancionadas en los últimos años incluye: (a) la falta de un reconocimiento legal expreso del menú amplio de recursos para que los abortos puedan ser realizados con las distintas técnicas disponibles hoy; .....

(148) En el caso Defensora de P.Y.M. (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona, Trib. Sup. Just. Entre Ríos, 20 de setiembre de 2007, LLLitoral, noviembre de 2007, 1069, este fue un requisito que según los medios solicitaban los jueces.

(149) Estos plazos suelen fijarse entre la semana 22 y 24 en la práctica de los profesionales de la salud, pero no hay una norma expresa sobre el tema.

(150) Sobre el aborto con medicamentos puede consultarse el documento de la Organización Mundial de la Salud, GROSSMAN, D., "Medical methods for first trimester abortion, RHL commentary (last revised: 3 September 2004). The WHO Reproductive Health Library; Geneva: World Health Organization, disponible en: <http://apps.who.int/rhl/fertility/abortion/dgcom/en/index.html>, (visitado el 15 de febrero de 2012).

(151) Al respecto, véase, ALEGRE, MARCELO "Opresión a conciencia," en Seminario de Teoría Constitucional y Política, Buenos Aires, Librería Ediciones, 2010.

(b) la ausencia de políticas de publicidad y distribución de información sobre las normas aplicables pero también sobre los profesionales que realizan los abortos cumpliendo con ellas, sus horarios de atención; (d) la falta de integralidad de los servicios y, en especial, su inadecuada coordinación con servicios de atención de víctimas de violencia donde la información legal incluya la disponibilidad de la opción del aborto por violación;<sup>(152)</sup> (e) su cobertura limitada al sistema público de salud y la falta de regulación de la prestación de los seguros contributivos; (f) la falta de regulaciones, y políticas de publicidad sobre los profesionales objetores de conciencia; (g) la ausencia de reglas y prácticas de referencia urgente y obligatoria hacia servicios donde se garantice la realización de los abortos legales, (h) la falta de regulación sobre el reemplazo de profesiones, cuando correspondiera garantizar los derechos de acceso frente al ejercicio de la objeción de conciencia;<sup>(153)</sup> (i) la ausencia de capacidades técnicas y regulaciones específicas para atender las demandas de aborto legal de menores de edad, en especial, de las niñas, y de mujeres con discapacidades, mujeres indígenas, migrantes y mujeres en situación de prisión; y (j) la carencia de servicios de asistencia jurídica adecuada para los casos en que las mujeres pudieran necesitar enfrentar la judicialización del pedido de autorización. Finalmente, la falta de infraestructura y reglas para que el sistema de salud proteja a las mujeres de las interferencias de terceros que las hostiguen con el fin de disuadir su decisión.

Los tres tipos de déficits descriptos interactúan socavando la eficacia de la aplicación de las normas procedimentales sobre el aborto. Socavan esa eficacia, además, al promover la dilación indebida de los procedimientos que puede imprimir consecuencias morales y biológicas sobre la salud de las mujeres. Primero, porque extiende el embarazo y al hacerlo puede imponer riesgos físicos para el aborto que podrían haberse evitado de haberse concretado en una etapa gestacional anterior. Segundo, cuando la demanda del aborto se solicita para enfrentar un peligro para la salud, la extensión del plazo por el que las mujeres corren el riesgo es obviamente una carga onerosa carente de justificación. Tercero, en el caso de la violación, la dilación puede postergar un trauma imprimiendo riesgos para la salud física y psíquica de la víctima. En estos casos, por otra parte,

(152) Una excepción en ese sentido la representa el Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violencia Sexual, elaborada por el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación, Buenos Aires, 2011.

(153) ALEGRE, MARCELO, "Opresión a conciencia," supra nota 156.

las dilaciones pueden terminar forzando la utilización de técnicas para el aborto más invasivas y la restricción del menú de profesionales que estarían dispuestos a realizarlo. A veces, incluso, pueden terminar implicando una denegación absoluta de los derechos en juego.

Pero estos déficits tampoco son privativos de la experiencia argentina. Algunos de ellos fueron también identificados mediante evidencia empírica producida, por ejemplo, en la aplicación de normas procedimentales que regulaban un modelo de indicaciones en otros contextos, como el de Canadá. Los problemas señalados aquí, fueron también denunciados por las investigaciones llevadas a cabo en Canadá desde el Committee on the Operation of the Abortion Law. Luego de un extenso trabajo, la Comisión Bradgley, produjo en 1977 un famoso informe conocido como el Bradgley Report<sup>(154)</sup>. Una década después, el informe fue cuidadosamente considerado por la Corte Suprema de Canadá, en el caso Morgentaler<sup>(155)</sup> que en 1988 declaró inconstitucional la penalización del aborto, incluyendo la norma que establecía un modelo de indicaciones. Como lo develaron las casi 500 páginas de la investigación del Bradgley Committee, a siete años de la reforma canadiense que había instaurado un modelo de indicaciones,<sup>(156)</sup> la implementación de los servicios de aborto mostraban múltiples deficiencias. Estas incluían también la arbitrariedad resultante de demandas contingentes de la autorización del cónyuge, los padres, u otros requisitos no previstos; las demoras producidas por abusos de la objeción de conciencia, fallas en la recepción del consentimiento informado, vulneraciones de la confidencialidad, y barreras de infraestructura que afectaban más a las mujeres de grupos menos privilegiados, entre otros<sup>(157)</sup>.

Luego de considerar las razones de principio por las que la penalización del aborto representaba una violación del artículo de la Carta Constitucional canadiense que protege los derechos a la seguridad física y la integridad de la persona, los jueces de la Corte de Canadá resolvieron que: "Una segunda violación del derecho a la seguridad de las personas ocurre

---

(154) Report of the committee on the operation of the abortion law. Ottawa: Supply and Services, Canadá, 1977.

(155) Morgentaler, 1 S.C.R. 30, 115, 1988.

(156) La legislación vigente en la década del setenta fue aprobada en 1969 y entró en vigencia en el año 1970.

(157) Report of the committee on the operation of the abortion law, supra nota 157.

con independencia de la penalización como resultado de la dilación en la obtención de los abortos terapéuticos, dilación que es causa de los procedimientos establecidos en el artículo 251 que resulta en la probabilidad más elevada de riesgos y complicaciones. El daño a la integridad psicológica de las mujeres que demandan el aborto también fue claramente probado"<sup>(158)</sup>.

#### D.LAS RESTRICCIONES INHERENTES AL MODELO DE INDICACIONES

Por último, el modelo de indicaciones instaurado en el artículo 86 del Código Penal de la Nación padece de las limitaciones que se han señalado en otros contextos. Esas limitaciones surgieron en países como Alemania, Canadá, España o Francia, donde el modelo estuvo vigente hasta su abandono en los últimos veinte años. En primer lugar, según lo denunciaron tempranamente las críticas feministas, el modelo de indicaciones es problemático porque preserva el control médico de las decisiones reproductivas de las mujeres. Lo hace inevitablemente, en la medida en que requiere de la intermediación profesional como prerequisite del acceso a los servicios de aborto legal. De este modo, el modelo de indicaciones subordina las decisiones de las mujeres sobre el control de su reproducción a las evaluaciones médicas o al permiso de quienes continúan ostentando el poder de abrir o cerrar, de actuar como "gate-keepers," respecto a las puertas de acceso a las indicaciones. Además, cuando esos procedimientos implican la exigencia de revisiones por comités de expertos o grupos de profesionales de la salud, esas instancias imponen restricciones aun mayores para el ejercicio libre de las decisiones reproductivas. Al interponer en el camino de acceso al aborto permitido ámbitos institucionales colegiados, las decisiones de las mujeres pueden incluso ser hegemonizadas por terceros como religiosos integrantes de comités de ética o profesionales de otras disciplinas que terminan imponiendo cargas desproporcionadas en el acceso al aborto justificado<sup>(159)</sup>.

Por otro lado, el modelo de indicaciones no puede evitar convivir con niveles de inseguridad jurídica que socavan su efectividad al dejar abierta la

.....

(158) Morgentaler, 1988, supra nota 159.

(159) Una de las clásicas elaboraciones de la idea de la carta desproporcionada que imponen los comités profesionales para la constatación de las causales de no punibilidad, se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en 'Doe v. Bolton', 410 US 179, 188 (1973).

posibilidad de la judicialización posterior de la investigación de las prácticas médicas a través de las que se concretó el aborto en los casos justificados. Tal como lo ha señalado Lorenzo Copello<sup>(160)</sup> para el caso español, "...las propias características del modelo vigente en España exponen a quienes participan en una interrupción voluntaria del embarazo al riesgo, siempre latente, de verse sometidos a un proceso judicial que incluso en caso de absolución o sobreseimiento no evita los efectos negativos de la investigación de una posible actividad delictiva. De ahí que estemos ante un sistema generador de un nivel elevado de inseguridad jurídica tanto para los médicos -y demás personal sanitario- como para las propias mujeres..."

El modelo de indicaciones vigente en nuestra normativa penal perpetúa la inseguridad jurídica, primero, porque representa un sistema fundado en el modelo de regla-excepción que sostiene la regla general que tipifica como delito el aborto. Al sustentarse sobre la excepcionalidad que concurre en los casos de no punibilidad expresamente contemplados por el artículo 86, el modelo se construye en base a una limitación inherente que lo limita como herramienta para el respeto de los derechos de las mujeres. Los límites del modelo surgen también de la posibilidad latente de la investigación y la persecución penal basada en la evaluación de la aplicación correcta de las reglas de excepción lo cual genera una inseguridad desde el punto de vista jurídico difícilmente erradicable.

Estas y otras consideraciones fueron también sopesadas por los tribunales superiores de países como Canadá o Alemania al evaluar planteos constitucionales contra el modelo de indicaciones que habían instaurado en 1969 y 1975, respectivamente. Asimismo, estas fueron las razones esgrimidas en los debates recientes de las Cortes Españolas al adoptar la Ley de Derechos Reproductivos en febrero de 2010.

Un primer repaso de las reformas legales del último lustro que he propuesto denominar "el giro procedimental" sugiere en algunos sentidos un balance positivo sobre el que todavía resta mucho por hacer<sup>(161)</sup>. En la práctica, esas reformas avanzaron hacia la profundización del giro proce-

(160) LAURENZO COPELLO, PATRICIA "Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos". Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico (3),pp 235-247, 2008.

(161) Y debe continuar haciéndose mientras ese sea el modelo vigente. En tanto no se reforme el Código Penal de la Nación o se declare su inconstitucionalidad, el giro procedi-

dimental. Dieron lugar a interpretaciones legales favorables al nuevo paradigma de las indicaciones suscriptas por distintos funcionarios públicos, juezas, legisladoras, académicos, activistas y las autoridades de comités del sistema universal de derecho humanos<sup>(162)</sup>. Cuando se pronunciaron, en la mayoría de las instancias de deliberación y decisión legal que describí, los poderes ejecutivos provinciales, las legislaturas y los poderes judiciales avanzaron en la ratificación de la improcedencia del reclamo de judicialización de los abortos no punibles, aclararon el alcance las causales de no punibilidad del artículo 86, y regularon en mayor detalle las condiciones de acceso a ellas. Esas regulaciones implicaron la recepción del artículo 86 como un conjunto de causales de justificación que, por tanto, los sistemas de salud debían regular para ofrecer servicios médicos para el aborto legal<sup>(163)</sup>. A su vez, esos cambios no sólo confirmaron la redefinición de un nuevo paradigma procedimental sobre el modelo de indicaciones sino que también contribuyeron a la construcción de su legitimidad basada en un reconocimiento de los derechos de las mujeres en la Constitución y los tratados de derechos humanos que la integran.

No obstante, al mismo tiempo que estos eventos sugieren un aumento gradual de la eficacia y la legitimidad del modelo de indicaciones gracias al giro procedimental en algunas jurisdicciones, ellos convivieron con los cuatro factores que funcionan en dirección opuesta: la ausencia de las regulaciones procedimentales en la mayoría de las jurisdicciones del país, las resistencias conservadoras, los déficits de interpretación y aplicación, y las restricciones de diseño inherentes al modelo de indicaciones.

De este modo, en tanto en algunas jurisdicciones del país la sanción de nuevos procedimientos contribuía a aumentar la eficacia del artículo 86, el funcionamiento de los cuatro factores mencionados en el punto anterior hacían la tarea inversa, socavando su eficacia y legitimidad en muchas otras. Además, en ciertas circunstancias, el giro procedimental terminó entonces contribuyendo a fortalecer la fragmentación de derechos típica

.....  
 mental deberá profundizarse y expandirse para garantizar al menos, una oferta de servicios de aborto legal con los límites que éste conlleva.

(162) PEÑA FAGO, ANGÉLICA; CÁRDENAS, EDURNE, "Barreras judiciales al acceso al aborto legal: La intervención ilegítima de la justicia en casos de Aborto No Punible en Argentina," v.supra nota 132.

(163) Véase, MINYERSKI, NÉLIDA, "El artículo 86 del C.P: Eficacia y Efectividad." JA, Suplemento Especial, Junio 2011; supra nota 55.

de la organización institucional del federalismo argentino, reproduciendo la vulneración del compromiso igualitario de la Constitución que exige enfrentar las prácticas de dominación sexual.

A pesar de que podría parecer un avance, según lo adelanté al comienzo de este trabajo en febrero del 2012, los cambios jurídicos del último lustro muestran, en realidad, que no son suficientes para confrontar las restricciones que surgen de las fragmentaciones y las resistencias, por un lado, o de los déficits de implementación y la inseguridad jurídica inherente al modelo, del otro.

## A modo de conclusión

En cada comunidad política, un abanico de normas y políticas públicas encuadran el ejercicio de las decisiones reproductivas y sus consecuencias. Al centrarse en descripciones abstractas del sistema penal y la personalidad legal del feto, el debate sobre la reforma de la regulación del aborto ha ocultado con frecuencia ese trasfondo más amplio de las intervenciones estatales que moldean las condiciones de inequidad en las que se evalúa la opción por el aborto. Con el ánimo de superar la abstracción de ciertas conversaciones jurídicas, en la primera parte de este trabajo, propuse repasar algunos datos sobre el impacto de tres tipos de regulaciones funcionales al sistema de dominación entre los sexos en planos como el de las responsabilidades de cuidado, la violencia de género, o el derecho a la salud de las mujeres o sus descendientes. Al montarse en el contexto de desigualdades estructurales que sugiere el repaso propuesto, la penalización del aborto sólo acentúa la vulneración de los compromisos de trato igualitario de nuestra Constitución. Entonces, la misma deuda que el Estado argentino mantiene con las mujeres en el acceso a políticas sustantivas y equitativas en diversos planos, entre otros los señalados en la primera sección, socavan la legitimidad de la pretensión punitiva del aborto tornándola inconstitucional.

Por otro lado, en la segunda y la tercera parte del trabajo propuse mostrar algunos de los límites de la criminalización y la permisión del aborto en el país. Ni la Constitución ni los tratados de derechos humanos que la integran exigen la penalización del aborto como herramienta para proteger la vida en gestación. Antes bien, la decisión de recurrir al derecho penal y de hacerlo con determinada extensión, exigen la interpretación de diversos principios y reglas constitucionales. Cuando esos principios se

observan en el contexto de funcionamiento del régimen de penalización/permisión del aborto que he descrito, resulta claro que la penalización es inconstitucional.

Por un lado, los derechos consagrados en nuestra Constitución exigen un empleo limitado del derecho penal según lo expresa el principio de "ultima ratio" que requiere concebir el propio sistema de castigos penales con criterios restrictivos. El derecho penal es un último recurso, no una herramienta para resolver o atenuar todos los problemas. La criminalización del aborto configura un derecho penal de máxima, al pretender extender la política criminal al cuerpo de las mujeres y al imponer eventualmente conductas heroicas como cuando se exige sostener un embarazo producto de la violación. Pero además, el recurso a la criminalización resulta ilegítimo cuando se pretende asignar al poder penal la tarea de perseguir conductas inútilmente, dado el bajo efecto disuasivo de la persecución. En efecto, la penalización del aborto ha demostrado su fracaso como medida de protección de la vida en gestación. No sólo no disuade a las mujeres que recurren al aborto sino que las fuerza a la alternativa de la clandestinidad y la inseguridad que culmina a veces con la muerte. Finalmente, según he sugerido en la tercera parte, el modelo de indicaciones vigente en nuestra normativa penal también contribuye a perpetuar la desigualdad en el ejercicio de la libertad reproductiva. En definitiva, como los conocemos hasta hoy en la Argentina, tanto el modelo de indicaciones como su giro procedimental proveen razones adicionales para exigir el abandono de la penalización del aborto. En primer lugar, el giro procedimental ha sido incompleto y en la mayoría de las provincias del país el modelo de indicaciones sigue siendo sólo una promesa. Segundo, las resistencias que se han montado contra él siguen socavando su eficacia allí donde el giro ha ocurrido. Tercero, varios déficits de implementación de las nuevas normas procedimentales coartan o distorsionan la oferta de servicios de salud para el aborto legal. Por último, el modelo de indicaciones conlleva, en sí, una serie de restricciones inherentes a su diseño que horadan su capacidad de generar las condiciones de seguridad jurídica e igualdad necesarias para garantizar la oferta de servicios de aborto legal.

Los argumentos presentados hasta aquí sobre el contexto argentino, se suman a los desarrollados en las reivindicaciones feministas que justifican la adopción de un modelo de plazos, tal como se propone en los proyectos que ha comenzado a debatir el Congreso el último año.



# Aborto: evolución de las iniciativas parlamentarias

por **M. EUGENIA RODRÍGUEZ PERIA**<sup>(1)</sup> y **CECILIA KANDUS**<sup>(2)</sup>

La posibilidad de debate es lo que genera un cambio o determina, fundamentalmente, el mantenimiento de una regulación. La sistematización de los proyectos legislativos vinculados al aborto en la Argentina desde el año 1983 hasta la actualidad intenta aportar datos palpables sobre la evolución del tema y proporcionar una herramienta más a una discusión que merece un pensamiento crítico y razonado<sup>(\*)</sup>.

## Artículo 85

El que causare un aborto será reprimido:

1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2° Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

PROYECTO	SUMARIO / MODIFICACIÓN PROPUESTA
<p><b>998-D-2010 (*)</b>                      Origen: Diputados                      Autor: <i>Juliana Di Tullio</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo. Alcances; médicos y personal de salud que manifiesten objeción de conciencia para intervenir en los actos médicos previstos en la presente norma; interrupción del embarazo en menores de catorce años: requerimiento de asentimiento de al menos uno de sus representantes legales; mujer declarada incapaz en juicio; derogación del inciso 2) del art. 85 y arts. 86 y 88 del Código Penal de la Nación.</p>
	<p>Deroga inc. 2.</p>

(1) Abogada graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2005). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Ayudante de la materia Práctica Profesional en la Facultad de Derecho UBA, Cátedra de la Dra. Flavia García Melgarejo. Desempeña su profesión en el área privada.

(2) Abogada graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA. Secretaria del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1 de Capital Federal. Jefe de trabajos prácticos en "Elementos del Derecho Procesal Civil", Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra Dra. Angela Esther Ledesma.

(\*) Los cuadros se encuentran disponibles en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar).

<p><b>659-D-2010 (*)</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Martín Sabatella</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo: régimen. Alcances; derechos y obligaciones de los profesionales médicos; consentimiento informado; mujer declarada incapaz en juicio: consentimiento informado del representante legal; prestaciones necesarias; objetores de conciencia; autoridad de aplicación: Ministerio de Salud de la Nación; servicio de consejería previo y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo; inimputabilidad; modificación del art. 85 y derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 85 del Código Penal: <i>El que causare la interrupción de un embarazo será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. Si la conducta reprimida en este artículo la realizaran médicos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte, sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena.</i></p>
<p><b>2700-D-2008</b>          Origen: Diputados          Autores:  <i>Silvia Augsburguer;</i>  <i>Delia B. Bisutti;</i>  <i>Claudia F. Gil Lozano;</i>  <i>Margarita B. Beveraggi;</i>  <i>Marcela V. Rodríguez;</i>  <i>Claudio Lozano;</i>  <i>Verónica C. Benas;</i>  <i>Paula C. Merchan;</i>  <i>Victoria A. Donda Pérez;</i>  <i>Silvana M. Giudici;</i>  <i>María J. Areta;</i>  <i>Leonardo A. Gorbacz;</i>  <i>Fabián F. Peralta;</i>  <i>Nélida Belous;</i>  <i>Laura J. Sesma;</i>  <i>Juliana Di Tullio;</i>  <i>Miguel Á. Barrios;</i>  <i>Lisandro A. Viale</i></p>	<p>Aborto: derecho de toda mujer a la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 12 semanas de gestación en cualquier establecimiento del sistema de salud, derogación del inc. 2) del art. 85 y de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Deroga el art. 85 inc. 2 del Código Penal de la Nación.</p>
<p><b>761-D-2008</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Vilma L. Ibarra</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo: casos contemplados, en ningún caso será punible la mujer que interrumpa su embarazo; modificación del art. 85 (pena para quien causare la interrupción sin autorización de la mujer) y derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Art. 85.- <i>El que causare la interrupción de un embarazo será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. Si la conducta reprimida en este artículo la realizaran médicos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte, sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena.</i></p>

Artículo 85

<p><b>5225-D-2006</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Juan E. B. Acuña Kunz</p>	<p>Derecho de las mujeres a la interrupción de su embarazo en estado de riesgo reproductivo. Inclusión de estas prácticas en el Programa Médico Obligatorio; derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Art. 85: <i>El que causare interrupción de un embarazo sin consentimiento de la mujer será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años pudiendo ésta elevarse hasta veinte años si provocase la muerte de la mujer. Si la práctica es realizada por profesionales del sistema de salud, médicos, parteras, farmacéuticos, enfermeros, que abusaren de su ciencia y arte, sufrirán además inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena.</i></p>
<p><b>2950-S-2006</b>                  Origen: Senadores                  Autor: Vilma L. Ibarra</p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo. Modifica art. 85, deroga arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 85 del Código Penal: <i>El que causare la interrupción de un embarazo será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. Si la conducta reprimida en este artículo la realizaran médicos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte, sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena.</i></p>
<p><b>491-D-2005</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Luis F. Zamora</p>	<p>Derogación del inc. 2) del art. 85, los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Deroga el inc. 2 del art. 85.</p>
<p><b>6869-D-2005</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Juliana I. Marino</p>	<p>Modificación sobre punibilidad para la práctica del aborto: modificación del art. 86 (aborto en caso de violación o de inviabilidad del feto), derogación del art. 88 (penas), incorporación de inc. 3 al art. 85.</p> <p>Agrégase como inc. 3 del art. 85 del Código Penal, el siguiente: <i>3. Sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar un aborto o cooperaren a causarlo.</i></p>
<p><b>5827-D-2004</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Juliana I. Marino</p>	<p>Modificación del art. 86 (incorporación de los puntos 2 y 4 - peligro la para salud física o psíquica de la mujer e inviabilidad de vida extrauterina del feto) y derogación del art. 88; incorporación de inc. 3 al art. 85 (inhabilitación de médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos).</p> <p>Agrégase como inc. 3 del art. 85 del Código Penal el siguiente: <i>3. Sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.</i></p>
<p><b>5950-D-2003</b>                  Origen: Diputados                  Autor: María J. Lubertino Beltrán</p>	<p>Régimen de interrupción voluntaria del embarazo; Modificación del Código Penal en lo relacionado al delito del aborto.</p> <p>Modifica el art. 85 del Código Penal: <i>Quien causare o coopere a causar la interrupción de un embarazo fuera de las circunstancias, plazos y condiciones establecidas en la ley, comete el delito de aborto y será reprimido/a con prisión de tres meses a seis años. Esta pena podrá elevarse hasta diez años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.</i></p>

<p><b>7750-D-2002</b> Origen: Diputados Autor: <i>Luis F. Zamora</i></p>	<p>Régimen de educación sexual, anticoncepción y legalización del aborto.</p> <p>Deroga el inc. 2.</p>
<p><b>930-D-2000</b> Origen: Diputados Autor: <i>Alfredo P. Bravo</i></p>	<p>Creación del Instituto Nacional de Planificación Familiar, interrupción voluntaria del embarazo, objeción de conciencia, modificación del art. 85 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 85 del Código Penal: <i>El que causare la interrupción voluntaria del embarazo, en violación de las disposiciones legales que la regulan será reprimido: 1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; 2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.</i></p>
<p><b>112-S-1997</b> Origen: Senadores Autor: <i>Alberto Ramón Maglietti</i></p>	<p>Despenalización del aborto.</p> <p>Deroga el inc. 2.</p>
<p><b>5118-D-1994</b> Origen: Diputados Autor: <i>Patricia Bulrich</i></p>	<p>Régimen de interrupción voluntaria del embarazo por la mujer durante las primeras doce semanas de gravidez.</p> <p>Sustituye el art. 85: <i>El que causare la interrupción del embarazo, fuera de las circunstancias, plazos y condiciones establecidas en la ley de interrupción voluntaria del embarazo, comete delito de aborto y será reprimido con reclusión o prisión de uno a cuatro años.</i></p>
<p><b>4322-D-1994</b> Origen: Diputados Autor: <i>Alfredo P. Bravo</i></p>	<p>Ley de Procreación Responsable, creación del Instituto Nacional de Planificación Familiar. Interrupción voluntaria del embarazo. Derogación del art. 86 y modificación de los arts. 85 y 88 del Código Penal.</p> <p>Modifica el artículo 85 del Código Procesal: <i>El que causare la interrupción voluntaria del embarazo, en violación de las disposiciones legales que la regulan, será reprimido: 1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; 2° Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.</i></p>
<p><b>4112-D-1993</b> Origen: Diputados Autor: <i>Luis F. Zamora</i></p>	<p>Ley de Educación Sexual; Provisión gratuita de métodos anticonceptivos; Despenalización del aborto y atención gratuita por parte del Estado.</p> <p>Deroga el inc. 2.</p>

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

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

1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

PROYECTO	SUMARIO / MODIFICACIÓN PROPUESTA
<p><b>4206-D-2011 (*)</b>                      Origen: Diputados                      Autor: Juan C. Vega</p>	<p>Modifica el art. 86 en el sentido de aclarar cómo se tendrán por probados cada uno de los extremos establecidos en los incisos del referido artículo.</p> <p>Sustituye el art. 86 por el siguiente: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro a la vida o la salud de la madre y si ese peligro no pudiese ser evitado por otros medios. Para tener por acreditados estos extremos, será suficiente el certificado autenticado de un médico diplomado con título de especialista otorgado por una entidad deontológica legalmente habilitada. Cubierto este requisito, el médico requerido para el aborto quedará sin más autorizado a cumplir con el pedido de la mujer encinta, previo informarle la naturaleza y consecuencias del acto; 2) Si el embarazo proviene del delito tipificado por el art. 119, párr. 3°. Para tener por acreditado este extremo será suficiente la certificación de la denuncia policial o judicial de la violación formulada por la víctima o su representante legal. Cubierto este requisito, el médico requerido para el aborto quedará sin más autorizado a cumplir con el pedido de la mujer encinta, previo informarle la naturaleza y consecuencias del acto. En ningún caso podrá procederse al aborto en embarazos de más de doce semanas. En los supuestos de los incisos precedentes, si el médico requerido perteneciera a un servicio de salud estatal, estará obligado a cumplir el pedido, salvo objeción de conciencia formalmente expresada. En cualquier caso, si la embarazada fuera menor de edad o incapaz, deberá contarse con el consentimiento de su representante legal.</i></p>
<p><b>0072-S-2010 (*)</b>                      Origen: Senadores                      Autor: Adriana R. Bortolozzi de Bogado</p>	<p>Modificación del art. 86 del Código Penal, sobre despenalización parcial del aborto. (Reproducción del Expediente 0112-S-08).</p> <p>Art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la</i></p>

<p><b>0072-S-2010 (*)</b>          Origen: Senadores          Autor: <i>Adriana R. Bertolozzi de Bogado</i></p>	<p><i>madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo presenta un feto anencefálico o con cualquier otra anomalía que implique la muerte extrauterina inmediata o inminente; 3. Si el embarazo proviene de una violación. En el caso que se trate de una incapaz el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para la interrupción del embarazo.</i></p>
<p><b>2943-S-2010 (*)</b>          Origen: Senadores          Autor: <i>Graciela Di Perna</i></p>	<p>Despenalización del aborto. Modificación del art. 86. Incorporación del art. 86 bis.</p> <p>Art. 86. <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los profesionales de la salud que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de la mujer encinta, no es punible: 1º. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquica de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º. Si el embarazo proviene de una violación a la integridad sexual, siempre que mediare previa denuncia del hecho dentro la primera semana de producido, y su gestación no supere las doce semanas. Si la mujer fuese menor o sus facultades mentales son disminuidas, el consentimiento de sus representantes legales deberá ser requerido a tal efecto; 3º. Si la causa del embarazo fuese producto o consecuencia del sometimiento de la mujer a alguno de los delitos previstos bajo el Art. 145 bis del Código Penal; 4º. Si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina del feto.</i></p>
<p><b>588-S-2010 (*)</b>          Origen: Senadores          Autor: <i>Adriana R. Bertolozzi de Bogado</i></p>	<p>Código Penal. Modificación del art. 86, segundo párr.</p> <p>Modifica Art. 86 segundo parr.: El aborto practicado por un médico diplomado, contando con los informes psicológicos y sociales, con el consentimiento informado de la mujer encinta o de su representante legal en caso de incapacidad, no es punible: 1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre que no pueda ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de un delito contra la integridad sexual, dentro de las doce semanas de gestación, con los recaudos de los informes psicológicos y sociales y el consentimiento informado de la gestante o de su representante legal, no requiriéndose intervención judicial; 3) Si el embarazo es incompatible con la vida, debiéndose contar, además del consentimiento informado, con el diagnóstico prenatal, sin exigirse, al igual que en los demás casos, la intervención judicial. La judicialización sólo corresponde en la decisión de practicar el aborto cuando haya diferencias de criterios o conflictos, pero no es necesaria la orden judicial para interrumpir un embarazo en tanto se cumplan los requisitos enumerados.</p>
<p><b>397-S-2010 (*)</b>          Origen: Senadores          Autor: <i>Elena M. Corregido, José C. Martínez, María R. Díaz, Nanci Parrilli, Ana M. Corradi de Beltrán</i></p>	<p>Código Penal. Modificación del art. 86.</p> <p>Art. 86. <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible y no requiere autorización judicial previa cuando: 1. Se realiza para</i></p>

<p><b>397-S-2010 (*)</b>                  Origen: Senadores                  Autor: Elena M. Corregido, José C. Martínez, María R. Díaz, Nanci Parrilli, Ana M. Corradi de Beltrán</p>	<p>evitar un peligro para la salud o la vida de la mujer; 2. La mujer necesita recibir tratamiento médico, y este estuviera contraindicado durante el embarazo; 3. El embarazo fuera consecuencia de una relación sexual no consentida o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer. El peligro para la salud o la vida de la mujer deberá ser avalado por la opinión de un profesional matriculado de la salud, distinto del que practique o dirija la intervención. En ningún caso se requerirá la opinión de un Comité de Ética. El concepto salud será interpretado de manera integral como el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad. Todo profesional tendrá derecho a ejercer la opción de objeción de conciencia, pero dicha objeción, que deberá ser emitida por escrito, lo será en carácter individual, y no institucional, por lo que las autoridades de las instituciones públicas de salud deberán garantizar los recursos físicos y humanos para el ejercicio del derecho que esta ley confiere a las mujeres, en un plazo máximo de tres días; de no hacerlo se los considerará comprendidos dentro de las causales del art. 248 del Código Penal.</p>
<p><b>57-D-2010 (*)</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Diana B. Conti</p>	<p>Modificación del art. 86, sobre despenalización del aborto en caso de violación o inviabilidad de vida extrauterina del feto.</p> <p>Modifica el art. 86 que queda redactado de la siguiente manera: "Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble de tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de la comisión de un delito contra la integridad sexual; 3. Si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina del feto."</p>
<p><b>515-D-2010 (*)</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Juliana Di Tullio</p>	<p>Modificación del Código Penal: modificación del inc. 2) e incorporación del inc. 3) al art. 86 del Código Penal, sobre aborto no punible en caso de embarazo como consecuencia de la comisión de un delito contra la integridad sexual; derogación del art. 88 sobre penas para la mujer.</p> <p>Modifica el inc. 2) del art. 86 del Código Penal: "2. Si el embarazo proviene de la comisión de un delito contra la integridad sexual". Incorpora al art. 86 del Código Penal, como inc. 3), el siguiente texto: "3. Si es solicitado libremente por la mujer encinta, y se produce antes de cumplirse las doce semanas de gestación".</p>
<p><b>659-D-2010 (*)</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Martín Sabatella</p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo: régimen. Alcances; derechos y obligaciones de los profesionales médicos; consentimiento informado; mujer declarada incapaz en juicio: consentimiento informado del representante legal; prestaciones necesarias; objetores de conciencia; autoridad de aplicación: Ministerio de Salud de la Nación; servicio de consejería previo y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo; inimputabilidad; modificación del art. 85 y derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Deroga.</p>

<p><b>998-D-2010 (*)</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Juliana Di Tullio</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo. Alcances; médicos y personal de salud que manifiesten objeción de conciencia para intervenir en los actos médicos previstos en la presente norma; interrupción del embarazo en menores de catorce años: requerimiento de asentimiento de al menos uno de sus representantes legales; mujer declarada incapaz en juicio; derogación del inc. 2) del art. 85 y arts. 86 y 88 del Código Penal de la Nación.</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>7953-D-2010 (*)</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Gustavo Cusinato</i></p>	<p>Código Penal. Modificación del art. 86, sobre aborto no punible.</p> <p>Modifica el art. 86 del Código Penal: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor, previa denuncia policial o judicial.</i></p>
<p><b>7054-D-2010 (*)</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Gladys E. González</i></p>	<p>Código Penal. Modificación del art. 86, sobre aborto no punible y art. 72, sobre acciones de instancia privada.</p> <p>Modifica el art. 86 del Código Penal: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto realizado por un médico diplomado, con consentimiento expreso de la mujer embarazada, no es punible: 1°. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2°. Si el embarazo fue causado por abuso sexual con acceso carnal; 3°. Si se ha diagnosticado médicamente que el embarazo presenta un feto anencefálico o su imposibilidad de vida fuera del útero. En el caso del inc. 2, si la mujer embarazada no hubiere instado la acción penal, deberá procederse de acuerdo a lo prescripto por el artículo 72 inc. 1.</i></p>
<p><b>0062-S-2009</b>          Origen: Senadores          Autor: <i>Liliana T. Negre de Alonso</i></p>	<p>Modificación del artículo 86 del Código Penal en relación al delito de aborto.</p> <p>Modifica el artículo 86 del Código Penal: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible 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.</i></p>

