

DERECHOS HUMANOS Y ABORTO

JORGE LUIS VARELA DEL SOLAR
Profesor de Derecho Político y Constitucional
Universidad Diego Portales

1. *Comentarios iniciales que sirven de contexto al tema*

Los derechos humanos por un lado y el aborto por el otro, son ambos temas polémicos, tanto considerados separadamente como en la conexión inmediata que los dos presentan. Respecto a ellos, las ciencias sociales aún no tienen en muchos casos sino respuestas tentativas y provisorias. Debido a esto, el ensayo actual de entroncar ambos objetivos de estudio, corre el riesgo de ser doblemente disputado. Y tal es precisamente la finalidad de congresos mundiales como el presente, el poder aportar a las disciplinas jurídicas nuevos antecedentes doctrinarios y prácticos que puedan dar a luz a su vez conclusiones renovadas para el análisis de los grandes problemas contemporáneos, como es el caso del que en este trabajo se analiza, que tiene un fundamento combinadamente moral, social y normativo-jurídico¹.

No existe en el mundo de hoy conflicto o disputa científica alguna pendiente, que no comprometa evoluciones o revoluciones jurídicas²; no escapa a tal fenómeno el tópico propuesto en esta presentación, lo que conduce a tener que tratarse el tema de los derechos humanos y el aborto en tribunas académicas, pero siendo además indispensable que de éstas se transite hacia las jurisdiccionales.

Si existe una gran ventaja jurídica en países herederos y cultivadores del "Common Law", que amerita destacarse, por sobre aquellos nacidos y formados bajo la tradición del "Civil Law", es que en los primeros —precisamente por el desarrollo inductivo del derecho (judge-made law)—, éste se va gestando paralelamente con las ciencias exactas y va asimismo modelando y normando el desarrollo social y la evolución moral de sus comunidades, por ello legítimamente puede hablarse en tales casos de desarrollo y evolución del "derecho". Contrariamente, en los países depositarios de la tradición romano-germánica y francesa, y

¹Siguiendo muy de cerca la nomenclatura introducida por la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale, el que sostiene que el derecho está conformado ontológicamente por una norma social, por un elemento moral y por uno normativo, lo cual constituye el trilateralismo jurídico.

²Paul Sieghart; *The International Law of Human Rights*.

por ende cultores del análisis exagético-jurídico de carácter deductivo, el derecho se encuentra rezagado (como ciencia moral y social, mucho más que como ciencia normativa) y como consecuencia la evolución jurídica está dramáticamente atrasada. En el mejor de los casos podrá hablarse de evolución legal y de codificación más que propiamente del “derecho” como disciplina social. Esta situación se mantendrá así hasta que los órganos del Estado decidan hacerse cargo y enfrentar crítica y agresivamente tópicos claves como los que motivan esta exposición.

Es precisamente el Derecho Público, comprendiendo en él, el Derecho Internacional (en todas sus vertientes) y el Derecho Constitucional Comparado, el que debe romper las corrientes anquilosadas, anteriormente descritas, y proponer vías dinámicas de solución (tanto doctrinarias como prácticas) de manera tal que el Derecho no sea una disciplina estáticamente continua, sino que funcional —a aquellos valores que pueden y deben cambiar con el tiempo— científica y portadora de desarrollos revolucionarios. Este trabajo de Derechos Humanos y Aborto, (del cual solo ahora propongo una estructura básica) pretende ser un modesto aporte en esa dirección.

2. *Tópico central*

2.1. Exordio. Como este artículo es solamente el inicio del tratamiento exhaustivo de este tema por mi parte, es que presentaré un esquema general de las consultas básicas que deben ser respondidas en orden a conocer una respuesta en cuanto al lugar hegemónico que le corresponde a la criatura en el vientre materno frente a los derechos humanos, así como al análisis jurídico constitucional que debe efectuarse cuando se pretende discutir el tópico, todo lo cual se expondrá sucintamente a continuación.

2.2. Doble Test para Constituir la Conducta en Típica. Con los instrumentos que el derecho constitucional internacional³ nos otorga, para hacer un análisis jurídico-científico del tópico que nos ocupa y de sus implicancias tanto jurídicas como sociales, es menester abordar su estudio desde un doble parámetro. En otras palabras, para detectar la legitimidad normativa de una legislación que permita conductas abortivas como jurídicamente lícitas y socialmente tolerables, ella debe sobrepasar dos pruebas o tests. El primero de los tests es de carácter

³Cada vez que nos referimos al Derecho Constitucional Comparado o Internacional, estamos hablando también del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los que se identifican en gran parte. Al respecto, véase nuestro trabajo en esta misma Conferencia para la Comisión de Derecho Constitucional, donde se expone cómo ambos actúan como fuente recíproca del otro.

ontológico y científico, y consiste en determinar el momento en que la vida se inicia, en otras palabras, aquel instante en que el individuo en gestación puede ser denominado persona o ser humano. Una vez resuelta la prueba anterior, deberá el análisis sobrepasar el test sociológico y jurídico, que consiste en determinar o precisar cómo se resuelve la real o aparente colisión social, jurídica y ética de los bienes vida y privacidad o libertad, así como del primero con otros también de jerarquía inferior. En otras palabras, el test obliga a detectar cuál derecho constitucional debe prevalecer en la disputa, que por lo demás podrá ser real o artificial, elemento que también está incorporado en el test.

Así, en el evento de que el test sea exitoso y en consecuencia no haya un interés imperativo por parte del estado-gobierno en amparar el derecho o bien jurídico que se encuentra penado por el delito del aborto, la tipificación de dicha conducta adolecerá de una injusticia inaceptable y por tanto su abolición debería ser inmediatamente aconsejable, si por el contrario, ambos test combrueban que existe un deber ineludible por parte del Estado en amparar los valores que se encuentran protegidos por el aborto, los tests habrán fracasado y todo intento o realidad de presentar las conductas abortivas como inocuas y legítimas será antijurídico y nocivo para la sociedad.

3. *Análisis de los tests*

Es imposible comprender cabalmente el sentido de las legislaciones relativas al aborto sin darse cuenta de la magnitud del bien jurídico que tras él se esconde. Respecto de ningún otro sujeto de derecho es posible concebir una mayor propiedad en el lenguaje que "el derecho a la vida" de la criatura que está en el vientre materno. Es ella la que por excelencia tiene un derecho adquirido a vida extrauterina desde la concepción o fecundación⁴. En el capítulo 4 de este trabajo se analiza escuetamente el contenido de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Roe v. Wade* (41 U. S. 113, 1973) donde aquélla le niega al no nacido el carácter o condición de persona humana. Pero el primero de los tests que abordaremos no es materia de la religión ni de la moral, al menos no lo es ni en la

⁴Véanse los textos de derechos humanos en la materia y el lenguaje exacto ocupado en ellos para obligar a una interpretación lógica, racional y sistemática de sus palabras y expresiones, tales como "derechos a la vida". Paradigmáticos son el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU (art. 6.1); la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (art. 3); la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 2); la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre de la OEA (art. 1); la Convención Americana de Derechos Humanos de la OEA (art. 4.1); y finalmente la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 4), tan solo para mencionar las principales fuentes y sin intención de ser exhaustivo.

tribuna académica ni tampoco en la jurisdiccional, y llegado el caso de invocar ante las Cortes, los argumentos que determinen el instante en que la vida se inicia, es a la ciencia de la medicina y a la ciencia del derecho a las que les corresponde proveer razones autosuficientes que permitan superar la incógnita o interrogante, y por ende dar una respuesta conclusiva. No es efectivo por tanto el razonamiento dado por la corriente norteamericana llamada "pro-choice" frente al aborto, en el sentido de que la Corte Suprema se encuentra trascendiendo la órbita de su competencia y de la del Estado cuando se hace cargo de una decisión de tal magnitud, esto es, de la determinación del concepto de "ser humano", lo que según el grupo antes mencionado, se encuentra cabalmente dentro del ámbito de la religión y de la moral y por ende en la esfera subjetiva de la realidad. Argumentos concluyentes en contra de tal postura serán expuestos en el primero de los tests que se estudia a continuación⁵.

