

CURSO DE POSGRADO

"GENERO, CRIMINALIDAD Y SISTEMA PENAL"

**ABORTO Y VIDA HUMANA EN FORMACIÓN A PARTIR
DE DOS VISIONES JURISPRUDENCIALES EN EL
DEPARTAMENTO JUDICIAL NECOCHEA**

Autora: Abogada LUCIANA IRIGOYEN TESTA

Necochea, julio de 2003

ABORTO Y VIDA HUMANA EN FORMACIÓN A PARTIR DE DOS VISIONES JURISPRUDENCIALES EN EL DEPARTAMENTO JUDICIAL NECOCHEA

Por Luciana IRIGOYEN TESTA

Indice

I.	Presentación de la cuestión a partir de dos visiones jurisprudenciales en el Departamento Judicial Necochea _____	3
II.	El aborto como exteriorización de conflicto entre bienes jurídicos ____	9
III.	Diferencia valorativa entre la vida de la persona nacida y la vida del concebido no nacido _____	12
	III.a. Crítica a la tesis de prohibición absoluta del aborto en tanto igualdad entre vida del nacido y del no nacido _____	12
IV.	Vida del concebido no nacido como bien jurídico _____	15
V.	Derechos de la mujer y del concebido no nacido _____	16
	CONCLUSIONES _____	17
	BIBLIOGRAFIA _____	22

ABORTO Y VIDA HUMANA EN FORMACIÓN A PARTIR DE DOS VISIONES JURISPRUDENCIALES EN EL DEPARTAMENTO JUDICIAL NECOCHEA

Por Luciana IRIGOYEN TESTA

I. Presentación de la cuestión a partir de dos visiones jurisprudenciales en el Departamento Judicial Necochea

La problemática del aborto encierra una puja de valores en la cual se entrecruzan principios bioéticos con normas, valores y principios constitucionales como pertenecientes al derecho internacional de los derechos humanos. Como los valores son dogmas, es muy difícil transigir las posturas según qué valor se asigne a la vida en gestación, a la salud de la mujer gestante, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a la intimidad, a la disposición del propio cuerpo y a la libre programación de la maternidad. La discusión, muchas veces estéril, cuando menos es ardua¹.

En este sentido, me interesa el abordaje de la temática del aborto desde dos posiciones muy opuestas que jurisprudencialmente -ambas en minoría- se han dado en el Departamento Judicial Necochea.

En efecto, el 18 de diciembre del año 1993 la Cámara Civil y Comercial, Criminal y Correccional del Departamento Judicial Necochea juzgó al médico O. I. M. por el delito de Aborto seguido de muerte, condenándolo como autor de dicho delito. Sostuvo la mayoría que: *“El hecho en sí del advenimiento del nuevo ser, la esperanza de vida, mereció la protección del derecho desde el punto de vista civil y penal, ya en el otorgamiento de derechos condicionados a que el ser nazca vivo, ya en la configuración del delito con la condigna aplicación de pena para quien suprimiera esta esperanza de vida. Así el CC. arts. 51, 70/74 y concs. y C.P.. arts. 85 y 88... El embrión/feto no es parte del cuerpo de la mujer, se trata de un ser independiente que se está gestando en su interior, cola-*

¹ Hooft, Pedro F., “La bioética y el derecho, aunados en mitigar el dolor humano: la anencefalia a la luz de los derechos humanos y de la bioética”, JA 2001 – II, p. 420; Lertora Mendoza, Celi-
na y Fernández Lemoine, María R.; “Aborto: un problema a discutir”, JA 1995 – III, pp. 841.

boración del hombre mediante, que ya establece su relación con su madre mucho antes de su nacimiento, lo que está demostrado por la ciencia. El Creador ha dispuesto que ese nuevo ser se desarrolle en el cuerpo femenino y así debe aceptarse con responsabilidad... Sobre los derechos de la mujer a la intimidad, a disponer de su cuerpo, ha de prevalecer el derecho a la vida de la persona por nacer siendo éste de superior jerarquía que la libertad en tanto la presupone”.