Artículo 86

<p><b>856-D-2009</b> Origen: Diputados Autor: Hugo R. Acuña</p>	<p>Modificación del art. 86 del Código Penal, sobre aborto no punible.</p> <p>Modifica el art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. No se encuentra comprendido en el presente artículo el médico diplomado que interviniendo para salvar la vida de la madre provocare de manera involuntaria e indirecta la muerte de la persona por nacer, si su intervención se ha hecho con el fin de evitar un peligro grave para la vida de la madre que no podía ser evitado por otros medios.</i></p>
<p><b>112-S-2008</b> Origen: Senadores Autor: Adriana R. Bortolozzi de Bogado</p>	<p>Modificación del art. 86 del Código Penal, sobre despenalización parcial del aborto. (Reproducción del Expediente 0432-S-06).</p> <p>Art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo presenta un feto anencefálico o con cualquier otra anomalía que implique la muerte extrauterina inmediata o inminente; 3. Si el embarazo proviene de una violación. En el caso que se trate de una incapaz el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para la interrupción del embarazo.</i></p>
<p><b>4614-D-2008</b> Origen: Diputados Autor: Juliana Di Tullio</p>	<p>Código Penal: Modificación del inc. 2) e incorporación del inc. 3) al art. 86 (aborto).</p> <p>Modifica el inc. 2) del art. 86 del Código Penal, que queda redactado de la siguiente forma: Si el embarazo proviene de la comisión de un delito contra la integridad sexual. Incorpora al art. 86 del Código Penal, como inc. 3), el siguiente texto: <i>3. Si es solicitado libremente por la mujer encinta, y se produce antes de cumplirse las doce semanas de gestación.</i></p>
<p><b>5212-D-2008</b> Origen: Diputados Autores: Nora N. César, Juliana Di Tullio y Juan H. Sylvestre Begnis</p>	<p>Modificación del Código Penal: Sustitución de los incs. 1 y 2 e incorporación del inc. 3 al art. 86, aborto no punible.</p> <p>Sustituye los incs. 1° y 2° del art. 86 del Código Penal, por los siguientes: <i>Inc. 1° Si se ha realizado con el fin de evitar un peligro para la salud o la vida de la madre. El peligro, generado o agravado por el embarazo, debe ser inevitable por otros medios científicamente reconocidos; Inc. 2° Si la gestación fuere consecuencia de una relación sexual no consentida. En el caso de las menores e incapaces, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para realizar el aborto. Agrega como inc. 3° del art. 86 del Código Penal, el siguiente: Inc. 3° Si un tratamiento médico fuera necesario e irremplazable y tuviera contraindicaciones en caso de mujeres embarazadas.</i></p>

<p><b>5223-D-2008</b> Origen: Diputados Autor: Vilma L. Ibarra</p>	<p>Código Penal: Modificación del art. 86, aborto no punible.</p> <p><i>Art. 86: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble de tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de la comisión de un delito contra la integridad sexual; 3. Si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina del feto.</i></p>
<p><b>2700-D-2008</b> Origen: Diputados Autores: Silvia Augsburguer; Delia B. Bisutti; Claudia F. Gil Lozano; Margarita B. Beveraggi; Marcela V. Rodríguez; Claudio Lozano; Verónica C. Benas; Paula C. Merchan; Victoria A. Donda Pérez; Silvana M. Giudici; María J. Areta; Leonardo A. Gorbacz; Fabián F. Peralta; Nélica Belous; Laura J. Sesma; Juliana Di Tullio; Miguel Á. Barrios; Lisandro A. Viale</p>	<p>Aborto: derecho de toda mujer a la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación en cualquier establecimiento del sistema de salud, derogación del inc. 2) del art. 85 y de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Derogado.</p>
<p><b>761-D-2008</b> Origen: Diputados Autor: Vilma L. Ibarra</p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo: casos contemplados, en ningún caso será punible la mujer que interrumpa su embarazo; modificación del art. 85 (pena para quien causare la interrupción sin autorización de la mujer) y derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Derogado.</p>
<p><b>247-D-2008</b> Origen: Diputados Autor: Diana B. Conti</p>	<p>Código Penal: Modificación del art. 86, aborto no punible.</p> <p><i>Art. 86: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble de tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible:</i></p>

<p><b>247-D-2008</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Diana B. Conti</p>	<p>1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de la comisión de un delito contra la integridad sexual; 3. Si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina del feto.</p>
<p><b>5077-D-2007</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Rodolfo Roquel</p>	<p>Código Penal: Derogación del inc. 2) del art. 86 (aborto en caso de violación a una mujer idiota o demente).</p> <p>Deroga el inc. 2º del art. 86 del Código Penal. Si los familiares o representantes legales de la madre manifestaran su voluntad de entregar al niño en adopción, antes o después del nacimiento, ésta será resuelta por el juez en forma sumaria.</p>
<p><b>3088-D-2007</b>                  Origen: Diputados                  Autores: Eusebia A. Jerez y Hugo R. Acuña</p>	<p>Código Penal: Modificación.</p> <p>Art. 86: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. No se encuentra comprendido en el presente artículo el médico diplomado que interviniendo para salvar la vida de la madre provocare de manera involuntaria e indirecta la muerte de la persona por nacer, si su intervención se ha hecho con el fin de evitar un peligro grave para la vida de la madre que no podía ser evitado por otros medios. En los casos contemplados en el segundo párr. del art. 86 del Código Penal, el médico deberá contar con el consentimiento informado de la mujer sobre los riesgos que trae aparejado, para ella y la persona por nacer, la acción terapéutica a realizar.</p>
<p><b>0038-S-2006</b>                  Origen: Senadores                  Autor: Rubén H. Giustiniani</p>	<p>Modifica art. 86 y deroga art. 88 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 86: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: 1. Si se hace con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer; 2. Si el embarazo proviene de alguna de las circunstancias previstas en los arts. 119 y 120 del Código Penal; 3. Si se ha certificado por diagnóstico médico la inviabilidad de vida extrauterina del feto.</p>

<p><b>0432-S-2006</b> Origen: Senadores Autor: <i>Adriana R. Bortolozzi de Bogado</i></p>	<p>Modifica art. 86 del Código Penal.</p> <p>Reforma el art. 86 del Código Penal: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1.Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2.Si el embarazo presenta un feto anencefálico o con cualquier otra anomalía que implique la muerte extrauterina inmediata o inminente. 3.Si el embarazo proviene de una violación. En el caso que se trate de una incapaz el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para la interrupción del embarazo.</i></p>
<p><b>0580-S-2006</b> Origen: Senadores Autor: <i>Silvia E. Giusti</i></p>	<p>Despenalización del aborto en casos de peligro para la vida de la madre, embarazo proveniente de la violación a la integridad sexual e inviabilidad de vida extrauterina del feto.</p> <p>Sustitúyese el art. 86 del Código Penal por el siguiente: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los profesionales de la salud que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquica de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación a la integridad sexual, siempre que mediare previa denuncia del hecho dentro la primera semana de producido, y su gestación no supere las doce semanas. Si la mujer fuese menor o sus facultades mentales son disminuidas, el consentimiento de sus representantes legales deberá ser requerido a tal efecto; 3. Si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina del feto.</i></p>
<p><b>2696-S-2006</b> Origen: Senadores Autor: <i>Adriana R. Bortolozzi de Bogado</i></p>	<p>Modifica inc. 2 del art. 86 del Código Penal.</p> <p>Modifica el inc. 2 del art. 86 del siguiente modo: <i>Inc. 2: Si el embarazo proviene de una violación, o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto. En los casos de los incs. 1 y 2 bastará el consentimiento informado de la paciente o de sus representantes y el criterio médico no siendo necesaria la autorización judicial, excepto a pedido de parte interesada.</i></p>
<p><b>2950-S-2006</b> Origen: Senadores Autor: <i>Vilma L. Ibarra</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo. Modifica art. 85, deroga arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Deroga art. 86.</p>

<p><b>3220-S-2006</b> Origen: Senadores Autor: Amanda M. Isidori</p>	<p>Modifica inc. 2 del art. 86 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 86 del Código Penal, inc. 2: <i>Inc. 2: Si el embarazo proviene de una violación sobre una mujer idiota o demente, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto no siendo necesaria intervención judicial. Inc. 3: cuando por cualquier situación no prevista en la presente ley debiera solicitarse autorización judicial, los procedimientos revestirán carácter sumarísimo atendiendo expresamente evitar dilaciones cuyas consecuencias impidan dar cumplimiento a lo establecido en el inciso anterior.</i></p>
<p><b>5225-D-2006</b> Origen: Diputados Autor: Juan E. Acuña Kunz</p>	<p>Derecho de las mujeres a la interrupción de su embarazo en estado de riesgo reproductivo. Inclusión de estas prácticas en el Programa Médico Obligatorio; derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Deroga.</p>
<p><b>5453-D-2006</b> Origen: Diputados Autor: Silvia Augsburgberger</p>	<p>Ley nacional de asistencia del aborto no punible: objetivos, modificación a los incs. 1) y 2) del art. 86 del Código Penal, prohibición de difundir información sobre los sujetos comprendidos en el presente régimen.</p> <p>Incorpora al art. 86, inc. 1 del Código Penal: <i>El peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada, debe ser diagnosticado por el/la médico/a tratante o por los/as profesionales de la salud que correspondan acorde a la situación clínica de la mujer. Incluye los casos de inviabilidad extrauterina del feto. Se deberá requerir el consentimiento informado de la mujer.</i></p> <p>Introduce al art. 86, inc. 2 del Código Penal: <i>Si el embarazo proviene de una violación, el/la médico/a tratante deberá requerir el consentimiento informado de la mujer y una declaración jurada de la víctima de que ha sido violada. Cuando una "mujer idiota o demente" hubiere quedado embarazada y su representante legal solicitar el aborto, el/la médico/a tratante deberá requerir del representante legal declaración jurada de que el embarazo es producto de una violación y el consentimiento informado. Si es el progenitor sólo requiere consentimiento informado.</i></p>
<p><b>65-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: Margarita R. Stolbizer</p>	<p>Modificación del art. 86 del Código Penal (aborto, profesionales implicados). (Reproducción del Expediente 1478-D-03).</p> <p>Art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación.</i></p>
<p><b>491-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: Luis F. Zamora</p>	<p>Derogación del inc. 2) del art. 85, los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Deroga.</p>

## Artículo 86

<p><b>588-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: María E. Barbagelata</p>	<p>Modificación del art. 86 del Código Penal, sobre despenalización del aborto para casos específicos. Derogación del art. 88.</p> <p>Art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: 1. Si se hace con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer; 2. Si el embarazo proviene de alguna de las circunstancias previstas en los arts. 119 y 120 del Código Penal; 3. Si se ha certificado por diagnóstico médico la inviabilidad de vida extrauterina del feto; 4. Si la mujer alega circunstancias graves derivadas de las condiciones socioeconómicas, que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso.</i></p>
<p><b>1056-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: Adriana R. Bortolozzi de Bogado</p>	<p>Incorporación del punto 2 (no es punible el aborto practicado por médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta en caso de feto anencefálico o cualquier otra anomalía que implique la muerte extrauterina inmediata o inminente). (Reproducción del Expediente 2787-D-03).</p> <p>Modifica el art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible. 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo presenta un feto anencefálico o con cualquier otra anomalía que implique la muerte extrauterina inmediata o inminente; 3. Si el embarazo proviene de una violación. En el caso de que se trate de una incapaz el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para la interrupción del embarazo.</i></p>
<p><b>1131-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: Margarita R. Stolbizer</p>	<p>Modificación del art. 86 del Código Penal; incorporación del inc. 3) sobre aborto en casos de embarazo con diagnóstico de anencefalia fetal.</p> <p>Incorpora un inc. 3 al art. 86 que queda redactado: <i>y en los casos de embarazo con diagnóstico de anencefalia fetal.</i></p>
<p><b>6869-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: Juliana I. Marino</p>	<p>Modificación sobre punibilidad para la práctica del aborto: modificación del art. 86 (aborto en caso de violación o de inviabilidad del feto), derogación del art. 88 (penas), incorporación de inc. 3 al art. 85.</p> <p>Modifica el art. 86 por el siguiente: <i>El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer y este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación; 3. Cuando exista diagnóstico médico que certifique la inviabilidad extrauterina del feto. En caso de tratarse de menores o de mujeres incapaces, será requerido el consentimiento de sus representantes legales.</i></p>

<p><b>2023-S-2004</b>                  Origen: Senadores                  Autor: <i>Silvia E. Giusti</i></p>	<p>Modifica art. 86 e incorpora art. 86 bis al Código Penal.</p> <p>Sustituye el art. 86 del Código Penal: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación, denunciada dentro de las cuarenta y ocho horas de producido el hecho; y su gestación no supere las doce semanas. Si la mujer fuese menor o sus facultades mentales son disminuidas, el consentimiento de su representantes legales deberá ser requerido a tal efecto. Para todo ello será requisito una autorización judicial que atienda a los requisitos temporales de la solicitud. Tal decisión sólo debe limitarse a contemplar pericias legales y circunstancias del hecho.</i></p>
<p><b>2473-S-2004</b>                  Origen: Senadores                  Autor: <i>Vilma L. Ibarra - Diana B. Conti</i></p>	<p>Modifica el art. 86 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 86 del Código Penal: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble de tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de la comisión de un delito contra la integridad sexual; 3. Si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina del feto.</i></p>
<p><b>2903-S-2004</b>                  Origen: Senadores                  Autor: <i>Rubén H. Giustiniani</i></p>	<p>Modifica art. 86 y deroga art. 88 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 86 del Código Penal: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: 1. Si se hace con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer; 2. Si el embarazo proviene de alguna de las circunstancias previstas en los arts. 119 y 120 del Código Penal; 3. Si se ha certificado por diagnóstico médico la inviabilidad de vida extrauterina del feto.</i></p>
<p><b>5827-D-2004</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Juliana I. Marino</i></p>	<p>Modificación del art. 86 (incorporación de los puntos 2 y 4 - peligro para la salud física o psíquica de la mujer e inviabilidad de vida extrauterina del feto) y derogación del art. 88; incorporación de inc. 3 al art. 85 (inhabilitación de médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos).</p> <p>Modifícase el art. 86 por el siguiente. <i>El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida de la mujer y este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la salud</i></p>

<p><b>5827-D-2004</b> Origen: Diputados Autor: <i>Juliana I. Marino</i></p>	<p><i>física o psíquica de la mujer y este peligro no puede ser evitado por otros medios; 3. Si el embarazo proviene de una violación; 4. Cuando exista diagnóstico médico que certifique la inviabilidad extrauterina del feto. En caso de tratarse de menores o de mujeres incapaces, será requerido el consentimiento de sus representantes legales.</i></p>
<p><b>5987-D-2004</b> Origen: Diputados Autor: <i>María E. Barbagelata</i></p>	<p>Modificación del art. 86 (incorporación del punto 3 - inviabilidad de vida extrauterina del feto) y derogación del art. 88; servicios a brindar por los centros de salud en caso de abortos no punibles; consentimiento de la mujer; supervisión y control de las condiciones obstétricas mínimas de los servicios de salud.</p> <p>Modifica el art. 86 por el siguiente: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: 1. Si se hace con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer; 2. Si el embarazo proviene de alguna de las circunstancias previstas en los arts. 119 y 120 del Código Penal; 3. Si se ha certificado por diagnóstico médico la inviabilidad de vida extrauterina del feto.</i></p>
<p><b>2787-D-2003</b> Origen: Diputados Autor: <i>Adriana R. Bortolozzi de Bogado</i></p>	<p>Incorporación del punto 2 (no es punible el aborto practicado por médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta en caso de feto anencefálico o cualquier otra anomalía que implique la muerte extrauterina inmediata o inminente).</p> <p>Modifica el art. 86 del Código Penal: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible. 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo presenta un feto anencefálico o con cualquier otra anomalía que implique la muerte extrauterina inmediata o inminente; 3. Si el embarazo proviene de una violación. En el caso de que se trate de una incapaz el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para la interrupción del embarazo.</i></p>
<p><b>5950-D-2003</b> Origen: Diputados Autor: <i>María J. Lubertino Beltrán</i></p>	<p>Régimen de interrupción voluntaria del embarazo; Modificación del Código Penal en lo relacionado al delito del aborto.</p> <p>Modifica el art. 86: <i>Incurrirán en la pena de tres a diez años de prisión y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los/as médicos/as, cirujanos/as y/o parteros/as que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo cuando no mediere el consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.</i></p>

Artículo 86

<p><b>7197-D-2002</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Rubén H. Giustiniani</p>	<p>Régimen de despenalización del aborto; modificación del Código Penal. Modificación del art. 86 del Código Penal (condena a médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo; casos de no punibilidad del aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada); derogación del art. 88 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: 1. Cuando existe un riesgo grave de salud física o psíquica para la mujer; 2. Si el embarazo proviene de una violación o estupro. El aborto se realizará previo consentimiento por escrito de los padres, tutor o curador, cuando la mujer sea menor de edad; 3. Cuando el diagnóstico médico certifique la inviabilidad de vida extrauterina del feto.</i></p>
<p><b>7750-D-2002</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Luis F. Zamora</p>	<p>Régimen de educación sexual, anticoncepción y legalización del aborto.</p> <p>Deroga.</p>
<p><b>5593-D-2001</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Enrique G. Cardesa</p>	<p>Derecho a ejercer el derecho a optar si continúa con el embarazo de un feto anencefálico una vez establecido el diagnóstico, acreditación del diagnóstico, exención de responsabilidad civil y/o administrativa para cualquier profesional que haya obrado acorde a esta ley, incorporación de un nuevo inciso al art. 86 del Código Penal.</p> <p>Incorpora al art. 86 del Código Penal de la Nación un nuevo inciso con el siguiente texto: <i>3) Si el embarazo es de un feto anencefálico debidamente acreditado y quien lo cursa ha optado por la interrupción del mismo.</i></p>
<p><b>6784-D-2001</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Liliana Lissi</p>	<p>Incorporación del inc. 3 al art. 86 (casos de embarazo con diagnóstico de anencefalia fetal).</p> <p>Incorpora al art. 86 del Código Penal argentino, el inciso 3, que quedará redactado de la siguiente forma: <i>...y en los casos de embarazo con diagnóstico de anencefalia fetal.</i></p>
<p><b>7348-D-2001</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Margarita R. Stolbizer</p>	<p>Modificación al art. 86 (aborto, penalización para los profesionales implicados). (Reproducido por expediente 1478-D-03).</p> <p>Modifica el art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación.</i></p>

<p><b>930-D-2000</b> Origen: Diputados Autor: <i>Alfredo P. Bravo</i></p>	<p>Creación del Instituto Nacional de Planificación Familiar, interrupción voluntaria del embarazo, objeción de conciencia, modificación del art. 85 del Código Penal.</p>
<p><b>112-S-1997</b> Origen: Senadores Autor: <i>Alberto R. Maglietti</i></p>	<p>Despenalización del aborto.  Deroga el inciso segundo.</p>
<p><b>4063-D-1995</b> Origen: Diputados Autor: <i>Miguel Á. Bonino</i></p>	<p>Modificación del Código Penal. Delito de aborto.  Modifica el art. 86 del Código Penal: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán inhabilitación especial por el mismo tiempo de la condena, los médicos, cirujanos, parteras, o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar un aborto o cooperasen a causarlo. El aborto practicado por un médico en un hospital, centro o consultorio, público o privado, con el consentimiento de la mujer encinta no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o salud física o psíquica de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otro medio; 2. Cuando se presume que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas, expresado mediante dictamen médico emitido por especialistas del centro o establecimiento sanitario donde se lleve a cabo esta práctica; 3. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor; 4. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor, sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.</i></p>
<p><b>5118-D-1994</b> Origen: Diputados Autor: <i>Patricia Bulrich</i></p>	<p>Régimen de interrupción voluntaria del embarazo por la mujer durante las primeras doce semanas de gravidez.  Sustituye el art. 86: <i>será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare la interrupción del embarazo sin el consentimiento de la mujer. Se considera no prestado el consentimiento cuando este haya sido obtenido mediante violencia, amenazas o engaño. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.</i></p>
<p><b>4322-D-1994</b> Origen: Diputados Autor: <i>Alfredo P. Bravo</i></p>	<p>Ley de Procreación Responsable, creación del Instituto Nacional de Planificación Familiar. Interrupción voluntaria del embarazo. Derogación del art. 86 y modificación de los arts. 85 y 88 del Código Penal.  Deroga.</p>
<p><b>4112-D-1993</b> Origen: Diputados Autor: <i>Luis F. Zamora</i></p>	<p>Ley de Educación Sexual. Provisión gratuita de métodos anticonceptivos. Despenalización del aborto y atención gratuita por parte del Estado.  Deroga.</p>

Artículo 86

<p><b>124-D-1993</b> Origen: Diputados Autor: Fernando J. López de Zavalía</p>	<p>Modificación del art. 86, eliminando los incs. 1) y 2) que lo contemplan. (Reproducción del Expediente 1196-D-90).</p> <p>Art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaran de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperasen a causarlo.</i></p>
<p><b>241-D-1991</b> Origen: Diputados Autor: Lorenzo J. Cortese</p>	<p>Sustitución del inc. 2) del art. 86 (impunidad del aborto por embarazo causado por violación cuando la víctima fuese menor de edad).</p> <p>Sustituye el inc. 2 por el siguiente: <i>Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal.</i></p>
<p><b>264-D-1991</b> Origen: Diputados Autor: Eduardo A. González</p>	<p>Protección de la persona por nacer. Penalización del aborto en todos los casos (reproducción del Expediente 0505-D-89). Derógase el segundo párr. del art. 86 y sus dos incisos. Sustitúyese el art. 29 e incorpóranse los arts. 29 bis, 88 bis y 88 ter.</p> <p>Suprimase el segundo párrafo del art. 86 del Código Penal y sus dos incisos.</p>
<p><b>752-D-1991</b> Origen: Diputados Autor: María F. Gómez Miranda</p>	<p>Modifica arts. 86 y 88 (impunidad del aborto si el embarazo proviene de una violación y se hubiere efectuado la correspondiente denuncia). (Reproducción del Expediente 0480-D-89).</p> <p>Sustituye el inc. 2 por el siguiente: <i>Si el embarazo es consecuencia de una violación o de un atentado al pudor y se hubiera realizado la correspondiente denuncia. Cuando la víctima fuera una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal.</i></p>
<p><b>1196-D-1990</b> Origen: Diputados Autor: Fernando J. López de Zavalía</p>	<p>Modifícase el art. 86, eliminando los incs. 1) y 2) que lo contemplan.</p> <p>Art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaran de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperasen a causarlo.</i></p>
<p><b>114-D-1990</b> Origen: Diputados Autor: Álvaro C. Alsogaray</p>	<p>Modificación del art. 86. (Reproduce el expediente 0114-D-88).</p> <p>Art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaran de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperasen a causarlo.</i></p>
<p><b>505-D-1989</b> Origen: Diputados Autor: Eduardo A. González</p>	<p>Título: Protección de la persona por nacer; modificación del Código Penal; penalización del aborto en todos los casos.</p> <p>Suprime el 2º párr. y los dos incs.</p>

## Artículo 86

<b>486-D-1989</b> Origen: Diputados Autor: Lorenzo J. Cortese	Sustitución inc. 2 art. 86. No será punible el aborto si el embarazo proviene de una violación y la víctima fuese una menor de edad.
	Sustituye el inc. 2 por el siguiente: <i>Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal.</i>
<b>480-D-1989</b> Origen: Diputados Autor: María F. Gómez Miranda	Modifica arts. 86 y 88. Impunibilidad del aborto si el embarazo proviene de una violación y se hubiere efectuado la correspondiente denuncia.
	Sustituye el inc. 2 por el siguiente: <i>Si el embarazo es consecuencia de una violación o de un atentado al pudor y se hubiera realizado la correspondiente denuncia. Cuando la víctima fuera una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal.</i>
<b>3035-D-1986</b> Origen: Diputados Autor: María J. Alsogaray	Sustituye el art. 86 del Código Penal.
	Art. 86: <i>Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaran de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperasen a causarlo.</i>

## Artículo 87

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

PROYECTO	SUMARIO / MODIFICACIÓN PROPUESTA
<b>2468-D-2008</b> Origen: Diputados Autor: María A. Carmona	Código Penal: Sustitución del art. 87 (penas de prisión para profesionales intervinientes en abortos); incorporación del capítulo II bis "De las lesiones al feto", incorporación de los arts. 94 bis y 94 ter.
	Art. 87: <i>Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, e inhabilitación especial, en su caso, de uno a cuatro años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare un aborto. La mujer embarazada no será penada a tenor de este precepto.</i>
<b>572-D-1999</b> Origen: Diputados Autor: Ricardo C. Quintela	Modificación del art. 87 (penas para el que causare un aborto).
	Reforma el art. 87 del Código Penal: <i>Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el embarazo de la mujer fuere notorio o le constare al autor. Si el aborto se causare por imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o inobservancia de los deberes a cargo del autor, la pena será de prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial, en su caso, por uno a seis años, aun cuando el estado de embarazo de la mujer no fuere notorio o le constare.</i>

Artículo 87

<p><b>2335-D-1997</b> Origen: Diputados Autor: Carlos O. Menem</p>	<p>Modificación del art. 87 e incorporación del art. 87 bis.</p>
	<p>Modifica el art. 87 que quedará redactado de la siguiente manera: <i>Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo si el embarazo de la mujer fuere notorio o le constare al autor. Si en las mismas condiciones se produjere un aborto, cuando el embarazo no fuere notorio o no le constare al autor, la pena se disminuirá a la mitad.</i></p>
<p><b>5118-D-1994</b> Origen: Diputados Autor: Patricia Bulrrich</p>	<p>Régimen de interrupción voluntaria del embarazo por la mujer durante las primeras doce semanas de gestación.</p>
	<p>Sustituye el art. 87: <i>Si a consecuencia del delito previsto en el art. 85 sobreviniera a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de tres a seis años de reclusión o prisión y si sobreviniera la muerte la pena será de cinco a diez años de reclusión o prisión.</i></p>

Artículo 88

Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

PROYECTO	SUMARIO / MODIFICACIÓN PROPUESTA
<p><b>998-D-2010 (*)</b> Origen: Diputados Autor: Juliana Di Tullio</p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo. Alcances; médicos y personal de salud que manifiesten objeción de conciencia para intervenir en los actos médicos previstos en la presente norma; interrupción del embarazo en menores de catorce años: requerimiento de asentimiento de al menos uno de sus representantes legales; mujer declarada incapaz en juicio; derogación del inciso 2) del art. 85 y arts. 86 y 88 del Código Penal de la Nación.</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>659-D-2010 (*)</b> Origen: Diputados Autor: Martín Sabatella</p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo: régimen. Alcances; derechos y obligaciones de los profesionales médicos; consentimiento informado; mujer declarada incapaz en juicio: consentimiento informado del representante legal; prestaciones necesarias; objetos de conciencia; autoridad de aplicación: Ministerio de Salud de la Nación; servicio de consejería previo y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo; inimputabilidad; modificación del art. 85 y derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>515-D-2010 (*)</b> Origen: Diputados Autor: Juliana Di Tullio</p>	<p>Modificación del Código Penal: modificación del inc. 2) e incorporación del inc. 3) al art. 86 del Código Penal, sobre aborto no punible en caso de embarazo como consecuencia de la comisión de un delito contra la integridad sexual; derogación del art. 88 sobre penas para la mujer.</p>
	<p>Deroga.</p>

<p><b>4614-D-2008</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Juliana Di Tullio</i></p>	<p>Código Penal: Modificación del inc. 2) e incorporación del inc. 3) al art. 86 (aborto).</p>
<p><b>2700-D-2008</b>          Origen: Diputados          Autores: <i>Silvia Augsburger; Delia B. Bisutti; Claudia F. Gil Lozano; Margarita B. Beveraggi; Marcela V. Rodríguez; Claudio Lozano; Verónica C. Benas; Paula C. Merchan; Victoria A. Donda Pérez; Silvana M. Giudici; María J. Areta; Leonardo A. Gorbacz; Fabián F. Peralta; Nélica Belous; Laura J. Sesma; Juliana Di Tullio; Miguel Á. Barrios; Lisandro A. Viale</i></p>	<p>Aborto: derecho de toda mujer a la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 12 semanas de gestación en cualquier establecimiento del sistema de salud, derogación del inciso 2) del artículo 85 y de los artículos 86 y 88 del Código Penal.</p>
<p><b>761-D-2008</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Vilma L. Ibarra</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo: casos contemplados, en ningún caso será punible la mujer que interrumpa su embarazo; modificación del art. 85 (pena para quien causare la interrupción sin autorización de la mujer) y derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p>
<p><b>5225-D-2006</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Juan Erwin B. Acuña Kunz</i></p>	<p>Derecho de las mujeres a la interrupción de su embarazo en estado de riesgo reproductivo. Inclusión de estas prácticas en el Programa Médico Obligatorio; derogación de los artículos 86 y 88 del Código Penal.</p>
<p><b>2950-S-2006</b>          Origen: Senadores          Autor: <i>Vilma L. Ibarra</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo. Modifica art. 85, deroga arts. 86 y 88 del Código Penal.</p>
<p><b>0038-S-2006</b>          Origen: Senadores          Autor: <i>Rubén H. Giustiniani</i></p>	<p>Modifica art. 86 y deroga art. 88 del Código Penal.</p>

Artículo 88

<p><b>6869-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: <i>Juliana I. Marino</i></p>	<p>Modificación sobre punibilidad para la práctica del aborto: modificación del art. 86 (aborto en caso de violación o de inviabilidad del feto), derogación del art. 88 (penas), incorporación de inc. 3 al art. 85.</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>588-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: <i>María El. Barbagelata</i></p>	<p>Modificación del art. 86 del Código Penal, sobre despenalización del aborto para casos específicos. Derogación del art. 88.</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>491-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: <i>Luis F. Zamora</i></p>	<p>Derogación del inc. 2) del art. 85, los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>5987-D-2004</b> Origen: Diputados Autor: <i>María E. Barbagelata</i></p>	<p>Modificación del art. 86 (incorporación del punto 3 - inviabilidad de vida extrauterina del feto) y derogación del art. 88; servicios a brindar por los centros de salud en caso de abortos no punibles; consentimiento de la mujer; supervisión y control de las condiciones obstétricas mínimas de los servicios de salud.</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>5827-D-2004</b> Origen: Diputados Autor: <i>Juliana I. Marino</i></p>	<p>Modificación del art. 86 (incorporación de los puntos 2 y 4 - peligro para la salud física o psíquica de la mujer e inviabilidad de vida extrauterina del feto) y derogación del art. 88; incorporación de inc. 3 al art. 85 (inhabilitación de médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos).</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>2903-S-2004</b> Origen: Senadores Autor: <i>Rubén H. Giustiniani</i></p>	<p>Modifica art. 86 y deroga art. 88 del Código Penal.</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>5950-D-2003</b> Origen: Diputados Autor: <i>María J. Lubertino Beltrán</i></p>	<p>Régimen de interrupción voluntaria del embarazo; Modificación del Código Penal en lo relacionado al delito del aborto.</p>
	<p>Modifica el art. 88 del Código Penal: <i>El aborto practicado por un/a médico/a diplomado/a con el consentimiento de la mujer embarazada, no es punible. Tampoco será punible la tentativa de la mujer.</i></p>
<p><b>7750-D-2002</b> Origen: Diputados Autor: <i>Luis F. Zamora</i></p>	<p>Régimen de educación sexual, anticoncepción y legalización del aborto.</p>
	<p>Deroga.</p>
<p><b>7197-D-2002</b> Origen: Diputados Autor: <i>Rubén H. Giustiniani</i></p>	<p>Régimen de despenalización del aborto; modificación del Código Penal. Modificación del art. 86 del Código Penal (condena a médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo; casos de no punibilidad del aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada); derogación del art. 88 del Código Penal.</p>
	<p>Deroga.</p>

## Artículo 88

<p><b>930-D-2000</b> Origen: Diputados Autor: <i>Alfredo P. Bravo</i></p>	<p>Creación del Instituto Nacional de Planificación Familiar, interrupción voluntaria del embarazo, objeción de conciencia, modificación del art. 85 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 88: <i>En ningún caso será punible la mujer que causare su propia interrupción del embarazo o consintiere en que otro se la cause.</i></p>
<p><b>480-D-89</b> Origen: Diputados Autor: <i>María F. Gomez Miranda</i></p>	<p>Modifica arts. 86 y 88 (impunidad del aborto si el embarazo proviene de una violación y se hubiere efectuado la correspondiente denuncia).</p> <p>Sustituye el art. 88 por el siguiente: Será reprimida con prisión de un a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare. No es punible: 1°. Cuando el embarazo proviniera de una violación o de un atentado al pudor y se hubiera efectuado la correspondiente denuncia; 2°. La tentativa de la mujer.</p>
<p><b>752-D-91</b> Origen: Diputados Autor: <i>María F. Gomez Miranda</i></p>	<p>Modifica arts. 86 y 88 (impunidad del aborto si el embarazo proviene de una violación y se hubiere efectuado la correspondiente denuncia). (Reproducción del expediente 0480-D-89).</p> <p>Sustituye el art. 88 por el siguiente: Será reprimida con prisión de un a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare. No es punible: 1°. Cuando el embarazo proviniera de una violación o de un atentado al pudor y se hubiera efectuado la correspondiente denuncia; 2°. La tentativa de la mujer.</p>
<p><b>4112-D-93</b> Origen: Diputados Autor: <i>Luis F. Zamora</i></p>	<p>Ley de educación sexual; provisión gratuita de métodos anticonceptivos; despenalización del aborto y atención gratuita por parte del Estado.</p> <p>Deroga.</p>
<p><b>4322-D-94</b> Origen: Diputados Autor: <i>Alfredo P. Bravo</i></p>	<p>Ley de procreación responsable, creación del Instituto Nacional de Planificación Familiar. Interrupción voluntaria del embarazo, derogación del art. 86 y modificación de los arts. 85 y 88 del Código Penal.</p> <p>Modifica el art. 88: <i>En ningún casos será punible la mujer que causare su propia interrupción del embarazo o consintiere en que otro se la cause.</i></p>
<p><b>5118-D-94</b> Origen: Diputados Autor: <i>Patricia Bulrich</i></p>	<p>Régimen de interrupción voluntaria del embarazo por la mujer durante las primeras doce semanas de gravidez.</p> <p>Sustituye el art. 88: <i>La mujer que causare o consintiere su propio aborto, quedará exenta de pena.</i></p>
<p><b>112-S-97</b> Origen: Senado Autor: <i>Alberto R. Maglietti</i></p>	<p>Despenalización del aborto.</p> <p>Deroga.</p>

Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas.

Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.

3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

PROYECTO	SUMARIO / MODIFICACIÓN PROPUESTA
<p><b>7054-D-2010 (*)</b>                      Origen: Diputados                      Autor: Gladys E. González</p>	<p>Código Penal. Modificación del art. 86, sobre aborto no punible y art. 72, sobre acciones de instancia privada.</p> <hr/> <p>Modifica el art. 72. <i>Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º. Los previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando se solicitare la práctica de un aborto invocando la situación prevista por el art. 86 inc. 2 y no se hubiere instado la acción penal; 2º. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público; 3º. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél.</i></p>

## Artículo 29

La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.
2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.
3. El pago de las costas.

PROYECTO	SUMARIO / MODIFICACIÓN PROPUESTA
<p><b>0264-D-1991</b>            Origen: Diputados            Autor: Eduardo A. González</p>	<p>Protección de la persona por nacer; penalización del aborto en todos los casos. (Reproducción del expediente 0505-D-89). Derógase el segundo párr. del art. 86 y sus dos incisos; sustitúyese el art. 29 e incorpóranse los arts. 29 bis, 88 bis y 88 ter.</p>
	<p>Deroga el art. 29 e incorpora la siguiente norma: <i>Al abocarse a la causa, el juez interviniente deberá ordenar la protección médica y asistencial que fuera necesaria para la recuperación de las personas que han sido víctimas del delito.</i></p>

## Art. 177 CPPN

Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

- 1º) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.
- 2º) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.

PROYECTO	SUMARIO / MODIFICACIÓN PROPUESTA
<p><b>1883-D-2005</b>            Origen: Diputados            Autor: Carlos A. Tinnirello</p>	<p>Modificación del art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación, sobre eximición a los profesionales de la salud de denunciar los casos de aborto.</p>
	<p>Sustituye el texto del inc. 2, por el siguiente: <i>Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional o se tratare de un caso de aborto o de su tentativa.</i></p>

Otras modificaciones

PROYECTO	SUMARIO / MODIFICACIÓN PROPUESTA
<p><b>2943-S-2010 (*)</b>                      Origen: Senadores                      Autor: Graciela Di Perna</p>	<p>Despenalización del aborto. Modificación del art. 86. Incorporación del art. 86 bis.</p> <p><b>Art. 86 bis:</b> <i>Será reprimido con la pena de prisión de tres a cinco años quien invoque falsamente las excepciones establecidas en el Art. 86 y causare en forma dolosa un aborto no contemplado en el artículo anterior. En ningún caso de interrupción voluntaria del embarazo descrita en el art. 86 del Código Penal se requerirá la intervención o autorización de ninguna autoridad judicial o administrativa para resolver sobre la conveniencia u oportunidad de la misma. En los centros o establecimientos del sistema de salud se conservará la historia clínica y los dictámenes, informes y documentos que hayan sido precisos para la práctica legal del aborto. En los casos de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso ante ausencia del mismo. La autoridad de aplicación garantizará la publicación y disponibilidad de un registro de centros o establecimientos del sistema de salud acreditados para la práctica legal del aborto. Los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle. Informarán asimismo de las exigencias o requisitos que, en su caso, son exigibles, así como la fecha y el centro o establecimiento en que puedan practicarse. La autoridad de aplicación garantizará tratamiento psicoterapéutico a la mujer desde el momento en que es informada de su calidad de gestante hasta el alta médica posterior al aborto legal, gozando de prioridad en la asignación de turnos. Los profesionales de la salud podrán ejercer la objeción de conciencia con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el art. 86 inc. 2 y 3 del Código Penal.</i></p>
<p><b>1494-S-2010</b>                      Origen: Senadores                      Autor: Liliانا T. Negre de Alonso</p>	<p>Incorpora el art. 84 bis al Código Penal.</p> <p><b>Art. 84 bis:</b> Se impondrá prisión de dos a seis años: a) El que por cualquier medio informare o promoviere, públicamente el aborto o cuestiones inherentes al mismo; b) El que escribiere, redactare o publicare aviso o anuncio de algún procedimiento específico para producir o facilitar abortos, u ofreciere sus servicios por dichos medios para asistir a la consecución del mismo; c) Cuando se produjera el aborto coadyuvado por alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos a y b del art. 84, la pena será de tres a diez años.</p>
<p><b>2435-D-2010 (*)</b>                      Origen: Diputados                      Autores: Miguel Á. Barrios; Alicia M. Ciciliani; Lisandro R. Cortina; Alfredo Viale Ricardo O. Cuccovillo</p>	<p>Régimen de asistencia al aborto no punible.</p> <p>La ley tiene como objetivos: Garantizar a las mujeres el derecho al aborto legal en los casos previstos en el art. 86, incs. 1 y 2 del Código Penal (de ahora en adelante CP). Establecer los procedimientos a llevar a cabo en los establecimientos de salud del sistema público, de la seguridad social y del sistema privado en estos casos, a fin de que dichos abortos sean seguros y accesibles. A cargo de los sistemas de salud. Admite la objeción de conciencia.</p>

## Otras modificaciones

<p><b>998-D-2010 (*)</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Juliana Di Tullio</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo. Alcances; médicos y personal de salud que manifiesten objeción de conciencia para intervenir en los actos médicos previstos en la presente norma; interrupción del embarazo en menores de catorce años: requerimiento de asentimiento de al menos uno de sus representantes legales; mujer declarada incapaz en juicio; derogación del inc. 2) del art. 85 y arts. 86 y 88 del Código Penal de la Nación.</p> <p>Toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional. Fuera del plazo referido toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción del embarazo si fuera producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud, si estuviera en riesgo la salud o la vida de la mujer, si existieran malformaciones fetales graves. Se requiere consentimiento informado. Acceso gratuito en los sistemas de salud. Objeción de conciencia. No es necesaria autorización judicial. Si es menor de catorce años, consentimiento informado de al menos uno de los representantes legales, la niña deberá ser oída.</p>
<p><b>659-D-2010 (*)</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Martín Sabatella</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo: régimen. Alcances; derechos y obligaciones de los profesionales médicos; consentimiento informado; mujer declarada incapaz en juicio: consentimiento informado del representante legal; prestaciones necesarias; objetores de conciencia; autoridad de aplicación: Ministerio de Salud de la Nación; servicio de consejería previo y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo; inimputabilidad; modificación del art. 85 y derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Toda mujer puede decidir la interrupción voluntaria del embarazo en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. antes de las catorce semanas de gestación; 2. si el embarazo es producto de la comisión de un delito contra la integridad sexual, mientras sea inviable la vida del feto con independencia del cuerpo de la mujer; 3. si existe peligro para la vida o la salud de la mujer; entendiéndose a la salud conforme la define la Organización Mundial de la Salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no como la mera ausencia de enfermedades; 4. si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina. Sólo podrá ser ejercida por un profesional o equipo de profesionales médicos y será considerada, a todos los efectos, como una práctica médica.</p> <p>Consentimiento informado. Si es menor de catorce años, consentimiento informado de al menos uno de los representantes legales, la niña deberá ser oída. Las prestaciones necesarias para la interrupción voluntaria del embarazo realizada en los términos de la presente ley serán incluidas en el Programa Médico Obligatorio —o el que lo reemplace— y contarán con la cobertura total y gratuita de todos los servicios de salud del subsector estatal, de obras sociales y privado. Objeción de conciencia. Implementación del servicio de consejería previo y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo. No se requiere autorización judicial. En ningún caso será punible la mujer que causare la interrupción de su propio embarazo o consintiere en que otro se la causare. Autoridad de aplicación: Ministerio de Salud.</p>

Otras modificaciones

<p><b>860-D-2009</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Hugo R. Acuña</i></p>	<p>Garantizar la vida de los niños y niñas por nacer en condiciones de viabilidad: proveer los medios para asegurar la vida extrauterina.</p> <p>Art. 1°.- Será obligación del Sistema Nacional de Salud Pública, Estatal y Privada, proveer el acceso a todos los medios disponibles para asegurar la viabilidad de la vida extrauterina de niñas y niños.</p> <p>Art. 2°.- A los efectos de esta ley deberá cumplirse con las siguientes disposiciones: a) que sea posible la viabilidad extrauterina; b) no adelantar el parto, salvo en los casos que haya razones justificadas científicamente.</p> <p>Art. 3°.- La Autoridad de Aplicación arbitrará un procedimiento sumarísimo para que los niños y las niñas cuenten con los medios que necesiten en la forma más abreviada y menos burocrática posible.</p> <p>Art. 4°.- La Autoridad de Aplicación implementará un protocolo de procedimientos para estos casos que será de cumplimiento obligatorio por parte de los profesionales asistentes del niño o niña por nacer, y de la madre; con apercibimiento y sanciones correspondientes si no se hiciere.</p>
<p><b>856-D-2009</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Hugo R. Acuña</i></p>	<p>Modificación del art. 86 del Código Penal, sobre aborto no punible.</p> <p>Consentimiento informado. La mujer embarazada que se encuentre enmarcada dentro de la presente ley tiene derecho a: a) estar acompañada por su familia, durante la internación, el máximo tiempo posible; b) una asistencia integral por personal especializado; c) un subsidio económico provisto por el Estado, si su situación es de vulnerabilidad, indigencia, pobreza, exclusión o riesgo social.</p>
<p><b>855-D-2009</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Hugo R. Acuña</i></p>	<p>Ley de protección integral de los derechos de las niñas y niños por nacer. Financiamiento.</p> <p>La ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas y niños por nacer que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.</p>
<p><b>5212-D-2008</b>                  Origen: Diputados                  Autores: <i>Nora N. César; Juliana Di Tullio y Juan H. Sylvestre Begnis,</i></p>	<p>Modificación del Código Penal: Sustitución de los incs. 1 y 2 e incorporación del inc. 3 al art. 86, aborto no punible.</p> <p>Incorpora el siguiente artículo: <i>Se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso a todos los centros de atención médica públicos y privados, en forma clara y visible, la pauta interpretativa que deberán acatar todos los actores sociales vinculados directa o indirectamente con casos de aborto no punible: "El término 'salud' receptado en el art. 86 del Código Penal (interrupción voluntaria del embarazo) debe entenderse como 'un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no como la mera ausencia de enfermedad o discapacidad'". (Organización Mundial de la Salud - O.M.S.). El texto señalado en el artículo anterior, tendrá una dimensión, como mínimo de treinta (30) centímetros de ancho, por cuarenta (40) de alto y estará dispuesto verticalmente.</i></p>

## Otras modificaciones

<p><b>2700-D-2008</b>          Origen: Diputados          Autores: <i>Silvia Augsburger; Delia B. Bisutti; Claudia F. Gil Lozano; Margarita B. Beveraggi; Marcela V. Rodríguez; Claudio Lozano; Verónica C. Benas; Paula C. Merchan; Victoria A. Donda Pérez; Silvana M. Giudici; María J. Areta; Leonardo A. Gorbacz; Fabián F. Peralta; Nélica Belous; Laura J. Sesma; Juliana Di Tullio; Miguel Á. Barrios; Lisandro A. Viale</i></p>	<p>Aborto: derecho de toda mujer a la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación en cualquier establecimiento del sistema de salud, derogación del inc. 2) del art. 85 y de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>La ley establece que toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional y fuera de ese plazo en los siguientes casos: a) Si el embarazo fuera producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud; b) Si estuviera en riesgo la salud o la vida de la mujer; c) Si existieran malformaciones fetales graves. A cargo de los sistemas de salud. No requiere autorización judicial. Si se trata de una menor de catorce años se requiere la autorización de al menos un representante legal o guardador de hecho. Si es incapaz debe prestar consentimiento el representante legal. Admite la objeción de conciencia.</p>
<p><b>2468-D-2008</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>María A. Carmona</i></p>	<p>Código Penal: Sustitución del art. 87 (penas de prisión para profesionales intervinientes en abortos); incorporación del capítulo II bis "De las lesiones al feto", incorporación de los arts. 94 bis y 94 ter.</p> <p><b>Incorpora Cap. II bis "Lesiones al feto" y el art. 94 bis</b> que establece: <i>Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial, en su caso, por el doble tiempo de la condena, el que causare a un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en él una grave tara física o psíquica. La tentativa de la mujer es impune. También el art. 94 ter que dispone: La pena será de un mes a dos años de prisión e inhabilitación, en su caso, de uno a cuatro años, si alguna de las afectaciones al feto descriptas en el artículo anterior fuere causado por el accionar imprudente o negligente del agente. La mujer embarazada no será punible a tenor de este artículo.</i></p>
<p><b>761-D-2008</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Vilma L. Ibarra</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo: casos contemplados, en ningún caso será punible la mujer que interrumpa su embarazo; modificación del art. 85 (pena para quien causare la interrupción sin autorización de la mujer) y derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Incorpora diez artículos, en los cuales básicamente se habilita a toda mujer a decidir la interrupción voluntaria del embarazo.</p>
<p><b>451-D-2008</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Silvia Augsburger</i></p>	<p>Ley nacional de asistencia del aborto no punible: objetivos, modificación a los incs. 1) y 2) del art. 86 del Código Penal, prohibición de difundir información sobre los sujetos comprendidos en el presente régimen. (Reproducción del expediente 5453-D-06).</p>

Otras modificaciones

<p><b>451-D-2008</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Silvia Augsburger</i></p>	<p>Art. 86, inc. 1, del Código Penal: <i>El peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada, debe ser diagnosticado por el/la médico/a tratante o por los/as profesionales de la salud que correspondan acorde a la situación clínica de la mujer. El peligro para la salud de la mujer embarazada comprende la salud física y mental que incluye los casos de inviabilidad extrauterina del feto. Si la mujer embarazada en las condiciones precedentes, decide el aborto, se deberá requerir el consentimiento informado de la mujer.</i></p> <p>Art. 86, inc. 2, del Código Penal. <i>Si el embarazo proviene de una violación, el/la médico/a tratante deberá requerir el consentimiento informado de la mujer y una declaración jurada de la víctima de que ha sido violada. Cuando una "mujer idiota o demente" hubiere quedado embarazada y su representante legal solicitare el aborto, el/la médico/a tratante deberá requerir del representante legal declaración jurada de que el embarazo es producto de una violación y el consentimiento informado. En caso de que uno sólo de los progenitores sea quien tenga a su exclusivo cuidado a la "mujer idiota o demente", bastará el consentimiento de éste para que quede configurado el consentimiento requerido. Los establecimientos de salud del sistema público, de la seguridad social y del sistema privado, deben ofrecer asistencia psicológica a la mujer antes y después de la intervención, se extiende al representante legal y al grupo familiar. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos comprendidos en esta ley. No requiere autorización judicial. Se puede ejercer objeción de conciencia.</i></p>
<p><b>3088-D-2007</b>                  Origen: Diputados                  Autores: <i>Eusebia A. Jerez y Hugo R. Acuña</i></p>	<p>Código Penal: Modificación.</p> <p>Cuando estuviera en peligro la vida de una mujer embarazada, y hubiera posibilidad de vida extrauterina para la persona por nacer, el Estado deberá garantizar el acceso a los medios que posibiliten proteger el derecho a la vida de ambos, haciéndose cargo de todos los costos que demande. La mujer embarazada que se encuentre enmarcada dentro de la presente ley tiene derecho a: a) estar acompañada por su familia, durante la internación, el máximo tiempo posible; b) una asistencia integral por personal especializado. c) un subsidio económico provisto por el Estado, si su situación es de vulnerabilidad, indigencia, pobreza, exclusión o riesgo social.</p>
<p><b>3220-S-2006</b>                  Origen: Senadores                  Autor: <i>Amanda M. Isidori</i></p>	<p>Modifica inc. 2 del art. 86 del Código Penal.</p> <p>Art. 1° – Toda mujer cuyo embarazo reúna las condiciones contenidas en el art. 86, inc. 2, del Código Penal tiene derecho a la interrupción del mismo en los servicios del sistema público de salud. En los casos no previstos requiere autorización judicial, que tramitará por el proceso sumarísimo.</p>
<p><b>2950-S-2006</b>                  Origen: Senadores                  Autor: <i>Vilma L. Ibarra</i></p>	<p>Interrupción voluntaria del embarazo. Modifica art. 85, deroga arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Toda mujer podrá decidir la interrupción voluntaria del embarazo en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. Antes de las doce semanas de gestación; 2. Si el embarazo es producto de la comisión de un delito contra la integridad sexual, mientras sea inviable la vida del feto con independencia del cuerpo de la mujer; 3. Si</p>

## Otras modificaciones

<p><b>2950-S-2006</b> Origen: Senadores Autor: <i>Vilma L. Ibarra</i></p>	<p>existe peligro para la vida o la salud de la mujer; 4. Si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina. A cargo de la salud Pública. En el caso de los menores, los padres o tutores deben solicitar autorización judicial, la cual se evaluará privilegiando el interés superior del niño. Admite la objeción de conciencia.</p>
<p><b>0580-S-2006</b> Origen: Senadores Autor: <i>Silvia E. Giusti</i></p>	<p>Despenalización del aborto en casos de peligro para la vida de la madre, embarazo proveniente de la violación a la integridad sexual e inviabilidad de vida extrauterina del feto.</p> <p>Designa al Ministerio de Salud de la Nación como la autoridad de aplicación de la presente ley. El mismo podrá delegar en las secretarías dependientes el ejercicio de las funciones y obligaciones declaradas en esta ley. Incorpora el art. 86 bis: Será reprimido con la pena de prisión de tres a cinco años quien invoque falsamente las excepciones establecidas en el art. 86 y causare en forma dolosa un aborto no contemplado en el artículo anterior. En ningún caso de interrupción voluntaria del embarazo descripta en el art. 86 del Código Penal se requerirá la intervención o autorización de ninguna autoridad judicial o administrativa para resolver sobre la conveniencia u oportunidad de la misma.</p>
<p><b>6610-D-2006</b> Origen: Diputados Autor: <i>Marta S. De Brasi</i></p>	<p>Derecho de toda mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo, modificaciones al Código Penal.</p> <p>Toda mujer tiene derecho a interrumpir voluntariamente su embarazo en las siguientes circunstancias: a) Antes de los noventa días de gestación; b) Después de los noventa días de gestación si el embarazo o el parto implican un grave peligro para la vida de la mujer, o si se ha diagnosticado la inviabilidad de vida extrauterina. Se requiere consentimiento informado. Si es menor o incapaz se requiere la autorización de los padres o tutor en el primer caso y del representante legal en el segundo. El médico tiene derecho a ejercer objeción de conciencia. La interrupción voluntaria del embarazo debe ser realizada sin cargo para la paciente en los establecimientos del sistema público de salud. Los agentes de salud contemplados en la ley 23.660, las organizaciones de la seguridad social y las entidades de medicina prepaga tienen la obligación de incorporar esta intervención médica a su cobertura para que resulten gratuitas para la beneficiaria.</p>
<p><b>5453-D-2006</b> Origen: Diputados Autor: <i>Silvia Augsburger</i></p>	<p>Ley nacional de asistencia del aborto no punible: objetivos, modificación a los incs. 1) y 2) del art. 86 del Código Penal, prohibición de difundir información sobre los sujetos comprendidos en el presente régimen.</p> <p>Asistencia psicológica a la mujer, representante legal o grupo familiar. Derecho a ejercer su objeción de conciencia. Los servicios de salud del sistema público, de la seguridad social y del sistema privado, incorporarán las prácticas profesionales médicas requeridas en la presente ley a sus coberturas. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos comprendidos en esta ley. Se efectivizará la práctica sin requerir autorización judicial previa.</p>

Otras modificaciones

<p><b>5225-D-2006</b> Origen: Diputados Autor: <i>Juan E. Acuña Kunz</i></p>	<p>Derecho de las mujeres a la interrupción de su embarazo en estado de riesgo reproductivo. Inclusión de estas prácticas en el Programa Médico Obligatorio; derogación de los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Toda mujer tiene derecho a la interrupción de su embarazo durante las primeras doce semanas y a partir de las doce semanas en cualquier momento si estuviera en riesgo su vida, si existen malformaciones congénitas o genéticas incompatibles con la vida del feto, o si el embarazo fuera producto de un acto delictivo. Se requiere consentimiento informado de la mujer. Las prestaciones necesarias para estas prácticas deberán ser incluidas en el PMO.</p>
<p><b>1983-D-2006</b> Origen: Diputados Autor: <i>Roberto I. Lix Klett</i></p>	<p>Incorporación del art. 86 bis, aborto farmacológico.</p> <p><b>Art. 86 bis:</b> Incurrirán en las penas del artículo anterior, y además serán pasibles de inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los que fabricaren, distribuyeren, comercializaren, prescribieren y vendieren especialidades medicinales con efectos abortivos o antiimplantatorios y/o cooperaren de algún modo en esos hechos. La pena de los directores técnicos farmacéuticos o bioquímicos intervinientes será agravada en un tercio. Cuando el autor o participe fuere funcionario público, además de la inhabilitación de matrícula profesional prevista en el párrafo anterior, será inhabilitado de manera permanente para el ejercicio de cargos públicos. El funcionario público que autorizare el registro, fabricación, distribución, comercialización y venta de especialidades medicinales con efectos abortivos o antiimplantatorios, será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, sin perjuicio de que exista concurso con otro tipo delictivo.</p>
<p><b>4395-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: <i>Juliana I. Marino</i></p>	<p>Procedimiento en casos de aborto no punible.</p> <p>La ley establece los extremos requeridos y el procedimiento que debe seguirse en los establecimientos asistenciales públicos, de la seguridad social y privados, a fin de garantizar el derecho de las mujeres a la interrupción del embarazo en los casos de aborto no punibles.</p>
<p><b>588-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: <i>María Elena Barbagelata</i></p>	<p>Modificación del art. 86 del Código Penal, sobre despenalización del aborto para casos específicos. Derogación del art. 88.</p> <p>En los casos de aborto no punible los servicios de salud deberán garantizar: la realización del diagnóstico y las intervenciones médicas necesarias para la realización del aborto; atención médica y psicológica a la mujer pre y posintervención. Los servicios de salud del sistema público, de la seguridad social de salud y los sistemas privados, incorporarán las prestaciones mencionadas a sus coberturas, en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones. En el caso del inc. 4 del art. 86 sólo podrá realizarse dentro de las primeras doce semanas del proceso gestacional. El aborto no punible no configura un caso judicial. Consentimiento informado. Objeción de conciencia.</p>
<p><b>491-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: <i>Luis Fernando Zamora</i></p>	<p>Derogación del inc. 2) del art. 85, los arts. 86 y 88 del Código Penal.</p> <p>Queda reconocido el derecho de toda mujer a decidir libremente la interrupción de su embarazo. Se establece la incorporación de la asignatura educación sexual como materia obligatoria en los últimos años de la escuela primaria y en los primeros años de la</p>

## Otras modificaciones

<p><b>491-D-2005</b> Origen: Diputados Autor: <i>Luis F. Zamora</i></p>	<p>escuela secundaria. El Estado Nacional está obligado a asegurar a toda la población el conocimiento de los métodos anticonceptivos. Todos los servicios asistenciales de los hospitales públicos y centros de salud nacionales, provinciales y municipales, y los dependientes de las obras sociales, deberán contar con áreas donde, en forma gratuita, con personal idóneo y equipos adecuados, se garantice la interrupción del embarazo. Asistencia psicológica en caso de pedido.</p>
<p><b>2023-S-2004</b> Origen: Senadores Autor: <i>Silvia E. Giusti</i></p>	<p>Modifica art. 86 e incorpora art. 86 bis al Código Penal.</p> <p><b>Incorpora art. 86 bis:</b> Será reprimido con la pena de prisión de tres a siete años quien invoque falsamente las excepciones establecidas en el inc. 2° del artículo anterior y provoque en forma dolosa un aborto.</p>
<p><b>5987-D-2004</b> Origen: Diputados Autor: <i>María E. Barbagelata</i></p>	<p>Modificación del art. 86 (incorporación del punto 3 - inviabilidad de vida extrauterina del feto) y derogación del art. 88; servicios a brindar por los centros de salud en caso de abortos no punibles; consentimiento de la mujer; supervisión y control de las condiciones obstétricas mínimas de los servicios de salud.</p> <p>En los casos de aborto no punible los servicios de salud deberán garantizar: La realización del diagnóstico y las intervenciones médicas necesarias para la realización del aborto; atención médica y psicológica a la mujer pre y posintervención. Los servicios de salud del sistema público, de la seguridad social de salud y de los sistemas privados incorporarán las prestaciones mencionadas a sus coberturas, en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones. Las prácticas no configuran casos judiciales. Consentimiento informado de la mujer. Objeción de conciencia. El Ministerio de Salud de la Nación tendrá a su cargo la supervisión y control respecto del cumplimiento de las condiciones obstétricas mínimas de los servicios de salud que brinden las prestaciones comprendidas en la presente ley.</p>
<p><b>5950-D-2003</b> Origen: Diputados Autor: <i>María J. Lubertino Beltrán</i></p>	<p>Régimen de interrupción voluntaria del embarazo; Modificación del Código Penal en lo relacionado al delito del aborto.</p> <p>Toda mujer tiene derecho a decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional. Fuera de la referida situación, la interrupción voluntaria del embarazo sólo podrá realizarse cuando el hecho de seguir adelante con el proceso gestacional signifique un riesgo para la vida o la salud física o psíquica de la mujer, cuando el producto de la gestación sufra una patología incompatible con la vida extrauterina o cuando el embarazo provenga de una violación. Consentimiento informado. Asistencia psicológica de los establecimientos asistenciales del sistema de salud público, privado u obras sociales en donde se realice la interrupción voluntaria del embarazo antes y después de ésta. Para todos los casos de interrupción voluntaria del embarazo contemplados en la presente ley se procederá a la realización de dicha práctica médica en un plazo no mayor de seis (6) días. Las interrupciones de embarazos que se practiquen según los términos que establece esta ley serán consideradas acto médico incluido en el Programa Médico Obligatorio. Todos los servicios asistenciales del Sistema de Salud público, privado u obras sociales tendrán la obligación de llevar a cabo este procedimiento a sus beneficiarias. Médicos pueden ejercer objeción de conciencia. No se requiere autorización judicial.</p>

Otras modificaciones

<p><b>4971-D-2003</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Guillermo E. Alchouron</i></p>	<p>Incorporación del art. 86 bis al Código Penal, sobre aborto farmacológico.</p> <p><b>Incorpora el art. 86 bis:</b> Serán pasibles de las penas del artículo anterior, y de inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, los que fabricaren, distribuyeren, comercializaren, prescribieren y vendieren especialidades medicinales con efectos abortivos o antiimplantatorios y/o de alguna manera cooperaren en esos supuestos. Si el autor o partícipe fuere funcionario público, además de la inhabilitación de la matrícula profesional establecida en el párrafo anterior, quedará inhabilitado permanentemente para ejercer cualquier cargo público. Si de las conductas tipificadas se siguiere también la muerte de la madre del por nacer, todas las penas serán aumentadas en un tercio. El funcionario público autorizante del registro, fabricación, distribución, comercialización y venta de especialidades medicinales con efectos abortivos o antiimplantatorios será penado con reclusión o prisión de 5 a 10 años, sin perjuicio que exista concurso con otro tipo de delito. En todos los supuestos, cuando el autor fuere director técnico farmacéutico o bioquímico la pena será aumentada en un tercio.</p>
<p><b>4260-D-2003</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Carlos A. Castellani</i></p>	<p>Incorporación del art. 85 bis al Código Penal, sobre penalidades para quienes fabricaren, comercializaren y prescribieren especialidades medicinales con efectos abortivos.</p> <p><b>Incorpora el art. 85 bis:</b> Serán pasibles de las penas establecidas en el artículo anterior, y sufrirán también inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los que fabricaren, distribuyeren, comercializaren, prescribieren y vendieren especialidades medicinales de efectos abortivos y/o cooperaren de algún modo en los hechos. Para el caso de que el autor detente cargo de funcionario público, sin perjuicio de la inhabilitación de matrícula profesional prevista en el párrafo anterior, será inhabilitado en forma absoluta para ocupar cargos públicos. En el caso de quien obrare en carácter de director técnico, la inhabilitación será perpetua. El funcionario público, y el farmacéutico o bioquímico director responsable, que autorizaren el registro, fabricación, distribución, comercialización y venta de especialidades medicinales de efectos abortivos, serán reprimidos con reclusión o prisión de cinco a diez años, sin perjuicio de que exista concurso con otro tipo delictivo. Para el caso que de las conductas tipificadas se siguiere la muerte de la madre del por nacer, las penas serán agravadas en un tercio.</p>
<p><b>3879-D-2003</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Roberto I. Lix Klett</i></p>	<p>Incorporación del art. 86 bis al Código Penal, sobre delito de aborto farmacológico.</p> <p><b>Incorpora el art. 86 bis:</b> Incurrirán en las penas del artículo anterior y además serán pasibles de inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los que fabricaren, distribuyeren, comercializaren, prescribieren y vendieren especialidades medicinales con efectos abortivos o antiimplantatorios y/o cooperaren de algún modo en esos hechos. La pena de los directores técnicos farmacéuticos o bioquímicos intervinientes será agravada en un tercio. Cuando el autor o partícipe fuere funcionario público, además de la inhabilitación de matrícula profesional provista en el párrafo anterior, será inhabilitado de manera permanente para el ejercicio</p>

## Otras modificaciones

<p><b>3879-D-2003</b> Origen: Diputados Autor: <i>Roberto I. Lix Klett</i></p>	<p>de cargos públicos. El funcionario público que autorizare el registro, fabricación, distribución, comercialización y venta de especialidades medicinales con efectos abortivos o antiimplantatorios, será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, sin perjuicio de que exista concurso con otro tipo delictivo.</p>
<p><b>1643-D-2003</b> Origen: Diputados Autor: <i>Julio C. Moisés</i></p>	<p>Incorporación del art. 85 bis al Código Penal de la Nación, sobre la fabricación o distribución o comercialización de especialidades medicinales de efectos abortivos.</p> <p><b><i>Incorpora como art.85 bis del Código Penal:</i></b> <i>Incurrirán en las penas del artículo anterior, y sufrirán además inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los que fabricaren, distribuyeren, comercializaren, prescribieren y vendieren especialidades medicinales de efectos abortivos y/o cooperaren de algún modo en los hechos. Para el caso de que el autor detente cargo de funcionario público, sin perjuicio de la inhabilitación de matrícula profesional prevista en el párrafo anterior, será inhabilitado en forma absoluta para ocupar cargos públicos. El funcionario público que autorizare el registro, fabricación, distribución, comercialización y venta de especialidades medicinales de efectos abortivos, será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, sin perjuicio de que exista concurso con otro tipo delictivo.</i></p>
<p><b>7750-D-2002</b> Origen: Diputados Autor: <i>Luis F. Zamora</i></p>	<p>Régimen de educación sexual, anticoncepción y legalización del aborto.</p> <p>El Estado Nacional está obligado a asegurar a toda la población el conocimiento de los métodos anticonceptivos. Se establece la incorporación de la asignatura Educación sexual, como materia obligatoria. Los hospitales públicos y centros de salud nacionales, provinciales y municipales, así como centros asistenciales dependientes de obras sociales, deben contar con personal idóneo y equipos necesarios para garantizar gratuitamente la anticoncepción a toda la población y especialmente asegurar el suministro gratuito de elementos anticonceptivos. Queda reconocido el derecho de toda mujer a decidir libremente la interrupción de su embarazo. Toda las prestaciones médicas y farmacológicas correspondientes al presente proyecto de ley quedan incluidas en su totalidad en el Nomenclador Nacional de Prácticas Médicas y en el Nomenclador Farmacológico. El Estado Nacional deberá incrementar las partidas presupuestarias destinadas al rubro salud, de modo de asegurar el cumplimiento de la presente ley.</p>
<p><b>5593-D-2001</b> Origen: Diputados Autor: <i>Enrique G. Cardesa</i></p>	<p>Derecho a ejercer el derecho a optar si continúa con el embarazo de un feto anencefálico una vez establecido el diagnóstico, acreditación del diagnóstico, exención de responsabilidad civil y o administrativa para cualquier profesional que haya obrado acorde a esta ley, incorporación de un nuevo inciso al art. 86 del Código Penal.</p> <p>El diagnóstico de anencefalia deberá estar debidamente acreditado en la historia clínica por el médico tratante con especialidad en obstetricia, y una autoridad médica equivalente o superior al mismo perteneciente al centro médico, hospital o sanatorio.</p>