3.1. Test ontológico y vital científico

Este test está destinado a precisar el instante en que el individuo comienza a tener vida y por ende a tener el carácter, aunque sea incipiente, de ser humano; por tal motivo al test también le hemos denominado "prueba del principio de la vida u ontológico-vital". Además, la ciencia de la medicina está en condiciones de determinar con precisión desde qué momento hay vida humana, por tal razón el test también es científico. Es precisamente la ciencia de la medicina y sus disciplinas anexas la que se ha preocupado de demostrar cuáles son los elementos orgánicos y fisiológicos que constituyen indicios inequívocos de "vida humana". El hecho de que el feto se encuentre indisolublemente vinculado con su madre —principalmente para efectos respiratorios y nutritivos— no significa que sea una mera elongación o prolongación de vida de ella; por el contrario, dicha dependencia confirma la necesidad que el feto humano tiene en garantizar y afianzar su propia existencia. De igual manera, por lo demás, la dependencia de la criatura fuera del vientre materno es absoluta y vital durante los 6 meses de vida. No existe ninguna diferencia en cuanto al vínculo indisoluble materno-filial dentro del vientre materno o fuera de él durante el período de primera lactancia.

Existe una gran confusión entre el concepto cabal y formado de "persona" con el término "inicio de la vida humana". Debemos reconocer que ni el feto ni el infante durante los meses de dependencia vital de la madre (los que en nada se diferencian según hemos dicho, toda vez que no pueden soportar la vida por

⁵En idéntico sentido y con igual propósito véase el capítulo 4 general de este trabajo, donde se propone un estudio del aborto frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al Derecho Constitucional Comparado, y al Derecho Penal Internacional.

sí mismos sino la madre debe hacerse cargo de la misma por ellos) tienen la característica de satisfacer cabalmente el concepto de "persona" con la gran carga sociológica que éste conlleva; así, persona propiamente hay donde existe individuo formado y haciéndose cargo por sí mismo de su propia existencia; no es posible por supuesto marcar una línea matemática para determinar cuándo ello ocurre, pues el hombre no es una máquina. Lo que indiscutiblemente existe desde el instante de la unión de los gametos masculino y femenino es el "principio de vida humana" y ello es lo que merece suma protección por parte del aparato jurídico. Es el destello de la vida humana racional y espiritual lo que cercena en su esencia la práctica abortiva o feticida. En el blastocito, en el embrión y definitivamente en el feto hay un proceso creciente de afianzamiento y destello de "vida humana". La gestación es por definición un proceso; es un proceso en el que la vida madura y evoluciona; es precisamente tal evolución la prueba más incontestable e inimpugnable del proceso de maduración progresiva y paulatina de la vida humana hasta llegar al concepto perfecto de "persona", con todas aquellas características que Max Scheler denomina "la diferencia esencial entre el hombre y el animal irracional"⁶. Ambas nociones, tanto de la vida humana desde su inicio (derecho a la vida) como también el de persona, se encuentran conjunta y separadamente protegidas por todo instrumento jurídico contemporáneo, siendo la sección 1 de la enmienda XIV de la Constitución de EE. UU., un ejemplo notable de ello.

Dicho lo anterior, es menester señalar por otra parte que, desde 1973⁷ hasta ahora la medicina ha evolucionado enormemente y cuenta con indicativos capaces de precisar con mucha exactitud cuándo hay vida humana.

⁶Véase Max Scheler: "El Puesto del Hombre en el Cosmos", Editorial Losada. En este texto Scheler rebate la tesis evolucionista darwiniana y sostiene el autor que el hombre no constituye un mero eslabón evolutivo respecto del homínido, sino que se diferencia esencialmente de él por sus capacidades privativas de objetivación, reflexión o inteligencia práctica reflexiva y de libertad espiritual, lo que constituye "la diferencia esencial del ser humano o persona" respecto del animal.

⁷1973 fue el año de la sentencia Roe v. Wade de la Corte Suprema de los EE. UU. donde se decidió por ésta el derecho constitucional que tiene la mujer de practicarse un aborto durante los primeros dos trimestres del embarazo, en términos generales, y durante el primero, sin excepción ni intervención del Estado. Uno de los argumentos en que dicha sentencia se funda (largamente discutido en los argumentos orales entre la Corte y Robert Flowers, abogado del apelado Wade), es aquel en que se discute la calidad o condición de "persona" del feto, donde la Corte sostiene que tal interrogante es una cuestión básicamente médica. En los argumentos orales, Flowers reconoce que perdería el caso en el evento de probarse que el feto no es persona (situación errónea a nuestro entender, según se está explicando en este capítulo del trabajo) y más adelante se concluye la deliberación con el siguiente intercambio de opiniones que se reproduce literalmente:

Es así que, siguiendo con la noción de principio de la vida humana, es casi tan absurdo como equivocado suponer que el hombre se crea en un momento instantáneo sólo en el acto del parto y antes de él no merece ser considerado como tal; ello sería admisible en el evento de generación espontánea o de la gestación como un fenómeno instantáneo y no como un proceso. Nuestra posición es que el género humano no es dado por el nacimiento sino que por la unión de los gametos constitucionales genéticos; el nacimiento no provee el género sino que tan solo hace cambiar la forma de vida humana desde intrauterina a extrauterina; es pues un fenómeno fisiológico, no ontológico. Pero más aún, tal como ya lo hemos insinuado, la ciencia contemporánea tiene derroteros precisos que permiten indicar cuándo hay vida humana actual y no meramente virtual, tal como lo es antes de la unión de los gametos. La corriente norteamericana "prochoice" o abortiva se refiere permanentemente a la voz "feto", pretendiendo otorgarle una carga significativa especial de "no ser humano". La verdad es que el feto es una etapa en el desarrollo del ser humano en su vida intrauterina, por ende también ello es equivocado.

La contradicción flagrante en cuanto atañe al reconocimiento del principio de la vida del feto o creatura intrauterina, culmina cuando la mujer que pretende abortar un ser humano invoca como argumento el hecho de que repele al mismo o no lo desea, ante lo cual la réplica es obvia y no se hace esperar; si lo que hay adentro de su cuerpo es algo propio de ella (según invoca y como se expondrá en el subcapítulo 3.3) y no es un ser con vida independiente, ¿qué es lo que pretende eliminar entonces o qué es lo que está repeliendo? Obviamente, desde el punto de vista analizado, la mera noción de aborto implica de suyo el reconocimiento tácito de la eliminación cruel y compulsiva de una creatura con existencia separada del agente o ente eliminador.

The Court: I want you to give me a medical writing of any kind that says that at the time of conception the fetus is a person.

"Flowers: I find no way that any Court or legislature or any doctor anywhere can say that here is the dividing line. Here is not a life; and here is a life, after conception. Perhaps it would be better left that to the legislature"

Las palabras de Flowers constituyen una débil defensa de su cliente que conlleva a un error jurídico total y una aseveración temeraria de la capacidad de la medicina, inválida para hoy. Más de esto se analizará en el capítulo 4.2 de este artículo. Además, pretende delegarle a la legislatura una función que sobrepasa absolutamente la naturaleza de sus capacidades, deberes y funciones.

Para concluir con este test, pasaremos revista a las demostraciones científicas que indican inequívocamente el momento del inicio de la vida humana con arreglo a todo lo dicho antes. En efecto, el avance de la ciencia ha permitido explicar fenómenos no desarrollados en tiempos de *Roe v. Wade*, casi 20 años atrás. Así, por ejemplo, desde el año 1981 se está realizando cirugía fetal, principalmente para rectificar hernias al diafragma del feto, problemas cardíacos y correcciones en el aparato urinario. ¿Qué otra cosa implica aquello sino el reconocimiento expreso de que está sañando una vida humana? Los argumentos que de allí se siguen son tan obvios que es ocioso continuar justificándolos; solamente posiciones de mala fe podrían rebatirlos.