Sin embargo, la minoría de la Cámara Civil y Comercial, Criminal y Correccional del Departamento Judicial Necochea se pronunció por la inconstitucionalidad de las normas penales inculpativas de la mujer inculpa en aborto y/o del profesional requerido por la misma al efecto -arts. 85 inc. 2 y 88 C.P.- por resultar violatorias del art. 19 C.N.. Entendió que “*para la legitimidad del reproche penal en materia de delitos contra la vida es condición esencial que la acción se dirija contra otro "ser en el mundo", contra otro semejante cabal, esto es alguien que ha nacido y presenta signos característicos de humanidad; en suma, el sujeto pasivo debe ser una persona de existencia visible, tal como lo prevé la ley penal para el homicidio y las lesiones. Ha de excluirse, pues, cuanto acontezca antes del nacimiento del ser en gestación sea cual fuere su estado -germen, embrión, feto- porque por sobre los múltiples motivos de nuestro interés ha de prevalecer la persona de la madre, el respeto a su intimidad y su derecho a disponer de su cuerpo tanto como del pensamiento y de todas las manifestaciones del espíritu... El vocablo vida es utilizado especiosamente en esta materia, al equipararse a la madre con el ser en gestación, de donde se sigue que así como la eventual muerte dolosa de la primera constituye homicidio, también lo es la del segundo, bajo la específica denominación de aborto. Semejante criterio resulta insostenible en el plano lógico y jurídico, en tanto implica petición de principio al reputar iguales al ser en gestación -germen/embrión/feto- con el fruto acabado, cabal de alguien -hombre o mujer- que al nacer se incorpora al mundo en plenitud y que desde ese instante pasa a tener su propia identidad dentro de la especie humana.. En orden a determinar la atribución de pertenencia del embrión o feto nadie es equiparable a la*

mujer que lo lleva en su seno. Claro correlato del niño en ciernes es la madre en ciernes: ella lo posee en sus entrañas, lo porta y lo nutre; es su embarazo, su feto, su hijo en prospectiva; es parte de ella misma. Su incumbencia en orden a resolver -positiva o negativamente- sobre el futuro de esa realidad visceral es evidente en el plano de los hechos y también ha de ser incuestionable en derecho... En uso de su libre albedrío una mujer puede consumir contra sí misma la máxima agresión -muerte por suicidio- u otra grave pero no fatal -vgr. amputación de un miembro, lesiones de todo tipo, etc.- sin secuela penal, por la consumación o la tentativa de tan lamentables acciones en tanto la víctima es la propia autora y no "otro" (arts. 79, 89/94 C.P..). Y en ese esquema se inserta sin esfuerzo el supuesto del aborto habida cuenta de que el feto integra, en una de las partes del cuerpo de la embarazada, resultando intolerable que se siga propiciando castigar penalmente a la mujer según la porción de su organismo que haya de lesionar o destruir..." (21/12/1993, JA 1994 - IV – 308)

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, confirmó el pronunciamiento en los términos traídos por la mayoría, afirmando que: *"El art. 85 inc. 2º último párrafo del Código Penal no es inconstitucional en razón de que constitucional y moralmente no puede desconocerse las dimensiones de persona y vida, ni en quien va a nacer, ni en la mujer para quien el aborto viene seguido de muerte. Su inclusión en el Código Penal dentro del título I "delitos contra las personas" bajo la denominación de "delitos contra la vida" y la elevación del máximo de la pena en el caso de muerte de la madre resultan coherentes y justificadas. La respuesta punitiva frente a esos delitos, es la propia del sistema no resultando aisladamente cuestionable su institución. El hecho incriminado carece de carácter privado: ofende al orden y a la moral pública, perjudica a terceros." (resolución del 11/2/1997, BA B64683, Jueces Dres. Negri, San Martín, Laborde, Pisano, Salas)*

Como se advierte, ni la postura en minoría ni la mayoría de la sentencia de la Cámara Civil y Comercial, Criminal y Correccional del Departamento Judicial Necochea en el precedente "O.I.M." logran el cometido de resolver el con-

flicto suscitado por el aborto optimizando en su máximo ejercicio los derechos en puja, como propugna Hesse².