Otras modificaciones

<p><b>930-D-2000</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Alfredo P. Bravo</i></p>	<p>Creación del Instituto Nacional de Planificación Familiar, interrupción voluntaria del embarazo, objeción de conciencia, modificación del art. 85 del Código Penal.</p> <p>La mujer embarazada podrá solicitar la interrupción del embarazo a un médico diplomado, en las siguientes circunstancias: 1. Cuando por razones de dificultad para obtener el sustento propio y necesario y el de los suyos, o por su estado de angustia originado en la preñez, no se sintiera en condiciones de continuar con ésta hasta su término. Esta interrupción no puede ser practicada más allá del fin de la duodécima semana de embarazo; 2. Cuando la continuación del embarazo significa un riesgo para la vida, o un daño para su salud física o mental o la de cualquiera de sus hijos mayores. 3. Cuando exista el riesgo sustancial de que se produjere el nacimiento de una persona con graves anomalías físicas o mentales incurables de acuerdo con los conocimientos disponibles al momento de realizarse el diagnóstico; 4. Cuando el embarazo proviene de una violación, estupro o corrupción y la acción penal hubiera sido iniciada. Consentimiento informado. Tratándose de menores mayores de dieciséis años no se requerirá el consentimiento de los representantes legales. La interrupción voluntaria del embarazo, realizada en concordancia con lo dispuesto en la presente ley, será considerada, a todos los efectos, como una práctica médica sujeta a las responsabilidades previstas en las leyes que regulan el ejercicio del arte de curar. No se requerirá la intervención o autorización de ninguna autoridad judicial o administrativa. Es posible aducir objeción de conciencia. Sin embargo, ninguna objeción fundada en convicciones religiosas o éticas podrá ser invocada para eludir el deber de participar en un tratamiento que sea necesario para salvar la vida de la mujer embarazada o para evitarle graves daños permanentes a su salud física o mental.</p>
<p><b>2335-D-1997</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Carlos O. Menem</i></p>	<p>Modificación del art. 87 e incorporación del art. 87 bis.</p> <p><b>Incorpora el art. 87 bis:</b> Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial, en su caso, por uno a seis años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los deberes a su cargo causare un aborto.</p>
<p><b>5118-D-1994</b>                  Origen: Diputados                  Autor: <i>Patricia Bulrich</i></p>	<p>Régimen de interrupción voluntaria del embarazo por la mujer durante las primeras doce semanas de gravidez.</p> <p>Toda mujer tiene derecho a decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo durante las doce primeras semanas de gravidez. Consentimiento informado dejando constancia. Se brindará a la mujer información para evitar futuros embarazos no deseados. La interrupción voluntaria del embarazo luego de las doce primeras semanas y hasta las veinticuatro sólo puede ser realizada: 1. Cuando el embarazo o el parto importen un grave riesgo para la salud de la mujer. 2. Cuando se hayan verificado procesos patológicos entre los cuales se encuentren los relativos a relevantes anomalías o malformaciones en el feto. A partir de las veinticuatro semanas la interrupción está prohibida salvo que fuera indispensable para salvar la vida de la mujer. La interrupción del embarazo es un acto médico y debe ser realizado por ginecólogos o médicos obstetras. Se permite la objeción de conciencia salvo cuando por lo urgente y grave del caso la intervención resulte indispensable. En el caso de menores de veintidós años se requiere la manifestación de voluntad de la menor y</p>

## Otras modificaciones

<p><b>5118-D-1994</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Patricia Bulrrich</i></p>	<p>el consentimiento de quienes ejercen sobre ella la patria potestad o tutela. En los casos de incapacidad declarada judicialmente el consentimiento para la interrupción del embarazo será dado por el juez que intervino en la insania.</p>
<p><b>4112-D-1993</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Luis F. Zamora</i></p>	<p>Ley de Educación Sexual; Provisión gratuita de métodos anticonceptivos; Despenalización del aborto y atención gratuita por parte del Estado.</p> <p>El Estado Nacional está obligado a asegurar a toda la población el conocimiento de los métodos anticonceptivos. Establece la incorporación de la asignatura "Educación sexual" como materia obligatoria en los últimos años de la primaria y los primeros años de la secundaria. Queda reconocido el derecho a toda mujer a decidir la interrupción del embarazo durante la primeras doce semanas de gestación. Los establecimientos de salud públicos y los centros asistenciales dependientes de obras sociales deben garantizar gratuitamente la anticoncepción y la interrupción del embarazo preservando la salud psicofísica y la dignidad de la solicitante.</p>
<p><b>4322-D-1994</b>          Origen: Diputados          Autor: <i>Alfredo P. Bravo</i></p>	<p>Ley de Procreación Responsable, creación del Instituto Nacional de Planificación Familiar. Interrupción voluntaria del embarazo. Derogación del art. 86 y modificación de los arts. 85 y 88 del Código Penal.</p> <p>El Estado Argentino garantiza la determinación libre y responsable del número y espaciamiento de sus hijos. Todo hospital público asesorará en materia de planificación familiar y suministrará elementos contraceptivos. Los planes de enseñanza secundaria incluirán información sobre el empleo para la planificación científica de la familia. Crea un ente descentralizado en el Ministerio de Salud Pública y Acción Social de la Nación denominado "Instituto Nacional de Planificación Familiar". Autoriza la interrupción voluntaria del embarazo en las siguientes circunstancias: 1. Cuando por razones de dificultad para obtener el sustento propio y necesario y el de los suyos, o por su estado de angustia originado en la preñez, no se sintiera en condiciones de continuar con ésta hasta su término. No puede ser practicada más allá del fin de la duodécima semana de embarazo. 2. Cuando la continuación del embarazo significa un riesgo para la vida, o un daño para su salud física o mental o la de cualquiera de sus hijos mayores. 3. Cuando exista el riesgo sustancial de que se produjere el nacimiento de una persona con graves anormalidades físicas o mentales incurables de acuerdo con los conocimientos disponibles al momento de realizarse el diagnóstico. 4. Cuando el embarazo proviene de una violación, estupro o corrupción y la acción penal hubiera sido iniciada. Consentimiento informado. Hasta los dieciséis años se requiere el consentimiento de los representantes legales. No se requiere autorización judicial. Posibilidad de objeción de conciencia. En los establecimientos públicos de salud y en los sanatorios y clínicas que presten servicio de asistencia médica a las obras sociales, deberá crearse una unidad dotada de los recursos humanos y materiales para hacer posible el ejercicio de la interrupción del embarazo. Toda interrupción del embarazo debe ser notificada al Instituto Nacional de Planificación Familiar.</p>

Otras modificaciones

<p><b>0264-D-91</b>                  Origen: Diputados                  Autor: Eduardo A. González</p>	<p>Protección de la persona por nacer; penalización del aborto en todos los casos. (Reproducción del expediente 0505-D-89). Derógase el segundo párr. del art. 86 y sus dos incisos; sustituye el art. 29 e incorporanse los arts. 29 Bis, 88 Bis Y 88 Ter..Incorpora el art. 29 bis.: La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba; 2. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuera posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más la estimación si lo tuviere; 3. El pago de costas; 4. Cuando la reparación no se hubiere cumplido durante la condena o cuando se hubiere establecido a favor del ofendido o de su familia una pena de indemnización, el juez, en caso de insolvencia señalará la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas obligaciones, antes de proceder a otorgarle la libertad condicional.</p> <p>Incorpora el art. 88 bis: Será reprimido con prisión de hasta tres años el que causare un daño en el cuerpo o la salud de una persona por nacer. Incorpora el art. 88 ter: Será reprimido con prisión de hasta dos años el que por su imprudencia, negligencia e impericia, causare un daño en el cuerpo o la salud de una persona por nacer.</p>
--	--

*Nota: Los proyectos señalados con (\*) poseen actualmente estado parlamentario.*



# Cargas dinámicas y prueba de la responsabilidad médica

por **JORGE L. KIELMANOVICH**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

Sabido es que la obligación del facultativo es de *medios* y no de *resultado*, estando el mismo obligado a poner al servicio del enfermo el caudal de sus conocimientos científicos y a prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere<sup>(2)</sup>, debiendo, por tanto, analizarse la conducta de aquél bajo el prisma de lo que disponen los artículos 512 y 902 del Código Civil<sup>(3)</sup> y teniendo en cuenta que a él se le confía no sólo la salud, sino incluso la vida misma de sus pacientes.

La sola existencia del daño, o aun su vínculo causal con la actuación del profesional, es insuficiente de tal suerte para desencadenar la responsabilidad médica si no media en el caso *culpa* o *dolo*<sup>(4)</sup>, pues, como regla, no resulta de aplicación el principio de responsabilidad por riesgo que establece el artículo 1113, segunda parte del Código Civil, razón por la cual el profesional podrá excusarse no sólo demostrando la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, el caso fortuito o una fuerza mayor, *sino aún la mera inexistencia*

.....  
(1) Profesor Regular Titular de Derecho Procesal Civil, Profesor de Posgrado en las Carreras de Especialización en Derecho de Familia, Director del Departamento de Derecho Procesal, Director del Programa de Perfeccionamiento Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Autor de numerosos libros y de más de 120 artículos publicados en las más importantes Revistas Especializadas, entre otros.

(2) CNCiv., Sala I, 13/02/1997, "González, Luis Ernesto v. Instituto Privado de Ojos Dr. Scattini, daños y perjuicios".

(3) CNCiv., Sala F, 06/03/1995, "Barceló de Intriery, Adriana v. Instituto de Servicios Sociales Bancarios y otros", JA 1995-III-371.

(4) CNCiv., Sala B, 05/04/1999, "Tarrío Cabanas de Ludovico, Mercedes v. Cabanne, Ana M.", JA 2001-IV-síntesis; CSJN, 22/12/1994, "Brescia, Noemí L. v. Provincia de Buenos Aires y otros", JA 1998-I, síntesis.

*de culpa de su parte*<sup>(5)</sup>, o lo que es lo mismo, le bastará con acreditar que empleó todos “los medios apropiados” para lograr la curación<sup>(6)</sup>.

La prueba pues del *incumplimiento se identifica con la de la negligencia*<sup>(7)</sup> y ella le incumbe a la *actora*<sup>(8)</sup>, si bien, a partir de las dificultades que la prueba de la culpa puede aparejar en ciertos casos, v.gr. daños producidos mientras el paciente se hallaba bajo los efectos de la anestesia total, se ha admitido que sea el médico o el hospital quien soporte la carga de la prueba, por estar en *mejores condiciones* de demostrar su falta de responsabilidad<sup>(9)</sup>, esto es, por aplicación de la denominada teoría de las “cargas dinámicas”.

En estas páginas nos proponemos analizar si la mentada teoría resulta aplicable, y en su caso, si lo es en materia de responsabilidad médica, a la luz del sistema de la carga de la prueba que regula el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; y las alternativas que se presentan ante una respuesta negativa, para lo cual previamente habremos de referirnos a la carga de la prueba y a la prueba indiciaria, y más precisamente a la derivada de la conducta procesal, para luego intentar dar respuesta a ambos interrogantes.

## II | La carga de la prueba en el ordenamiento procesal nacional y la teoría de las cargas dinámicas

Sabido es que a partir de la adscripción del proceso civil al *principio dispositivo* y como manifestación tradicional de éste, las partes se hallan sujetas a la carga procesal *genérica* de probar los hechos que invocan como

.....

(5) CNCiv., Sala K, 22/09/1998, “Reynoso Lanoo, Luis A. v. Benetti, Federico y otros, daños y perjuicios”, JA 1999-III-535.

(6) CCC. Morón, Sala 2ª, 14/05/1996, “Berea, Claudio M. v. Clínica Modelo Los Cedros”, JA 1998-I, síntesis.

(7) LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, T. I, N° 170/172 y T. IV, N° 2826.

(8) CNFed. Civ. y Com., Sala III, 28/11/2002, “Ferrante Mayer, Roberto Aquiles José v. Centro Oftalmológico del Diagnóstico S.R.L. y otros, responsabilidad médica”.

(9) CCC. Bahía Blanca, Sala 1ª, 03/12/1998, “Urzúa, Claudia S. y otro v. Asociación Hospital Italiano Regional del Sur”, JA 1999-III-556.

fundamento de su pretensión, defensa o excepción, pues dicha actividad supone un imperativo puesto en su propio interés, o más bien, para nosotros, un imperativo que se *vale del propio interés* para su observancia, mientras las atribuciones del juez para ordenar pruebas de oficio son *excepcionales y secundarias* y proceden, en todo caso, cuando la ley *expresamente* se las acuerda o reconoce<sup>(10)</sup>.

Ahora bien, la importancia de la carga de la prueba aparece en toda su extensión cuando la actividad probatoria de las partes *no ha sido suficiente para generar un grado de convicción aceptable respecto de la probable existencia o inexistencia de los hechos alegados* y el juez debe, no obstante, resolver el conflicto —desde que no le es lícito en el proceso civil rehusar o diferir el pronunciamiento definitivo para el contingente momento en que cuenta con elementos de juicio (art. 15, Cód. Civil)—, supuesto en el cual esa carga *genérica* debe devenirse en *concreta* a objeto de establecer, a la luz de la premisa antedicha, a cuál de ellas puntualmente le compete la necesidad de probar los hechos con la virtualidad que ello apareja o si se prefiere, quién soporta el riesgo de que dicho resultado no se alcance.

En este orden de ideas, viene a cuento señalar que tradicionalmente se sostenía que al actor le incumbía la carga de probar los hechos invocados como causa de su pretensión, tal cual expresa el adagio *onus probandi incumbit actoris*; mientras que en relación al demandado se afirmaba como carga la de probar los *hechos sobre los que reposaban sus defensas o excepciones (reus in excipiendo fit actor)*<sup>(11)</sup>, con lo que dicho imperativo venía a depender del rol que vinieran a asumir las partes en el proceso, antes que de la naturaleza de los hechos alegados como presupuestos de sus respectivas pretensiones o defensas, por lo que el actor debía probar a todo trance; y, si no había logrado convencer al juez acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados, éste debía “absolver” al demandado (*actore non probante, reus absolvitur*)<sup>(12)</sup>.

(10) V.gr. art. 452, CPCCN.

(11) Por otra parte, y sin que ello agote las objeciones que esta tesis suscitaba, merece destacarse que la misma, también desde el punto de vista de la carga del demandado de probar los hechos que constituyen el fundamento de sus excepciones o defensas, adolece de serios inconvenientes, pues no establece cuándo puede hablarse de una *exceptio* o, por el contrario, de una mera negativa.

(12) Esta tesis, que si bien puede corresponderse con lo que sucede en la generalidad de los casos, resulta empero inaplicable en ciertas hipótesis, así, por ejemplo, cuando el actor cuenta a su favor con una presunción legal *iuris tantum*, v.gr., la responsabilidad objetiva del

Una variante de esta regla, con la que se intentó superar las críticas que había despertado dicha teoría señalaba, en cambio, que *quien afirmó y no quien negó* tenía la carga de probar los hechos aseverados, por aplicación de la fórmula *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* y *negativa non sunt probanda*, criterio que hacía depender la carga de la forma en que eran alegados, expuestos o introducidos los hechos en el proceso, a tal punto que sólo habrían de ser objeto de prueba los afirmados y no los negados<sup>(13)</sup>.

Así, si el demandado se limitaba a negar la existencia de los hechos invocados por el actor como presupuesto de su pretensión, la prueba de éstos habría de correr por cuenta del segundo; aunque si el demandado, en apoyo de su oposición a la pretensión del actor, afirmaba otros hechos, por ejemplo, extintivos o impeditivos, la carga de la prueba se colocaba en cabeza de aquél.

A partir de las críticas que esta alternativa había merecido, se formuló una interesante regla a partir de la clasificación de los hechos en *constitutivos*, *impeditivos* (o *invalidativos*) y *extintivos*, afirmándose que el actor debía acreditar los *primeros*, mientras que el demandado debía de probar los *restantes*<sup>(14)</sup>, teoría que a su vez mereció algunas críticas, mayormente por la supuesta dificultad de distinguir en ciertos casos la naturaleza de los hechos como constitutivos, impeditivos o extintivos, y porque dejaría de considerar que en ciertos casos la ley le impone al actor la prueba del hecho impeditivo o extintivo, así cuando pide la nulidad de un acto jurídico

.....  
art. 1113, CCiv., o una judicial, simple u *hominis* (v.gr., se presume que el abandono es voluntario y malicioso), que invierte justamente la carga de la prueba, casos en los que a aquél le bastaría con acreditar, en caso de ser negados, los hechos que sirven de base a la presunción, mientras que es el demandado quien deberá probar, por ejemplo, la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no debe responder; o que fue violentamente excluido del hogar conyugal.

(13) Más allá de la dificultad de distinguir, cuándo la negativa de un hecho no contiene una afirmación contraria o cuándo la forma negativa no se utiliza para encubrir la afirmación de un hecho contrario y excluir con ello la carga de la prueba según la redacción que se le imprima, esta regla tampoco sería exacta en las hipótesis en que quien afirma cuenta con una presunción legal o judicial que invierte la carga de la prueba a su favor, supuesto en los cuales, como se ha explicado anteriormente, la necesidad de probar se desplazaría no a quien afirmó los hechos, sino a quien los negó.

(14) CNCiv., Sala C, 26/9/1963, ED, 12-665; CNEsp. Civ. y Com., Sala II, 28/7/1980, ED, 90-306; SCJ Mendoza, Sala I, 3/6/1963, ED, 12-665; CNCiv., Sala A, 24/4/1973, ED, 52-495.

por vicios de la voluntad, aunque para nosotros en esta hipótesis el hecho se transformaría en hecho *constitutivo* de la pretensión.

El artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su primer apartado establece que incumbirá “la carga de la prueba a la parte que *afirme la existencia de un hecho controvertido* o de un *precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer*” —con lo que parecería inscribirse en la vieja tesis del *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*—, aunque a renglón seguido, y para lo que para algunos autores encierra una contradicción —no para nosotros—<sup>(15)</sup>, señala que “cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

Como resulta de la simple lectura del dispositivo, el citado artículo no contempla la figura de las cargas dinámicas<sup>(16)</sup> (aunque sería recomendable que una futura reforma lo estableciera), pues en ningún momento establece que estará sujeto a la carga de probar *aquel que se encuentra en mejor condiciones para hacerlo*.

### III | La prueba indiciaria y la conducta procesal de las partes

Señala el artículo 163, inciso 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que “*las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número,*

(15) La primera parte del dispositivo, a la par que establece el objeto de la prueba (el hecho controvertido), permite excluir la carga de probar respecto de la parte que se ha limitado a una mera negación de los hechos afirmados por el adversario; mientras que la segunda, en cambio, sienta el principio general y determina que cada una de las partes se halla gravada con la carga de probar las menciones de hechos contenidas en las normas con cuya aplicación aspira a beneficiarse, o más bien cuya aplicación corresponde, sin que interese el carácter constitutivo, impeditivo o extintivo de tales hechos.

(16) Sobre el particular, MORELLO, AUGUSTO M., *La prueba. Tendencias modernas*, Platense - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, cap. III y “Carga de probar: dos puntos clave”, JA 1997-I-733; PEYRANO, JORGE W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL 1991-B-1034; LORENZETTI, RICARDO, “Carga de la prueba en los procesos de daños”, LL 1991-A-995 y “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, n° 13, Buenos Aires 1997, p. 61), entre otros.

precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

Como se advierte, el ordenamiento procesal regula a las “presunciones” como prueba —aunque para algunos autores las presunciones no sería prueba sino “argumento”, “subrogado de prueba” o “forma del razonamiento judicial”<sup>(17)</sup>— para nosotros prueba “crítica”, tratándose de las llamadas *presunciones “hominis”*<sup>(18)</sup>, en las que el hecho objeto de la prueba no es conocido a través de la percepción del juez, de las partes, de peritos o de testigos, sino mediante su deducción a partir o derivada de un hecho (el indicio) previamente probado por prueba *directa*<sup>(19)</sup>, en tanto esa consecuencia aparezca naturalmente por obra de un juicio lógico.

El *indicio* es pues un hecho, mientras que la *presunción* es el resultado de la *actividad intelectual del juez* que, partiendo de aquél, afirma la existencia de un hecho *distinto pero relacionado con el primero causal o lógicamente*<sup>(20)</sup>; son dos conceptos independientes pero que se complementan entre sí<sup>(21)</sup>.

Ahora bien, cabe destacar que el Código Procesal regula a la prueba indiciaria a partir de la denominada “presunción polibásica”, esto es de aquella que se estructura a partir de una *pluralidad convergente de hechos que individualmente no permiten argumentar la existencia del hecho objeto de la prueba*<sup>(22)</sup>, de modo que se sostiene que la prueba “de presunciones” debe fundarse en hechos reales y probados susceptibles de produ-

.....  
(17) Cuando se dan los presupuestos legales la prueba de presunciones es tan prueba como cualquier otra (CNCiv. sala E, 15/02/1977, Rep. LL. XXXVII, 1248, sum. 12).

(18) No son pruebas las llamadas presunciones legales sino normas que disponen cómo debe resolverse un determinado problema jurídico —sea que admitan o no prueba en contrario (presunciones “iuris et de iure” y presunciones “juris tantum”)— teniendo una y otra la particularidad de presumir inicialmente la existencia de un hecho en tanto se verifiquen los presupuestos sobre los que se estructuran (así la culpa del dueño de la cosa riesgosa, art. 1113, Cód. Civil).

(19) No se puede extraer presunción de presunción (CFed. Rosario, Sala B, 4/03/1993, “Longoni, Sergio y otra c/ Cursak, Guillermo y otro”, JA, 1994-I-567).

(20) CNCiv., Sala D, 8/03/1996, “Brandoni, A. L. c/ Neustadt, B.”, LL 1996-D, 726 o DJ 1996-2-770.

(21) CCC Resistencia, Sala 4, 23/04/1996, LL Litoral 1997-327.

(22) Nuestra “La prueba indiciaria y la presunción polibásica”, Revista de Responsabilidad Civil, N° 3, p. 35, La Ley.

cir convicción por su *número*, precisión, gravedad y concordancia<sup>(23)</sup>, y de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Por nuestra parte entendemos que aun cuando el citado ordenamiento procesal no regula la “presunción monobásica”, esto es, aquella que se conforma o deriva de *un solo hecho*, de esto no se sigue que ella se encuentre prohibida o excluida, más allá que si no se la concibe como prueba indiciaria, podría igualmente admitírsela como *medio de prueba no previsto* expresamente por la ley pero autorizado por el artículo 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>(24)</sup>.

Ahora bien, aun cuando para algunos autores la *conducta procesal de las partes* carece de virtualidad probatoria, así para Serra Domínguez<sup>(25)</sup>, para nosotros, como hemos venido sosteniendo<sup>(26)</sup>, y diríamos que para la mayor parte de la doctrina nacional, dicha conducta es pues *un hecho* que puede servir u operar, por un lado, como *fuerza de prueba de otros hechos*<sup>(27)</sup>, en tanto tenga capacidad que permita argumentar la existencia o inexistencia de otros hechos, en el caso, los hechos objeto de la prueba.

La actitud que un litigante asuma en el proceso —se ha dicho—, la postura que defienda, o la argumentación de que se valga, pueden suministrar válidos indicios acerca de la sinceridad de su desempeño y de la seriedad de sus razones; y asumir distintas manifestaciones con virtualidad

(23) CNFed. Civ. y Com., Sala I, 9/08/1983, “Marcer, Ernesto A. c/ Compañía Arg. de Seguros La Estrella S.A.”, JA 1984-III-402.

(24) Nuestra “La conducta procesal de las partes y la prueba”, LL 4/06/2001, p. 1.

(25) Para quien no se trataría de una huella del hecho histórico (SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 376).

(26) Nuestro *Código Procesal Civil y Comercial*, 5ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Tº I, p. 243, y nuestra *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, 3ª ed., Rubinzal Culzoni, pp. 22 y 652.

(27) La conducta procesal de las partes puede servir también válidamente como regla de valoración o de apreciación de la prueba, en la especie, integrante del sistema denominado de la “sana crítica”, así cuando se ofrece un medio de prueba menos idóneo para la demostración de los hechos, en lugar del más idóneo, desestimando de tal suerte la eficacia de la prueba testimonial ofrecida para probar la autenticidad de una firma a la luz de lo que dispone el artículo 1033 del Código Civil (que autoriza a recurrir a otros medios de prueba distintos de la pericial caligráfica) cuando la parte pudo haber propuesto la pericial caligráfica frente a la existencia de documentos para el cotejo, o la alternativa de formar cuerpo de escritura, etc.

eminentemente probatoria, así por ejemplo, un comportamiento *omisivo, oclusivo, contradictorio o mendaz*.

En cuanto a la eficacia probatoria de la prueba indiciaria, la legislación procesal autoriza al juez a determinar su valor con arreglo a las reglas de la *sana crítica*, sistema que, como tal, permite que sea tenida como prueba *concluyente* o plena o, como prueba *imperfecta*, vale decir, que la prueba indiciaria podrá *tener plena eficacia* o *concurrir con la restante* a formar la convicción del juez, aisladamente o en conjunción con los restantes medios de prueba<sup>(28)</sup>.

Se trata de un medio probatorio pacíficamente admitido en los juicios de alimentos<sup>(29)</sup>; de filiación<sup>(30)</sup>; de divorcio<sup>(31)</sup>; de simulación<sup>(32)</sup>; y por supuesto de responsabilidad médica, entre otros.

Se ha dicho así, por ejemplo en lo que aquí nos interesa, que la omisión de acompañar la historia clínica<sup>(33)</sup>; las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o enmiendas y defectos que la misma presente<sup>(34)</sup>; y, en

.....  
(28) Nuestra *Teoría de la Prueba*, p. 656.

(29) Si no es posible acreditar el caudal económico del alimentante mediante prueba directa de sus entradas, debe estarse a lo que resulte de la prueba indiciaria, valorando su situación a través de sus actividades y sistema de vida (CNCiv., Sala C, 11/07/1972; sala A, 8/09/1972; sala C, 12/09/1972; sala B, 29/02/1996, LL 1996-D, 897, J. Agrup., caso 11.077).

(30) Se ha dicho que todas las sentencias sobre filiación extramatrimonial se fundan en prueba indiciaria, ya que la directa de la paternidad es, por vía de la demostración del concubito, de muy difícil o imposible producción (CNCiv., Sala E, 23/05/1978, ED 82-300; sala A, 30/04/1981, "G., M. I. c/ J., R. D.", ED 94-584 o JL 981-22-866).

(31) Tratándose el adulterio de un hecho íntimo de muy difícil prueba, no es posible exigir una prueba directa del acceso carnal (CNCiv., Sala F, 9/04/1980, ED 89-483; CNCiv., Sala G, 22/02/1983, "H. De c/ B. A. C. C., A.").

(32) CNCiv., Sala A, 28/03/1994, "Cuzzani, Adriana M. c/ Muratorio, Esther", JA 1994-IV-700 o ED 158-595; Sala F, 28/11/1991, "Antico, Luis c/ Tejero, Juan C. y otros", LL 1992-B, 542 o DJ 1992-1-1204.

(33) CNCCom., Sala B, 11/11/1998, "Ramos, Sonia y otro v. Sanatorio Mitre y otro", JA 1999-III-539.

(34) CNCiv., Sala H, 21/06/1995, "Gutiérrez, María E. v. Intermedics Inc. y otros", JA 1998-I, síntesis.

síntesis, la conducta procesal de la demandada<sup>(35)</sup> originan presunciones *hominis* desfavorables al médico.

## IV | La teoría de las cargas dinámicas y la responsabilidad médica

A la luz de lo antes expuesto, entendemos que *en ausencia de regulación expresa* de la figura de las “cargas dinámicas”, la resolución del conflicto sobre las bases de la *inversión de la prueba por aplicación dicha teoría* supondría *violentar el derecho de defensa en juicio de quien no se encontraba sujeto a la carga de la prueba con arreglo a lo que dispone el artículo 377 del Código Procesal*, cohonestando de tal modo una suerte de emboscada procesal para una u otra parte, sin que, en ausencia de aquella regulación, pueda autorizarse tampoco *a que el Juez decida en la Audiencia Preliminar del artículo 360 del citado ordenamiento, cuál de ellos es quien deberá probar los hechos*<sup>(36)</sup>, pues desde el momento que el ofrecimiento de la prueba *ha debido concretarse en los escritos de demanda, reconvenición y sus contestaciones*, una decisión posterior —sin norma previa que permitiese prever dicha alternativa ulterior— arribaría cuando ya no puede organizarse la defensa frente a tal hipótesis.

Por otra parte, somos de la idea que *ínterin*, podría llegarse a idénticas conclusiones, *a través de la valoración de la conducta de las partes como prueba indiciaria en su contra*, cuando se constaten dificultades probatorias para comprobar los daños producidos, por ejemplo, mientras el actor se hallaba bajo el efecto de la anestesia general o sin poder percibir lo que acontecía en el acto quirúrgico<sup>(37)</sup> o cuando los daños no responden a

(35) CNFed. Civ. y Com., Sala II, 30/05/2000, “Pepe de Latorre, María y otros v. OSIM. y otros”, JA 2001-IV-síntesis.

(36) Era la solución que EISNER sugería adoptar en ocasión de encarar el proyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial bonaerense, “Desplazamiento de la carga probatoria”, LL 1994-C, 846. Es claro que frente a la mención de la ley, las partes no podrían invocar que la decisión ulterior del juez respecto de la parte a quien le incumbiría la prueba, los tomó de sorpresa y que no les permitió organizar su defensa frente a esa posible alternativa.

(37) Téngase en cuenta que frente a una negativa absoluta, esto es, lo que en doctrina se denomina *infitiatio*, la parte que afirma en cambio la existencia de un hecho positivo no es que “sólo” se encuentra en mejores condiciones de probarlo, sino que precisamente la omi-

los que el curso normal y habitual de las cosas marca como posible consecuencia del acto médico realizado de acuerdo con las reglas de la ciencia y arte, trátase del actor o del demandado, del que afirma como del que niega, supuesto en el que dichas consecuencias no resultarían de una inversión de la carga probatoria contraria al dispositivo contenido en el artículo 377 del Código Procesal (que indica quién debe probar o no) *sino de otra prueba*, en el caso extraída de la valoración de la conducta de quien pudiendo fácilmente probar un hecho de dificultosa prueba no lo hace.

En otras palabras, mientras la teoría de la cargas dinámicas no tenga consagración legislativa<sup>(38)</sup>, *preferimos valorar la conducta omisiva de la parte con sujeción a la naturaleza de los hechos objeto de la prueba*, sin alterar para ello la forma en que aparece regulada la carga de la prueba entre nosotros, tal cual acontece por ejemplo en el campo de las pericias genéticas ordenadas en acciones de reclamación de filiación, en las que si bien la carga se halla en cabeza del actor, la negativa a someterse a dicha prueba puede ser valorada, a partir de las leyes lógicas y de la experiencia, con sujeción a la naturaleza de la causa y a las reglas de la sana crítica (art. 163, inc. 5º, CPCCN), *como prueba indiciaria en contra de quien se niega a someterse* (sea la actora o el demandado), haya o no norma expresa que lo establezca, como sucedía, para el caso, hasta el dictado de la Ley 23.511.

---

.....

sión de probar un hecho en tal contexto, autorizaría a tomar escépticamente todo su planteo, o eufemismos de lado, a que dicha omisión se tome como un indicio en su contra. En este orden de ideas, se viene admitiendo en la jurisprudencia el valor especial de las presunciones en materia de responsabilidad médica frente a los inconvenientes en la acreditación de la culpa (CFed. Rosario, Sala B, 04/03/1993, "Longoni, Sergio C. y otra c/ Cursak, Guillermo y otro", JA 1994-I-567).

(38) Así en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 se establece en su artículo 217 que "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

# Patentamiento de embriones

## Breve reseña sobre el uso y apropiación de la vida humana

por **CLAUDIO IGLESIAS DARRIBA**<sup>(1)</sup> y **ARTURO G. RIVERA**<sup>(2)</sup>

### Siglas y acrónimos

AADPIC	Acuerdo sobre los ADPIC
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ADPIC	Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CC	Código Civil (Argentina)
CMA	Célula madre adulta o células madres adultas
CME	Célula madre embrionaria o células madres embrionarias
CMH	Célula madre hematopoyética o células madres hematopoyéticas
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DD.HH.	Derechos humanos
DPI	Derecho o derechos de propiedad intelectual
FA	Fecundación asistida
FIV	Fecundación <i>in vitro</i>
FONCyT	Fondo para la Investigación Científica y Tecnológica
FONSOFT	Fondo Fiduciario de Promoción de la Industria del Software

(1) Claudio Iglesias Darriba es Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Agente de la Propiedad Industrial de Argentina. Es Doctor en Sociología por la Universidad John F. Kennedy. Miembro de AJUS Abogados por la Justicia Social. Actualmente a cargo del Programa de Propiedad Intelectual de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO) en la Argentina.

(2) Arturo Guillermo Rivera es Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Agente de la Propiedad Industrial de Argentina. Es docente de la materia Derecho Comercial I en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Autor de numerosas publicaciones en el ámbito de la propiedad intelectual. Su último trabajo es el libro "Análisis Jurídico de los Datos de Prueba de Medicamentos", Ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo, Abril de 2011.

FONTAR	Fondo Tecnológico argentino
I+D	Investigación y desarrollo
INCUCAI	Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (Argentina)
INPI	Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (Argentina)
NIH	Institutos Nacionales de Salud <sup>(3)</sup>
OEP	Oficina Europea de Patentes
OGM	Organismos genéticamente modificados
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en inglés: WIPO)
OMS	Organización Mundial de la Salud
PED	Países en desarrollo
PI	Propiedad Intelectual
PMA	Países menos adelantados
TCP	Tratado de Cooperación en Materia de Patentes
TJCAN	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
USPTO	Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos <sup>(4)</sup>
USSC	Corte Suprema de los Estados Unidos
WIPO	OMPI

## Resumen

El patentamiento y el uso de embriones humanos constituyen dos de las más importantes cuestiones jurídicas de nuestros tiempos, en las que influyen —entre otros— factores económicos, éticos y religiosos. Los autores explican algunos conceptos jurídicos fundamentales que resultan necesarios para comprender las principales consecuencias jurídicas y económicas del otorgamiento de patentes sobre embriones humanos, así como las cuestiones relativas a su uso. El artículo analiza el impacto de dichas patentes, la normativa local y extranjera actualmente vigente, y el derecho internacional. Finalmente, arriban a conclusiones relativas a la situación jurídica del embrión humano —en lo relativo a su patentamiento y

---

(3) Por su denominación original en inglés: *National Institutes of Health*, organismo dependiente del Departamento de Salud y Servicios Humanos del Gobierno Federal de los Estados Unidos. Su función es aplicar la política de salud de ese país.

