

**XVII JORNADAS Y
VII INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA**

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS - UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2021

Corrientes - Argentina



XVII Jornadas y VII Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad

de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas-UNNE / Karen Alicia Aiub ... [et al.] ; compilación de Alba Esther De Bianchetti.- 1a ed compendiada.- Corrientes : Moglia Ediciones, 2021.
552 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-393-1

1. Comunicación Científica. 2. Derecho. I. Aiub, Karen Alicia. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.

CDD 340.072

ISBN N° 978-987-619-393-1

Editado por Moglia Ediciones

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723



Impreso en Moglia S.R.L., La Rioja 755
3400 Corrientes, Argentina
moglia.libros@hotmail.com
www.mogliaediciones.com
Noviembre de 2021

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA LEY 27.610 DE ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Díaz, Leonor M. E.

Leonordiaz2@hotmail.com

Resumen

El presente trabajo aborda, en un contexto de investigación sobre distintos aspectos de la ley de interrupción voluntaria del embarazo, las implicancias del principio de autonomía de la voluntad de la mujer o persona gestante, frente a la personalidad del nasciturus. Las consideraciones vertidas, llevan a concluir que la amplitud con que el principio es receptado en la norma, otorga un ilegítimo poder a la persona gestante, de discriminar entre “hijos deseados y no deseados”, y la eliminación de estos últimos si así lo decide.

Palabras claves: Aborto, discriminación, nasciturus

Introducción

La ley 27.610, de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, reconoció, el llamado “derecho al aborto”; o sea la facultad de la persona gestante, de decidir si prosigue o no con el embarazo que se lleva a cabo en su cuerpo.

La norma presenta aristas jurídicas dignas de ser estudiadas: constitucionalidad; derechos humanos comprometidos; principios éticos involucrados y receptados en nuestro sistema jurídico; delito de aborto; rol del estado; el aborto como herramienta geopolítica y su ejercicio por organismos internacionales, etc.

Pese a ello, aquí solo se considera el “principio de autonomía de la voluntad” de la persona gestante, frente al status jurídico del niño por nacer, en el derecho argentino..

El problema planteado debe responder a varios interrogantes: ¿Con qué amplitud la ley reconoce el principio de la autonomía de la voluntad? ¿Es lícito fundamentar en “la autonomía de la voluntad” de la gestante, la continuidad de la existencia del que va a nacer”

Como señala Cristina G. Pascal, la discusión sobre la legitimidad del aborto voluntario se suele condensar en cuatro argumentos: 1) Las normas jurídicas son incapaces de prohibir los abortos con eficacia 2) La personalidad del feto; 3) Un estado de necesidad y 4) La autonomía de la voluntad. Durante el tratamiento del proyecto de la ley, se esgrimieron todos ellos. Sin embargo, a pesar de que la propia ley, de manera directa o indirecta, se refiere a los que sustenta la validez de lo regulado, obvia referirse a la personalidad del feto. .

Materiales y método.

Se utilizó el método cualitativo de recolección de datos: a) relevamiento legislativo, doctrinario y bibliográfico. c) Análisis crítico del material obtenido.

Resultados y discusión

Con relación al interrogante planteado, “¿Con qué amplitud la ley reconoce, el principio de la autonomía de la voluntad?”, se parte del principio kantiano, de que cuando un sujeto se comporta moralmente, él mismo se da las leyes a las que se somete, pues dichas leyes tienen su origen en la naturaleza de su propia razón. Es decir la racionalidad humana, amerita el reconocimiento de una voluntad autónoma para reglar su conducta..