Junto a lo anterior hay una estudiada evolución del desarrollo vital del feto dentro del vientre materno y así la ciencia ha probado que en el primer día de la concepción ya se encuentra definido el color de ojos que la creatura tendrá, los que comienzan a desarrollarse a los 19 días de vida; a los 24 comienzan las funciones típicamente fisiológicas y la más importante de ellas, la regularidad en la actividad cardíaca a través de latidos uniformes; a las 4 semanas el feto tiene 40 pares de músculos desarrollados y tanto los brazos como las piernas se están formando; a las 6 semanas su esqueleto se ha completado y el organismo a los 43 días (lo que es a gran distancia el dato científico más importante de este test vital) la actividad cerebral y por ende humana del feto puede ser nítidamente detectada a través de un aparato EEG⁸; para ese entonces, también los dedos de pies y manos estarán formados, incluso más, a las ocho semanas el estómago, el hígado, los riñones y el cerebro están plenamente funcionando; y lo principal, el feto se mueve en dirección contraria a los estímulos dolorosos; a las novena y décima semanas ya puede dirigir su mirada ad libitum, traga, y flecta la lengua. A las diez semanas, el niño se encuentra (con la única excepción de su sistema respiratorio) cabalmente formado y de allí en adelante lo único que necesitará, será desarrollo de sus medidas anatómica y nutrición. Bastan estos datos ahora para fundamentar nuestra posición, en cuanto científicamente abonada, respecto del inicio de la vida humana. Atendidos los argumentos expuestos, el aborto es una conducta⁹ indeseable en cualquier

⁸Electroencefalograma.

⁹No es el objetivo prioritario de este trabajo detenerse en forma excesiva en este elemento probatorio científico de la vida humana, pero por cierto que hay una cantidad enorme de otros factores que no se han incorporado en el cuerpo del trabajo y que deben tenerse en cuenta y adicionarse a lo dicho más arriba, en orden a tener una idea completa del problema del aborto desde su perspectiva científico-médica. Las estadísticas en cuanto a quiénes abortan indican que 29,2% de las mujeres tienen menos de 19 años, un 35,5% tienen entre 20 y 24 años y un 35,3% tienen más de 35 años de edad; en cuanto a la raza, un 70% de las mujeres que

estado de la gestación, sin importar en absoluto el estado del avance de ella, ni admitir ningún tipo de división artificial dentro del proceso del embarazo, pues el mismo se subdivide en: 1) etapa de gestación de la vida intrauterina; primeras 10

abortan en USA son blancas y un 30% son negras; un 23,1% son casadas y un 76,9% son solteras; finalmente, un 58,1% no tienen hijos, un 19,5% tienen un hijo, un 13,7% tienen 2 hijos, un 5,3% tienen 3 hijos y un 3,2% tienen más de 4 hijos. En cuanto al número de abortos que se practican en Estados Unidos, uno de cada tres niños concebidos es abortado y en más de 14 áreas metropolitanas del país, el número de abortos supera el de nacimientos vivos. Desde 1973, fecha de Roe v. Wade, más de 22 millones de creaturas han sido exterminadas dentro del vientre materno; cada año 1,6 millones de niños mueren por aborto o feticidio, lo que representa 131.520 al mes, 4.384 diarios, 183 por hora, 3 por minuto y 1 muerto cada 20 segundos. En cuanto a los motivos o razones que lo inspiran, el aborto es, cuesta decirlo y aún más creerlo, el método más común de control familiar o natal. Solamente el 2% de los abortos que se practican, derivan de todas estas razones consideradas en conjunto, violación, incesto, anomalías fetales o salud de la madre, lo que de paso revela la falacia en mencionar las mismas como ocupando un justificativo del aborto que pretende extrapolarse para todo caso. En otras palabras, el aborto pretende legitimarse en su globalidad para amparar los casos de un 2% de mujeres. Véase más de este argumento en capítulo 4.3.

Más increíble resulta conocer el estado del embarazo en el cual los abortos son predominantemente practicados; teniendo presente que el ser humano (tal como se ha explicado en el cuerpo de este trabajo) se encuentra formado integralmente a las 10 semanas, la insidia de la conducta se encuentra dirigida precisamente a cercenar el proceso de "formación de la vida humana en todos sus estados". Así, el 51,7% de los abortos se practican a la octava semana o antes (más de la mitad de los abortos se realiza estando el feto en tal proceso de "derecho a la vida" o "iniciación de la vida humana"); el 26,2% se practica entre las 9 y 10 semanas del embarazo; el 12,2% entre las semanas 11 y 12; el 5,2% entre las 13 y 15 semanas; el 3,9% entre las 16 y 20 y finalmente el 0,9%, se practica sobre las 21 semanas. En cuanto a los medios empleados para destrozar a la creatura dentro de su madre, el corretaje o raspaje ocupa el 95,5%, la solución salina el 3,1%, la histerotomía el 0,1% y otros medios el 1,3%. El raspaje es método más usado durante el primer trimestre (tanto raspaje succión como el raspaje dilatación), ambos se basan en un tubo de succión que se inserta por el útero a través del canal de nacimiento hasta destrozar la placenta y cortar el feto en pedazos, el que es succionado por el tubo. Otro método similar es el D&E (dilatación y evacuación) que constituye la técnica más avanzada médicamente en aborto, sobre todo practicándose con el feto de segundo trimestre.

La solución abortiva salina consiste en una aguja insertada a través de la pared abdominal hasta el saco amniótico. Cuando ello se ha logrado, aproximadamente 200 mililitros de fluido amniótico son liberados y una idéntica cantidad de solución salina es puesta en su lugar, la que se compone de cloruro de sodio con solución salina hiperconcentrada; todos estos fluidos provocan en la creatura un detonante proceso de destrucción de tejidos y órganos, traducéndose ello a su vez en hemorragia. Lo más dramático, cruel, degradante e inhumano de este proceso troglodita, es que el feto da a luz 24 ó 36 horas después de la solución salina,

semanas; y 2) etapa de desarrollo y crecimiento de la vida humana intrauterina; semanas 11 a 34.

El aborto destruye el proceso de destello de la vida o el de desarrollo de la misma, cualquiera que sea el tiempo que se elija para realizarlo.

Si el nacimiento por su parte, confiere vida, haría suponer que el partero o médico es un creador que otorga la calidad de persona o de genero humano al

no siempre muerto sino que a veces agonizando. ¿Podrá alguien negar en tal circunstancia que ha cometido un feticidio con ensañamiento e innecesaria crueldad y tortura? Finalmente, la histerotomía es una cirugía mayor casi idéntica a una cesárea, con la única diferencia que el objetivo no es hacer nacer la creatura sino que destruirla.

¿Cuáles son los riesgos físicos más importantes involucrados en la decisión de aborto?

1) Embarazos desarrollándose fuera del útero materno ectópicos, lo que constituye el 12% de la causa de las muertes de las madres que dan a luz; 2) inflamaciones de pelvis y otras complicaciones e infecciones análogas, todo lo que conduce a la infertilidad potencial. La infección a la pelvis sigue en el 30% de los casos al aborto y la endometriosis sigue en un 5% al mismo. El riesgo en mujeres jóvenes, además, es más del doble de aquellas sobre 40 años. Por otra parte, las mujeres que abortan en el primer trimestre de embarazo (situación que no solamente no es prohibida sino que por el contrario es estimulada por Roe v. Wade según se explica en el capítulo 4.2 de este trabajo) tienen el doble riesgo de cáncer mamario que aquellas que llevan su embarazo a conclusión o término. Ello tienen una sencilla explicación, dado que el rápido crecimiento (paralelo al desarrollo del niño) de los tejidos mamaros durante los tres primeros meses de gestación, deja a la mujer particularmente vulnerable cuando el proceso natural es interrumpido artificial y violentamente. Sangramientos profusos internos en muchos casos de aborto han sido reportados por médicos. Solamente entre los años 1973 y 1979 fallecieron 25 mujeres por esa causa.