El voto de la mayoría no lo consigue pues otorga a la vida en formación el mismo rango constitucional que la vida de la persona (nacida), propiciando la incriminación penal del aborto voluntario. Es más, agrega con criterio teológico de dudosa legitimidad, que “el Creador” es quien da la vida, con lo cual, entre líneas pareciera advertirse que sólo a él le es reservada la potestad de supresión³-. En cambio, expresamente se hace alusión a la “responsabilidad” que debe asumir la madre en cuanto portadora de vida en su interior, apareciendo ello como un designio divino imperativo y cargoso⁴. No me referiré, por exceder este trabajo, a las hipótesis de colisión entre bienes de igual o distinta jerarquía y las causales justificantes y exculpantes, que el fallo mayoritario no parece reconocer en la mujer, que debe soportar estoicamente los designios divinos acerca de su maternidad.

Con una visión similar de la mujer y la maternidad se expidió Rodolfo C. Barra, al pronunciarse a favor de la vida por nacer y referirse a la especial protección que la mujer merece en su “condición sagrada de madre”⁵.

La minoría de la Cámara del Departamento Judicial Necochea en el precedente “O.I.M.” hace un planteo novedoso y osado que es digno de resaltar. Sin embargo, entiendo que el mismo queda a mitad de camino en su cometido. O más bien lo excede por sobredimensionar el derecho a la intimidad, desentendiéndose absolutamente de otorgar algún valor jurídico a la vida en formación. Parte de que el feto conforma el cuerpo de la mujer, y como tal, ella posee

² Citado por Arroyo Zapatero, Luis en “Prohibición del aborto y constitución”, ponencia de las II Jornadas ítalo-franco-luso-españolas de Derecho Penal, patrocinadas por la Société Internationale de Défense Sociale, celebradas en Avila y Alcalá de Henares del 5 al 8 de junio de 1980, p. 216.

³ En este sentido Taberner, Rodolfo M. en “La problemática del aborto en la legislación argentina”, JA 1988 – I, pp. 825/826.

⁴ Creus, Carlos; “El aborto en el sistema jurídico argentino”, JA 2000 – III, p. 1050, hace alusión al “estado de necesidad social” o el ejercicio de la “paternidad responsable” como una posición irreductible que debe superarse.

⁵ Postura sustentada en la Convención Nacional Constituyente de 1994 y ponencia en el Congreso Teológico Pastoral de Río de Janeiro, 1997, citado por Bianchi, Alberto B.; “El problema constitucional del aborto (Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido)”, JA 1998 - 80^a, p. 79.

libre disposición del mismo. Todo acto que realice, queda en la esfera del art. 19 C.N.

Desde esta posición se retoma la argumentación del leading case Roe v. Wade de EE.UU. de 1973. En esa oportunidad, el juez Blackmun concluyó que el derecho de una mujer a abortar yace en el derecho a la privacidad, y que el impedimento a abortar es violatorio de su privacidad. Pudiéndose infligir a la mujer un daño físico y mental si se le impone la carga de continuar con un embarazo y tener un hijo que no desea⁶.