(4) Esta sigla es utilizada de esta manera en el ámbito de la propiedad intelectual por su denominación original en inglés, que la identifica claramente: *United States Patent and Trademark Office*.

uso— en el derecho positivo argentino. Con ello, este trabajo pretende explicar con claridad algunos aspectos de un fenómeno jurídico y social extremadamente complejo.

## Introducción

Cabe preguntarse por qué el otorgamiento de patentes sobre embriones humanos<sup>(5)</sup> causa tanto revuelo. O por qué su uso en investigación científica no está permitido.

Acaso ¿no se ataca reiteradamente el progreso científico cada vez que el avance desafía la moral o las creencias previas? ¿No mejorará la calidad de vida de los países y regiones más pobres? ¿No salvará la vida de miles de personas afectados por epidemias?

Las preguntas son muchas y todas tienen respuestas, las cuales —a su vez— son diversas, aunque posiblemente complementarias. Ocurre que el uso de embriones y la obtención de CME tradicionalmente ha ido acompañado de la situación inversa: el descarte o destrucción de los embriones y CME sobrantes, vale decir aquellos que no han sido utilizados. En estas palabras se expresa un gran dilema: ¿Podemos poner fin a la vida humana en sus propios inicios?<sup>(6)</sup>

Por su parte, en lo que refiere al patentamiento, la situación es más grave aun que en lo relativo al uso. En tal sentido, a todo lo dicho anteriormente debe sumarse la facultad del propietario de la patente de excluir a cualquiera del uso de su invención patentada, vale decir, el embrión.

(5) Importantes autores distinguen dos categorías diferentes en la etapa embrionaria: pre-embryones y embryones. Sin embargo, a los efectos de este trabajo, nos limitaremos a llamar a todos ellos “embryones”, incluyendo a los que se encuentran en el estado más primitivo de desarrollo.

(6) En 2011, el TJUE definió al embrión humano como “(...) todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis. (...)” Vale decir que lo considera en sentido amplio, a los efectos de caso en cuestión y a los fines de otorgarle la correspondiente protección jurídica. Al respecto ver sentencia N° C-34/10 del TJUE. Luxemburgo, 18/10/2011.

También en este caso, la finalidad de la invención puede ser meritoria, como la producción de nuevos medicamentos, lo cual no subsana ni legitima lo dicho respecto del descarte de los sobrantes, que son ni más ni menos que sujetos de derecho.

## Las patentes y los embriones

### Las patentes tradicionales y su materia patentable

Antes de tratar específicamente la cuestión de la patentabilidad de los embriones, debe aclararse brevemente cómo se sistematizó y cómo funcionó tradicionalmente el sistema de patentes en los últimos siglos.

Para comenzar ha de tenerse en cuenta que en la concepción clásica de las patentes, que son DPI, es de corte netamente económico. Ello es así porque han sido creadas para proteger las invenciones surgidas como consecuencia de la revolución industrial. Justamente, las patentes adquieren su forma actual en esos tiempos y en los Estados Unidos. Es de hacer notar que sus leyes y su jurisprudencia protegieron las patentes desde comienzos de su historia como nación. Así, a principios del s. XIX la Corte Suprema de los EE.UU. consideraba a las patentes como "(...) los derechos más apreciados y valiosos que reconoce la sociedad (...)"<sup>(7)</sup>.

A esta altura cabe aclarar que las patentes fueron tradicionalmente consideradas un mecanismo de incentivo a la innovación y el progreso tecnológico. Por tal motivo, el Estado reconoce a su titular un derecho exclusivo para impedir el uso de su invención por parte de terceros no autorizados. En el ordenamiento argentino, la obtención de un derecho de patente exige básicamente tres condiciones: (a) que sea nueva, (b) que entrañe una actividad inventiva y (c) que sea susceptible de aplica-

---

(7) USSC, *ex parte* Wood & Brundage, 22 U.S. 603, año 1824. Es de hacer notar que los tribunales de los Estados Unidos comprendieron rápidamente la importancia económica (aunque no social) de la propiedad intelectual y aplicaron como política de Estado la defensa irrestricta de todos los DPI, principalmente las patentes. Esta política se extendió posteriormente a las marcas y los derechos de autor originados en aquel país. Al respecto ver: KHAN, B. ZORINA. *The Democratization of Invention: Patents and Copyrights in American Economic Development, 1790-1920*. New York, Oxford University Press, 2005.

ción industrial<sup>(8)</sup>. Por su parte, el titular debe divulgar la invención<sup>(9)</sup>. Reunidas estas condiciones, el Estado<sup>(10)</sup> otorga el derecho de patente por un período de veinte años.

Sin embargo, dada la época en que se sistematizó y fortaleció el sistema de patentes<sup>(11)</sup>, resulta evidente que —desde aquel entonces— se protegieron invenciones generadas casi exclusivamente en el campo de la metalmecánica<sup>(12)</sup>. En otras palabras, el objeto de protección de las patentes monopólicas tradicionales consistía en “materia inanimada”.

Posteriormente, los descubrimientos de la molécula de ADN por Watson y Crick a comienzos de la década del cincuenta y las técnicas de ADN recombinante desarrolladas a partir de los años setenta, llevaron a un veloz desarrollo de las invenciones que involucran secuencias de ADN. Conde Gutiérrez sostiene que los países industrializados hicieron un gran esfuerzo para que las secuencias de ADN se conviertan en materia patentable, independientemente del hecho (evidente) de que el ADN en

.....

(8) Esto es una simplificación casi injustificable pero absolutamente correcta.

(9) La divulgación implica que la invención sea descripta de una manera lo suficientemente clara y completa como para que cualquier técnico versado en la materia pueda reproducirla.

(10) En la Argentina a través del INPI.

(11) Ese derecho se nutre de la realidad imperante en la Europa y los EE.UU. en pleno auge industrial y comercial como consecuencia de la revolución industrial. Además, corresponde señalar que el derecho de patentes de invención —del mismo modo que las restantes categorías de los derechos intelectuales— goza de un alto grado de armonización a nivel de la legislación doméstica de los Estados. El primer gran paso en este sentido se dio por medio del Convenio de la Unión de París (1883) para la protección de la propiedad industrial. No obstante, la armonización más trascendente (y que afectó severamente los intereses de los países de América Latina, Asia y África) se estableció con el Acuerdo sobre los ADPIC (1994), que entró en vigor en enero de 1995, y que forma parte de los Tratados de Marrakech por los que se creó la OMC.

(12) Las patentes —como otros DPI— adquieren su forma actual a la sombra de la revolución industrial y son la máxima expresión de la PI clásica que desde entonces protegió fuertemente estos derechos. El principal objetivo estratégico de las patentes era evitar que los países más pobres o sus ex colonias copiaran las invenciones producidas en los países industrializados. Al respecto debe citarse el excelente (y premiado) trabajo de la investigadora Zorina Khan, quien realiza un estudio comparativo de los sistemas de patentes en los EE.UU. y Europa, y su evolución. Al respecto ver: KHAN, B. ZORINA. *The Democratization of Invention: Patents and Copyrights in American Economic Development, 1790-1920*. New York, Oxford University Press, 2005.

principio, no cumplía ninguno de los requisitos de patentabilidad<sup>(13)</sup>. Y entonces comienza la discusión acerca de la patentabilidad de las secuencias de ADN.

## Las bio-patentes: los derechos de propiedad sobre la vida humana

En primer término debe aclararse que las posturas a favor y en contra de las patentes que afectan la vida humana son muchas y muy variadas. Sin embargo, las discusiones fueron más acaloradas que en lo relativo a la patentabilidad de ADN. Conde Gutiérrez sostiene que normalmente el ADN es considerado un elemento sub-celular diferente a los microorganismos. Estos últimos generan preguntas éticas sobre la patentabilidad de la vida<sup>(14)</sup>. Es por ello que los embriones son materia de protección prioritaria en el ámbito de la bioética.

En lo referido a la legitimidad de las bio-patentes, es de hacer notar que la Corte Suprema de los Estados Unidos ya se había expedido a favor de su patentabilidad en 1980. En esa ocasión consideró que el hecho de que el microorganismo (OGM) se encuentre con vida no afecta su patentabilidad<sup>(15)</sup>.

En el ámbito de la ONU, diversos organismos internacionales han hecho declaraciones y convenios a favor del derecho a la vida. En el terreno de los DD.HH., por ejemplo, el ACNUDH (1984), declara la protección de las personas por nacer (como el embrión) al excluir explícitamente a las mujeres embarazadas de la pena de muerte<sup>(16)</sup>.

---

(13) Sostiene Conde Gutiérrez que la OEP "(...) considera que la exclusión de los embriones humanos de la patentabilidad se extiende a cualquier uso de embriones humanos, lo que

(14) CONDE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 47.

(15) Corte Suprema de los Estados Unidos. "Sidney A. Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks, v. Ananda M. Chakrabarty, et al." Fecha: 16/06/1980. Casos de la USCC, Vol. 447.303. 1980.

(16) Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, aprobadas por el Consejo Económico y Social del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por Resolución 1984/50, de fecha 25/05/1984. En su artículo 3° esta norma establece que "No serán condenados a muerte los menores de 18

En América del Sur, la CAN excluye la patentabilidad a los seres humanos y de cualquiera de sus partes, por lo que los embriones humanos no pueden ser objeto de patentes<sup>(17)</sup>. Tampoco permite patentar seres vivos ni procesos biológicos tal como existen en la naturaleza<sup>(18)</sup>. El TJCAN se pronunció en contra de este tipo de solicitudes, que incluyen a los embriones humanos en todo o en parte<sup>(19)</sup>.

A su vez, el Acuerdo sobre los ADPIC (1994) permite a los miembros excluir de la patentabilidad las invenciones que puedan afectar la vida de las personas (este es el caso de los embriones)<sup>(20)</sup>.

Como conclusión preliminar debe decirse que a los cuestionamientos que históricamente han tenido los sistemas de patentes monopólicas, se suman los cuestionamientos a las bio-patentes por razones bien fundadas, entre ellas: la facultad de explotar comercial o industrialmente un ser vivo, limitar la investigación científica e impedir la libre difusión del conocimiento sobre los seres vivos, de experimentar con materia viva e —inclu-

.....  
años en el momento de cometer el delito, ni se ejecutará la sentencia de muerte en el caso de mujeres embarazadas (...)."

(17) Esto incluye la reglamentación interna de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia.

(18) CAN - Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Artículo 15 (b). No se considerarán invenciones: (...) (b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural; (...).

(19) Así también lo entendió el TJCAN, "Interpretación Prejudicial 21-IP-2000". El Tribunal agrega que las partes del cuerpo humano, los genes o las secuencias del ADN humano no son susceptibles de protección por razones éticas, por la vía de patentes, en el ordenamiento jurídico andino. Al respecto ver: TJCAN. Interpretación prejudicial de los artículos 1, 6 párrafo b) y 7 párrafos c) y d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo. E interpretación de oficio de los artículos 17 y 29. Actor: Sociedad Aktiebolaget Astra. Cuestión: Solicitud de patente: "PROCEDIMIENTO PARA LA PREPARACIÓN DE DERIVADOS DE SAL DE BILIS HUMANA ESTIMULADA POR LIPASA Y PARA LA PREPARACIÓN DE COMPOSICIONES FARMACÉUTICAS QUE LOS CONTIENEN". Expediente N° 4879. Resolución: 27/10/2000.

(20) AADPIC - Art. 27. Materia patentable. (...) (2) Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas (...)

so— descartarla. Todas estas razones se potencian cuando dicha materia viva es un ser humano<sup>(21)</sup>.

## La bioética frente al patentamiento y uso de embriones

Como se ha dicho hasta aquí, la evolución de la biotecnología, su pretensión de protección por los sistemas de patentes y la confrontación de ambos con los principios básicos en materia de DD.HH., dieron origen a la bioética. En lo que hace al embrión, la finalidad de esta disciplina es sistematizar la normativa (existente o por crearse) se adecue a las innovaciones referidas a los seres humanos en general y a los embriones en especial. Debe aclararse que entre las primeras y principales preocupaciones de la bioética se encuentra la necesidad de regular el estatuto jurídico del embrión. Esta preocupación es más que atendible dado que lo primero que se le exige a esta disciplina es que defina el momento exacto en que comienza la vida humana<sup>(22)</sup>. Respecto de este tema los autores, obviamente no coinciden por razones culturales, históricas, sociales, religiosas, y otras igualmente atendibles. Al respecto Knopffler sostiene que —a nivel internacional— no existe un concepto jurídico inequívoco de embrión<sup>(23)</sup>, lo cual dificulta su protección<sup>(24)</sup>.

.....

(21) La Decisión del TJUE en el caso *Brüstle* (2011) ratifica esta postura.

(22) En este sentido, el italiano Francesco Zapala presenta una teoría compleja: analiza cuándo comienza la vida humana y su protección jurídica. Y arrib a la conclusión de que la protección existe para él, pero no debe considerárselo sujeto de derecho (persona) sino simplemente una materia de protección jurídica. Ver: ZAPALA, FRANCESCO. "Estatuto Jurídico del concebido". Artículo publicado en *Criterio Jurídico*, Vol. 7, revista jurídica del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana. Cali, Vol. 7, Cali, 2007.

(23) KNOEPFFLER, NIKOLAUS. "Hacia un concepto normativo del embrión". Artículo publicado en *Revista Monografías Humanitas*, Monografías N° 4, Barcelona, Ed. Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004.

(24) En octubre de 2005, la UNESCO aprobó la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. La Declaración importa un avance hacia una concepción más social y más humana de la bioética. Esta declaración establece expresamente el derecho al acceso a los sistemas de salud y medicamentos. Asimismo establece que los beneficios de toda investigación científica y sus aplicaciones deberían compartirse con la sociedad en su conjunto y en el seno de la comunidad internacional, en particular con los países en desarrollo. Y sostiene que los beneficios no deberían constituir incentivos indebidos para participar en actividades de investigación (Artículos 14 y 15).

Otra preocupación bioética recurrente es la manipulación embriones varones para elegir el sexo del bebé, tal como se mencionó en el acápite anterior<sup>(25)</sup>. Esta técnica puede constituir un acto de "discriminación" prohibido por la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos<sup>(26)</sup> y —a la vez— un ataque a su "dignidad" como persona<sup>(27)</sup>. La OMS también se expresó en contra de esta práctica en 2011, salvo que la manipulación responda a necesidades de la vida o la salud reproductiva y no exista otra opción<sup>(28)</sup>. Obviamente que en este caso se trataría de un procedimiento médico de última instancia en que la manipulación de embriones debe ser más que cuidadosa<sup>(29)</sup>.

Finalmente, puede citarse a título meramente ejemplificativo la problemática causada por el difícil acceso a la información científica proveniente de las investigaciones con embriones y CME. Al respecto la OMS (2004) publica un interesante artículo del genetista Ricardo Smith, quien advierte que existe una gran desigualdad en el acceso a la información en el área de la genómica. Y concluye que dicho acceso a la información científica constituye un "bien público mundial" y que —en consecuencia— puede ser compartida sin afectar los intereses de los propietarios de patentes<sup>(30)</sup>.

## Patentamiento y uso de embriones en la actualidad

En primer término cabe distinguir dos situaciones jurídicas muy diferentes: el uso y el patentamiento. Sólo a partir de esta diferenciación pueden

(25) En determinados países es muy importante que el hijo sea varón debido a múltiples razones culturales que, por su diversidad, no se analizarán en este trabajo.

(26) Aprobada por aclamación por la 33 sesión de la Conferencia General de la UNESCO, de fecha 19/10/2005.

(27) Al respecto ver: Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce la igualdad de derechos de todos los seres humanos, y el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, que establece la protección de la dignidad, integridad y no discriminación del ser humano.

(28) Al respecto ver: "La prevención de sesgo de género en la selección del sexo: una declaración interinstitucional ACNUDH, UNFPA, UNICEF, Mujeres de la ONU y la OMS". En OMS, Ginebra, Prensa de la OMS, 2011.

(29) Especialmente en lo referido al descarte de embriones sobrantes, dado que se trata de seres humanos.

(30) SMITH, RICARDO y otros, "Información genómica y equidad: el sistema de patentes desde la perspectiva de los 'bienes públicos mundiales'", en *Boletín de la OMS* [online], vol. 82, N° 5, ISSN 0042-9686. Ginebra, mayo de 2004, pp. 385-389.

buscarse las respuestas a las diversas cuestiones que se han generado a partir del uno y del otro.

Respecto del primero, se trata lisa y llanamente la utilización, manipulación, transferencia, crío-conservación, preservación y toda otra acción que se realice sobre el embrión para alcanzar un resultado determinado.

Respecto del patentamiento, en general se define como el derecho al uso, más el derecho de prohibir a cualquiera todo acto sobre su invención, vale decir el embrión o la CME patentada. En otras palabras, la patente es un "derecho negativo" o "monopolio de exclusión" cuya finalidad no es favorecer el libre uso de una invención sino limitarlo con una finalidad esencialmente económica. En el mismo sentido opina Otero García Castrillón<sup>(31)</sup> quien sostiene que en la patente el *ius prohibendi* o *derecho de exclusión* es el elemento esencial y definitorio. Por su parte, Melgar Fernández coincide en que "(...) el principal derecho asociado a una patente es el *ius prohibendi* (...)"<sup>(32)</sup>. A partir de dichas concepciones generales, queda más que claro cuál es el destino de un embrión patentado.

Sin embargo, en materia de embriones ha de estudiarse la situación de cada ordenamiento jurídico en particular. Así, por ejemplo, los EE.UU. admiten todo tipo de uso de los embriones y también su patentamiento.

En general, se oponen al uso quienes se fundan en principios religiosos, culturales y éticos, por cuanto el uso genera también el "descarte" de los embriones no utilizados, lo cual implica destrucción de vida humana. Por su parte, suelen oponerse al patentamiento quienes sostienen que éste retrasa o afecta el desarrollo de las investigaciones y quienes entienden

---

(31) OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., *Las patentes en el Comercio Internacional: la empresa española y la disciplina de la Unión Europea y de la Organización Mundial del Comercio*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997, p. 42.

(32) MELGAR FERNÁNDEZ, M., *Biotechnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 182, citado por KLEIN VIEIRA, LUCIANE. *Las licencias obligatorias para las patentes de medicamentos: la experiencia brasileña*, en *Revista de Derecho Económico Internacional*, vol. 1, No. 2. Ciudad de México, Ed. ITAM, junio de 2011, p. 26.

que incrementa el costo de los medicamentos o los productos agroindustriales, con las gravísimas consecuencias que ello genera<sup>(33)</sup>.

Stiglitz se opone fuertemente al sistema clásico de patentes y propone reemplazarlo por un sistema de premios a la innovación<sup>(34)</sup>. Desde el plano de la propiedad intelectual internacional, el Acuerdo sobre los ADPIC (1994) ofrece una salida formal para estos casos que es la licencia obligatoria, la cual está sujeta a procedimientos jurídicos extremadamente complejos y a un elevado costo político<sup>(35)</sup>.

Finalmente, como hecho relativamente auspicioso, USPTO concedió en junio de 2011 la primera patente de la historia para el desarrollo de CM sin creación ni destrucción de embriones<sup>(36)</sup>.

## Implicancias jurídicas de las patentes sobre embriones

Como ya se ha dicho, su principal función es generar a favor de una persona física o jurídica un derecho exclusivo y excluyente de uso del embrión patentado, por un lapso de tiempo considerable, que en la Argentina es de 20 años<sup>(37)</sup>. El Convenio de París (1883) establece una protección míni-

(33) En este complejo escenario aparecen también quienes buscan soluciones intermedias, tales como permitir su uso sólo para casos en que se combinan dos factores: (a) que el embrión sea suficientemente joven y (b) que la enfermedad sea suficientemente grave. Sin embargo, todo ello es una simplificación casi injustificable de una situación jurídica, cultural, ética y social extremadamente compleja y cambiante.

(34) STIGLITZ, JOSEPH, *Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development*, Londres, London School of Economics and Political Science and John Wiley & Sons Ltd., 2010, pp 237/251.

(35) Las licencias obligatorias son las autorizaciones concedidas por el Estado a empresas o personas físicas —distintas del titular de la patente— para usar los derechos de la patente (fabricar, vender o importar un producto o procedimiento protegido por ella) sin el permiso del titular de la patente.

(36) A favor del laboratorio de EE.UU. Stem Cell Corp.

(37) Ley N° 24.481. Artículo 35. "La patente tiene una duración de veinte (20) años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud".

ma de 15 años y el AADPIC refuerza dichos derechos<sup>(38)</sup>, imponiendo a los Estados parte la obligación de dictar normas para su protección. Las patentes de productos y procedimientos otorgadas en los EE.UU. han afectado el derecho a la salud de los PED y los PMA. En América Latina han producido un incremento notorio de los precios de los medicamentos. Al respecto sostiene Bergel<sup>(39)</sup> que el derecho a la salud (al cual agregamos el derecho a la vida), ha de ser tomado como derecho humano. Este incluye, a su vez, dos derechos fundamentales: (a) el derecho al acceso a los servicios de salud y (b) el derecho a los medicamentos cuando se necesitan. Los sistemas de patentes, sin embargo, restringen el uso de estos derechos fundamentales del ser humano. Ha de recordarse, a esta altura, que en la Argentina el embrión no es patentable en virtud de lo dispuesto por el artículo 7° de la ley 24.481. Estos derechos son aplicables a los embriones desde que la mayoría de los autores les reconocen el derecho a la vida desde la concepción, momento a partir del cual se desarrollan sin solución de continuidad. No obstante existen importantes corrientes doctrinarias que sostienen la postura contraria, si bien en forma general, dado que no concuerdan acerca del momento exacto del comienzo de la vida humana o de la protección de los derechos del embrión.

A esta altura corresponde aclarar que en este capítulo se ha dejado de lado las implicancias éticas de la patentabilidad, limitando el tema sólo a las normativas.

Finalmente, todo lo dicho en los párrafos anteriores implica una fuerte presencia del Estado con la finalidad de proteger los derechos de los em-

---

(38) AADPIC. Artículo 28. "Derechos conferidos.1. Una patente conferirá a su titular los siguientes derechos exclusivos: (...) a) cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de: fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación (6) para estos fines del producto objeto de la patente; b) cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.(...)" y permite a los estados miembros establecer "excepciones" a la materia patentable basadas en el orden público, la moral y la salud de las personas, pero deben basarse en estos casos concretos, siendo insuficiente que la exclusión se encuentre meramente establecida por una ley.

(39) BERGEL, SALVADOR DARIÓ, "Aspectos éticos de las patentes en biotecnología", publicado en *El pensamiento científico y el poder judicial. Biotecnología, bioética, productos farmacéuticos y acceso a la salud*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 15 y ss.

briones, materia que es de interés público, toda vez que éstos son personas físicas desde su concepción.

## La importancia del uso de la célula madre y en particular de la célula madre embrionaria

Una CM es aquella célula capaz de generar uno o más tipos de células diferenciadas y que, además posee la capacidad de auto renovación, es decir, de producir otras células madres. Para mayor claridad pueden clasificarse en “embrionarias” (CME) y “adultas” (CMA)<sup>(40)</sup>.

En la actualidad, cuando se habla del uso de CM habitualmente se piensa en las embrionarias<sup>(41)</sup>. Sin embargo, se ha demostrado que —en general— la mayoría de los tejidos adultos poseen la capacidad intrínseca de auto renovarse. Este proceso permite aprovechar los mecanismos naturales de renovación celular para reparar los tejidos dañados. Por lo tanto, las CM cumplen una función esencial también en los individuos adultos. Las CM madre difieren de otros tipos de células en el cuerpo, básicamente por sus propiedades especiales:

1. son capaces de dividirse y de renovarse por períodos largos,
2. son “no especializadas”,
3. pueden generar tipos celulares especializados.

(40) Sostiene la investigadora Eugenia Mato Matute (docente del Departamento de Biología Celular y Anatomía Patológica. Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona) que tradicionalmente se ha creído que las CMA poseen una potencialidad limitada al tipo de tejido celular al que pertenecen. Sin embargo, se ha descubierto que, por ejemplo las células de la médula ósea son capaces de generar todos los tipos celulares de la sangre y del sistema inmune. Son las llamadas hematopoyéticas (CMH).

(41) Es habitual encontrar que los autores distinguen categorías de células madres en categorías mundialmente aceptadas: “pluripotentes”, “totipotentes” y “multipotentes”. La diferencia es importante para comprender la importancia de las CM de origen embrionario (CME) y sus ventajas sobre las CM del individuo adulto (CMA). El uso de esta clasificación, sin embargo, excede los límites de este trabajo.

Por su parte, la CME es aquella que deriva del embrión humano en su etapa de blastocito<sup>(42)</sup> y posee la capacidad de generar cualquier tipo de célula diferenciada<sup>(43)</sup> en el organismo<sup>(44)</sup>.

A ello se debe la carrera de los laboratorios farmacéuticos por patentar CME<sup>(45)</sup>.

En efecto, las CME pueden convertirse en muchos tipos diferentes de células en el cuerpo durante la vida temprana y el crecimiento y, también, pueden servir como mecanismos de reparación de tejidos dañados<sup>(46)</sup>. Es importante recordar que cuando una CM se divide, cada nueva célula tiene el potencial ya sea para seguir siendo una CM o convertirse en otro tipo de célula con una función más especializada, como una célula muscular, un glóbulo rojo, o una célula cerebral<sup>(47)</sup>.

---

(42) Blastocisto o blástula: embrión preimplantatorio de alrededor de 150 células producidas por la división celular posterior a la fertilización. El blastocisto es una esfera formada por una capa externa de células (trofoblasto), una cavidad llena de líquido (blastocelo) y un grupo de células en el interior (la masa celular interna). Fuente: NIH.

(43) Por su estado evolutivo, las células madres se clasifican en embrionarias y adultas. En este sentido se expresan los especialistas Hernández Ramírez y Dorticós Balea. Al respecto ver: HERNÁNDEZ RAMÍREZ, PORFIRIO y DORTICÓS BALEA, ELVIRA. "Medicina regenerativa. Células madre embrionarias y adultas", en *Revista Cubana de Hematología, Inmunología y Hemoterapia*, v. 20, N° 3, La Habana, setiembre-diciembre, 2004.

(44) Por el contrario, la célula madre adulta, es una célula especializada dentro de la población celular de un tejido específico de un organismo ya formado, que está restringida en su capacidad de diferenciación y sólo es capaz de generar células de dicho tejido, al cual debe recambiar de forma natural.

(45) Las CM germinales son las que derivan de las "células germinales tempranas" (o gonadales), que se convertirían en espermatozoides y óvulos. Son objeto de intensos estudios dado que muestran una alta capacidad de diferenciación y otras propiedades que las asimilan a las CME.

(46) En 2011, se concluye acerca de la posibilidad de utilizar CM con capacidad de diferenciarse en células productoras de insulina. Al respecto ver: GIMENO MARÍA, SUNG HO HYON, ARGIBAY, PABLO, "Terapia celular para el tratamiento de la diabetes: más allá de las células madre", en *Revista Medicina* N° 71, Buenos Aires, Ed. Medicina-Buenos Aires, 2011, pp. 267/273. Los autores son investigadores del Instituto de Ciencias Básicas y Medicina Experimental, Hospital Italiano de Buenos Aires. En 2009, se informa acerca de la factibilidad del cardioimplante con células madres. Al respecto ver: TRAININI, JORGE C. y otros, "Cardioimplante con células madre: Evolución a 43 meses", en *Revista Argentina de Cardiología* (on line), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vol. 77, N° 5, octubre 2009, pp. 380/385.

(47) Fuente: NIH.

En la Argentina, este tema cobra especial vigencia dado el veloz incremento que ha tenido el uso de embriones y CME con fines médicos, especialmente en FA, trasplantes de CMH<sup>(48)</sup>, uso de las células de la placenta y el cordón umbilical, etc. Estas cuestiones son reguladas por normas generales y resoluciones del INCUCAI a las que se hará referencia más adelante.

## Normativa argentina sobre patentamiento y uso de embriones

- I. Respecto del “patentamiento” de embriones y de CME, la cuestión se encuentra acabadamente regulada por la Ley N° 24.481, la cual claramente no lo permite<sup>(49)</sup>. El tema también es regulado en nuestro país por el Acuerdo sobre los ADPIC, que, si bien otorga derechos monopólicos al titular de las patentes medicinales, limita formalmente esos derechos, ajustándolos al interés público<sup>(50)</sup>.
2. Con relación al “uso” de embriones y CME no existe en la Argentina una regulación legal específica relativa a ellos. Sí existen una serie de normas

(48) Las “células madres hematopoyéticas” (CMH) son aquellas que forman la sangre y las células inmunológicas. Son las responsables de la renovación constante de la sangre, lo cual implica la producción de miles de millones de células nuevas cada día. Estas células se encuentran en el embrión y en el individuo adulto. Fuente: NIH

(49) Ley N° 24.481. Art. 7°. “No son patentables: (a) Las invenciones cuya explotación en el territorio de la República Argentina deba impedirse para proteger el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o evitar daños graves al medio ambiente; (b) La totalidad del material biológico y genético existente en la naturaleza o su réplica, en los procesos biológicos implícitos en la reproducción animal, vegetal y humana, incluidos los procesos genéticos relativos al material capaz de conducir su propia duplicación en condiciones normales y libres, tal como ocurre en la naturaleza; (c) Las plantas y los animales, excepto los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para su producción, sin perjuicio de la protección especial conferida por la Ley 20.247 y la que eventualmente resulte de conformidad con las convenciones internacionales de las que el país sea parte”.

(50) Sostiene Klein Vieira que conforme el preámbulo del AADPIC, los DPI no han de convertirse en obstáculos y barreras al comercio, a la investigación y al desarrollo tecnológico. También dice el acuerdo que los estados deben velar por que las favorezcan el bienestar social y económico (artículo 7°). Y también los autoriza a tomar medidas que sean necesarias para la protección de la salud pública, la nutrición y la promoción de los sectores de interés vital para su población (artículo 8.1), a fin de evitar el abuso de derecho, las prácticas anticompetitivas y aquellas que impidan la transferencia de tecnología (artículo 8.2). Ver: KLEIN VIEIRA, LUCIANE, *op. cit.*, p. 28.

fraccionarias que admiten su uso, principalmente relativas a tratamientos de FA, ablación, trasplantes y otros casos específicos. La Ley N° 24.193 regula —a nivel nacional— diversos aspectos de la ablación de órganos y tejidos<sup>(51)</sup>. El Decreto 512/95<sup>(52)</sup> trata la obtención e infusión de la células progenitoras hematopoyéticas. El Decreto 1125/2000 incorpora al listado de prácticas autorizadas, la ablación e implantación de cordón umbilical, entendiéndose como tal a las células progenitoras hematopoyéticas, existentes en la sangre que permanece en el cordón umbilical y la placenta luego del alumbramiento<sup>(53)</sup>. La Ley N° 25.392 crea el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas. Finalmente, diversas resoluciones del INCUCAI reglamentan estas normas<sup>(54)</sup>. Así, por ejemplo, las referidas al registro de donantes<sup>(55)</sup>, el procedimiento para solventar algunos procesos<sup>(56)</sup>, o los bancos de datos de células de la vena umbilical y de la placenta<sup>(57)</sup>.

3. Tanto el “patentamiento” cuanto el “uso” de embriones y CME se encuentran limitados por el orden público.
4. La Constitución Nacional, por su parte, incorpora a partir de 1994 importantes tratados internacionales que expresamente garantizan el derecho a la salud y a la vida, tanto de las madres, las parejas y las personas en ge-

.....  
(51) Ley 24.193. Publicada en B.O. de fecha 26/04/1993.

(52) Decreto N° 512/1995. B.O. de fecha 17/04/1995.

(53) Fuente: Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación.

(54) Entre ellas la habilitación de establecimientos asistenciales y equipos profesionales con destino a la movilización, recolección, criopreservación y trasplante de células precursoras hematopoyéticas, la búsqueda de donantes, los bancos de datos, el intercambio de información con centros similares. Si bien sólo se limitaba a tal categoría de células, que son las encargadas de la producción de la sangre.

(55) Resolución INCUCAI N° 116/2004. B.O. 27/05/2004. En esta resolución se establece que la búsqueda de donante no emparentado para pacientes de nuestro país (para trasplantes de médula ósea, sangre periférica o cordón umbilical) a realizarse en registros del exterior, debe efectuarse sólo a través del Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas.

(56) Resolución 7700/2004 APE. B.O. 27/07/2004. También se implementó un procedimiento especial para solventar procesos de búsqueda de donante para el caso mencionado en la nota anterior.

(57) Resolución 319/2004 del INCUCAI. B.O. 16/11/2004 se aprobaron las normas necesarias para la habilitación de bancos de células.

neral, desde su concepción. Al respecto ha entendido la CSJN que "(...) A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida se encuentra explícitamente garantizado en la Constitución Nacional, a través de su reconocimiento y protección en tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional"<sup>(58)</sup>.

5. También del Código Civil surgen diversos conceptos de importancia. En tal sentido el Código establece que las personas por nacer son las que se encuentran concebidas en el seno materno<sup>(59)</sup> y aclara que su existencia comienza desde la concepción. Tal es, en principio, el caso del embrión. Sin embargo, actualmente es posible generar vida fuera del seno materno, por lo que esta definición ha de ser armonizada con el concepto de "persona" contenido en el propio Código, que considera tal a toda entidad con "signos característicos de humanidad"<sup>(60)</sup>. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que los embriones descartados de los procedimientos de FA deben ser conservados y no destruidos.

En conclusión, la normativa constitucional y legal argentina reconoce al embrión los derechos a la vida y a la salud, propios de la persona física por nacer<sup>(61)</sup>. Esta regla general sólo es aplicable al embrión en cuanto a la materia bajo análisis en este trabajo, vale decir todo aquello relacionado con su uso y la prohibición de su patentamiento.