¿Cuáles son los riesgos más notables que el aborto provoca en futuros embarazos?

1) daños en el cervix; 2) sangramientos; 3) abortos naturales; 4) partos prematuros; 5) fetos bajo peso del normal; 6) placenta previa, y 7) malformaciones de futuros fetos dentro del vientre materno, entre otros.

El British Medical Journal ha precisado con bastante exactitud cuáles son los riesgos psicológicos del aborto. Principalmente destacan la depresión y el sentido de culpa, por lo menos durante un importante lapso de tiempo. Sumado a ello se encuentran los problemas siquiátricos de largo tiempo (en aproximadamente el 30% de las mujeres abortivas). Finalmente, el resentimiento en relaciones matrimoniales o de pareja es sintomático. Un tercio de las parejas casadas experimenta separación durante el período de embarazo-aborto, y en cuanto a las parejas no casadas, solamente 1 de 10 continúa la relación. La deducción de ello no se hace esperar; el aborto vulnera y socava la familia en su esencia. La protección de ambos "derechos" es incompatible.

Mucho más puede mencionarse en cuanto a los múltiples efectos inmediatos y colaterales nocivos que causa el aborto, además de la conducta delictual que en sí implica. Más sobre este test, estará incorporado en la versión completa del trabajo del cual este artículo es un compendio para la presente conferencia.

Antes de concluir esta cita complementaria del primer test, debe mencionarse que

individuo que conoce la luz. El nacimiento no es más que un cambio de contexto o ambiente para la creatura, por cierto hoy en día bastante más hostil y sufriente que aquel que goza dentro de su madre.

Como lo indica Martin Heidegger, el nacimiento no es más ni menos que aquel instante en que el individuo es obligado trágicamente a hacerse cargo de

dentro de los Estados Unidos y especialmente desde la dictación de la sentencia *Roe v. Wade*, el movimiento "prolife" antiaborto ha desarrollado un enorme poder a través de los medios de comunicación, incluyendo en ellos videos tales como "The Silent Scream", "The Eclipse of Reason", "Operation Rescue", "The Massacre of Innocence", "Meet the Abortion Providers", "The Answer" y "No Alibis" entre otros. Todos los anteriores colaboran en parte en demostrar ya no solamente con estadística y estudios científicos estáticos, como ha sido realizado por nosotros en este artículo, sino que con elementos visuales y auditivos el proceso de destrucción o aniquilamiento de la vida humana y del sufrimiento inferido al niño en la evolución del feticidio. Es imperativo que todas las informaciones proporcionadas por la ciencia hasta ahora y en apretada síntesis reproducidas acá por nosotros, sean exhibidas para poder ser vistas y leídas, pues el proceso educativo de un pueblo es el factor clave que permite tomar conciencia de las violaciones a los derechos del hombre que en aquél se producen. Es indudable que, a pesar de la corriente aperturista antes mencionada; aún continúa existiendo dentro de los Estados Unidos y Europa una enorme censura de prensa en lo referente a exhibir todas las verdades relativas al aborto, contenidas en los films antes nombrados. Reporteros del *New York Times* y del *Washington Post* han admitido haber participado personalmente en manifestaciones pro-aborto, lo que menoscaba radicalmente su trabajo profesional y con ello su capacidad objetiva de informar cabalmente al destinatario de la noticia, proporcionándole no solo una versión de la realidad (la política social) sino que omitiendo la verificable por los hechos (ética científica).

Toda la información contenida en esta cita fue extractada del documento "Facts you should know about abortion", editado por "Christian Action Council" y verificada y revisada en documentos científicos y revistas especializadas del "New England Journal of Medicine" (November 28, 1974 con el reportaje del médico Bernard N. Nathanson), "British Medical Journal", "World Medical Association" y el "International Code of Medical Ethics" (el que en octubre de 1969 resolvió "un médico debe tener siempre en mente la importancia de preservar la vida humana desde la concepción hasta la muerte"). La Asociación Mundial Médica expresa a su vez en su Declaración de Ginebra, el deber moral del médico de conservar el máximo respeto por la vida humana desde el primer momento de la concepción, lo que hace que cada profesional que intervenga en una de tales conductas, viole no solamente su conciencia y la ley sino que además elementos contemporáneos del juramento hipocrático. Además fueron revisados y consultados en cuanto a sus posiciones, el "Center for Reproduction and Sexual Health" la "Sociedad Latino Americana de Ginecología y Obstetricia" y el "American College of Obstetrics and Gynecology". También se reprodujo información proporcionada por el documento "If you Wish Peace, Defend Life" de la Conferencia Católica de Obispos del Estado de New York; y el artículo "Roundup of Pro-life Videos" de Robert J. Hutchinson.

Para confirmar la efectividad de los riesgos que el aborto provoca (para la madre claro

su propia existencia; carga que es revelada notoriamente por el primer llanto agónico de la creatura parida; y nadie puede hacerse cargo de su propia vida si no la tiene desde antes.

Nítidamente el examen practicado del aborto no es capaz de vencer el actual test.

3.2 *Test sociológico y vital-científico*

La segunda pregunta no necesitará siquiera ser respondida al descartarse la validez de la primera.

No existe colisión jurídica entre los bienes vida y privacidad, toda vez que se trata de valores constitucionales de diversa jerarquía normativa y ontológica. Cuando la vida se encuentra comprometida, no hay posibilidad de que pueda considerarse el derecho a la privacidad como pugnando con ella. La disputa suscitada por el movimiento "prochoice" es un mero espejismo, una pugna artificial que no existe ni puede ser argumentada para justificar una posición pro abortiva. Tan sólo baste por ahora decir que tampoco este test es superado con éxito por el aborto como supuesta conducta autorizada; más detalle de esta aparente colisión constitucional se comentará en el capítulo 4.2.

Para concluir con este capítulo sólo nos resta decir que la confusión de patrones y derroteros éticos y sociales claros en este tema hacen perder de vista al derecho como ciencia tridimensional las diversas jerarquías de los bienes jurídicos

está, toda vez que a la creatura la extermina) véase el caso trágico de Susanne Renee Logan con el Hillview Women's Medical Surgical Center, la que quedó con lesión cerebral como producto de aquél (The Washington Post, lunes 13 de agosto de 1990), caso que representa fielmente una impotencia en resolver el conflicto que el aborto ocasiona, en sus causas y efectos, aparte de revelar una crisis ética de medios y fines según más adelante se dirá. Para mayor detalle de todo lo expuesto en el curso de este test, véanse "A New Ethic for Medicine and Society), en California Medicine, 113-67, 1970; Koop, Dr. C. Everett, "The Right to Live"; "The Right to Die", Illinois: Tyndale House, 1976, p. 44; "World Medical Association Bulletin", en Hilgers and Hora, p. 317; Nathanson, Bernard N., M. D., "In Aborting America", Richard N. Ostling, Doubleday: New York, 1979, pp. 164-65; "Abortion", Hearings before the Subcommittee of the Committee on the Judiciary United States Senate, Second Seccion on S. J. Res. 119 and 180; Mecklenburg, F. E., M. D., "The Indications for Induced Abortion", Hilgers and Horan, pp. 48-49; Wilkie, DL and Mrs. J. C. Handbook on Abortion. Hayes: Cincinnati, 1975, p. 38, (Reference to "Zero Pregnancies in 3,500 rapes", The Educator, Vol. 2, Nº 4, Sept. 1970). Además de ellos, se recomienda la lectura de literatura pro-life tal como "Abortion?"; "Abortion v. Life"; "Human Life in Our Day"; "Killing or Caring?, You Must Choose; Natural Family Planning"; "Right of the Unborn to Life Threatened by Abortion", entre otros.

por él protegidos, pretendiendo que pugnan con el inalienable derecho a la vida de una criatura que está por nacer, derechos esenciales o accesorios (no por ello no importantes) tales como la discriminación a su aplicación y vigor¹⁰.

