

El nacimiento con vida luego de un aborto: análisis jurídico

written by Redaccion | 20/04/2021

Por Jorge Nicolás Lafferriere- www.centrodebioetica.org

En diálogo con un periodista radial en marzo de 2021, el director del Hospital Materno Infantil de Salta se refirió a los problemas que se presentan en la implementación de la ley 27610 de legalización del aborto en Argentina. Entre otros temas, se refirió a la cuestión de los abortos en embarazos avanzados y la posibilidad de que se produzca un nacimiento con vida: “Ya me llegaron consultas de 28 semanas. A eso le induzco el parto y cuando sale el chico está con vida. ¿Qué hago? ¿Quién le va a meter una puñalada? ¿Nadie lo va a atender? Ahí me meten preso porque hago abandono de persona. Eso no está en ningún marco legal”.[1]

Estas declaraciones reflejan uno de los tantos problemas que surgen a partir de la legalización del aborto en Argentina[2]. En efecto, considerando que hoy la neonatología cuenta con tecnologías que permiten la sobrevida de bebés nacidos prematuramente, en algunos casos desde las 22 o 23 semanas de embarazo, el hecho de que la ley de aborto no pusiera un plazo máximo para la realización de la práctica deja abierta la posibilidad de que se produzca un nacimiento con vida de la persona en gestación. Y el nacimiento con vida, que siempre sería considerado un hecho para celebrar, se transforma para la mentalidad abortista en un hecho a evitar.

Algunas regulaciones del tema en el

derecho comparado

Cuando analizamos el problema en el derecho comparado encontramos que hay legislaciones que han adoptado expresas medidas al respecto.

En Italia la ley dispone que cuando existe la posibilidad de vida autónoma del feto, el médico que interviene en el aborto tiene el deber de adoptar todas las medidas idóneas para salvaguardar la vida del feto (art. 7 ley 194).

En Estados Unidos, en 2002 se sancionó la ley de protección de los recién nacidos vivos (Born-Alive Infant Protection Act – BAIPA)[3] que modificó el US Code en la sección 8 de su título primero, libro primero, para establecer que los términos “persona”, “ser humano”, “niño” o “individuo” incluyen un niño nacido vivo en cualquier etapa de su desarrollo (a). En el apartado (b) se define el término “nacido vivo” con relación a cualquier miembro de la especie “homo sapiens” como “la completa expulsión o extracción de su madre de tal miembro, en cualquier etapa de su desarrollo, quien luego de su expulsión o extracción respira o tiene latidos de corazón, pulsaciones en su cordón umbilical o movimientos voluntarios definidos de sus músculos, sin importar si el cordón umbilical ha sido cortado, y sin importar si la expulsión o extracción es el resultado de un parto natural o inducido, una cesárea o un aborto inducido”[4].

La BAIPA presenta una cláusula (c) que pretende acotar sus alcances y que dispone que nada de lo que se establece en la sección puede ser utilizado para afirmar, denegar, expandir o contraer cualquier status legal o derecho aplicable a un miembro de la especie humana en cualquier punto antes de que nazca con vida tal como es definido en esa ley.

Americans United for Life tiene hecho un estudio sobre esta legislación BAIPA en el que cuenta el origen de la ley aprobada en 2002 y da cuenta que hasta 2018 en ese país 26 estados tienen leyes que crean un deber específico de los médicos de brindar atención médica y tratamiento a los niños

recién nacidos en cualquier etapa de su desarrollo, mientras que tres estados requieren esa atención y tratamiento luego de la viabilidad[5].

Algunas de las leyes estatales contienen regulaciones más específicas sobre la situación del nacimiento con vida. Por ejemplo, en Florida, la normativa sobre aborto tiene una sección específica sobre nacidos vivos que lleva el número (12) y que contiene disposiciones tales como:

“(a) Un niño nacido vivo durante o inmediatamente luego de un intento de aborto tiene los mismos derechos y privilegios que son otorgados por las leyes del estado a cualquier otro niño nacido vivo en el curso de nacimiento natural.

(b) Si un niño nace vivo durante o inmediatamente después de un intento de aborto, cualquier profesional de la salud presente en el momento debe ejercer humanamente el mismo grado de competencia profesional, cuidado y diligencia para preservar la vida y la salud del niño como un profesional de la salud razonable y diligente haría con un nacido vivo de la misma edad gestacional en el curso de un nacimiento natural.