Unos años después, en el mismo Departamento Judicial Necochea, también en un voto minoritario, se sostuvo una posición ubicada en el otro extremo del razonamiento. La causa fue juzgada por el Tribunal en lo Criminal N° 1, seguida al señor J.J.A. por los delitos de Homicidio y Aborto en concurso ideal, en la que, con fecha 23 de diciembre de 2002, se condenó al nombrado por la autoría del hecho endilgado: matar a su compañera que cursaba un embarazo de su paternidad de unos seis meses de gestación. En este caso, el voto minoritario disidente, propuso que *"...El "feto" como vida humana que es, es un devenir, un proceso que comienza con la gestación en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre aunque alojado en el seno de ésta. El concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico que puede ser sujeto paciente dentro del útero, de modo que negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea de la nulius in partu es desconocer la realidad, por ello el mismo código civil se ve forzado a tener por persona al concebido (art. 70 del Código Civil)... qué sucedería, si producto de un parto prematuro debiera colocarse al recién nacido en una incubadora. Ante la causación voluntaria de su muerte ¿alguien podría decir que debe responderse penalmente aplicando la escala atenuada del aborto? Tan es así, que también ello se da en el desarrollo de la vida ¿no es homicidio simple el que mata a una persona mayor de edad dependiente de un respirador artificial o de*

un marcapasos?... Cuando la verdadera intención del autor, es querer y causar las dos muertes, resulta imposible diferenciar en el caso homicidio de la madre y aborto del concebido, máxime frente a un concurso ideal. Con lo cual, la calificación que debe darse es homicidio agravado por el vínculo⁷ en concurso ideal con homicidio simple, previstos y sancionados en los arts. 80 inc. 1 y 79 del Código Penal”.

Como se advierte, en este voto minoritario que se cita, la cuestión planteada no era un aborto voluntario de la mujer encinta, sino que se juzgaba la muerte de la mujer y el concebido no nacido a manos de un tercero, en el caso, el compañero de aquella y padre del nasciturus. Sin perjuicio de esta aclaración, es interesante la concepción vertida en el voto transcripto.

En primer término se niega tajantemente que el feto que se porta forme parte del cuerpo de la mujer, asignándosele condición humana independiente de su madre. Como se verá más adelante, aquella posición resulta insostenible, al menos sin diferenciar etapas en el embarazo. Nótese, sin embargo, que es la postura sustentada a ultranza por la minoría en el precedente “O.I.M.” ya transcripto.

La mujer, para el voto minoritario de “J.J.A.”, es tomada como un ente meramente portador del concebido. Al punto de resultar fungible con una “incubadora” para el caso del adelantamiento del parto. Este pensamiento resulta interesante por la toma de posición en relación a la visión de la mujer y su género. Por lo gráfico de la expresión, no agregaré comentario sobre el punto.

Concretamente, en la disidencia se propone una absoluta equiparación del concebido no nacido y de la persona (nacida)⁸. Generándose aún, una mayor punibilidad por la muerte del feto, toda vez que el autor resultaba su progenitor, con lo cual se propuso la subsunción de la conducta en el tipo penal del homicidio calificado por el vínculo (art. 80 inc. 1º del Código Penal). En cambio,

⁶ Citado por Bianchi, Alberto B.; op. cit., p. 70.

⁷ Es la posición sustentada por Rabinovich Berkman, R. D., en “Responsabilidad del médico”. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999, según cita de Creus, Carlos; op. cit., p. 1051.

⁸ Noël, Alfredo Pablo, “Defensa de la vida en pie de igualdad”, trabajo de Derecho Constitucional, presentado en la Fundación de Estudios Superiores e Investigación, febrero de 2003, pp.1/11

la muerte de la mujer, por no ser cónyuge del autor en los términos civiles, se tipificó como homicidio simple (art. 79 del Código Penal).

Para fundamentar esta conclusión, se asimila la muerte del nasciturus que resulta viable (se dio por probado que contaba en ese momento con unos seis meses de gestación) con la que se produciría al desconectar a una persona de un respirador artificial del cual depende.

Planteadas estas posiciones opuestas que se han dado en el Departamento Judicial Necochea, se analizará la cuestión para la propuesta de la solución que entiendo más ajustada en un estado constitucional de derecho social.