3.3 Efectos

Concluyendo este capítulo sólo resta mencionar que el derecho debe necesariamente ser concebido como "ciencia en contexto" o en su concepción tridimensional; así, el análisis de los derechos humanos sociales, económicos y culturales ha privilegiado bastamente la concepción del derecho como norma de valor, lo que nada tiene de reprochable si los demás elementos son también considerados. El problema del aborto, por otra parte, ha desarrollado e hipertrofiado (como ya lo hemos dicho) el elemento social del derecho, desencadenando una pérdida del balance o equilibrio que una sociedad debe observar entre el deber ser y el ser. La libertad considerada como bien supremo y socialmente exacerbada, hace perder de vista los derroteros o guías que deben inspirar al cuerpo social, donde tengan también lugar importante los factores atenuadores y amortiguadores de tales desequilibrios. Dichos factores son los que provee el respeto y observancia del derecho como ciencia conductora de las relaciones humanas, que permite el justo equilibrio de lo que la sociedad es y de lo que le conviene ser para evitar su destrucción o de alguno de los suyos.

A los elementos jurídicos más importantes que deben tenerse siempre en cuenta para el análisis de un tópico como el de este trabajo, destinaremos el último capítulo de este artículo, conservando en mente que el aborto se ha descartado como científica, ontológica, sociológica y éticamente viable en cuanto solución o conducta.

4. *Compromisos y obligaciones vigentes derivados de la incapacidad en vencer los test.*

Una vez concluido el examen por el que se precisó que el aborto no es capaz de vencer los test básicos a los que se le sometió, son tres las áreas del derecho tocadas

¹⁰Un ejemplo categórico de ello es el caso aparecido en el artículo "Fetal protection Policies: Prudence or Bias?" donde se pretende hacer pugnar la protección de la vida del feto, por un lado (situación que en sí es incomprensible teniendo presente la decisión Roe v. Wade que descartó al feto como persona) y la discriminación laboral por el otro. (The Washington Post, 8 de octubre de 1990). También véase artículo "2 Tragedies Raise Doubts about Suitland Clinic; Abortion Patient, left Paralyzed, Files Suit" (The Washington Post, 13 de agosto de 1990) donde se advierte claramente la pérdida de visión ética en bienes jurídicos de diferente jerarquía, artificial o forzosamente en pugna.

directamente por él; a las tres destinaremos breves e introductorias palabras, explicando ahora porqué la conducta vulnera vastas regiones protegidas por el derecho contemporáneo.

4.1. *De qué manera el aborto compromete al derecho internacional de derechos humanos*

En lo que ha transcurrido desde la segunda guerra mundial, y concretamente desde los años 70, en que el asunto se ha transformado en crítico y efervescente, el aborto o feticidio no ha recibido el tratamiento jurídico internacional (ni práctica ni teóricamente) de derecho humano ni menos aún, de violación al más principal, primero y prioritario de tales derechos, el de nacer y nacer vivo. El argumento de texto que constituye la honorable excepción a lo que aquí se menciona es el artículo 4 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que dice: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". de los instrumentos internacionales contemporáneos¹¹ de derechos humanos, éste es el único que se refiere explícitamente, a la noción "vida humana" como iniciándose ella en el momento de la concepción o fecundación y no meramente en algún momento arbitrario posterior o incluso en el alumbramiento. A pesar de esto, son múltiples por no decir todos, los instrumentos de derechos humanos que se refiere al "derecho a la vida", lo que significa "derecho a nacer con vida" y no solamente al posterior amparo de ella, para el cual está especialmente destinado al derecho de seguridad e integridad personal.

Un principio fundamental del derecho de los derechos humanos es aquel que su aplicabilidad, solamente cuando la infracción de una norma de tal entidad es violada o inobservada por un estado o agentes de él, el derecho internacional de los derechos humanos se ve involucrado y opera. Existen excepciones contemporáneas a esta doctrina ortodoxa y clásica de tal área jurídica, la que no son del caso mencionar ahora. Pues bien, en el caso del aborto, el derecho internacional de los derechos humanos es doblemente aplicable; sustantivamente por cuanto el derecho que se encuentra amenazado o frontalmente violado es la vida, el más esencial e inderogable del catálogo de derechos humanos universalmente amparados; es aplicable a sí mismo procesalmente toda vez que el propio estado es el que vulnera el derecho tanto por omisión o inacción al declarar la conducta punitiva como permisiva, como también por acción o ejercicio directo al estimularla

¹¹Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica". Ver Serie sobre Tratados 36 OEA.

o fomentarla a través de leyes, cuerpos jurídicos emanados del Poder Judicial, o decretos provenientes de la potestad reglamentaria, además de eventual propaganda y recursos económicos públicos que permitan incentivar aún más la conducta indeseable. El estado, en tanto ejecutando cualquiera de estos procedimientos, es internacionalmente responsable de la violación al derecho humano básico "vida", sea por inacción o por actos positivos.

Pero no solamente hay esta responsabilidad internacional del estado por la conducta permisiva del aborto o feticidio, debido a las razones invocadas y que encuentran mayoritariamente su respaldo en la doctrina y práctica tanto del derecho internacional como del derecho internacional consuetudinario, sino que además por cuanto el aborto vulnera y viola directamente disposiciones y normas del derecho internacional de los derechos humanos consagradas bastamente en todos los instrumentos internacionales en la materia así como en la doctrina desarrollada durante los últimos 30 años. Más aún, la violación no es meramente accidental o supletoria, por el contrario, ataca el primerísimo (peremptory norm or inderogable right) de los derechos humanos inderogables e inalienables sin admitir excepción alguna, *la vida del ser humano*.

No es esta la tribuna más oportuna para hacer un examen detallado de cuáles son las normas internacionalmente violadas por el aborto. Tan solo para pasar revista a las principales de ellas, mencionaremos para comenzar la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la que consagra en su artículo 1 que todos *los seres humanos nacen* libres e iguales en dignidad y derechos. Lógicamente para nacer libre e igualmente digno, antes es necesario nacer; esto es, *el derecho al nacimiento* internacionalmente amparado por el primero y principal de los instrumentos de los derechos humanos¹². con igual fuerza el artículo 2 de dicho instrumento menciona que toda persona goza de todos derechos y libertades expuestas en la Carta, *sin discriminación* de ninguna naturaleza, donde se enumeran muchas fuentes de odiosas diferencias, El aborto ataca el derecho al nacimiento y el derecho a la vida discriminadamente por cuanto hay fundamentos que se invocan (comprendidos

¹²Véase para mayor análisis de lo que esa disposición significa el trabajo de Jorge Luis Varela en la Revista chilena de Derecho Vol. 8 Nos. 1-6 Enero-Dic. 1981, titulado Estudio sobre el Artículo Primero de la Constitución Chilena de 1980. El artículo primero de la Constitución chilena es una reproducción literal del artículo primero de la Corte la ONU. En tal trabajo se define y analiza con detalle el significado del derecho al nacimiento como ontológica y cronológicamente prioritario al nacimiento en libertad, igualdad y dignidad y de cómo es que la primera de las dignidades protegidas la constituye el derecho a nacer con vida, sin la intervención insidiosa del estado, del aparato jurídico o de otro ser humano impidiéndolo, perturbando o amenazando el derecho. El derecho al nacimiento supone e implica

dentro del artículo 2) para eliminar ciertas creaturas dentro del seno materno. Por último dentro del mismo documento, el artículo 3 sostiene que toda persona tiene derecho a la vida, en plena concordancia con lo antes dicho.

En cuanto al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el estado que permite el aborto comienza violando el artículo 2 de dicho cuerpo jurídico, toda vez que éste sostiene que cada estado parte se compromete a respetar y asegurar los derechos reconocidos en él, a todo individuo dentro de su territorio y sujeto a su jurisdicción, sin discriminación de ninguna naturaleza. La violación del Pacto al inobservarse este artículo es doble, pues se viola el propio artículo segundo y con él todo aquel derecho por él amparado.