(c) Un nacido vivo durante o inmediatamente después de un intento de aborto debe ser inmediatamente trasladado y admitido en un hospital según las reglas de la sección 390.012(3)(c)....

(d) Un profesional de la salud o cualquier empleado de un hospital, de un consultorio médico o de una clínica de aborto que tiene conocimiento de una violación a esta subsección debe informar sobre tal violación a su departamento.

(e) Una persona que viola esta subsección comete un delito de tercer grado, punible según lo dispuesto en s. 775.082, s. 775.083, or s. 775.084. Esta sección no se debe interpretar como una disposición específica legal vinculada con una materia particular que excluya la prosecución de un delito más general, sin considerar la pena.

(f) Esta subsección no afirma, niega, expande o contrae ningún status legal o derecho legal aplicable a cualquier miembro de la especie humana en ningún punto antes de su nacimiento con vida tal como es definido en s. 390.011”. [6]

La cuestión en el derecho argentino

A diferencia de los Estados Unidos, en la Argentina el comienzo de la existencia de la persona se verifica en el momento de la concepción, según lo dispone el art. 19 del Código Civil y Comercial. Este artículo no fue derogado ni reformado por la ley 27610 que legalizó el aborto. Este hecho resulta importante pues, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, donde la BAIPA se vio en la necesidad de aclarar que el nacido vivo es persona, niño, individuo o ser humano para la interpretación legal, ello resulta innecesario al ser indudable que el por nacer o el recién nacido siempre son personas, sin ningún cambio sustancial en el medio.

Junto con esta importante definición legal, que por otra parte tiene fundamento constitucional, encontramos varias normas que resaltan los derechos del recién nacido. En efecto, la ley 25929 establece en su art. 3 que "Toda persona recién nacida tiene derecho:

- "a) A ser tratada en forma respetuosa y digna.
- b) A su inequívoca identificación.
- c) A no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación o docencia, salvo consentimiento, manifestado por escrito de sus representantes legales, bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética.
- d) A la internación conjunta con su madre en sala, y a que la misma sea lo más breve posible, teniendo en consideración su estado de salud y el de aquélla.
- e) A que sus padres reciban adecuado asesoramiento e información sobre los cuidados para su crecimiento y desarrollo, así como de su plan de vacunación".

Encontramos leyes similares en casi todas las jurisdicciones, con excepción de Catamarca, Formosa, Neuquén, Río Negro y Tucumán[7]:

Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Ley 6365. Ley de parto respetado.

Buenos Aires – Ley 15188. Derechos de toda mujer en relación

con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhiere a la ley 25929.

Córdoba – Ley 9227. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhiere a la ley 25929.

Corrientes – Ley 6113. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhiere a la ley 25929.

Chaco – Ley 7555. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhiere a la ley 25929.

Chubut – Ley I-541. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhiere a la ley 25929.

Entre Ríos – Ley 10035. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhiere a la ley 25929.

Jujuy – Ley 5952. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhiere a la ley 25929.

La Pampa – Ley 2594. Derechos de Padres e Hijos durante el Proceso de Nacimiento. Adhiere a la ley 25929.

La Rioja – Ley 7817. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhiere a la ley 25929.

Mendoza – Ley 8130. Derechos de la mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto.

Misiones – Ley 4421. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhiere a la ley 25929.

Salta – Ley 8065. Parto Humanizado. Autoridad de aplicación de la ley 25929.

San Juan – Ley 7839. Derechos de la mujer durante la gestación, el parto y el posparto. Derechos de los recién nacidos internados en la provincia.

San Luis – Ley I-0897. Derechos de Padres e Hijos durante el Proceso de Nacimiento. Adhiere a la ley 25929.

Santa Cruz – Ley 3196. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhesión a la ley 25929.

Santa Fe – Ley 13634. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhesión a la ley 25929.

Santiago del Estero – Ley 7212. Parto Respetado. Adhesión a la ley 25929.

Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur – Ley 691. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto. Adhesión a la ley 25929.