## Jurisprudencia argentina sobre patentamiento y uso de embriones

Diversos fallos de los últimos tres años han hecho referencia directa o indirecta al "uso" de embriones humanos, principalmente en relación a la .....

(58) Del voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, en autos "Mosqueda, Sergio c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados" (07/11/2006), LA LEY 18/12/2006, 7 - DJ 27/12/2006, 1239.

(59) CC – Artículo 63.

(60) CC – Artículo 51.

(61) Esto puede dar lugar a interpretaciones muy diferentes. Así, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta rechazó en 2011 un tratamiento de FA fundándose en el derecho a la vida de los embriones y la alta tasa de mortalidad que poseen los concebidos mediante dicho tratamiento. Autos: "R., N. F. – O. N. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo" - Expediente N°222/09 del Juzgado Federal de Salta N° 1. Sentencia de fecha 03/09/2010.

fecundación asistida (FA). Algunos de ellos hacen mención explícita al carácter jurídico del embrión, en tanto que otras permiten explícita o implícitamente su uso (manipulación) netamente médico. La jurisprudencia es pacífica al entender que los embriones sobrantes no deben ser destruidos.

**"P., A. C/S., A. C. S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS" – 13/09/2011<sup>(62)</sup>**

En este caso, el Tribunal confirmó el fallo que autorizaba el implante de embriones a una mujer con motivo de un tratamiento de fertilización al que se había sometido junto con su esposo, de quien, en ese momento: se encontraba separada de hecho. En el caso, el esposo se había opuesto al tratamiento.

Y este fallo resulta novedoso por cuanto la actora inició la acción como una "medida cautelar de protección de persona", a tenor del art. 234 del CPCCN<sup>(63)</sup>, en beneficio de los cinco embriones crioconservados, de los cuales ella era la madre. Por ello invoca también el art. 57 inc. 1 del CC<sup>(64)</sup> con el fin de ejercer su representación<sup>(65)</sup>.

**"FCLPA 15111975 C/ GALENO ARGENTINA S.A. S/ AMPARO"-  
15/08/2011<sup>(66)</sup>**

El Tribunal dispuso el uso de embriones para un tratamiento de FIV<sup>(67)</sup>. Se funda en considerar a la salud un "derecho fundamental e indispensable

.....  
(62) Expediente N° 94.282/2008 del Juzgado Nacional en lo Civil n° 92. Cámara Nacional en lo Civil, Sala J. Sentencia del 13/09/2011.

(63) Vale decir, en las normas referidas a la protección de las personas, previstas en el artículo 234 y ss.

(64) Vale decir, las normas de fondo que se refieren a la representación de los incapaces, como es el caso de las personas por nacer.

(65) En este caso, el Tribunal admitió la manipulación de los embriones por cuanto dispuso el uso del material genético anteriormente aportado por los padres, lo cual implica su descongelamiento, inseminación, etc.

(66) Expediente N° 546/11. Cámara Federal de Apelaciones, Sala A. Córdoba. Sentencia de fecha 17/08/ 2011.

(67) La FA es un concepto amplio y abarca procedimientos muy diferentes que van desde la inseminación artificial simple hasta la FIV, la cual incluye la manipulación de un importante número de embriones.

para el ejercicio de los derechos humanos". Y que el derecho a la salud incluye la salud reproductiva y el derecho a procrear. Asimismo sostiene que todas las personas tienen derecho a los tratamientos de FA.

**"R., N. F. – O. N. C/ OBRA SOCIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN S/ AMPARO" - 03/09/2010<sup>(68)</sup>**

El Tribunal rechazó el amparo fundándose en que el procedimiento de FA pone en riesgo la vida de los embriones. En el caso, un matrimonio solicitó la cobertura (por su obra social) de un procedimiento de fecundación asistida. Los jueces destacaron que el Código Civil protege el derecho a la vida desde la concepción. Y agregaron que no estaba en riesgo la vida de la actora, pero sí la de los embriones, a los que considera expresamente "personas físicas".

**"B. C. Y OTRA C/ UP S/ AMPARO" - 17/12/2009<sup>(69)</sup>**

El Tribunal resuelve favorablemente una donación de óvulos considerando que el caso de interés público "(...) por estar comprometido derechos de personas nacidas de gametas donadas (...)". Esta técnica de FA consiste en que una mujer proporcione óvulos a otra a fin de que esta última pueda conseguir un embarazo. También dispuso que —de existir "embriones sobrantes" o "no transferidos" luego de la terapia— se proceda a su inmediata crioconservación, hasta que exista una regulación legal que ampare y proteja sus derechos.

**"... Y OTRA C/ IOMA Y OTRA S/ AMPARO" - 29/12/2008<sup>(70)</sup>**

El Tribunal fijó determinadas pautas sobre la manipulación de embriones humanos, al admitir un tratamiento de FA con "selección" de algunos embriones y disponer la "conservación" de los restantes. Asimismo fue más allá y prohibió expresamente su destrucción o su uso con fines experimen-

(68) Cámara Federal de Apelaciones de Salta. Expediente N°222/09 del Juzgado Federal de Salta N° 1. Sentencia de fecha 03/09/2010.

(69) Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. Expediente N° 47.997 del Juzgado Federal 4, Secretaría 3. Sentencia de fecha 17/12/2009.

(70) Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. Expediente N° 11.578 del registro de Cámara. Expediente N° 78.002 del Juzgado Federal N° 2, Secretaria N° 1. Sentencia de fecha 29/12/2008.

tales, posible clonación u otras técnicas de manipulación genética, ajenas al tratamiento ordenado.

### **"L.A.C. C/ OBRA SOCIAL DE LA UNIÓN DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACIÓN (UPCN) S/ AMPARO" – 2011<sup>(71)</sup>**

En un fallo dividido el Tribunal negó a una pareja un tratamiento de fertilización asistida por no estar incluida en las prestaciones de su obra social. Los actores invocaron que en la época en que se suscribieron a la obra social la infertilidad no era considerada enfermedad. La Dra. Desimoni se inclinó por el rechazo por no estar incluido dicho tratamiento en el contrato ni en el Programa Médico Obligatorio, que regula el seguro de salud. Asimismo lo relacionó con la manipulación genética, clonación o de destrucción de embriones, lo cual es contrario al derecho a la vida. Funda en el artículo 19 de la Constitución Nacional. En minoría, el Dr. Carlos Rodríguez opinó que la obra debería cubrir el tratamiento. El Dr. Carlos Benítez Meabe votó por el rechazo. Consideró que la FA afecta el derecho de los embriones concebidos ya que es una técnica en los embriones tiene una alta tasa de mortalidad. Y todo niño no nacido tiene derecho a la vida.

## **Normativa de la Unión Europea sobre patentamiento y uso**

En la Unión Europea existen dos normas generales:

### **1. CONVENIO EUROPEO DE PATENTES<sup>(72)</sup>**

Este instrumento internacional preveía una cláusula ética y establecía una serie de invenciones no patentables, entre ellas las razas de

---

(71) Expediente N° BXP 583/9. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala IV, de Corrientes. Sentencia de abril de 2011.

(72) Convenio 5 de octubre de 1973, sobre Concesión de Patentes Europeas. Afectado por el Acta de Revisión del 17 de diciembre de 1991 y el Acta de Revisión de 27 de diciembre de 2000. En la actualidad es de aplicación limitada a los países signatarios, que son pocos y frente a una colisión normativa con el TCP, prevalece este último (Art. 150 del Convenio). Art. 53. Excepciones a la patentabilidad. "Las patentes europeas no se concederá en relación con: (a) Las invenciones cuya publicación o explotación sea contraria al 'orden público' o la moral, (...) (b) las variedades vegetales o animales o procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, esta disposición no se aplica a los procedimientos microbiológicos ni a los productos de la misma".

animales<sup>(73)</sup>. Por tal motivo la OEP rechazó la solicitud sobre el “oncoratón” o “ratón de Harvard”, la cual fue finalmente otorgada por vía de apelación sobre la base de que se trataba de un “animal singular” y no de una “raza”<sup>(74)</sup>.

## 2. DIRECTIVA 98/44/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO<sup>(75)</sup>

Posteriormente, la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, ante el silencio de la Convención Europea de Patentes, adopta el criterio jurisprudencial vigente en las oficinas de patentes de todo el mundo y considera no patentables a los embriones humanos con fines de lucro<sup>(76)</sup>. Esta prohibición fue interpretada de manera extensiva por el TJUE (2011) en el sentido de que se extiende a los embriones humanos con fines de investigación científica, o cuando la invención requiera la destrucción de embriones humanos o su uso como materia prima<sup>(77)</sup>.

En el art. 3 define la materia biológica susceptible de ser patentada como “aquella materia biológica aislada de su entorno natural o producida por

(73) Convenio Europeo de Patentes. Artículo 54 a) y b) prohíbe patentar las invenciones contrarias “al orden público o a la moralidad” y, entre otras, también se prohíben las patentes de razas animales y variedades vegetales.

(74) Esta solicitud de patente había sido rechazada por la OEP.

(75) Ha de recordarse que en el derecho comunitario de la UE, una directiva es una norma vinculante para el Estado o los Estados destinatarios en cuanto al resultado que debe obtenerse, dejándoles la elección de los medios y la forma.

(76) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, establece expresamente que se consideran “(..) no patentables, en particular: (...) (c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales; (...)”.

(77) Ha dicho el TJUE que “(..) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil”. Y agrega que “El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadió en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos”. Al respecto ver TJUE (Gran Sala), “Oliver Brüstle contra Greenpeace eV.” (Petición de decisión prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemania). Decisión N°C-34/10. Fecha 18/10/2011.

medio de un procedimiento técnico [...] aun cuando ya exista anteriormente en estado natural". De este modo se recepta el carácter de invención de las secuencias de genes aisladas en los laboratorios y se admite su patentabilidad<sup>(78)</sup>.

## Jurisprudencia de la Unión Europea sobre patentamiento y uso

La cuestión del patentamiento de embriones humanos quedó definitivamente excluida de la UE el 18 de octubre de 2011. En esa fecha, el TJUE dictó sentencia en el caso *Brüstle, Oliver c. Greenpeace* (en adelante a designarse como el "caso *Brüstle*") declarando que las células madres obtenidas a partir de embriones humanos resultaban excluidas de la patentabilidad. Sucintamente descritos, los hechos que dieron lugar al fallo son los siguientes: El Sr. Oliver Brüstle (neurobiólogo alemán) era titular de una patente concedida en Alemania el 19 de diciembre de 1997, referida a células progenitoras neuronales aisladas y depuradas, a su procedimiento de producción a partir de células madre embrionarias y a la utilización de las células progenitoras neuronales en el tratamiento de ciertas enfermedades neurológicas tales como el mal de Parkinson y la esclerosis múltiple. Dicha patente había sido atacada de nulidad por la organización Greenpeace ante el Tribunal Federal de Patentes alemán (*Bundespatentgericht*) con fundamento en el art. 22, ap. 1) de la Ley de Patentes de ese país, el cual establece que "La patente se declarará nula previa solicitud (artículo 81) cuando resulte que concurre uno de los motivos enumerados en el artículo 21, apartado 1, o que se ha ampliado el alcance de la protección de la patente"; el mentado art. 21, a su vez, señala que la patente se revocará cuando el objeto de la misma no resulte patentable con arreglo a los arts. 1 a 5. Finalmente, el art. 2 de la Ley de Patentes alemana establece en su parte pertinente que "1. No se concederán patentes por invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria. 2. En particular, no se concederán patentes por: [...] 3) la utilización de embriones humanos para fines industriales o comerciales; [...]". A su

---

(78) Fuente: OMPI/GRTKF/IC/1/8. Anexo I. Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de fecha 30/07/1998.

vez, el art. 6, ap. 2, letra c) de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de Julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (norma comunitaria también invocada por la nulidicente) excluye de la patentabilidad “las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales”.

El Tribunal alemán falló a favor de Greenpeace declarando la nulidad de la patente de titularidad de Brüstle, sentencia que fue apelada por el demandado. Frente a este recurso, el Tribunal alemán decidió suspender el procedimiento y plantear una petición de decisión prejudicial ante el TJUE, pretendiendo, esencialmente, que se determine si las células madre embrionarias humanas que sirven de materia prima para los procedimientos patentados constituyen “embriones” en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE y si los organismos a partir de los cuales pueden obtenerse las células madre embrionarias humanas constituyen “embriones humanos” en el sentido de dicho artículo.

Recibida la causa por el TJUE, éste pasó a dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal alemán. Así, respecto a la interpretación del concepto de “embrión humano” el TJUE estableció que constituye un “embrión humano” en el sentido del art. 6, ap. 2, letra c) de la Directiva 98/44/CE todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, así como todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis. Asimismo, a criterio del TJUE, corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocito constituye un “embrión humano” en el sentido del art. 6, ap. 2, letra c) de la Directiva. Respecto a la segunda cuestión prejudicial, por la cual se pedía al TJUE que determine si el concepto de «utilización de embriones humanos para fines industriales o comerciales» en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE también englobaba la utilización de embriones humanos con fines de investigación científica, éste respondió que la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el art. 6, ap. 2, letra c) de la Directiva 98/44/CE también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser

objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

Finalmente, y respecto a la tercera cuestión, por la que se solicitaba al TJUE que se pronunciara en cuanto a si una invención está excluida de la patentabilidad aunque no tenga en sí misma por objeto la utilización de embriones humanos, cuando se refiera a un producto cuya elaboración exige la previa destrucción de embriones humanos o a un procedimiento que requiere una materia prima obtenida mediante destrucción de embriones humanos, el TJUE —con un innegable sentido bioético— respondió que el art. 6, ap. 2, letra c) de la Directiva 98/44/CE excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos.

Pues bien, a partir del fallo *Brüstle* ha quedado claro —al menos en el ámbito comunitario europeo— que los embriones humanos (cuyo concepto jurídico se especifica en el fallo extendiéndose, incluso, a las células madres que se obtengan a partir del mismo) resultan ajenos al ámbito de la protección por patentes. La resolución que acabamos de comentar es muy reciente, lo cual dificulta un análisis de mayor alcance, restará observar ahora su recepción a nivel del derecho comparado.

## Los embriones y la fecundación asistida

Habitualmente cuando se habla de las CM, especialmente las CME, el pensamiento se orienta a la compleja cuestión de la fecundación asistida<sup>(79)</sup>. Esta asociación es natural pero errónea, por cuanto la FA se encuentra regulada por normas diferentes a las que rigen el uso de embriones. No obstante, debe reconocerse que la normativa sobre uso o manipulación de embriones puede afectar los distintos procedimientos de FA en que se descartan los embriones o las CME no utilizadas. Sólo en este último caso cobra importancia la opinión del jurista italiano Simone Penasa, quien sostiene que la normativa sobre investigación con CME y la relativa a la FA sí

---

(79) Este tema ha cobrado especial importancia en Europa, a partir del fallo del TJUE en el caso *Brüstle* (2011).

están relacionadas en lo relativo a las situaciones jurídicas de las CM obtenidas a partir de embriones sobrantes de los procedimientos de FA<sup>(80)</sup>.

Para concluir brevemente este tema, ha de aclararse que la sentencia dictada en 2011 por el TJUE en el caso Brüstle<sup>(81)</sup> —en la que se hace especial referencia a la exclusión de patentabilidad de las innovaciones biotecnológicas— no afecta la normativa general que regula la FA en los países de la Unión.

## Normativa sobre patentamiento y uso en los Estados Unidos

No existe en EE.UU. una normativa específica relacionada con el patentamiento ni el uso de embriones humanos ni de CME. Pueden utilizarse libremente en la investigación científica, la producción de medicamentos y en cualquier otra materia. En este país no existe un problema ético sino financiero.

Es por ello que la USPTO tiende al otorgamiento de las patentes solicitadas sobre células madres embrionarias. El único límite al uso o al patentamiento está dado por la existencia y cantidad de fondos públicos federales destinados al financiamiento de aquellas investigaciones subsidiadas por el Estado.

A partir de 1995 (enmienda “Dickey”) se prohibió la utilización de fondos federales para financiar la investigación que implicara la creación o destrucción de embriones humanos<sup>(82)</sup>. A partir del año 2000 el gobierno

(80) Al respecto ver: PENASA, SIMONE. “La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento”, en Revista de bioética y derecho, N° 23, septiembre 2011, publicado bajo licencia Creative Commons (by-nc-nd).

(81) Al respecto ver sentencia N° C-34/10 del TJUE. Luxemburgo, 18/10/2011.

(82) La enmienda Dickey (1995) reforma el Código Federal de los EE.UU. incluyendo a los embriones dentro de la protección conferida a los seres humanos, en casos de investigación, y establece que “(...) Para los propósitos de esta sección, el término ‘embrión o embriones humanos’ incluye a cualquier organismo no protegido como un ser humano conforme (el Título) 45 Parte 46 (la normativa sobre protección de seres humanos)... que se deriva de la fecundación, la partenogénesis, la clonación, o cualquier otro medio de uno o más gametas humanas (espermatozoides u óvulos) o células diploides humanas (células que tienen dos pares de cromosomas, como las células somáticas)”. Al respecto ver: Código de Normativa Federal de los Estados Unidos. Sec. 509. Título 45. “Departamento de Salud y Servicios Humanos. Parte 46 - Protección de seres humanos. Revisado el 15/01/2009. En vigor desde el

federal dispuso la exclusión de la financiación de toda investigación que implicara la obtención de CM a partir de embriones<sup>(83)</sup>. Sin embargo, a partir de 2009 el gobierno removió diversos impedimentos para la financiación pública de investigaciones con células madres<sup>(84)</sup>.

En consecuencia, el financiamiento federal no puede utilizarse para financiar trabajos que versen sobre: (a) la derivación o la utilización de células madre derivadas de embriones recientemente destruidos; (b) la creación de embriones para la investigación; (c) la clonación de embriones humanos para cualquier uso que sea.

Como se ha dicho, en 1980 la USSC reconoció la patentabilidad de la materia viva. En 2011, la USPTO concedió la primera patente<sup>(85)</sup> sobre una CM partenogénica<sup>(86)</sup>, vale decir sin fecundación. En otras palabras, no existe propiamente fecundación y, en consecuencia, no hay destrucción de embriones humanos<sup>(87)</sup>.

---

14/07/ 2009. (...) Subparte A - Política Básica de salud y servicios humanos para la protección de seres humanos en investigación (...)."

(83) La política de financiamiento en materia de embriones y CME es aplicada por los Institutos Nacionales de Salud (NIH), organismo dependiente del Gobierno Federal que financia diversos proyectos aprobados para el financiamiento.

(84) Orden Ejecutiva del Presidente N° 13505. Eliminación de los obstáculos a la Investigación científica responsable con células troncales humanas. Publicada en el Registro Federal, vol. 74, N° 46 de fecha 11/03/2009.

(85) Patente de EE.UU. número 7.732.202.

(86) Hasta el año 2007 crear CME humanas requería comenzar con un óvulo fecundado. En 2007 Stem Cell Corp. anunció que podía obtener líneas celulares a partir de una técnica conocida como "partenogénesis" que utiliza óvulos sin fecundar. Este procedimiento induce la división del óvulo mediante el empleo de sustancias químicas. Durante las primeras etapas del desarrollo, el conjunto evoluciona como lo haría un embrión, sin embargo el óvulo —en estos casos denominado "partenote"— carece de material genético paterno, por lo que jamás podrá convertirse en un feto. Otros anuncios se han hecho respecto de la obtención de CME a partir de los partenotes. Sin embargo, los NIH del Gobierno Federal han dicho que los partenotes deben ser considerados embriones, por lo que su uso en investigación no podrá realizarse a través de los laboratorios que reciben financiamiento público. Al respecto ver: GALEF, JULIA. "¿Embrión o partenote?" en Revista investigación y ciencia (edición española de *Scientific American*), vol. 424 - enero 2012 (edición digital). Ed. Prensa Científica S.A., 2012.

(87) Algunos ejemplos de patentes concedidas, que se refieren al uso de CME son los siguientes: CM somáticas sin limitaciones, derivadas de la sangre del cordón umbilical humano (Patente de los EE.UU. N° 7560280), CM somáticas derivadas de la sangre del cordón

## Otras normas nacionales sobre uso de embriones

España regula la investigación biomédica y el uso de embriones; la donación y utilización de embriones humanos, células, tejidos u órganos, la recolección y utilización de células y tejidos de origen embrionario humano. También regula los “bio-bancos” y el “Comité de Bioética de España”, la promoción y coordinación de la investigación biomédica en el Sistema Nacional de Salud<sup>(88)</sup>.

Australia legisla el tema a través de los Estados miembros de la Federación. Victoria, Australia del Sur y Australia Occidental aprobaron leyes específicas para regular la experimentación con embriones, las que están permitidas (excepto la clonación) en la medida que no sean nocivas para éstos.

Costa Rica regula los procedimientos clínicos de FIV y transferencia de embriones, por medio de la implantación por métodos artificiales de óvulos fecundados o concebidos en el laboratorio dentro del útero de la mujer<sup>(89)</sup>.

Irlanda reconoce el derecho a la vida de los “no nacidos” en su Constitución<sup>(90)</sup>.

También las Constituciones de varios países de América Latina reconocen expresamente el derecho a la vida del embrión. Así, por ejemplo, las constituciones de la República Dominicana<sup>(91)</sup>, Ecuador<sup>(92)</sup>, Guate-

umbilical humano (Patente de los EE.UU. N° 7556801), células progenitoras obtenidas del cordón umbilical humano (Patente de los EE.UU. N° 7547546), preparación enriquecida de CM neuronales multipotentes del feto humano (Patente de los EE.UU. N° 7468277), CME humanas derivadas de embriones congelados y descongelados (Patente de los EE.UU. N° 6921632).

(88) Fuente: Ley 14/2007 sobre investigación biomédica. BOE de fecha 04/07/2007.

(89) Costa Rica - Decreto Ejecutivo N° 24.029-S. La Gaceta de fecha 03/03/1995.

(90) Irlanda – Constitución de la República de Irlanda. Artículo 40 (3) (3).

(91) República Dominicana – Constitución Nacional. Artículo 37.- “(...) El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte”.

(92) Constitución de la República del Ecuador. Art. 45.- “(...) El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.

mala<sup>(93)</sup>, la Constitución Política de la República del Paraguay<sup>(94)</sup> y la Constitución Política del Perú<sup>(95)</sup>.

## Conclusión

Por todo lo dicho en este breve trabajo, ha de concluirse que, en el derecho argentino, el embrión se encuentra expresamente excluido del patentamiento por normativa vigente de diferente origen. La principal es la que lo considera “persona por nacer” y, en consecuencia, no es patentable por ser titular del derecho a la vida, la libertad, la salud y otros reconocidos por tratados internacionales, la C.N., el C.C., el orden público y la Ley de Patentes.

Por su parte, en materia de “uso” de embriones no existe una legislación específica sobre el tema. Las disposiciones dictadas o que se dicten en este terreno deben ajustarse a la normativa aplicable a la persona por nacer. En consecuencia, su uso encuentra limitaciones jurídicas diversas e importantes, principalmente las que se fundan en la protección de sus derechos y el orden público.

En lo relativo a la necesidad de un “estatuto de embrión”, debe considerarse que éste implica el reconocimiento expreso, concreto y claro de sus Derechos Humanos fundamentales, pero —a la vez— una armonización normativa extremadamente profunda que no afecte derechos de los pacientes ni el desarrollo científico.

Finalmente, ha de recordarse la política internacional consensuada de la Argentina y Brasil, que en 2011 resolvieron financiar conjuntamente proyectos de investigación relativos a CME reprogramadas y con reprogramación directa. En la actualidad, la Argentina ya instrumenta una sólida política de Estado en materia de I+D de contenido social, impulsada por

---

(93) Constitución Política de la República de Guatemala. Art. 3. Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción (...).

(94) Constitución Política de la República de Paraguay. “Art. 4 – Del derecho a la Vida. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción”.

(95) Constitución Política del Perú. “Art. 2. Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

el sector público y especialmente orientada a los emprendedores nacionales y PyMes<sup>(96)</sup>.

## Bibliografía consultada

ALONSO BEDATE, Carlos. "Células troncales embrionarias. Derivación, propiedades y capacidades funcionales". Artículo publicado en Revista Monografías Humanitas, Monografías N° 4. Barcelona, Ed. Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004.

BERGEL, Salvador D. "Aspectos éticos de las patentes en biotecnología", en El pensamiento científico y el poder judicial. Biotecnología, bioética, productos farmacéuticos y acceso a la salud. Buenos Aires, La Ley, 2011.

BERGEL, Salvador D. "Las políticas públicas y la regulación del acceso a los medicamentos en el marco de la seguridad global en salud". Ponencia presentada en el XIV Curso-Taller OPS/OMS/CISS: Legislación en Salud: La regulación en el marco de la seguridad global en salud. México, D.F., 3 a 7/09/2007.

BERTOMEU, María J. "Patentes en biotecnología: una nueva forma de "acumulación por desposesión", en Nuevos Temas de Derecho Económico, Propiedad Intelectual y Bioética (Correa, Carlos A., coordinador). Buenos Aires, La Ley, 2008.

BESANDON, Martín, y SÁNCHEZ ECHAGÜE, Ignacio. "Criterios de patentabilidad en el ámbito químico farmacéutico: un análisis comparativo", en Revista Derechos Intelectuales, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2008.

CASADO, María. "Células madre, pre-embriones y pseudo-embriones: problemas bioéticos en torno a la obtención de las células madre", en Nuevos Temas de Derecho Económico, Propiedad Intelectual y Bioética (Correa, Carlos A., coordinador). Buenos Aires, La Ley, 2008.

CONDE GUTIÉRREZ, Carlos. "Patentando ADN", en Revista La Propiedad Inmaterial N° 15, serie Revistas Universidad Externado de Colombia – Noviembre de 2011. Ver: en <http://foros.uexternado.edu.co/>

(96) La implementación de esta política se hace a través de múltiples programas del FON-TAR, el FONCyT y el FONSOFT.

CORREA, Carlos. "Patentes, información científica y el dominio público", en El pensamiento científico y el poder judicial. Biotecnología, bioética, productos farmacéuticos y acceso a la salud. Buenos Aires, La Ley, 2011.

DÍAZ, Alberto. "Empresas innovadoras en tecnología, ¿también bioéticas?", en Nuevos Temas de Derecho Económico, Propiedad Intelectual y Bioética (Correa, Carlos A., coordinador). Buenos Aires, La Ley, 2008.

DURANTE, Marco. "Las células madre de embriones humanos y la reparación del ADN", en Revista AIGING (Edición digital), Vol. 3 N° 6. Junio de 2011.

GALEF, Julia. "¿Embrión o partenote?" en Revista Investigación y Ciencia, (Edición española de Scientific American) Vol. 424: enero 2012 (Edición digital). Ed. Prensa Científica, 2012.

KHAN, B. Zorina. "The democratization of invention: Patents and copyrights in American economic development, 1790–1920". Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

KLEIN VIEIRA, Luciane. Las licencias obligatorias para las patentes de medicamentos: la experiencia brasileña, en Revista de Derecho Económico Internacional, Vol. 1, No. 2. Ciudad de México, Ed. ITAM, junio de 2011.

KNOEPLFLER, Nikolaus. "Hacia un concepto normativo del embrión. Artículo publicado en Revista Monografías Humanitas, Monografías N ° 4. Barcelona, Ed. Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004.

LIPCOVICH, Pedro. Promesas falsas de curación. Nota publicada con fecha 26/01/2012, en diario Página 12, Buenos Aires, Ed. La Página S.A., 2012.

MENELL, Peter. "Forty years wondering in the wilderness and no closer to the promised land: BILSKI'S superficial textualism and the missed opportunity to return patent law to its technology mooring", en Stanford University Law Review, Vol. 63. Fecha de publicación: 06/09/2011.

OMS. La prevención de sesgo de género en la selección del sexo: una declaración interinstitucional ACNUDH, UNFPA, UNICEF, Mujeres de la ONU y la OMS. Ginebra, Prensa de la OMS, 2011.

- OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, C., *Las patentes en el Comercio Internacional: la empresa española y la disciplina de la Unión Europea y de la Organización Mundial del Comercio*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.
- PACKER, Samuel. "Embryonic stem cells, intellectual property and patents: ethical concerns", en *HOFSTRA Law Review*, Vol. 37. Hofstra University School of Law, Long Island, año 2008, p. 485.
- PENASA, Simone. "La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento", en *Revista de bioética y derecho*, Número 23: Septiembre 2011, publicado bajo licencia Creative Commons.
- PENCHASZADEH, Víctor. "Aspectos éticos de la fármaco: genómica", en *Nuevos Temas de derecho económico, propiedad intelectual y bioética* (Correa, Carlos A., coordinador). Buenos Aires, La Ley, 2008.
- SMITH, Ricardo y otros. "Información genómica y equidad: el sistema de patentes desde la perspectiva de los bienes públicos mundiales" en *Boletín de la OMS* (online) vol. 82, N° 5. Ginebra, mayo de 2004, pp. 385-389.
- STIGLITZ, Joseph E. "Prizes, not patents", in *Post-autistic economics review*, N° 42. Project Syndicate, 2007.
- STIGLITZ, Joseph. *Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development*, Londres, London School of Economics and Political Science and John Wiley & Sons Ltd., 2010.
- TRAININI, Jorge C. y otros. "Cardioimplante con células madre: Evolución a 43 meses", en *Revista Argentina de Cardiología* (online), vol. 77, N° 5. Buenos Aires, octubre de 2009.
- YABUT, Odessa y BERNSTEIN, Harold. "The promise of human embryonic stem cells in aging: associated diseases", en *Revista AGING* (Edición Digital), Vol. 3. N° 5, Mayo de 2011. Yabut & Bernstein, bajo licencia Creative Commons.
- ZAPALA, Francesco. "Estatuto Jurídico del concebido". Artículo publicado en *Criterio Jurídico*, Vol. 7, revista jurídica del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Universidad Javeriana. Cali. Vol. 7. Cali, 2007.

## Normativa consultada

### **NORMATIVA ARGENTINA CONSULTADA**

Constitución de la Nación Argentina. 22/08/1994.

Ley N° 24.481. T.O. por Decreto N° 260/96. Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad. B.O. 22/03/1996.

Ley N° 25.392. Creación del Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas. B.O. de fecha 10/01/2001.

Ley N° 24.193. Trasplantes de órganos y materiales anatómicos. B.O. de fecha 26/04/1993.

Ley N° 24.425. Aprobación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que constituye el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, suscripto en Marrakech: Reino de Marruecos: el 15 de abril de 1994. Publicada en B.O. de fecha 05/01/1995.

Ley N° 17.011. Aprobación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. B.O. de fecha 17/11/1966.

Decreto N° 512/1995. Reglamentación de la Ley N° Ley 24.193. B.O. de fecha 17/04/95.

Resolución N° 116/2004 - INCUCAI. B.O. 27/05/2004.

Resolución N° 7700/2004 - APE. B.O. 27/07/2004.

Resolución N° 319/2004 -INCUCAI- B.O. 16/11/2004.

Ley P.B.A. N° 14.208. Ley de Fertilización Asistida para la Provincia de Buenos Aires. Publicada en B.O.P.B.A. de fecha 3-4/01/2011.

Decreto P.E.P.B.A. N° 2.980. Reglamentación de la Ley P.B.A. N° 14.208.

### **NORMATIVA INTERNACIONAL CONSULTADA**

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por aclamación por la 33ª Sesión de la Conferencia General de la UNESCO, de fecha 19/10/2005.

Convenio Europeo de Patentes. Convenio de fecha 05/10/1973. Afectado por el Acta de Revisión del 17 de diciembre de 1991 y el Acta de Revisión de 27 de diciembre de 2000.

Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Aprobada

da en Bruselas, el 06/07/1998. Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de fecha 30/07/1998<sup>(97)</sup>.

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina), adoptado en Oviedo, con fecha 04/03/1997.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech de fecha el 15 de abril de 1994 por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. B.O. de fecha 05/01/1995.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de fecha 16/12/1966. Entrada en vigor 23/03/1976.

Tratado de Cooperación en materia de Patentes. Elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979, modificado el 3 de febrero de 1984 y el 3 de octubre de 2001.

Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, aprobadas por el Consejo Económico y Social del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Resolución N° 1984/50, de fecha 25/05/1984.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 10 de diciembre de 1948.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, adoptado en París el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Aprobado por la Argentina por Ley N° 17.011.

## **NORMATIVA EXTRANJERA**

Costa Rica - Decreto Ejecutivo N° 24.029-S. Procedimientos clínicos de fecundación *in vitro* y transferencia de embriones. Publicado en La Gaceta de fecha 03/03/1995.

Ecuador - Constitución de la República del Ecuador.

España - Ley 14/2007. Regulación de la investigación biomédica. BOE de fecha 04/07/2007.

Estados Unidos – Código Federal de los Estados Unidos.

.....

(97) Fuente: Documento de la OMPO WIPO/GRTKF/IC/1/8. Anexo I.

Guatemala - Constitución Política de la República de Guatemala.

Irlanda – Constitución de la República de Irlanda de 1937.

Paraguay - Constitución Política de la República de Paraguay.

Perú - Constitución Política del Perú.

República Dominicana - Constitución de la República.

República Dominicana – Constitución Nacional.

## Fallos Extranjeros

USSC. “*Bernard L. Bilski and Rand A. Warsaw v. David J. Kappos, Under Secretary of Commerce for Intellectual Property and USPTO Director.*” Fecha 28/06/2010. *USSC Cases*, Vol. 447. Ct. 3218, 561 USSC, 177 L. Ed. 2d 792. 2010.

USSC. “*Merck KGaA, Petitioner v. Integra Lifesciences I, Ltd., et al.*”. Fecha: 13/06/2005. *USSC Cases*: Vol. 545.193,2005.

USSC. “*Sidney A. Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks, v. A. M. Chakrabarty, et al.*” Fecha: 16/06/1980. *USCC Cases*, Vol. 447.303. 1980.

TJCA. Interpretación prejudicial. Actor: sociedad Akiebolaget Astra. Solicitud de patente: “Procedimiento para la preparación de derivados de sal de bilis humana estimulada por lipasa y para la preparación de composiciones farmacéuticas que los contienen”. Expediente N° 4879. Fecha: 27/10/2000.