Más aún y dentro del mismo artículo 2, el Pacto dispone la obligación ineludible que cada estado parte tiene de conformar el contenido de su legislación interna, fundamentalmente la constitucional, con las disposiciones de aquél, cosa que por cierto ha sido efectuada por un número mínimo de estados partes del Pacto y por cierto no por aquellos que admiten el aborto como conducta lícita, más aún invocando a la Constitución respectiva como fuente de justificación para ello.

El artículo 4 del Pacto consagra la cláusula universal de inderogabilidad en materia de derechos humanos y por cierto del principal de ellos, el derecho a la vida, cosa que no admite excepción alguna por tratarse de un derecho inalienable (peremptory norm).

El artículo 6 de dicho instrumento contiene, finalmente, la disposición protectora del *derecho a la vida* en los términos siguientes: todo ser humano tiene el *inherente derecho a la vida*. Este derecho será protegido por la ley. Nadie podrá ser arbitrariamente privado de su vida. Incluso a nuestro entender¹³ el aborto en su forma de comisión es un procedimiento que, antes de producir su resultado, conlleva implícita la noción de tortura y trato cruel, por lo cual le es plenamente aplicable el artículo 7 del Pacto, el que indica que nadie puede ser sujeto o sometido a tortura o a un trato cruel o castigo, inhumano o degradante.

en su contenido el derecho a la vida, cada vez que el derecho ampara el nacimiento del ente vivo. El aborto ataca virulentamente ambos derechos en su esencia.

¹³La voz "inherente" significa que la vida es un derecho inescindible respecto de la condición de ser humano, lo cual significa que son cronológica y ontológicamente contemporáneos (remitirse al primer test de la vida); por su parte la voz "arbitrario" significa "discriminatorio" o diferenciación ambigua u odiosa sin fundamento "in rem" o racional (remitirse al segundo test sociológico-ético). Ambos elementos esenciales contemplados y derivados del derecho de esta disposición internacional de derecho natural declarativo no son satisfechos o peor aún son frontalmente violados por el aborto.

Análogos a los del Pacto son los artículos que se violan por medio del aborto de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; su tenor y motivos son similares a los de aquél, por ello serán solamente mencionados acá: artículo 2¹⁴, artículo 3¹⁵ y artículo 15¹⁶. Solamente resta detenernos brevemente en dos documentos, que son la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Este establece que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. El concepto de ser humano empleado, tiene toda la carga a la que se hiciera alusión en el capítulo segundo. Pero dentro del mismo documento hay una disposición aún más protectora y reconocedora de la existencia del feto, ella es el artículo VII que establece textualmente "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales". Por supuesto tal protección debe ser proveída y asegurada por el Estado, el que debe tan solo iniciarla por medio del reconocimiento de la vida humana en el feto. Antes ya dijimos que es la Convención Americana el tratado más directo y vinculante en materia de protección de la vida del feto. Las disposiciones que amparan su vida obligando al Estado parte a conformarse a su tenor son, los artículos 1, 4 y 5; los dos últimos, con más fuerza y detalle que todo otro pacto internacional en materia. Al mencionar, así como antes lo señalamos, el artículo 4 que toda persona tiene derecho a su vida desde el momento de la concepción en general, quiere precisamente descartar el aborto como una conducta regular y el nacimiento con vida como una excepción. La voz "en general" se refiere a aquellas situaciones límites en que la vida del feto real y efectivamente puede ser cercenada por un peligro inminente, inmediato y total de la vida de la madre. Estos casos son los que (en contadísimas ocasiones) estarían comprendidos dentro de la "excepción" a la generalidad. Aún así, es imperativa una interpretación de este artículo por parte de la Corte Interamericana de Derechos

¹⁴Dicho artículo obliga a las legislaciones internas de los países a conformar su letra con los instrumentos internacionales de derechos humanos (Everyone's right to life shall be protected by law), toda vez que la ley a la que se refiere es la doméstica, de tal suerte que todo ordenamiento jurídico contemplando el aborto como lícito vulnera doblemente el mandato de la Convención y por ende el del Derecho Internacional.

¹⁵Aplicable para el evento de extender la noción de la "tortura" como práctica desgraciadamente habitual hoy en día en los gobiernos y países con conductas hostiles a la vida, las que comienzan desde el seno materno. Nada impide que dicha noción sea aplicable desde el instante de la concepción.

¹⁶En cuanto consagra la vida como un derecho de máxima protección e inderogable bajo cualquier circunstancia que sea.

Humanos en una Opinión Consultiva. Finalmente, el artículo 5 del mismo cuerpo sostiene que todo ser humano tiene derecho a que su integridad física, moral y psíquica le sea respetada por el estado. Es este el artículo que protege en términos generales la vida del adulto y del niño nacido; según nuestra interpretación también alcanza al feto.

La fuerza del artículo 4 de la Convención es tan potente que los estados partes de ella no pueden legislar favorablemente el aborto sin violar gravemente el derecho internacional y con ello los derechos humanos. La otra actitud que puede adoptar un estado miembro del sistema interamericano es mantenerse al margen de dicho instrumento y no ratificarlo, conservando y fomentando su legislación interna pro abortiva, cosa que hace Estado Unidos, lo que de manera alguna evita el que haya violación de una norma de derecho internacional y del primero y principal de los derechos humanos¹⁷, pues al ser obligado indirectamente por sus tratados...

4.2. De qué manera compromete el aborto al derecho constitucional doméstico de U. S.A. y al derecho constitucional comparado.

“Essentially it means that the mother has the right to decide whether her baby should live or die. The baby has no choice”. Así comienza el documento “Isn’t Pro-choice the Only Fair and Democratic Approach?” El aborto compromete enteramente al Derecho Constitucional comparado por cuanto el derecho a la vida, que está siendo disputado esencialmente a través del aborto, es el primero y más importante dentro del catálogo “Derechos y Libertades” que el derecho Constitucional Contemporáneo reconoce. Es al derecho constitucional al que le corresponde reconocer en el más importante y básico documento jurídico de una sociedad, la Constitución, los valores y bienes jurídicos anteriores y superiores al establecimiento del Estado-Gobierno; dichos valores (dentro de los que sobresale la vida como el primero de ellos) son declarativos, inalienables e inmutables por cuanto no pueden alterarse por la voluntad popular y deben estar amparados por cláusulas constitucionales pétreas. La vida no es un bien constitucional disponible en ningún estado (desde la concepción a la muerte).

¹⁷Más sobre el aborto ante el derecho humano véase Paul Sieghart en opus cit; “The International Law...” El mismo autor cita el caso europeo “Brüggerman and Scheuter v. Federal Republic of Germany” donde la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró que “a German law which prohibited the termination of a pregnancy merely because it was unwanted did not violate the right to respect for private life under EHR art. 8”. Vemos nuevamente el error en términos y el lenguaje eufemístico tal como “la terminación del embarazo”, además de solucionarse el problema por la vía inadecuada, siempre teniendo en mente a la madre y sus derechos, jamás al hijo que es eliminado; en otras palabras, en lugar de

El derecho constitucional comparado presenta plena armonía en materia de protección de derechos con el derecho internacional de los derechos humanos, y así cuando se constitucionaliza y por ende institucionaliza el aborto, *el Estado creyendo amparar erróneamente un derecho constitucional por la vía de la interpretación (léase privacidad), vulnera esencialmente un derecho internacional humano de mayor jerarquía por la vía de la inobservancia (léase vida), el que además está amparado por el derecho constitucional contemporáneo comparado, todo lo cual conduce a que se superponga el orden jurídico interno a los estándares internacionales y al derecho internacional, situación repugnante ante la comunidad jurídica internacional.*

Un ejemplo claro de ello ocurre en U.S.A., donde los elementos sociales de la democracia (la democracia constitucional social o el estado social de derecho) son muy poderosos, y por ende la capacidad de cambio y de adaptación jurídica es muy sensible, lo que puede conducir y de hecho conduce a la tentación irresistible de alterar derechos substanciales al ser humano, y al estado y gobierno, así como a un desequilibrio ético en el amparo de conductas indebidas e ilegítimas, pues se pierde de vista con ello el elemento de balance que hace discernir entre lo tolerable y lo inadmisibles y que permite divisar los razonables parámetros de disponibilidad y derogabilidad de valores (discernimiento entre los accidentales y los esenciales).