La autonomía de la voluntad privada, fue receptada, en el artículo 1197 del derogado Código Civil, donde la voluntad de las partes contractualmente expresada constituía una regla a la que debían someterse como a la ley misma. Florencia Gobbi y Aixa Triay, señalan que “*Aplicado al ámbito de la contratación es un derecho incuestionable, que comprende la discrecionalidad de contratar o negarse a hacerlo, la de elegir con quien contratar y en última instancia decidir sobre la regulación del convenio*”. Sin embargo, este principio siempre tuvo limitaciones específicas; llegándose a sostener la “crisis de la autonomía de la voluntad”, para explicar situaciones especiales donde una de las partes se hallaba en condiciones de suma desigualdad negocial, en la que se veía constreñida a aceptar cláusulas que no le convenían, o directamente le perjudicaban. Fueron estas situaciones, las que propiciaron la intromisión cada vez mayor del Estado, a través de normas de orden público, a fin de evitar restablecer el equilibrio perdido y evitar situaciones de abuso; creándose incluso, ramas del derecho con principios protectores (Derecho Laboral, Derecho del Consumidor, etc.).

Sin embargo, como lo expresa Claudia Wagner de Tizón, “*No en todos los campos del derecho privado, se confiere idéntica importancia a este principio. En el campo de los derechos extra patrimoniales, por ejemplo, se encuentra más restringida aunque en los últimos tiempos se ha ido ampliando con el reconocimiento de una mayor autonomía del individuo...*”; mencionando como ejemplos, rechazar tratamientos médicos, configurar la intimidad, la reasignación de sexo, la posibilidad de contraer matrimonio con alguien del mismo sexo, elegir si usar o no el apellido del cónyuge, etc. La ley 27.610, se refiere a la “autonomía de la voluntad” de la persona gestante, en el art. 5, inc.d. (“*Derechos en la atención de la salud... d) Autonomía de la voluntad. El personal de salud debe respetar las decisiones de la paciente respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, las alternativas de tratamiento y su futura salud sexual y reproductiva. Las decisiones de la paciente no deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas por parte del personal de salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad*”). Presentada de esta manera, tal voluntad autónoma, aparece como otro caso más de esta evolución mencionada en el derecho privado

extra patrimonial, dado que se la relaciona con la salud de la gestante. Sin embargo, cuando en el art. 4 expresa “*Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género, con capacidad de gestar, tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional. Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo, solo en las siguientes situaciones: a) Si el embarazo fuere el resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida. b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante*”, es evidente que la autonomía de la voluntad cobra otro sentido. Ya no se trata solo de un sujeto que decide sobre su persona y sus derechos, sino que el poder de su voluntad, llega a comprometer la existencia de otro ser humano.

Siguiendo con la secuencia argumentativa, lo dicho conduce al segundo interrogante ¿Es lícito fundamentar en “la autonomía de la voluntad” de la gestante, la continuidad de la existencia del que va a nacer?

En la legislación de muchos países, “el que va a nacer” (*nasciturus*), no tiene personalidad jurídica, pero como generalmente la adquiere al nacer, se le reconocen ciertos derechos. En otras, como la argentina, se considera que tiene personalidad humana desde el momento mismo de la concepción. En varias constituciones latinoamericanas, su protección jurídica tiene rango constitucional (República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Paraguay y Perú).

La Constitución Nacional al reconocer explícitamente diferentes derechos, lo hace implícitamente con el derecho a la vida, que los presupone. Andrea M. Orihuela, al comentar el art. 14 de la C. N. dice. “*Derecho a la vida: Es el derecho a vivir, el cual le corresponde a todos los seres humanos desde el momento que son personas*” Asimismo diversos Tratados Internacionales con rango constitucional, también declaran expresamente el derecho a la vida: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 4, que menciona textualmente “Este derecho estará protegido... a partir del momento de la concepción...”); Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 6). Además, varias constituciones provinciales manifiestan la protección del niño desde la concepción (Buenos Aires, Catamarca, Chubut, Córdoba, Chaco, Salta, San Luis, Formosa, Tierra del Fuego, Santiago del Estero, Entre Ríos, entre otras), y tras lo hacen indirectamente, al adecuar su texto al de la Constitución Nacional.

Por otra parte, si quedaran dudas acerca de si el niño por nacer es un ser humano, para el derecho argentino, el Art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación dice: “...La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

Explica Marcelo Parma, que esta protección, se lleva a cabo en dos planos: el positivo, que se encarga de reconocer su status y sus derechos; y el sancionador, que abarca las distintas sanciones para las conductas que, de algún modo, trasgreden el reconocimiento y la protección dispensada en el anterior. En Argentina, podrían incluirse en la primera, todos los derechos hereditarios, asistenciales, etc. y en el segundo, las normas del Código Penal que siguen considerando el aborto, como una figura penal.