TJUE —Gran Sala— Caso “*Oliver Brüstle contra Greenpeace eV.*” (Petición de decisión prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemania). Decisión N° C-34/10. Fecha 18/10/2011.

## Glosario

Si bien los términos utilizados han sido lo suficientemente explicados a lo largo del trabajo, este glosario tiene por finalidad definir dichos términos en el sentido en que han sido utilizados, cuando dicho uso difiere o puede diferir del uso habitual. Por lo cual lo presentamos en un solo apartado a modo de facilitar su comprensión<sup>(98)</sup>:

**Auto-renovación:** Capacidad de las CM que se reproducen por división en el mismo tipo de células no especializadas, durante largos periodos (meses o años) en función del tipo específico de células madre.

---

(98) Fuente: NIH

**Blastocisto:** Embrión preimplantatorio A de alrededor de 150 células producidas por la división celular después de la fertilización

**Célula indiferenciada:** CM que aún no se ha convertido en un tipo de célula especializada, por ejemplo de la sangre o los tejidos musculares.

**Célula madre (CM):** Aquella con capacidad de dividirse por períodos indefinidos en cultivo y dar lugar a células especializadas o no.

**Célula madre somática o adulta (CMA):** CM indiferenciada que se encuentra en órganos y tejidos del individuo adulto. Su capacidad de diferenciación se limita a células especializadas propias del órgano o tejido del que forman parte. Su función es la reparación de los tejidos dañados. En la actualidad diversos estudios científicos indican que podrían existir ciertas CMA con potencialidad de generar diferentes tipos de células. Las investigaciones acerca de su potencialidad son esenciales dado que su uso permitiría disminuir el uso de CME.

**Célula madre embrionaria (CME):** CM pluripotente derivada de embriones humanos en etapa temprana, incluyendo la etapa de blastocisto. Su intenso uso deriva de su capacidad de dividirse sin diferenciarse por un período prolongado y generar otras células similares, así como células diferenciadas.

**Célula madre hematopoyética (CMH):** CMA que da origen a todas las células sanguíneas rojas y blancas y las plaquetas.

**Célula madre neuronal:** CM que se encuentran en el tejido nervioso de adultos que pueden dar lugar a neuronas y células gliales (de apoyo).

**Diferenciación:** Proceso mediante el cual una CME (no especializada) adquiere las características de una célula especializada.

**Embrión:** En los seres humanos, el organismo en desarrollo desde el momento de la fecundación hasta el final de la octava semana de gestación, cuando se le llama feto<sup>(99)</sup>.

**Fecundación Asistida (FA):** Diferentes tipos de fecundación o fertilización artificial. Incluye la FIV.

**Fecundación *in vitro* (FIV):** Técnica de FA que une el óvulo y el espermatozoide en un laboratorio en vez de dentro del cuerpo femenino.

**Fertilización:** La unión de los gametos masculinos (espermatozoides) y el gameto femenino (óvulo).

**Feto:** En humanos, el desarrollo humano de aproximadamente ocho semanas después de la concepción hasta el momento de su nacimiento.

(99) En los EE.UU. la enmienda Dickey (1995), y en la UE el fallo del TJUE en la causa Brüstle (2011) coinciden en este concepto.

**Gen:** Unidad funcional de la herencia que es un segmento de ADN que se encuentran en los cromosomas en el núcleo de una célula. Los genes dirigen la formación de una enzima u otra proteína.

**In vitro:** Del latín "en vidrio", se refiere a aquello que se realiza en un entorno artificial.

**Mitosis:** Tipo de división celular que permite a una población de células para aumentar o mantener su número.

**Multipotente:** Célula con capacidad de convertirse en células de su mismo origen embrionario.

**Partenogénesis:** Activación artificial de un óvulo en ausencia de un espermatozoide. En este procedimiento, el óvulo comienza a dividirse como si hubiera sido fecundado.

**Pluripotente:** Célula capaz de diferenciarse en células de todos los tejidos de un organismo, pero que —por sí sola— no tiene capacidad suficiente para sostener el desarrollo completo del organismo.

**Pre-implantación:** Respecto del embrión, significa que aún no se ha implantado en la pared del útero. Las CME se derivan de pre-implantación: los embriones fertilizados fuera del cuerpo de una mujer (*in vitro*).

**Totipotente:** Célula con capacidad de generar todos los tipos de células del cuerpo, además de todos los tipos de células que componen los tejidos extraembrionarios, como la placenta.

---



# Novedades

---



---

► VII Congreso Argentino de Salud Mental

Organizado por la Asociación Argentina de Salud Mental (AASM), se llevará a cabo en el Panamericano Hotel & Resort (Av. Carlos Pellegrini 551, Ciudad de Buenos Aires) del 28 al 30 de mayo de 2012.

---

► XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar

“Las Familias y los desafíos sociales”. Mar del Plata del 22 al 26 de octubre de 2012, toda la información está en <http://www.xviicongresosofamilia.org.ar>

---

► I Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y el Coloquio de Buenos Aires de la Asociación Internacional de Derecho

[www.procesal2012.org](http://www.procesal2012.org)

---

► Terceras Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros

25, 26 y 27 de octubre de 2012. Inscripción anticipada en: 25 de Mayo 2855, Mar del Plata. Lunes a Viernes de 18 a 20 horas. Informes e inscripción telefónica: Tel: (54 223) 491 2378.





# Fuentes citadas

---



## Índice de autores citados

- AIZENBERG, Marisa y otro, "Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional", LL 29/12/2010.
- AIZENBERG, Marisa, "La gestión de los conflictos en las organizaciones de salud como una respuesta a la judicialización sanitaria", LL, Suplemento Actualidad, 10/11/2011.
- AIZENBERG, Marisa, *Los peligros de la excesiva judicialización en materia sanitaria*; TN.com; <http://tn.com.ar/sociedad/00053547/los-peligros-de-la-excesiva-judicializacion-en-materia-sanitaria-y-las-agresiones->.
- ALEGRE, Marcelo, "Opresión a conciencia," en *Seminario de Teoría Constitucional y Política*, Buenos Aires, Librería Ediciones, 2010.
- ALONSO BEDATE, Carlos, "Células troncales embrionarias. Derivación, propiedades y capacidades funcionales". Artículo publicado en Revista *Monografías Humanitas*, Monografías N° 4. Barcelona, Ed. Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004.
- ALONSO, Guillermo, *Capacidades estatales, instituciones y política social*, Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.
- ALLER ATUCHA, Liliana y PAILLES, Josefina, *La práctica del aborto en la Argentina. Actualización de los estudios realizados. Estimación de la magnitud del problema*, Marketing Social, Buenos Aires, 1996.
- ARCIDIÁCONO, Pilar; FAIRSTEIN, Carolina y KLETZEL, Gabriela, "La judicialización del Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados: ¿por la buena senda?", en ABRAMOVICH, VÍCTOR y PAUTASSI, LAURA, *La revisión judicial de políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, "Consideración bioético-jurídica actual sobre el morir humano ¿morir, un derecho?", ED 175-932.
- ARIÈS, Philippe, *Morir en Occidente*, Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo, 2000.
- ARRIBERE, Roberto Y VEGA, Manuel A., "El asentimiento de los menores de edad a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia génica", Cuadernos de Bioética, n° 2-3, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998.
- ASHOK P. W., KIDD A., FLETT G. M. M., FITZMAURICE A., GRAHAM W. Y TEMPLETON A., "A randomized comparison of medical abortion and surgical vacuum aspiration at 10-13 weeks of gestation". *Hum Reprod* 2002; 17:92-8.
- AYNÈS, Laurent, "Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation", *Dalloz*, 2001.492.
- BAIRD, D. T., "Medical abortion in the first trimester". *Best Pract Res Clin Obstet Gynaecol.* 2002;16:221-36.
- BASSET, Úrsula C., "Derecho del niño a la unidad de toda su identidad", LL 16/11/2011, p. 1.
- BASSET, Úrsula C., *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Ed. A. Perrot, 2010.
- BASSET, Úrsula C., "La humanización del derecho de familia: imperiosa tarea de la comunidad jurídica", ED 02/12/2009, nro 12.393 en [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/Basset\\_humanizaci-n\\_del\\_derecho\\_de\\_familia.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/Basset_humanizaci-n_del_derecho_de_familia.pdf).

- BASSET, Úrsula C., “Novedades en remedios económicos post-divorcio para mujeres y niños”, Suplemento de Jurisprudencia Argentina, 13/7/2011, en Abeledo Perrot on line. Citar Lexis N° 0003/015496.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., “La filiación inducida y las clasificaciones legales”, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, 1988.
- BERGALLO, Paola, “A propósito de un fallo formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto”, en *Derechos de las Mujeres y Discurso Jurídico, Observatorio de Sentencias Judiciales*, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), Buenos Aires, 2010.
- BERGALLO, Paola, “Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, N° 7, julio 2010.
- BERGALLO, Paola, “El acceso al aborto por la causal violación: pautas para la interpretación y aplicación de la normativa vigente en la Ciudad de Buenos Aires”, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires (2012, en prensa).
- BERGALLO, Paola, “Exploración de barreras de oferta en el acceso a la interrupción legal del embarazo en dos hospitales de la Ciudad de Buenos Aires”, Buenos Aires, 2011 (mimeo).
- BERGALLO, Paola, “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, Estudio Preliminar, en Paola, Bergallo (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- BERGEL, Salvador D., “Aspectos éticos de las patentes en biotecnología”, en *El pensamiento científico y el poder judicial. Biotecnología, bioética, productos farmacéuticos y acceso a la salud*. Buenos Aires, La Ley, 2011.
- BERGEL, Salvador D., “Las políticas públicas y la regulación del acceso a los medicamentos en el marco de la seguridad global en salud”. Ponencia presentada en el *XIV Curso-Taller OPS/OMS/CIESS: Legislación en Salud: La regulación en el marco de la seguridad global en salud*. México, D.F., 3 a 7/09/2007.
- BERGER, Marge, “National laws and unsafe abortion: the parameters of change”, *Reproductive Health Matters*, 12:1-8, 2004.
- BERTOMEU, María J. “Patentes en biotecnología: una nueva forma de ‘acumulación por desposesión’”, en *Nuevos Temas de Derecho Económico, Propiedad Intelectual y Bioética* (Carlos A. Correa, coordinador), Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BESANDON, Martín y SÁNCHEZ ECHAGÜE, Ignacio, “Criterios de patentabilidad en el ámbito químico farmacéutico: un análisis comparativo”, en *Revista Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2008.
- BLUSTEIN, Jeffrey, “La familia en la toma de decisiones médicas” en *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, VV.AA., selección a cargo de Florencia Luna y Arleen L. F. Salles. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1998.
- BONNET, Emilio F. P., *Medicina Legal*, Libreros López, Buenos Aires, Editores, 1967.
- BROWN, Josefina L., “El aborto como bisagra entre los derechos reproductivos y los sexuales”, en PECHENY, MARIO; FIGARI, CARLOS y JONES, DANIEL, *Todo sexo es político*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2008.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La voluntad de cada uno es el solo arbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo”, LL 1991-B, 363.
- CALVO COSTA, Carlos A., *Daño resarcible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- CAMACHO, J. M., Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>.
- CARBAJAL, Mariana, *El aborto en debate: aportes para una discusión pendiente*, Buenos Aires, Paidós, 2009.
- CARBAJAL, Mariana, “El día de los pañuelos verdes en el Congreso”, *diario Página 12*, 17 de marzo de 2010, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-142177-2010-03-17.html>
- CARBAJAL, Mariana, “Puerta abierta al golpe bajo en un hospital”, Buenos Aires, *diario Página 12*, 6/07/2008. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-111093-2008-09-06.html>.
- CARBAJAL, Mariana, “Una oportunidad histórica”, 23 de mayo de 2011, *diario Página 12*, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/168668-53739-2011-05-23.html>.
- CARBONELL CREPÍ, José A., *Los documentos de voluntades anticipadas*, Valencia, España, Ed. Tirant Lo Branch, 2010.
- CÁRDENAS, Edurne y TANDETER, Leah, *Derechos sexuales y reproductivos en Argentina*, Buenos Aires, CONDERS, 2008.
- CARRIL BERRO, Elena y LÓPEZ GÓMEZ, Alejandra, en su obra *Entre el alivio y el dolor – mujeres, aborto y subjetividad*, Montevideo, Ediciones Trilce, 2008.
- CASADO, María, “Células madre, pre-embriones y pseudo-embriones: problemas bioéticos en torno a la obtención de las células madre”, en *Nuevos Temas de Derecho Económico, Propiedad Intelectual y Bioética* (Carlos A. Correa, coordinador). Buenos Aires, La Ley, 2008.
- CAVALLO, Mercedes, “La falta de *enforcement* del aborto no punible en Argentina”, JA Suplemento Especial, junio 2011.
- CECCHINI, Simone y MARTÍNEZ, Rodrigo, *Protección social inclusiva en América Latina: Un enfoque integral, un enfoque de derechos*, CEPAL, 2011.
- CHABAS, François, nota en *Juris Classeur Périodique*, 2000.II.10438.
- CHANETON, July y VACAREZZA, Nalia, *La intemperie y lo intempestivo: Experiencias del aborto voluntario en el relato de mujeres y varones*, Buenos Aires, Marea Editorial, 2011.
- CHARLESWORTH, J., *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press. Cambridge. 1996.
- CHAUCHARD, Paul, *L'avortement, réalité biologique, conséquences philosophiques, morales et juridiques*, en “*Revue Thomiste*”, 81, 1973.
- CHAVES DE FARIAS, Cristiano y ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- CHECA, Susana (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto: Entre el derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- CHIAROTTI, Susana; GARCÍA JURADO, Mariana y SHUSTER, Gloria, “El embarazo

- forzado y el aborto terapéutico en el marco de los derechos humanos”, en *Concurso de ensayos: Peligro para la vida y la salud de la madre, su significación actual en torno al artículo 86 del código penal*, Foro por los Derechos Reproductivos, Buenos Aires, 1997.
- CHIAROTTI, Susana; GARCÍA JURADO, MARIANA; AUCÍA, ANALÍA y ARMICHIARDI, SUSANA, *Con todo al aire. Reporte de derechos humanos sobre la atención en salud reproductiva en hospitales públicos*, Insgenar, 2003.
- CIFUENTES, Santos, *Las reflexiones jurídicas sobre la muerte, el suicidio asistido y la eutanasia*, Buenos Aires, Ed. La Ley, Acad. Nac. de Derecho 2010 (julio), 19/01/2011, p. 5.
- CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Estrategia Jurídica*, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, UNR.
- COHEN, J., “*Le tourisme procréatif: un pis-aller*”, *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, Paris, Elsevier, 2006, Vol. 34, pp. 881/882.
- CONDE GUTIÉRREZ, Carlos, “Patentando ADN”, en *Revista La Propiedad Inmaterial* N° 15, serie *Revistas Universidad Externado de Colombia* – Noviembre de 2011. Ver: en <http://foros.uxexternado.edu.co/>
- CORREA, Carlos, “Patentes, información científica y el dominio público”, en *El pensamiento científico y el poder judicial. Biotecnología, bioética, productos farmacéuticos y acceso a la salud*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea.
- CROVI, Luis D. “Directivas anticipadas, régimen actual y aspectos pendientes”, Ed. La Ley, *Revista de Derecho de Familia y Personas*, Año 2, Nro. 4, p. 258, agosto de 2010.
- CROVI, Luis D., “Actos de Disposición para la propia incapacidad”, en *Protección Jurídica de la Persona*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010.
- CUTAS, Daniela, “*On triparenting. Is having three committed parents better than having only two?*”, *Journal of Medical Ethics, Journal of the Institute of Medical Ethics*, 2011; 37 (12):735-738.
- DA SILVA SAPKO, Vera, *Do direito a paternidade e maternidade dos Homossexuais*, Juruá, Curitiba, 2005.
- DE LORENZI, Mariana, *La voluntad procreacional ¿Cuánto vale el “si quiero” para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana*, en Nora Lloveras, y Marisa Herrera (directoras), *El derecho de Familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2010.
- DE LORENZO, Miguel F. “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, LL 19/10/2011.
- DEL MAZO, Carlos G., “La Persona Adolescente, vulnerabilidad y adicciones” en *Protección jurídica de la Persona*, VV.AA., homenaje a Julio César Rivera, Darío J. Graziabile, coordinador. Buenos Aires, La Ley, 2010.
- DELDUQUE, M. Celia y BADIM, Silvia, *Judicialización de las Políticas de Salud en América Latina*.
- DI LELLA, Pedro, “Filiación y Autonomía de la voluntad (a propósito de la ley 26.618)”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Juris-*

- prudencia*. Derecho de Familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, julio 2011 (N° 50) p. 133 y ss.
- DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 6ta. ed., San Pablo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2010.
- DÍAZ, Alberto, “Empresas innovadoras en tecnología, ¿también bioéticas?”, en *Nuevos Temas de Derecho Económico, Propiedad Intelectual y Bioética* (Carlos A. Correa, coordinador). Buenos Aires, La Ley, 2008.
- DÍAZ, Estela, “Situación del trabajo en casa de familias”, disponible en: <http://www.ar-temisanoticias.com.ar/images/FotosNotas/Informe%20N°2%20CEMyT.pdf>.
- DREY, E. A.; FOSTER, D. G.; JACKSON, R. A.; LEE, S. J.; CARDENAS, L. H. y DARNNEY, P. D., “Risk factors associated with presenting for abortion in the second trimester”. *Obstet Gynecol* 2006; 107:128-135.
- DURANTE, Marco, “Las células madre de embriones humanos y la reparación del ADN”, en *Revista AIGING* (Edición digital), Vol. 3 N° 6, junio de 2011.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción de *Life's dominion*, 1ra. ed. 1993, por Alfred. A. Knopf, Inc., edición española: Barcelona, Editorial Ariel, 1994.
- EL-REFAEY, H., RAJASEKAR, D., ABDALLA, M., CALDER, L. y TEMPLETON, A., *Induction of abortion with mifepristone (RU 486) and oral or vaginal misoprostol*. *N Engl J Med*. 1995; 332:983-7.
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *De eso no se habla: El cuidado en la agenda pública*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2012.
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas*, Buenos Aires, 2009.
- ESER, Alvin y KOCH, HUGO G., *Abortion and the law: From international comparison to legal policy*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005.
- FABRE-MAGNAN, Muriel, “Avortement et responsabilité médicale”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001.312.
- FAERMAN, Romina y MENÉNDEZ, Virginia, “El caso Profamilia: Un análisis de la regulación del aborto no punible en la Ciudad”, *JA Suplemento Especial*, junio 2011.
- FAMÁ, M. Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, Civil y Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2011.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, *European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting Roma*, 27-30 de junio, 2010, disponible en [http://www.indret.com/pdf/751\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf).
- FENOUILLET, Dominique, “Pour une humanité autrement fondée”, *Droit de famille*, abril de 2001, p. 4.
- FERRANTE, Marcelo, “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en Paola Bergallo, (compiladora.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Editores del Puerto, 2011.
- FERRATER MORA, José y COHEN, Priscilla, *Ética aplicada, del aborto a la violencia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982.
- FINNIS, John, “Pros y contras del aborto”, en *Debate sobre el aborto-cinco ensayos de*

- filosofía moral*”, VV. AA., Madrid, Ediciones Cátedra, 1992.
- GAFO, Javier, *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Santander, Sal Terrae, 1979.
- GALEF, Julia. “¿Embrión o partenote?”, en *Revista Investigación y Ciencia*, (Edición española de *Scientific American*), Vol. 424: enero 2012 (Edición digital). Ed. Prensa Científica, 2012.
- GALLO, Daniel, “Confusión por la guía sobre el aborto que sigue vigente”, *diario La Nación*, 22 de julio de 2010, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1287135-confusion-por-la-guia-sobre-el-aborto-que-sigue-vigente>.
- GALLO, Daniel, “Polémica ampliación del aborto legal”, *diario La Nación*, 21 de julio de 2010, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1286804-polemica-ampliacion-del-aborto-legal>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa”, Madrid, Alianza Universidad, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, “El contenido igualitario del constitucionalismo”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella (coordinador), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M., “Virtualidades de la salud como Derecho Humano”, en *Salud y Conciencia Pública*. Buenos Aires, Fundación Sanatorio Guemes de Buenos Aires 2011.
- GELLI, M. Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, 3ª ed., ampl. y act. Buenos Aires, La Ley, 2006.
- GERLERO, Mario S. y PEDRIDO, Odil, “Parentalidad, diversidad sexual e identidad de género: un enfoque socio-jurídico”, *Suplemento Actualidad Jurídica*, LL 22/09/2011, p. 1 y ss.
- GBERARDI, Natalia y ZIBECCHI, Carla, “El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?”, *Revista Política*, Vol. 49, 1, 107-138, 2011.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, M. Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, M. Victoria y HERRERA, Marisa. *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa, *Matrimonio Igualitario. Ley 26.618. Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- GOGNA, Mónica; PETRACCI, Mónica; RAMOS, Silvina; ROMERO, Mariana y SZULIK, Dalia, *Anticoncepción y aborto en Argentina: perspectivas de obstetras y ginecólogos*, Instituto Nacional de Salud Pública (México), 2008, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2548963>.
- GOLBERG, Laura, *De la Sociedad de Beneficencia a los Derecho Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, Buenos Aires, 2011.
- GONZÁLEZ PONDAL, Tomás I., “Muerte digna: otra falacia conceptual, otra práctica indigna”, LL, Sup. Act. 15/12/2009, p. 1.
- GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana C., *Aborto legal: regulaciones sanitarias comparadas*, IPPF/RHO, 2007.

- GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana C., *Una mirada analítica a la legislación sobre interrupción del embarazo en países de Iberoamérica y el Caribe*, Serie Mujer y Desarrollo, Documento 110, Santiago de Chile, CEPAL, noviembre 2011.
- GORDON, Linda, “Who is frightened of reproductive freedom for women and why? Some historical answers”. *Frontiers*. (9(1)), 23-6, 1986.
- GRASSI, Ernesto, *Vico y el humanismo*, Barcelona, Anthropos, 1999.
- GREENHOUSE, Linda y SIEGEL, Reva B., *Before Roe v. Wade: voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court’s ruling*, New York, Kaplan Pub, 2010.
- GRIMES, D. A., SCHULZ, K. F., CATES, W. J. JR., *Prevention of uterine perforation during curettage abortion*. *JAMA* 1984; 251:2108-11.
- GROSSMAN D., *Medical methods for first trimester abortion*, RHL commentary (last revised: 3 September 2004). *The WHO Reproductive Health Library*; Geneva: World Health Organization, disponible en: <http://apps.who.int/rhl/fertility/abortion/dgcom/en/index.html>.
- GROSSMAN, Lucas S., “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, VV.AA., Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, (coordinadores). Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- GUAHNON, S.; IOVANNA, M. y SOMER, M., *Reproducción humana asistida: una perspectiva biojurídica*, 08/05/2007, MJ-DOC-3083-AR.
- HARMATIUK MATOS, Ana C., *Aspectos Jurídicos da Homoparentalidade*, en *Familia e Responsabilidade*, Rodrigo Da Cunha Pereira (coordinador), Porto Alegre, IBDFAM- Magister, 2010.
- HAUSER, Irina, “Dejemos el aborto como está porque el debate impide reformar el Código”, *diario Página 12*, 26 de agosto de 2006, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-72041-2006-08-26.html>.
- HAUSER, Jean, “Encore le droit de ne pas naître: l’autodestruction de l’Homme par l’inflation des droits subjectifs”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1996.871.
- HEIDEGGER, Martin, *El ser y el tiempo*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 195. Traducción de José Gaos.
- HERRERA, Marisa, *La identidad en la adopción*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2006.
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena, “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso problema entre el daño y el beneficio a la persona”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 176.
- HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., “Consentimiento informado” en *Responsabilidad Profesional de los Médicos*, VV.AA., Oscar E. Garay, (coordinador), Buenos Aires, La Ley, 2003.
- HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., *La Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003.
- HIRUELA, Omar e HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María del P., “El denominado testamento vital y el derecho a morir dignamente”, *JA* 2004-IV-1111.
- HOOFT, Pedro, *Bioética y Derecho*, ED 20/06/1989, p. 2.

- HOTSCHER, Raúl W., “La legislación sanitaria argentina. Preceptos jurídicos fundamentales con relación a la salud”, en *Bioética y Bioderecho*, Blanco, Luis G. (compilador), Buenos Aires, Ed. Universidad, 2002.
- Derecho internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina. Derechos humanos y aborto* Human Rights Watch, 2005, ver texto completo en: <http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/2006/wrd0106sp.pdf>
- ITURRASPE, Jorge Mosset – PIEDECASAS, MIGUEL A., *Derechos del paciente*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011.
- JARAMILLO, Isabel y ALFONSO, Tatiana, *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.
- JARVIS THOMSON, Judith, “Derechos e injusticias del aborto”, en *La Filosofía del Derecho*, Ronald M. Dworkin (compilador), México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- JELIN, Elizabeth, “La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas”, en *La familia en el nuevo derecho*. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci (directora), Marisa Herrera (coordinadora), Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2009.
- JOURDAIN, Patrice, “La réparation du préjudice moral de l'enfant né d'un viol u l'esprit de la jurisprudente Perruche”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2011.132.
- JOURDAIN, Patrice, “Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1996.623.
- KALINOWSKI, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Traducción de Enrique Marí, Buenos Aires, Eudeba, 1979.
- KAPP, N.; LOHR, P. A.; NGO, T. D y HAYES, J. L., “Cervical preparation for first trimester surgical abortion”. *Cochrane Database Syst Rev*. 2010; 2:CD007207.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo” - “La Persona Humana”, Guillermo Borda (director). Buenos Aires, La Ley. 2001.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*, LL 20/09/2011, p. 1 y ss.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Los criterios de la determinación de la filiación en crisis”, en Maricruz Gómez de la Torre (directora) y Cristian Lepin (coordinador), *Reproducción Humana Asistida*, Santiago (en prensa). Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile,
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “La obligación de ser padre impuesta por un tribunal”, LL 28/09/2011, p. 3 y ss.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, LL del 08/08/2011.
- KHAN, B. Zorina. “*The democratization of invention: Patents and copyrights in American economic development, 1790–1920*”, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- KIELMANOVICH, Jorge, “La prueba indiciaria y la presunción polibásica”, *Revista de Responsabilidad Civil*, N° 3, p. 35, La Ley.

- KIELMANOVICH, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial*, 5ª ed., Ed. Abeledo Perrot.
- KIELMANOVICH, Jorge, *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, 3ª ed., Rubinzal Culzoni.
- KLEIN VIEIRA, Luciane. *Las licencias obligatorias para las patentes de medicamentos: la experiencia brasileña*, en *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. 1, No. 2. Ciudad de México, Ed. ITAM, junio de 2011.
- KNOEPPFLER, Nikolaus. “Hacia un concepto normativo del embrión”. Artículo publicado en *Revista Monografías Humanitas*, Monografías N° 4. Barcelona, Ed. Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004.
- KOVADLOFF, Santiago, “Ética ciudadana y ética profesional: dilemas de una convergencia necesaria”, en *Revista del Notariado* n° 904, 2011, p. 26.
- KRASNOW, Adriana, *La filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- KÜBLER-ROSS, Elizabeth, “Sobre la muerte y los moribundos”, citada por BLANCO, LUIS GUILLERMO, *Muerte Digna, consideraciones bioéticas-jurídicas*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1977.
- KULIER, R., KAPP, N., GÜLMEZOGLU; A. M., HOFMEYR; G. J., CHENG, L. y CAMPANA, A., *Medical methods for first trimester abortion*, Cochrane Database Syst Rev 2004; 1:CD002855.
- L. CÚNEO, Darío, “Los testamentos de vida o *living wills* y la voluntad de vivir dignamente”, JA 1991-IV-666.
- LAMM, Eleonora, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación (En las fronteras del derecho civil y la bioética)*, tesis doctoral defendida el 22 de enero de 2011 en la Universidad de Barcelona (en prensa).
- LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de bioética y derecho* (en prensa).
- LARSEN, W. J., *Embriología Humana*, 3ª ed., Elsevier Science, Churchill Livingstone, 2003.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos”, *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico* (3), 235-247, 2008.
- LAVRIN, Abigail, *Sexuality and marriage in colonial Latin America*, Lincoln: Nebraska University Press, 1989.
- LEDUC, Fabrice, “*Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile*”, *Responsabilité civile et assurances*, febrero de 2001, p. 4.
- LEMON, Alfredo, “La más secreta intimidad”, LL 1993-E, 829.
- LEÓN-CASTRO ALONSO, José, *Derecho a la Vida. ¿Hacia una muerte digna?*, Barcelona, España, Ed. Bosch, 2011.
- LIPCOVICH, Pedro. *Promesas falsas de curación*. Nota publicada con fecha 26/01/2012, en diario *Página 12*, Buenos Aires, 2012.
- LOBO, Paulo, *Socioafectividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito*, en *Afeto y Estructuras Familiares*, Díaz,

- Maria B., Ferreira Bastos, Eliene y Martins Moraes, Naime M., IBDFAM, Belo Horizonte Del Rey, 2010.
- LÓPEZ MIRÓ, H., “Responsabilidad médica. El derecho a morir con dignidad”, Zeus 77-D-131.
- LÓPEZ, Ester y MASAUTIS, A. “Aborto en el conurbano de Buenos Aires: opiniones, evidencias e interrogantes”, en LÓPEZ, ELSA y MASAUTIS, ALEJANDRA, *Determinantes del aborto y factores asociados. Encuentro de investigadores sobre aborto inducido en América Latina*, Bogotá, 1994.
- LORENZETTI, Ricardo L., “Carga de la prueba en los procesos de daños”, LL 1991-A-995.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo L., *La empresa médica*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo, “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, n° 13, 1997, p. 61.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987),
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, 1988.
- LLOVERAS, Nora, *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007.
- LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *La familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009.
- LLOYD-SHERLOCK, Peter, *Health Sector Reform in Argentina: A Cautionary Tale*, 60 Soc. Sci. & Med. 1893, 1894-96, 2005.
- MACKINNON, Catherine A., “Abortion: On public and private”, en *Toward a feminist theory of the state*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989.
- MAINETTI, José L., “La asistencia al enfermo terminal: una opción ética y eficiente”, disponible en *Cuadernos de Bioética* [versión digital], sección Doctrina, <http://www.cuadernos.bioetica.org/doctrina11.htm>.
- MALAUURIE, Philippe, “*La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines. L’affaire Odièvre*”, *La semaine juridique*, 2003, N° 26, p. 546.
- MANABE, Y., *Danger of Hypertonic-Saline-Induced Abortion*. JAMA 1969; 210:2091.
- MAZEAUD, Denis, “*Réflexions sur un malentendu*”, *Dalloz*, 2001. 332.
- MAZEAUD, Henri, “*L’ ‘absorption’ des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*”, *Dalloz Hebdomadaire*, 1935, chr., p. 5.
- MEDINA, Graciela y WINOGRAD, Carolina, “El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte (El caso de Ms. B.)”, JA 2002-II-979.
- MENELL, Peter. “*Forty years wondering in the wilderness and no closer to the promised land: BILSKI’S superficial textualism and the missed opportunity to return patent law to its technology mooring*”, en *Stanford University Law Review*, Vol. 63, 06/09/2011.