Hemos concluido en este trabajo que las decisiones soberanas del estado-nación pueden siempre regular y tasar legítimamente las acciones políticas del Estado-Gobierno, mas no las sociales ni las morales, toda vez que éstas tocan los valores y bienes jurídicos sustantivos, esenciales e inamovibles de la sociedad y del individuo. En otras palabras, el estado político de derecho se concilia siempre armónicamente con la democracia constitucional política; no existe en tal caso un desfase entre lo que el estado-gobierno debe hacer y lo que el estado-nación pretende y exige que se haga. Por el contrario, el estado social y ético de derecho, allí donde hay valores fundamentales no disponibles (de umbral más bajo diría Hanz

solucionarse el caso por la vía de el derecho a la vida, se pretende plantearlo en la esfera del derecho a la privacidad, el que nada tiene que hacer en tal ámbito. Véase más de la discusión al respecto, Sieghart, idem, pág. 132.

Esta forma de pensamiento de la Comisión Europea contrasta sonora e inexplicablemente con la Declaración del Niño de la ONU, la que obliga a la protección legal del niño tanto antes como después del nacimiento. No se comprende cómo puede haber una interpretación asistemática de textos internacionales de derechos humanos de idéntica jerarquía, los que por cierto reclaman una exégesis jurídica armónica y coherente en el sentido ya tantas veces indicado en este trabajo.

Welzel) es respetado cabalmente sólo si las decisiones soberanas del estado-nación son tasadas, dosificadas y reguladas por el estado-gobierno, lo que significa decir, que los derechos fundamentales derivados de la dignidad del ser humano constituyen un inescrutable e intraspasable límite al ejercicio de la soberanía.

La demostración más palmaria de la pérdida del balance mencionado está dada por el argumento de que el feto dentro del vientre humano es protegido en ciertas circunstancias (como por ejemplo privando a la madre de ciertos empleos en atención al cuidado de ella y del feto, o postergando una ejecución a pena capital a una mujer embarazada hasta después de que dé a luz, o en una radiación media) y repelido ad libitum en otras. ¿Dónde reside la armonía de esos raciocinios? ¿Si la Corte Suprema de U.S.A. rechaza la protección del feto como un ser humano, cómo pretende protegerlo en otras circunstancias?

La Corte Suprema de U.S.A. dentro de la misma disposición constitucional (Fourteenth Amendment) prefiere —continuando con los parámetros de equilibrio recién mencionados— un bien jurídico de inferior jerarquía por sobre otro de superior: “In *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1979), the Court faced similar options upon a challenge to an anti-abortion statute and based its decision squarely on due process. It ruled that the right of privacy ‘founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty... is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy’¹⁸. A nuestro entender la interpretación es doblemente disputada, toda vez que además no existe derecho a la privacidad específicamente garantizado por la Constitución, sí existe en cambio inequívocamente protección a la vida, sin distinción de etapas o estadios de ella¹⁹.

4.3. *De qué manera compromete el aborto al derecho penal internacional,*

El Aborto en sí es una conducta penalmente típica por cuanto vulnera y taca en esencia un valor social prioritario, cual es la vida. La conducta del aborto es un atentado social y jurídicamente intolerable por cuanto es portadora de un

¹⁸“Civil Rights” de Norman Vieira, pág. 18. The choice of viability as the constitutionally permissible point for protecting the unborn is at the heart of the abortion decisions and has been sharply critized. E. g. Ely, *The Wages of Crying Wolf: a Comment on Roe v. Wade*, 72 *Yale L.J.* 920 (1973) en supra cit., Vieira, pp. 18-19.

Véase además la enmienda 14 de la Constitución de U.S.A.

¹⁹Véase “Constitutional Law” de Jerome A. Barron y C. Thomas Dienes, p. 129. El derecho a la privacidad es una creación del judge-made law en *Griswold v. Connecticut* (1965) donde la corte lo consideró para contexto y caso radicalmente diferentes: “The Court held, 7-2, that a criminal law prohibiting the use or the aiding or abetting of the use of contraceptives

elevado disvalor de acción y de resultado. Ello no significa que todo aborto debe ser penalmente sancionado, por cuanto hay muchas conductas criminalmente típicas, que por las circunstancias concretas en las que son consumadas, ameritan la concurrencia de una causal de justificación (eliminándose su antijuridicidad) o

violated a constitutional right of privacy". La decisión es razonable y legítima, pues en tal caso el derecho a la privacidad no colisiona con ningún otro bien jurídico, ético y social. De *Griswold v. Connecticut* a *Roe v. Wade* hay un salto ilegítimo e injustificado. En éste último aparece el bien "vida humana" artificial y forzosamente colisionando con la privacidad de la madre. La concepción marca la diferencia esencial para el derecho constitucional entre el contraceptivo o anticonceptivo y la vida humana. Lo que nosotros atacamos no es la legítima presencia del bien constitucional "privacidad", sino que su artificiosa e inadecuada pugna contra otros de superior entidad. "What was the textual source for a constitutional right of privacy? Justice Douglas found the right of privacy in the penumbras and emanations of the First, Third, Fourth, Fifth and Ninth Amendments". Más acerca de estos interesantes argumentos véase en detalle en opus cit. *Constitutional Law* de Barron y Dienes, pp. 129-143, 144-156. "When a law regulates sensitive areas of liberty", the courts apply a strict scrutiny standard of review to the fundamental right protected by the liberty clause of the Fourteenth Amendment. The law must serve a subordinating state interest which is compelling and no less drastic means must be available to the state, if the law under review is to be upheld. In the *Griswold* situation, the state interest in discouraging extra-marital relations could not justify the intolerable burden placed on the marital relationship especially in light of the adultery and fornication laws available to protect the state interests". La importancia clave que se le otorga a la "cláusula libertad" del artículo enmienda 14, plenamente aplicable para casos como *Griswold* es extrapolado al aborto, vulnerando la ratio essendi y la ratio legis del equilibrio constitucional, a través de los argumentos como los de Justice Blackmun en *Roe v. Wade*.

En lo que se refiere propiamente a los argumentos invocados en *Roe v. Wade*, no pueden ser los mismos detalladamente discutidos o impugnados en esta ponencia, pues se reservan para nuestro texto definitivo. Tales argumentos y contraargumentos se discuten con detalle en opus cit. *Constitutional Law*, pp. 473-539; *Constitutional Law*, Legalines pp. 14-146; *Constitutional Law*, Law Summaries de Jesse H. Choper, pp. 83-87; *Constitutional Law*, Emanuel Law outlines, pp. 161-191. En tales documentos y textos se encuentran además los casos más interesantes conocidos por la Corte Suprema posteriores a *Roe v. Wade*, todos ellos eso sí discutiendo elementos denominados "post-Roe developments" subaltermos al tema discutido en *Roe v. Wade*. En la década de los 80 los casos se han centrado en el problema del consentimiento por parte de personas diferentes a la mujer que pretende abortar y de la disponibilidad y conveniencia de la asignación de fondos públicos para tal cometido. No ha habido otro caso en el que se analice el problema sustantivo del aborto.

Para casos posteriores a *Roe v. Wade*, véanse los más importantes de ellos, "*Planned Parenthood vs. Danforth*", (428 U. S. (1976)); "*Bellotti v. Baird*", 443 U. S. 622 (1979);

bien de exculpación (eliminándose su culpabilidad)²⁰; el inconveniente grave se plantea con el fenómeno opuesto; si se despenaliza todo aborto para amparar a las mujeres que se encuentran en el 1% o menos de los casos en que sí se justificaría o se exculparía, sería igual que declarar el homicidio legítimo y lícito en homenaje al 1% de los casos en que también operan dichas causales eximentes de responsabilidad criminal.