II. El aborto como exteriorización de conflicto entre bienes jurídicos

Sobre la penalización o no del aborto, gravitan tres temas capitales de la doctrina sociopolítica y las humanidades contemporáneas: los derechos humanos, el fundamentalismo y la historicidad, como marco de fondo de los dos primeros.

El problema con el fundamentalismo es su apego a los dogmas, en el cual subyace el temor a su debate con la razón, y que nada quedará de rescatable cuando ésta última sea finalmente devorada por la historicidad⁹. Como derecho humano el fundamentalismo sólo reconoce el valor vida del no nacido. A partir de ello, sienta un desinterés absoluto por la madre en toda situación de posible conflicto, el cual niega.

Como dato empírico, me interesa señalar que el 25 % de la población mundial vive en países con prohibición del aborto, y son aquellos en los cuales se advierte la influencia de la relación entre aborto ejecutado y el nivel socioeconómico de la mujer. El aborto clandestino y sus condiciones depende mayormente de las condiciones económicas¹⁰. Existe un mercado negro del abor-

⁹ Lertora Mendoza, Celina y Fernández Lemoine, María R.; op. cit., pp. 840.

¹⁰ Bacha, Angela María y da Rocha Grassiotto, Osvaldo, "Aspectos éticos de las prácticas abortivas clandestinas" en *Bioética*, Revista publicada por el Consejo Federal de Medicina, Brasil, vol. 2, nº1, 1994, Simposio sobre el aborto, citado por Lertora Mendoza, Celina y Fernández Lemoine, María R.; op. cit., p. 840 y ss.

to que somete a la mujer a una experiencia por demás ingrata. Por ello debe considerarse el aborto como un problema de política criminal, que oriente la resolución de su problemática¹¹.

El Estado social y democrático de Derecho está llamado a asumir sus responsabilidades. A él corresponde procurar ayuda existencial cuando el individuo no pueda hacerlo solo. Cuando omite hacerlo constitucionaliza la pobreza para el sector marginal, quebrando la regla de igualdad que manda un trato desigual para el sentido constitucional frente al problema. Además, probaría que el derecho penal no es eficiente a la vez que discriminatorio¹².

Por lo tanto, debe apelarse contra un Estado tibio que permita el abandono de los que menos tienen para que unos pocos se lleven sus dividendos. A partir de la inclusión en la reforma del año 1994 el texto del art. 75 inc. 23 C.N. el Estado ha asumido un rol social de compromiso para ayudar a quien no puede hacerlo solo. En esta convicción, la planificación familiar debe prevenir abortos ayudando a los sectores más débiles¹³.

En América Latina –a excepción de Cuba-, la situación está caracterizada por tres cuestiones: a) legislaciones prohibitivas del aborto en términos generales; b) un alto índice de abortos ilegales; y c) un bajo índice de condenas penales¹⁴.

Sin embargo, al respecto, una cuestión sí aparece con meridiana claridad, y es que el Derecho, no puede quedar ajeno ni indiferente a la hora de aportar soluciones a estos delicados conflictos de valores que imponen opciones de difícil elección y limitaciones¹⁵.

La República Argentina, por su historia constitucional y su constitución escrita es liberal y no fundamentalista (art. 2 y 14 C.N.). En la reforma constitu-

¹¹ Tabernero, Rodolfo M.; op. cit., pp. 829/830

¹² Gil Domínguez, Andrés; *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 71 y ss.

¹³ Gil Domínguez, Andrés; *Aborto voluntario...*; op. cit., pp. 71 y ss.

¹⁴ Bianchi, Alberto B.; op. cit., p. 67

¹⁵ Morello, Augusto M., "Entre la vida y la muerte", JA 2001 – II, p. 417; y Hooft, Pedro F., "La bioética y el derecho...", op. cit., p. 420.

cional del 1994 se desechó la inclusión de una cláusula fundamentalista sobre el aborto y en cambio, se sancionó el art. 75 inc. 23 C.N.