- MENÉNDEZ, Virginia, “Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible,” en PAOLA BERGALLO, *Aborto y Justicia Reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- MILL, John S., *Sobre la libertad*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1993.
- Ministerio de Educación de la Nación, *La Educación de Jóvenes y adultos – Estado de situación en la Argentina*, agosto 2000.
- MINYERSKY, Nelly, “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en Cecilia Grosman, (directora), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- MINYERSKY, Nelly, *¿Derecho al hijo/hija?* en Aída Kemelmajer de Carlucci (dirección) y Marisa Herrera (coordinación), *La familia en el Nuevo Derecho*. Libro homenaje a la profesora Dra. Cecilia P. Gosman, tomo II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.
- MINYERSKI, Néida, “El artículo 86 del Código Penal: Eficacia y Efectividad”, JA Suplemento Especial, junio 2011.
- MORELLO, Augusto M., “Carga de probar: dos puntos clave”, JA 1997-I-733.
- MORELLO, Augusto M., *La prueba. Tendencias modernas*, Platense - Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- MORELLO, Augusto M. y MORELLO, GUILLERMO C., “La decisión de dejar morir a enfermos terminales”, JA 2005-II-612.
- NARI, Mariana, *Políticas de maternidad y maternalismo político, Buenos Aires, 1890-1940*. Buenos Aires, Biblos, 2004.
- NEY, P., *Deeply Damaged. An explanation for the profound problems arising from infant abortion and child abuse*. Philip G. Ney, MD. FRCP (C). MA. RPsych. *Pioneer Publishing Co. Ltd.*, Canadá, 1997.
- NIINIMÄKI, M.; POUTA, A.; BLOIGU, A.; et al., “Immediate complications after medical termination compared with surgical termination of pregnancy”. *Obstet Gynecol* 2009; 114:795-804.
- Oficina de Violencia Doméstica, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Datos del Funcionamiento de la OVD al 15 de septiembre de 2010 (a dos años de su funcionamiento)*, disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>.
- OMS, *La prevención de sesgo de género en la selección del sexo: una declaración interinstitucional ACNUDH, UNFPA, UNICEF, Mujeres de la ONU y la OMS*. Ginebra, Prensa de la OMS, 2011.
- OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, C., *Las patentes en el Comercio Internacional: la empresa española y la disciplina de la Unión Europea y de la Organización Mundial del Comercio*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.
- PACKER, Samuel. “Embryonic stem cells, intellectual property and patents: ethical concerns”, en *HOFSTRA Law Review*, Vol. 37. Hofstra University School of Law, Long Island, año 2008, p. 485.
- PECHENY, Mario, “Yo no soy feminista”, en Paola Bergallo, *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- PENASA, Simone. “La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento”, en *Revista de bioética*

- y *derecho*, N° 23, septiembre 2011, publicado bajo licencia *Creative Commons*.
- PENCHASZADEH, Víctor. “Aspectos éticos de la fármaco: genómica”, en *Nuevos Temas de derecho económico, propiedad intelectual y bioética* Carlos A. Correa (coordinador). Buenos Aires, La Ley, 2008.
- PEÑAFAGO, Angélica y CÁRDENAS, Edurne, “Barreras judiciales al acceso al aborto legal: La intervención ilegítima de la justicia en casos de Aborto No Punible en Argentina”, Buenos Aires, agosto de 2011, ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales de Salud y Población, disponible en: <http://webiugg.sociales.uba.ar/saludy poblacion/ixjornadas/principal.php?resumenid=78>.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.
- PEYRANO, Jorge W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL 1991-B, 1034.
- PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, 3ª ed., Bogotá, Rialp en coedición con Editorial Printer Colombiana, 1988.
- PINTO, Mónica, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en *La aplicación de los tratados de Derechos Humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires. CELS, Editorial del Puerto, 2007.
- PIZARRO, Ramón D., *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe Aportes para el desarrollo humano en la Argentina 2011: Género en cifras*, disponible en: [http://www.undp.org.ar/desarrollohumano/Género%20en%20cifras\\_23.06.pdf](http://www.undp.org.ar/desarrollohumano/Género%20en%20cifras_23.06.pdf).
- PUJÓ, Soledad y DERDOY, Malena, “Algunas notas críticas sobre el tratamiento judicial del aborto en Argentina”, en *Anuario de derechos humanos*, 137:139, Santiago de Chile, 2007.
- QUINTANA, Eduardo M., “Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la existencia del embrión humano comienza con la fecundación, Rechazo del patentamiento biotecnológico”, ED 20/12/2011.
- RADÉ, Christophe, “Être ou ne pas naître? Telle n’est pas la question!”, *Responsabilité civile et assurances*, enero de 2001, p. 4.
- RAMÓN MICHEL, Agustina, “La inaccesibilidad del aborto no punible”, en Paola Bergallo, *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- RAMOS, Silvina, *Para que cada muerte materna importe*, Buenos Aires, Argentina: CEDES, 2004.
- RAMOS, Silvina; BERGALLO, Paola; ROMERO, MARIANA y ARIAS FELJOO, JIMENA, “El aborto no punible: una cuestión de Derechos Humanos”, *Informe Anual 2008, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Siglo XXI Editores*, Buenos Aires, 2009.
- RESTREPO, Berta N., “Fiebre Amarilla”, *Revista CesMedicina*, Vol. 18, N° 1, Medellín, Colombia, enero/julio 2004.
- RINESSI, Antonio J., *La capacidad de los menores*, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Anales 2004. 2005.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “Igualdad, libertad y mérito. ¿Valores en conflicto?”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un con-*

- stitucionalismo igualitario*, VV.AA., Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coordinadores). Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Problemas de vida o muerte*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2011.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987),
- ROCA TRÍAS, E, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, 1988.
- ROCA TRÍAS, E, “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, DS, 1999, Vol. N° 7), disponible en: <http://www.ajs.es/downloads/vol0701.pdf>.
- RODRIGUEZ ENRIQUEZ, Corina, *La organización del cuidado de niños y niñas en Argentina y Uruguay*, Serie Mujer y Desarrollo: 20, CEPAL, 2007.
- RODRÍGUEZ ENRIQUEZ, C., *Macroeconomía y Economía del Cuidado: un abordaje conceptual preliminar*, Santiago de Chile: Centro de Estudios de la Mujer (Mimeo), 2005.
- RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C.; GIOSA ZUAZÚA, Noemí y NIEVA, Dora, *Las políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar. Las implicancias económicas y sociales de su ausencia en América Latina*, Documento de Trabajo CIEPP Nro. 77, noviembre 2010, disponible en: <http://ciepp.org.ar/trabajo.htm>.
- ROITMAN, Adriel J., “Decisiones vinculadas con el final de la vida”, LL 20/12/2011.
- ROTONDA, Adriana, “La ley 14.208: las técnicas de procreación asistida y su cobertura por el sistema de salud en la provincia de Buenos Aires”, APBA 2011-9-984.
- ROVIRA, Antonio, *Autonomía personal y tratamiento médico*, Pamplona, España, Ed. Thomson-Arandazi, 2007.
- RUBIO-MARÍN, Ruth, “Engendering the Constitution: the Spanish experience,” en RUBIO-MARÍN, RUTH Y BAINES, BEVERLY, *The gender of constitutional jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, VV.AA., Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, (coordinadores). Buenos Aires, Lexis Nexis. 2007.
- SAFRANSKI, Rüdiger, *Un maestro de Alemania*, Barcelona, Tusquets, 1997.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., “La admisión de la eutanasia en Río Negro”, LL 2008-A, 1144.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., “La eutanasia de Eluana Englaro”, LL 2009-B, 820.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., “La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación”, LL 03/11/2011, p. 1 y ss.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., “Reclamo a los padres de indemnización por la transmisión genética de enfermedades graves”, LL 2006-F, 1249.
- SÁNCHEZ, Luciana, “Información judicial y Derechos Humanos de las mujeres,” en RODRÍGUEZ, Marcela, y ASENSIO, Raquel, *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

- SATZ, Debra, “*Feminist Perspectives on Reproduction and the Family*”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/feminism-family/>
- SAUX, Edgardo I. y AZVALINSKY, Alejandro M., “Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales. Utilidad y alternativas”, JA 2007-IV-1034.
- SEDGH, Gilda; SINGH, Susheela; SHAH, Iqbal H.; AHMAN, Elisabeth; HENSHAW, Stanley K.; BANKOLE, Akinrinola, “*Induced abortion worldwide in 2008: levels and trends*”, *Lancet*, 2012, disponible en: <http://www.guttmacher.org/media/presskits/abortion-WW/graphics.html>.
- SÉRIAUX, Alain, “‘Perruche’ et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification”, *Dalloz*, 2002.1996.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ed. Ariel, .
- SIEGEL, Reva, “*Abortion as a sex equality right: its basis in feminist theory*” Irene Karpin, Martha Fineman, en *Mothers in law: Feminist theory and the legal regulation of motherhood. Gender and culture*, de New York, Columbia University Press, 1995.
- SIMONIN, C., *Medicina Legal Judicial*, Barcelona, Editorial JIMS, 1992.
- SMITH, Ricardo y otros, “Información genómica y equidad: el sistema de patentes desde la perspectiva de los bienes públicos mundiales” en *Boletín de la OMS (online)* Vol. 82, N° 5. Ginebra, mayo de 2004, pp. 385/389.
- SOLARI, Néstor E., “La capacidad progresiva en la nueva ley de mayoría de edad”, LL 3/06/2011, 1.
- SOLARI, Néstor E., *Algunas cuestiones derivadas de la filiación en la ley 26.618*, Revista de Derecho de Familia y Persona, Buenos Aires, La Ley, junio 2011, año 3 (N° 5), p. 8 y ss.
- SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, T. III, Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1956.
- STIGLITZ, Joseph E., “*Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development*, Londres”, *London School of Economics and Political Science and John Wiley & Sons Ltd.*, 2010.
- STIGLITZ, Joseph E., “*Prizes, not patents*”, in *Post-autistic economics review*, N° 42, Project Syndicate, 2007.
- SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, París, Éditions du Seuil, 2005.
- TEDESCHI, Sebastián E., “El Waterloo del Código Civil Napoleónico”, en *Desde otra mirada*, VV.AA., Christian Courtis (compilador), Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- TEMPLETON, Allan M.D., and GRIMES, DAVID A. M.D., *A Request for Abortion*. N Engl J Med. 2011; 365:2198-204.
- TOBÍAS, José W., *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades*, LL 1992-B, 824.
- TRAININI, Jorge C. y otros, “Cardioimplante con células madre: Evolución a 43 meses”, en *Revista Argentina de Cardiología (online)*, Vol. 77, N° 5, Buenos Aires, octubre de 2009.
- TREVISAN, Sofia, “Agrupadas Fertilización Asistida”, MJ – 4/7/2011.

- TRISTRAM, Engelhardt, “Los fundamentos de la bioética”, 2ª ed., Barcelona, Paidós, 1995.
- URBINA, Paola A., “El fin de la vida hoy”, LL, Sup. Act. 01/03/2011, 1.
- VARGAS LLOSA, Mario, *Sables y Utopías*, Uruguay, Aguilar, agosto de 2009.
- VILLAVERDE, Gabriela M., *Daños congénitos. Responsabilidad civil de los padres*, LL 2000-E, 1295.
- VON HERTZEN, H.; HUONG, N. T. y PIAGGIO, G., et al. *Misoprostol dose and route after mifepristone for early medical abortion: a randomised controlled non inferiority trial*. BJOG 2010; 117:1186-96.
- WAGATSUMA, T., *Intra-amniotic Injection of Saline for Therapeutic Abortion*. Am J Obstet. Gynecol 1965; 93:743-5.
- WAINERMAN, Catalina, “Padres y Maridos. Los varones en la familia,” en Catalina Wainerman, (compiladora), *Familia, Trabajo y Género*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- WARREN, Mary Anne, “El aborto”, en *Compendio de Ética*, Peter Singer (comp.), Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- WELTER, BELMIRO P., *Igualdade entre as filiações biológica e socioafectiva*, San Pablo, Editora Dos Tribunais, 2003.
- WELLMAN, Karl, *Morales y éticas*, Madrid, Tecnos, 1982.
- WEN J., CAI Q. Y.; DENG F. y LI Y. P., *Manual versus electric vacuum aspiration for first trimester*.
- YABUT, Odessa y BERNSTEIN, Harold. “The promise of human embryonic stem cells in aging: associated diseases”, en *Revista AGING (Edición Digital)*, Vol. 3. N° 5, mayo de 2011. Yabut & Bernstein, bajo licencia *Creative Commons*.
- YAMIN, Alicia E. “Hacia una Rendición de Cuentas Transformadora: Aplicando un Enfoque de Derechos Humanos para Satisfacer las Obligaciones en relación a la Salud Materna”, *Revista Sur*, v. 7, n. 12, p. 99/127, 2010.
- YAMIN, Alicia E., “Mortalidad materna: Una cuestión de Derechos Humanos”, en PAOLA BERGALLO, *Justicia, Género y Reproducción*, Librería Ediciones, 2010.
- ZAMPAS, Christina y GHER, J. L., “*Abortion as a Human Right: International and Regional Standards*”, *Human Rights Law Review* (Oxford University Press) 8 (2008): 2.
- ZANNONI, Eduardo A., “Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida”, en Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz (directores), *Derecho de daños*. Homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, La Rocca, 1996.
- ZAPALA, Francesco. “Estatuto Jurídico del concebido”. Artículo publicado en *Criterio Jurídico*, Vol. 7, Revista Jurídica del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Universidad Javeriana, Vol. 7, Cali, 2007.
- ZAPATA SAPIENCIA, Daniela, *Trabajo, educación y salud de las niñas en América Latina y el Caribe: indicadores elaborados en el marco de la plataforma de Beijing*, Serie Mujer y Desarrollo, Documento N° 87, CEPAL, Santiago de Chile, 2007.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La muerte digna como proyecto existencial”, LL 17/02/2009, 1.

ÍNDICE DE AUTORES CITADOS

---

- ZIBECCHI, Carla, “Programas de transferencias de ingresos: ¿Más condicionalidades y menos derechos para las madres pobres? Un análisis en base a tres experiencias en América Latina”, *Revista Aportes Andinos* 21.

# Índice temático

## A

**ABORTO** P. 51, 117, 120, 127, 151, 152, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 163, 165, 166, 167, 171, 172, 174, 175, 177, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 209, 212, 216, 218, 221, 223, 226, 236, 237, 239, 253, 263, 268, 271, 273, 275, 276, 277, 281, 282, 285, 288, 289, 292, 296, 301, 307, 308, 309

aborto eugenésico P. 121

aborto farmacológico P. 303, 305

aborto inseguro P. 229, 231

aborto no punible P. 121, 207, 227, 233, 238, 241, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 267, 278, 279, 280, 283, 286, 291, 293, 295, 297, 299, 300, 302, 303, 304,

aborto seguro P. 228, 229, 230

aborto terapéutico P. 118, 119, 121, 208, 242, 265

complicaciones post-aborto P. 160, 234, 235, 238, 239

despenalización del aborto P. 151, 152, 157, 160, 162, 164, 168, 173, 189, 197, 204, 261, 284, 287, 293, 294, 303

Guía de Atención Integral para los Abortos No Punibles P. 249

legalización del aborto P. 154, 169, 170, 182, 197, 208, 211, 240, 274, 287, 293, 306

lesiones al feto P. 290, 300

modelo de indicaciones P. 210, 232, 233, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 249, 252, 254, 255, 256, 262, 264, 265, 266, 267, 269

modelo de plazos P. 244, 245, 269

mortalidad materna P. 160, 182, 201, 219, 234, 235, 254

penalización del aborto P. 210, 222, 224, 225, 233, 237, 256, 264, 268, 269, 289, 296, 309

regulación del aborto P. 207, 211, 223, 224, 225, 227, 241, 243, 245, 250, 254, 258, 268

síndrome post aborto P. 160, 164, 165, 167

acciones dependientes de instancia privada P. 295

asignación universal por hijo P. 201

**AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD** P. 8, 10, 33, 79, 142, 145

## B

**BIOÉTICA** P. 6, 16, 19, 20, 23, 40, 50, 52, 99, 104, 130, 144, 326, 328, 329, 332, 345, 349, 350, 351

**BIOTECNOLOGÍA** P. 7, 23, 45, 68, 328, 332, 349

## C

**CARGA DE LA PRUEBA** P. 312, 313, 314, 315, 319, 320

carga genérica P. 312, 313

cargas dinámicas P. 312, 315, 319, 320

inversión de la carga probatoria P. 319, 320

**CÉLULAS MADRE** P. 331, 333, 334, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 349, 350, 351, 354, 355

**CLONACIÓN** P. 62, 69, 340, 346, 347

**COBERTURA MÉDICA** P. 8, 49, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 76, 201, 212, 219, 220, 226, 260, 263, 298, 302, 339

cobertura total P. 67, 70, 298

otorgamiento de la cobertura P. 60, 62, 65

rechazo de la cobertura P. 57

**CÓDIGO CIVIL** P. 4, 9, 11, 14, 15, 16, 18, 23, 24, 25, 27, 28, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 44, 45, 78, 84, 90, 99, 114, 121, 122, 131, 144, 145, 148, 311, 317, 321, 337, 339

reforma del Código Civil P. 11, 14, 24, 31, 32, 40

CÓDIGO PENAL P. 30, 120, 121, 208, 210, 222, 226, 227, 232, 233, 240, 241, 244, 245, 246, 247, 249, 252, 256, 265, 266, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 308, 282, 283, 373, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 284, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN P. 312, 315, 317, 321

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS P. 8

CONCEPCIÓN DE LA PERSONA P. 6, 9, 20, 51, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 88, 98, 121, 124, 125, 126, 152, 153, 154, 155, 170, 171, 174, 175, 176, 179, 180, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 204, 324, 328, 332, 333, 337, 339, 348, 355  
vida desde la concepción P. 152, 153, 154, 155, 174, 175, 176, 189, 190, 191, 193, 204, 332, 339

CONDUCTA PROCESAL P. 312, 315, 317, 319

CONGRESO NACIONAL P. 73, 121, 141

CONSENTIMIENTO P. 7, 14, 16, 17, 22, 23, 24, 27, 30, 31, 32, 40, 56, 69, 73, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 101, 104, 105, 106, 109, 121, 136, 137, 138, 143, 144, 145, 148, 208, 227, 233, 242, 249, 261, 262, 264, 272, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 304, 307, 308, 332  
manifestación del consentimiento P. 146  
revocación de la voluntad P. 146

CONSENTIMIENTO INFORMADO P. 7, 27, 31, 40, 69, 73, 92, 93, 94, 97, 101, 105, 106, 109, 136, 137, 138, 143, 144, 146, 148, 208, 227, 249, 262, 264, 272, 276, 281, 282, 283, 291, 298, 301, 302, 303

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 5, 52, 53, 63, 76, 77, 81, 82, 98, 131, 191, 194, 336, 337, 340, 348, 354  
bloque de constitucionalidad P. 63, 74, 76, 89, 110, 190

Preámbulo de la Constitución Nacional P. 52

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS P. 54, 191, 192  
Corte Interamericana de Derechos Humanos P. 9

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN P. 53, 73, 89, 122, 123, 193, 195, 216, 218, 246, 254, 257, 258, 264, 265, 311, 321, 322, 324, 326, 337

CUIDADOS PALIATIVOS P. 108, 135, 144

## D

DAÑO P. 40, 44, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 135, 149, 195, 265, 296, 307, 308, 309, 311

daño moral P. 117, 119, 122

daño patrimonial P. 121, 122, 125

daño resarcible P. 113, 114, 117, 119, 120, 121, 123, 124, 127

DECLARACIÓN DE HELSINKI P. 105

DECLARACIÓN DE MANZANILLO P. 106

DECLARACIÓN DE OTTAWA P. 97

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS P. 54, 55, 191, 329, 353

DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS P. 328, 329, 352

DELITOS P. 74, 190, 238, 239, 276, 295, 296  
delito contra la integridad sexual P. 276, 279, 280, 281, 282, 285, 291, 298, 301, 302

delito de supresión y suposición del estado civil P. 30

delitos de lesa humanidad P. 74

DERECHO A BENEFICIARSE DEL PROGRESO CIENTÍFICO P. 11, 26, 44, 55, 66, 262

DERECHO A LA DESCENDENCIA.

*Véase* DERECHOS REPRODUCTIVOS

DERECHO A LA IDENTIDAD P. 44

identidad genética P. 11, 18, 35, 178

DERECHO A LA SALUD P. 53, 57, 58, 63, 64,

65, 66, 70, 137, 221, 268, 332, 336, 339

DERECHO A LA VIDA P. 8, 53, 65, 131, 154, 180,

181, 189, 193, 194, 195, 204, 301, 326, 332, 337, 339, 340,

347, 348

DERECHO A LOS MEDICAMENTOS

P. 332

DERECHO A PROCREAR.

*Véase* DERECHOS REPRODUCTIVOS

DERECHO COMPARADO P. 11, 22, 31, 38, 41,

63, 147, 205, 207, 209, 223, 239, 344, 364

DERECHO FILIAL P. 3, 4, 6, 7, 8, 9, 14, 20, 22

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS

DERECHOS HUMANOS P. 4, 84

DERECHO PRIVADO P. 74, 76, 77, 82, 110,

149, 315, 369, 372

Derecho Privado Colectivo P. 82

DERECHOS DE LA MUJER P. 83, 87, 208,

210, 211, 212, 214, 221, 222, 252, 266, 267

derecho a ser oída P. 262

DERECHOS DEL NIÑO P. 255

Convención sobre los Derechos del

Niño P. 44, 74, 75, 84, 87, 89, 90, 91, 100, 101

derecho a ser oído P. 100, 101

Ley de Protección Integral de Niñas,  
Niños y Adolescentes P. 101, 102, 103

DERECHOS DE PROPIEDAD INTE-

LECTUAL P. 321, 324, 325, 355

DERECHOS HUMANOS P. 4, 8, 9, 30,

43, 54, 55, 73, 75, 76, 81, 84, 87, 89, 134, 142, 178, 191, 192,  
195, 207, 219, 247, 255, 321, 326, 328, 329, 348, 352, 353

DERECHOS PERSONALÍSIMOS P. 51,

60, 84, 94, 106, 108, 131, 134, 141

DERECHOS REPRODUCTIVOS P. 58,

59, 221, 244

DERECHOS SOCIALES P. 51, 53, 59, 71, 74

DIRECTIVAS ANTICIPADAS P. 107,

108, 133, 138, 139, 140, 141, 142, 147, 148

DISCAPACIDAD P. 33, 54, 81, 88, 114, 115,

116, 117, 118, 119, 121, 138, 218, 227, 246, 247, 249, 251,

261, 262, 299

daños, derivados de la discapacidad

P. 119

DISCRIMINACIÓN P. 26, 27, 55, 58, 79, 80,

82, 88, 91, 139, 172, 180, 248, 329

Convención para la Eliminación de to-  
das las formas de discriminación contra  
la Mujer P. 254

discriminación contra la mujer P. 54

discriminación racial P. 54

Instituto Nacional contra la

Discriminación y la Xenofobia P. 248

## E

EMBARAZO P. 6, 7, 8, 13, 26, 37, 44, 55, 57, 66, 67,

91, 95, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 123, 157, 164, 171, 179,

186, 187, 200, 208, 209, 211, 212, 213, 216, 222, 226, 222,

223, 224, 225, 279, 226, 227, 228, 233, 241, 243, 245, 246,

247, 248, 249, 254, 257, 261, 263, 266, 269, 271, 272, 273,

274, 275, 278, 279, 278, 279, 218, 280, 221, 279, 276, 280,

278, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290,

291, 292, 293, 294, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304,

306, 307, 308, 339

embarazo a término P. 40, 48, 160, 161, 193

embarazo no deseado P. 190, 201, 202, 203

**EMBRIONES** P. 8, 42, 49, 56, 63, 70, 187, 193, 321, 324, 327, 331, 336, 339, 341, 342, 344, 345, 346, 348, 349, 350, 353, 355, 356

banco de pre-embriones P. 43  
 concepto de "embrión humano" P. 343  
 derechos del embrión P. 332  
 descarte de embriones P. 329  
 embriones crioconservados P. 62, 69, 338  
 preembriones P. 178  
 status del embrión P. 186  
 uso de embriones P. 322, 323, 326, 328, 329, 330, 335, 337, 338, 340, 344, 345, 347

**EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA**  
 P. 60, 62, 66, 67, 68, 69

**EUTANASIA** P. 129, 131, 134, 135, 139, 140, 174

distanasia P. 136, 148  
 eutanasia activa P. 136  
 ortotanasia P. 136

**EXCUSAS ABSOLUTORIAS** P. 243

## F

**FAMILIA** P. 4, 6, 8, 9, 10, 18, 28, 34, 36, 37, 39, 45, 47, 48, 58, 83, 89, 107, 108, 132, 136, 141, 148, 165, 166, 208, 211, 213, 214, 216, 296, 299, 301, 308, 309

derecho a formar una familia P. 11, 55  
 familia ensamblada P. 5  
 familia homoparental P. 5  
 familia monoparental P. 5  
 familia tradicional P. 5, 40  
 familia transexual P. 5

**FAVOR DEBILIS** P. 155, 179, 204

**FECUNDACIÓN** P. 7, 21, 22, 48, 177, 178, 179, 192, 323, 343, 346,

fecundación asistida P. 24, 49, 60, 61, 62, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 122, 338, 339, 340, 344

fecundación in vitro P. 8, 9, 34, 42, 49, 62, 68, 176, 321, 338, 347, 353, 355

**FILIACIÓN** P. 4, 7, 8, 10, 11, 25, 33, 35, 37, 39, 41, 56, 88, 320

atribución de la filiación P. 14, 24  
 determinación de la filiación P. 3, 15, 16, 21, 23, 27

filiación adoptiva P. 6, 9, 15  
 filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida P. 6, 13, 16, 17, 18, 20, 23, 371  
 filiación extramatrimonial P. 28, 318  
 filiación matrimonial P. 22, 24  
 filiación por naturaleza P. 4, 6, 7, 9, 13, 14, 15, 16, 19, 24, 40, 44

impugnación de la filiación P. 16, 34

## G

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN** P. 7, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41

## I

**IGUALDAD** P. 9, 26, 27, 38, 44, 54, 58, 66, 68, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 88, 210, 211, 216, 222, 252, 254, 269, 303, 304, 329

derecho a la igualdad P. 9, 66

desigualdad P. 47, 80, 82, 173, 200, 219, 329

igualdad ante la ley P. 81

igualdad de circunstancias P. 78, 80

igualdad de condiciones P. 88, 303, 304

igualdad de género P. 210, 222

igualdad efectiva y real de oportunidades P. 54, 79, 81

igualdad estructural P. 80, 82

igualdad formal P. 75, 79

paradigma igualitario P. 77, 83

principio de igualdad P. 26, 27, 38, 44, 68, 75, 80, 81, 216

INFANTICIDIO P. 180, 181

INFERTILIDAD P. 33, 48, 49, 57, 59, 60, 62, 70, 340

INFORMACIÓN P. 11, 12, 18, 40, 50, 52, 56, 84, 91, 92, 93, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 108, 117, 137, 145, 161, 163, 164, 170, 173, 186, 200, 217, 228, 235, 239, 242, 245, 246, 253, 260, 262, 263, 283, 300, 302, 307, 308, 336, 342, 344, 350, 359

acceso a la información P. 33, 58, 59, 329

deber de información P. 109, 143

INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

P. 116, 118, 209, 222, 223, 247, 271, 274, 276, 278, 279, 282, 284, 286, 288, 291, 294, 298, 303, 304, 307, 308

interrupción legal del embarazo P. 224, 226, 227, 228, 241, 243, 245, 248

interrupción voluntaria del embarazo P. 115, 266, 272, 273, 280, 286, 288, 291, 292, 293, 294, 274, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 304, 307, 308

## L

LIBERTAD DE CULTO.

*Véase* LIBERTAD RELIGIOSA

LIBERTAD DE PROCREAR.

*Véase* LIBERTAD REPRODUCTIVA

LIBERTAD RELIGIOSA P. 151, 154, 155, 196

LIBERTAD REPRODUCTIVA P. 269

## M

MATERIAL GENÉTICO P. 5, 7, 15, 16, 18,

20, 21, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 41, 44, 338, 346

material genético de un tercero P. 11, 12

material genético propio P. 8, 40

MATERNIDAD P. 6, 7, 8, 19, 20, 21, 29, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 42, 44, 48, 51, 58, 61, 63, 191, 203, 208, 209, 211, 218, 222, 233, 238

co-maternidad P. 70

determinación de la maternidad P. 41

vínculo materno P. 23

MATERNIDAD SUBROGADA.  
*Véase* GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

MEDIDAS CAUTELARES P. 70

medida autosatisfactiva P. 29, 251

medida cautelar de protección de persona P. 262, 338

medida cautelar innovativa P. 67

medida de no innovar P. 69, 70

MUERTE DIGNA P. 130, 131, 132, 133, 140, 148, 149, 150

## N

NASCITURUS. *Véase* PERSONA POR NACER

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

P. 98, 143

capacidad progresiva P. 74, 84, 88, 94, 100, 103, 110, 376

interés superior del niño P. 12, 28, 33, 35, 37, 39, 40, 44, 74, 75, 83, 87, 88, 100, 302

investigación en niños P. 105

paciente niño P. 97

## O

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA P. 228, 253, 262, 263, 264, 271, 274, 275, 278, 288, 291, 294, 297, 298, 300, 301, 302, 304, 307, 308

OBRA SOCIAL P. 59, 60, 61, 65, 66, 67, 68, 79, 220, 298, 304, 306, 308, 339, 340

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO P. 86

## P

- PACIENTE** P. 91, 93, 95, 97, 98, 99, 101, 103, 107, 108, 115, 132, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 145, 149, 282, 290, 302, 312
- autonomía del paciente P. 92, 134, 137
- derechos del paciente P. 56, 119, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 348
- dignidad del paciente P. 133, 137
- Ley de Derechos del Paciente P. 109, 143, 144, 146
- voluntad del paciente P. 148
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS** P. 54, 55, 191, 353
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES** P. 54, 88
- PARENTALIDAD VOLUNTARIA.**  
*Véase* VOLUNTAD PROCREACIONAL
- PATENTAMIENTO DE EMBRIONES** P. 321, 335
- caso Brüstle P. 328, 342, 344, 345
- exclusión de patentabilidad P. 345
- PATENTES DE INVENCIÓN** P. 325
- bio-patentes P. 326, 327
- derecho de patente P. 324, 325
- ius prohibendi P. 330
- licencia obligatoria P. 331
- PATERNIDAD** P. 5, 6, 7, 8, 14, 16, 19, 20, 21, 23, 27, 37, 41, 44, 48, 51, 58, 61, 63, 318
- impugnación de la paternidad P. 35
- presunción de paternidad P. 25
- PATRIA POTESTAD** P. 84, 96, 102, 308
- PÉRDIDA DE CHANCE** P. 115, 119
- PERSONA POR NACER** P. 90, 122, 155, 173, 181, 203, 205, 262, 279, 281, 289, 296, 301, 309, 326, 337, 338, 348
- derechos de la persona por nacer P. 154
- PLANIFICACIÓN FAMILIAR** P. 55, 91, 95, 96, 308
- Instituto Nacional de Planificación Familiar P. 274, 288, 294, 307, 308
- POLÍTICAS PÚBLICAS** P. 76, 216, 217, 256, 260, 268, 349
- política criminal P. 173, 190, 199, 200, 250, 269
- política sanitaria P. 161, 162, 200
- políticas de salud P. 68, 71
- PROFAMILIA** P. 254, 258, 367
- PROFESIONALES DE LA SALUD** P. 41, 102, 109, 148, 224, 228, 238, 241, 254, 260, 265, 276, 282, 283, 296, 297, 301
- deber de confidencialidad P. 91, 95, 140, 208, 226, 238, 253, 262, 264, 296.
- deber de informar P. 262
- obligación de denunciar P. 296
- PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO** P. 56, 57, 58, 65, 67, 68, 70, 76, 273, 283, 292, 298, 303, 304, 340
- PROPIEDAD INDUSTRIAL** P. 321, 322, 327, 352, 353
- INPI** P. 322, 325
- PRUEBA DE PRESUNCIONES** P. 7, 315, 316, 319, 320
- presunciones hominis P. 316, 319
- presunciones legales P. 316
- presunción monobásica P. 317
- presunción polibásica P. 316
- PRUEBA INDICIARIA** P. 312, 315, 316, 317, 318, 319, 320

## R

REGISTRO NACIONAL DE DONANTES DE CÉLULAS PROGENITORAS HEMATOPOYÉTICAS P. 336, 352

REGLAS DE LA SANA CRÍTICA P. 316, 317, 318, 320

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA P. 4, 9, 21, 48, 49, 59, 64, 65, 68  
técnicas de reproducción humana asistida P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 35, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 50, 55, 56, 57, 63

RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES P. 123, 124

RESPONSABILIDAD MÉDICA P. 311, 318, 319, 320

culpa médica P. 115, 116, 117, 119

inexistencia de culpa P. 311

mala praxis P. 141, 148, 160

negligencia P. 290, 307, 309, 312

## S

SALUD P. 8, 12, 19, 31, 37, 40, 41, 49, 51, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 74, 75, 76, 79, 80, 85, 86, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 110, 119, 121, 130, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 160, 162, 164, 166, 168, 174, 182, 190, 192, 201, 202, 205, 208, 210, 211, 212, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 233, 236, 238, 240, 241, 242, 246, 247, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 260, 261, 262, 263, 265, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 291, 292, 293, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 311, 322, 327, 328, 329, 332, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 346, 348, 349, 350

concepto de salud P. 48

Derecho de la Salud P. 47, 50, 52, 53, 72

Información de Salud P. 235

Organización Mundial de la Salud P. 48, 52, 62, 108, 167, 228, 229, 253, 262, 298, 299, 322, 329, 349, 350, 351

prestaciones de salud P. 54, 57, 76, 245

riesgos de salud P. 211, 218, 222

servicios de salud P. 61, 66, 91, 182, 201, 220, 221, 226, 228, 235, 242, 253, 254, 256, 269, 286, 293, 298, 302, 303, 304, 332

sistema de salud P. 8, 51, 57, 119, 162, 201, 202, 217, 219, 220, 222, 226, 240, 248, 249, 260, 262, 263, 267, 272, 273, 280, 292, 297, 298, 300, 304, 328

## SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

P. 55, 60, 221, 258

anticonceptivos P. 48, 64, 95, 96, 98, 167, 221, 274, 288, 294, 304, 306, 308

educación sexual P. 274, 287, 293, 294, 303, 306  
Observatorio de Derechos Sexuales y Reproductivos P. 234

Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable P. 58, 249, 259, 263

riesgo reproductivo P. 60, 273, 283, 292, 303

salud reproductiva P. 48, 52, 55, 61, 63, 64, 65, 70, 98, 221, 222, 245, 329, 339

SANA CRÍTICA P. 316, 317, 318, 320

SEGURIDAD JURÍDICA P. 37, 269

inseguridad jurídica P. 30, 210, 256, 265, 266, 268

## T

TRANSMISIÓN HEREDITARIA DE ENFERMEDADES P. 125

TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS P. 89, 210, 222, 254, 267, 268, 337

TRATAMIENTO MÉDICO P. 73, 94, 103, 108, 134, 139, 142, 143, 279

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS  
HUMANOS P. 178, 192

## U

UNICEF P. 86, 87, 329, 350

## V

VIABILIDAD P. 84, 122, 299

anencefalia P. 246, 276, 278, 279, 282, 284, 286, 284,  
287, 306

inviabilidad del feto P. 273, 276, 280, 281, 282,  
283, 284, 285, 286, 287, 293, 298, 301, 302, 304

VÍNCULO FILIAL P. 15, 22, 25, 27, 28, 29

vínculo biológico P. 16, 17, 18, 20, 29, 34

vínculo genético P. 17, 23, 28, 35

vínculo jurídico P. 10, 13, 16

VIOLACIÓN P. 9, 11, 23, 96, 115, 119, 120, 121,  
125, 126, 200, 210, 218, 221, 224, 226, 233, 240, 242, 243,  
246, 247, 251, 253, 257, 261, 263, 264, 269, 273, 274, 275,  
276, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289,  
290, 293, 294, 298, 300, 301, 302, 304, 307, 308

avenimiento P. 216

VIOLENCIA DE GÉNERO P. 209, 211,  
216, 217, 218, 222, 255, 268

Convención Interamericana para Pre-  
venir Sancionar y Erradicar la Violencia  
contra la Mujer P. 55

violencia doméstica P. 218

violencia sexual P. 218

VOLUNTAD PROCREACIONAL P. 7, 8,  
9, 10, 13, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 35, 36

VULNERABILIDAD P. 15, 79, 80, 90, 190, 205,  
218, 239, 299, 301