Dentro de las leyes provinciales, la legislación mendocina se destaca porque específicamente dispone que la persona recién nacida tiene derecho: “c) A ser tratada en forma respetuosa y digna y a recibir los cuidados sanitarios y afectivos que le permitan un óptimo desarrollo físico, mental, espiritual, psíquico, moral y social en edades posteriores de la vida. d) A una adecuada asistencia sanitaria. A disfrutar el más alto nivel de salud posible y a tener acceso a los servicios sanitarios y de rehabilitación, especialmente los relacionados con la atención primaria de la salud, cuidados preventivos tanto prenatal como postnatal y a niveles de complejidad creciente según las necesidades de su asistencia” (ley 8130, art. 3).

Se advierte así que existen en Argentina normas sobre los derechos del recién nacido. Por cierto, se trata de leyes aprobadas con anterioridad a la sanción de la ley 27610 de legalización del aborto, pero pretender que los nacidos vivos por aborto no reciban atención, constituiría una discriminación que se suma a los problemas que ya de por sí plantea el aborto.

Respecto al momento en que se produce el nacimiento con vida hay que advertir que el Código Civil de Vélez Sársfield (ley 340) traía disposiciones sobre el nacimiento con vida, en atención a que de ello dependía que se transmitan los derechos patrimoniales al que estaba por nacer. Según el art. 74, “si muriesen antes de estar completamente separados del seno

materno, serán considerados como si no hubiesen existido". Por su parte, el art. 75 disponía: "En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario". Estos textos fueron derogados por la ley 26994 que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial, que ahora simplemente dice: "...El nacimiento con vida se presume" (art. 21 CCC). Comentando este artículo, Tobías hace una síntesis del debate que se había producido en torno a cuándo se consideraba que había un nacimiento con vida en el art. 74 del anterior Código, y luego afirma que, a su criterio, siguen siendo aplicables los criterios y fundamentos en la interpretación del art. 21 y "de ahí que debe considerarse que nació -y vivió- aquella criatura que, aún sin haberse completado la extracción, inhaló el aire posibilitando la oxigenación de su vía pulmonar, aunque antes de terminada la separación o después de ella, haya dejado de respirar produciéndose el fallecimiento"[8].

Entrando en el campo del derecho penal, si como fruto de un intento de aborto se produce el nacimiento con vida del por nacer, la falta de atención médica diligente, tal como se haría con cualquier otro recién nacido, configuraría una conducta delictiva que podría encuadrar como homicidio por omisión, ya sea doloso (art. 79 Código Penal) o culposo (art. 84 CP), o bien como abandono de persona (art. 106 CP).

Vale señalar que la jurisprudencia penal también se ha ocupado de la delgada línea que separa el aborto del homicidio. Entre muchos fallos, se consideró que la persona por nacer puede ser sujeto pasivo del delito de homicidio desde el inicio del trabajo de parto, es decir, a partir del momento en el cual la madre presenta contracciones[9].

Por cierto, ante la posibilidad de un nacimiento con vida, distintas instituciones sugieren la realización de un "feticidio". Así, leemos en un informe de la Red de Acceso al Aborto Seguro de Argentina: "cuando se utilizan métodos médicos de aborto después de las 18-20 semanas de gestación, debe considerarse la inducción de la asistolia fetal antes del procedimiento. La probable sobrevida transitoria del feto

después de la expulsión está relacionada con la progresión de la edad gestacional. Los métodos médicos modernos, como la combinación de regímenes de mifepristona y misoprostol o misoprostol solo, no producen directamente la asistolia del feto. Entre los regímenes utilizados frecuentemente previo al procedimiento para inducir la asistolia se incluyen: *Inyección intraamniótica o intrafetal de digoxina... *Inyección de KCl a través del cordón umbilical o en las cavidades cardíacas del feto, que es sumamente eficaz pero requiere experiencia para aplicar la inyección en forma segura y precisa y tiempo para observar la cesación cardíaca mediante ecografía”[10].

En síntesis, ante la constatación de un nacimiento con vida, los profesionales de la salud deben intervenir para darle al recién nacido los cuidados y tratamientos debidos a cualquier persona. De no hacerlo, podrían ser pasibles de persecución penal por la comisión del delito de homicidio o abandono de personas, según corresponda.

En última instancia, estos dramáticos hechos dejan en evidencia la indudable continuidad que tiene la vida humana en sus etapas pre y post-natal. Así, cuando se aconseja el feticidio para evitar el nacimiento con vida, queda claro que el aborto no busca simplemente interrumpir el embarazo, sino que hay un empeño en evitar a toda costa el nacimiento con vida. Al respecto, esperamos que no solo se adopten medidas para salvar la vida en caso de nacimientos con vida luego de un intento de aborto, sino también que se derogue la ley 27610.