Lo que ahora proponemos desde la perspectiva criminal comparada, es un examen casuístico de todos aquellos casos de mujeres que perfeccionan un aborto trascendiendo la esfera de la intimidad de su hogar. Todo lo dicho en el subcapítulo recién pasado se aplica con mayor razón al derecho penal, toda vez que esta área del derecho es la más permeable y vulnerable al cambio social, y está más a la mano de las decisiones (muchas veces erróneas) tanto democráticas como dictatoriales²¹.

5. Conclusiones y sugerencias

Como conclusión provisional podemos decir que es absolutamente imperativo un pronunciamiento directo de las tres disciplinas internacionales analizadas en el capítulo 4 frente a la problemática del aborto, no ocupándose y preocupándose de sus elementos adjetivos; sino que haciéndose cargo de la esencia de él.

Más aún como conclusión a todo lo antes mencionado debemos decir que el sistema inductivo jurídico (sajón) exagera y privilegia el factor social del derecho tridimensional, corriendo el riesgo de caer en severas contraindicaciones, precisamente por cuanto el hombre es un ser naturalmente contradictorio, (Unamuno)

“Akron v Akron Center for Reproduction Health” y “Planned Parenthood Ass’n of Kansas City” Ashcroft, 462 U. S. 476 (1983); “Harris v. Mc Roe”, 448 U. S. 297 (1980); “Webster v. Reproductive Health Services”, 109 S. Ct. 3040 (1989), entre otros.

²⁰La representación de una mujer que se haya practicado un aborto, como estando tras las rejas sería una parodia burda, grotesca y propagandística con ánimo proselitista. La situación es bastante más compleja que eso y llevaría a un estudio casuístico muy detallado antes de determinarse que tipo de pena corresponde, si es que alguna.

²¹Más detalle y profundidad sobre la perspectiva penal se reservará para el trabajo definitivo, especialmente a la analogía existente entre aborto y pena de muerte, ambos resabios de épocas pretéritas históricas donde la vida humana era un bien jurídico disponible. En U. S. A. “Hennepin county Attorney Tom Johnson Spoke on the death penalty as a violation of the right to life and of the right of physical integrity”, argumento aplicable también al aborto como conducta penal.

más aún cuanto mayor sea el grupo que adopte resoluciones que comprometan a la sociedad completa y su evolución. La historia de la humanidad así lo ha demostrado en su afán de mediatizar fines y de finalizar medios; tal cosa tiene como efecto en la órbita jurídica el fenómeno de la colisión o disputa artificial de bienes sociales, éticos y jurídicos de diferente jerarquía. Ello a su vez precipita revoluciones más que evoluciones del derecho, lo que solamente podría ser atenuado a través de una reordenación valórica, científica y jurídica que a su vez afianza en la sociedades contemporáneas los imperativos ético-políticos (de ética política y prudencia gubernativa) y someter así el avance científico a dichos derroteros claves. Ahora bien, cuando nos referimos a moral o ética, estamos hablando de la necesidad objetiva, racional e ineludible que tiene el Estado-Gobierno (en su calidad de detentador monopólico del poder por mandato del soberano) de cautelar, prevenir y eventualmente restablecer sancionando, todos los derechos universalmente reconocidos por las naciones civilizadas del orbe, sean ellos objeto de consagración a través de instrumentos internacionales o meramente domésticos y sean ellos consustanciales o esenciales a la naturaleza racional del hombre o bien accidentales o subalternos a la misma. Pero no solamente al sistema jurídico sajón-inductivo le falta el equilibrio tridimensional de Reale sino que al sistema civil-deductivo también, el cual privilegia en demasía el carácter estático normativo del derecho. El ideal propuesto es lograr una conversación más estrecha de ambas vertientes jurídicas con el objeto de encontrar un justo término medio de proporciones equilibrio, justicia y paz social.

El impecable funcionamiento del sistema "check and balances" hace que la Corte Suprema de U.S.A. sea un severo y fiel arquitecto del cambio social; aquella es el receptor del elemento social de la norma jurídica y de la democracia social excesivamente demandante por la gran cantidad de vehículos y avenidas de presión social que el sistema provee; toda esa fuerza que hace al sistema social tan rico, hace también perder de vista los puntales y derroteros de la norma jurídica en tanto cargada de valor ético señalado más arriba y que es precisamente el que notifica e informa a su titular hasta dónde y hasta cuándo puede usarla sin abusarla.

Insistimos que culminar que la norma ética o elemento ético del derecho trial es el faro regulador de la norma positiva (tradicción civil) y de la norma social (tradicción anglo-sajona); le ilumina su contenido sustantivo y le fija sus límites ontológicos.

Cuando la sociedad demanda en exceso y se exageran las libertades y derechos de los individuos o grupos, inequívocamente se resienten los deberes. La sociedad prudente y sabia debe detectar los límites internos de la libertad y de cada

uno de los derechos de que goza en cuanto a su contenido esencial y sustantivo. Cuando dicha barrera natural de prudencia se traspasa, se afectan más o menos severamente derechos ajenos como consecuencia directa de la inobservancia del deber propio²²

²²The Language of Frustration

The ordinary term used by prospective mothers, of course, simply supports what the scientists have discovered, as have the doctors performing abortions. A woman who learns she is pregnant says that she is having a baby not a fetus. It is difficult to see how anyone could deny that the unborn is a human being in light of advances in intrauterine photography and the grim pictures of aborted babies widely publicized. While indiscriminate use of such pictures is undoubtedly inappropriate, we cannot share the view of those who discredit their use altogether, and indict those who use them for "scare" tactics. If, after all, one is convinced that the unborn is an appendage, a kind of aggressive tumor, and that the abortion produces only "fetal wastage", such pictures should hardly prove frightening. On the other hand, the photograph of the self-immolating Bonze, aflame in Saigon, was flashed around the world and awarded a Pulitzer Prize. Pictures of My Lai in Vietnam were reproduced endlessly to show the horror of the conflict and what some claimed to be habitual atrocities perpetrated by American armed forces. The mass suicides in Jonestown, Guyana, voluntary or forced, were televised repeatedly and displayed in magazines and other media throughout the world. Frequently the ravages of starvation among people of the Third World are presented vividly and starkly, as were pictures of the "boat people" and of those devastated by the earthquake in Southern Italy in November of 1980. In all such instances it seems to be assumed that such shocking visual confrontations will somehow help to reduce repetitions of the horrors they convey. Indeed, there are those who believe that "bringing the war into the living room" through television contributed significantly to finally ending United States involvement in the conflict of Vietnam.

A significant example of the constructive use of pictures of aborted babies is found in the Congressional Testimony of Congressman Lawrence J. Hogan, sponsor of a Human Life Amendment. Appearing before the Subcommittee on Constitutional amendments, Congressman Hogan stated:

Until a few years ago, I really did not think much about abortion. I did not mean very much to me. I somehow equated it with birth control, putting him off, saying that it was not a popular political issue.

Finally, one day he came to my house and showed to me some color pictures of what unborn babies look like. I saw what some people call a chemical reaction, sucking a thumb. I saw perfectly formed human babies just a few weeks from conception. I saw the pictures of the 21-week old fetus, a little girl, who survived out of the womb. I saw other little babies who did not survive. Some were scalded red from saline solution which flushed them from the womb. I saw others torn apart by a suction machine. But, in the material taken from the machine, I could see a little foot and a little hand. I was stunned. I was shocked. And I was bitterly ashamed.

I do not know what I really thought abortion was. I just did not think very much about it. But, certainly I did not think we were killing babies. How could I have been so stupid?

If we are not killing babies in abortion, what are we doing? (Abortion-Part I. Hearings before the Subcommittee of the Committee on the Judiciary United States Senate, Second Session on S. J. Res. 119 and 130)