Además del derecho a la vida, otro de los pilares fundamentales del sistema democrático, es el reconocimiento del principio de igualdad, consagrado expresamente en el art 16 de la C.N, cuando dice “...Todos los habitantes son iguales ante la ley...”, y que Origuela explica como “...el que procura eliminar la discriminación arbitraria...”. La discriminación que crea la ley con relación a los niños por nacer es puesta de manifiesto por Jorge N. Lafferriere, cuando señala: “... las personas no deseadas podrán ser abortadas sin invocación de causales hasta la semana 14, inclusive, y luego de esa semana y hasta el nacimiento si se verifican las causales previstas.... Todo ello configura una inadmisible discriminación legal entre niños: algunos tienen derecho a la vida, a recibir alimentos, a recibir ayudas sociales, a ser reconocidos, a su identidad, a recibir atención médica, a heredar, mientras que otros serán descartados por ser “no deseados”.

Expuesto lo anterior, no aparece como lícito que una ley otorgue semejante poder a la persona gestante, dado que una persona humana, no puede ser discriminada para su eliminación, por la voluntad individual de otra. En igual sentido, Jorge Fábrega, cuando sostiene: “*En consecuencia, la fundamentación ética del aborto en el principio de autonomía..., corre el riesgo de ser ilegítima...*”.

Conclusión

El tema del aborto indudablemente impacta profundamente, en la conciencia colectiva, al involucrar cuestiones éticas, morales, religiosas, sociológicas, políticas, etc. Una ley que aprueba el aborto, no termina con la discusión.

La ley 27610, aparece a la luz de lo desarrollado, como ajena al sistema jurídico argentino. Fundamentar un supuesto derecho al aborto, en la autonomía de la voluntad de la persona gestante, desvirtúa el principio mismo y produce consecuencias antijurídicas difíciles de armonizar con normas básicas del derecho argentino.

Resulta interesante observar como el Estado, al que muchos calificaban como hipócrita porque no consideraba la realidad del aborto clandestino, ahora aparece igualmente hipócrita al poner toda la responsabilidad de la existencia de personas por nacer, en la decisión de las gestantes.

Referencias bibliográficas

- Fábrega, Jorge. 2012.”El aborto y los límites de la autonomía”, disponible en
https://www.cephchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304100106/rev128_JFabrega.pdf

- García Pascal, Cristina. 2007.“CUESTIONES DE VIDA Y MUERTE. Los dilemas éticos del aborto” DERECHOS Y LIBERTADES ISSN: 1133-0937.Número 16, Época II.
- Gobbi, Florencia y Triay, Aixa. 2015. “El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones”. Mendoza, disponible en https://bdigital.unnu.edu.ar/objetos_digitales/7541/gobbi-f.triay-a.pdf
- Lafferriere, Jorge N..2021. “Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610” <http://wadmin.uca.edu.ar/public/Ley%20de%20aborto%20Comentada.pdf>
- Orihuela, Andrea M. 2016. “Constitución Nacional Comentada”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Argentina. Altuna Impresores SRI.
- Parma, Marcelo. “El nasciturus: antecedentes jurídicos y estado actual de la cuestión”, disponible en <https://www.ucalp.edu.ar/wp-content/uploads/2020/05/Parma-El-nasciturus-antecedentes-jur%C3%ADcicos-y-estado-actual-de-la-cuesti%C3%B3n.pdf>
- Wagner de Tizón, Claudia M. 2013. “Limitaciones a la autonomía de la voluntad”. Disponible en <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/541/tesis%20final%20-%20Claudia%20Wagner.pdf>

Filiación

Leonor M. E. Díaz, docente e integrante del PEI-FD 2019/006: "Importancia de una mirada filosófica y sociológica de los nuevos conceptos jurídicos que surgen en orden al género y los Derecho Humanos".