- [1] Peiró, Claudia, “El crudo testimonio del director del Materno-Infantil de Salta: ‘La ley no fija límite al aborto, me llegan consultas de 28 semanas’”, Infobae, 27-3-2021, <https://www.infobae.com/sociedad/2021/03/27/el-crudo-testimonio-del-director-del-materno-infantil-de-salta-la-ley-no-fija-limite-al-aborto-me-llegan-consultas-de-28-semanas/>

- [2] Ver Lafferriere, Jorge Nicolás, “Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610”, Centro de Bioética, Persona y Familia, 2021, 145 páginas, disponible en: <https://centrodebioetica.org/wp-content/uploads/2021/02/Ley-de-aborto-Comentada.pdf>
- [3] Pub. L. 107–207, §2(a), Aug. 5, 2002, 116 Stat. 926.
- [4](#) As used in this section, the term «born alive», with respect to a member of the species homo sapiens, means the complete expulsion or extraction from his or her mother of that member, at any stage of development, who after such expulsion or extraction breathes or has a beating heart, pulsation of the umbilical cord, or definite movement of voluntary muscles, regardless of whether the umbilical cord has been cut, and regardless of whether the expulsion or extraction occurs as a result of natural or induced labor, cesarean section, or induced abortion.
- [5] Americans United for Life, “Born-Alive Infant Protection Act – Model Legislation & Policy Guide for the 2018 Legislative Year”, disponible en: <https://aul.org/wp-content/uploads/2019/07/Born-Alive-Infant-Protection-Act.docx>
- [6] “(a) An infant born alive during or immediately after an attempted abortion is entitled to the same rights, powers, and privileges as are granted by the laws of this state to any other child born alive in the course of natural birth.
- (b) If an infant is born alive during or immediately after an attempted abortion, any health care practitioner present at the time shall humanely exercise the same degree of professional skill, care, and diligence to preserve the life and health of the infant as a reasonably diligent and conscientious health care practitioner would render to an infant born alive at the same gestational age in the course of natural birth.
- (c) An infant born alive during or immediately after an

attempted abortion must be immediately transported and admitted to a hospital pursuant to s. 390.012(3)(c) or rules adopted thereunder.

- (d) A health care practitioner or any employee of a hospital, a physician's office, or an abortion clinic who has knowledge of a violation of this subsection must report the violation to the department.
- (e) A person who violates this subsection commits a felony of the third degree, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, or s. 775.084. This subsection shall not be construed as a specific provision of law relating to a particular subject matter that would preclude prosecution of a more general offense, regardless of the penalty.
- (f) This subsection does not affirm, deny, expand, or contract any legal status or legal right applicable to any member of the species *Homo sapiens* at any point prior to being born alive as defined in s. 390.011". Fla. Stat. Ann. § 390.0111 (West).
- [7] Fuente: Atlas Federal de Legislación Sanitaria de la República Argentina, disponible en: <http://www.legisalud.gov.ar/atlas/categorias/parto.html>
- [8] Tobías, José W., "Comentario al art. 21", en Alterini, Jorge H. (Director), "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", Buenos Aires, La Ley, 2016, 2da. edición, Tomo I, p. 190.
- [9] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, "N., A.M. y otra s/homicidio culposo. Procesamiento y embargo", sala VII, 18/04/2007, Cita Online: AR/JUR/10624/2007 (Thomson Reuters). En el mismo sentido: Corte de Justicia de la Provincia de Salta, N. N. (Personal Clínica Santa Clara de Asís), 31/08/2007,
- LLNOA2007 (diciembre), 1129 – LLNOA 2008 (setiembre) con nota de Alberto Pravia LLNOA 2008 (setiembre), 746, cita Online: AR/JUR/6163/2007.
- [10] Red de Acceso al Aborto Seguro de Argentina, "El aborto en el segundo trimestre. Síntesis de las

recomendaciones clínicas de OMS, ACOG y RCOG",
disponible en:
<http://www.redaas.org.ar/archivos-actividades/145-Procedimientos%20clnicos%20aborto%20de%20segundo%20trimestre.pdf>