Por lo cual, la cuestión debe resolverse como tantas otras legislativamente, a través de un cuidadoso balance de los intereses en conflicto.

En este orden, el tratamiento que se ha dado al aborto en los distintos ordenamientos jurídicos ha sido a través de distintas respuestas jurídicas: a) prohibición absoluta del aborto; b) sistema de aborto en plazos; c) sistema de aborto ante indicaciones amplias o restringidas; d) despenalización total del aborto.

La prohibición absoluta del aborto implica poner la vida del feto en igualdad de condiciones que la vida de la mujer gestante, y por ello, la negación de todos los sus derechos fundamentales que no sean su propia vida. Desde esta visión, existe vida humana desde el momento mismo de la concepción, por lo tanto el aborto es irremediamente la eliminación de un ser humano. Para esta postura, el hecho de no haber salido aún del seno materno es un dato biológica y jurídicamente irrelevante¹⁶.

En el otro extremo, la despenalización total del aborto lleva a la preponderancia exclusiva de la voluntad de la mujer. Para su legitimación, debe partirse de que el feto es parte de su cuerpo, lo cual es difícil de sostener durante todo el embarazo, sin distinción de períodos de gestación. Entonces, debe lograrse el equilibrio de acuerdo a cómo se entrecruzan los intereses en los distintos estadíos de gestación.

Sin embargo, para legislar con justicia, deberá tenerse presente las finalidades de salud pública, que constitucionalmente el Estado debe afianzar. En la realidad social, no es un tema menor. Debe combatirse un Estado tibio que permita el abandono de los que menos tienen para que unos pocos se lleven sus dividendos. Por ello se insiste en la inclusión del art. 75 inc. 23 C.N. en cuanto admite desigualdades reales (en mujeres y niños) que deben superarse a través de acción positiva de legislación. En esta convicción la planificación familiar debe prevenir abortos. De esta forma el Estado podrá ayudar a los sec-

tores más débiles. Sin embargo, previo a ello, el Estado tratará de persuadir a la mujer de no abortar, evitándole colocarla en tan triste disyuntiva, ofreciéndole otras variables, tutelando de esta forma el libre ejercicio de sus derechos.

III. Diferencia valorativa entre la vida de la persona (nacida) y la vida del concebido no nacido

Como aclaración previa, nótese que al referirme a la “persona” y agregar el adjetivo de “nacida”, estoy cometiendo una redundancia tautológica, que dejo deslizar para que no dar margen de dudas a la postura que sostengo.

Hecha tal aclaración, digo que la prohibición absoluta del aborto se ha criticado fundamentalmente desde el ámbito de la política criminal, acerca de la ineficacia de la sanción penal, y la deficiencia del Derecho Penal para proteger la vida en formación.

Sin embargo, la argumentación político-criminal es insuficiente para dar respuesta a esta cuestión, por cierto hartó conflictiva. Si bien desde ese ámbito puede darse respuesta a la necesidad de despenalizar el aborto, previamente debe resolverse constitucionalmente la valoración jurídica que se dé a la vida de la persona nacida y a la del concebido no nacido.

III.a. Crítica a la tesis de prohibición absoluta del aborto en tanto igualdad entre vida del nacido y del no nacido

El fundamento esencial de la tesis antiabortista que sostiene la prohibición absoluta del aborto se concreta en la idea de que los nacidos y los no nacidos son valores iguales: “*vida humana*”.

A partir de esta premisa absoluta, el Derecho los ha de tratar y proteger en igual forma. La muerte voluntaria de un no nacido ha de ser considerada como delito, de igual forma que la muerte de un hombre (nacido) por otro (homicidio). En esta línea, aplicando la teoría del delito, el carácter delictivo de una

¹⁶ Conf. Bianchi, Alberto B.; op. cit., p. 69.

conducta que atente contra un bien u otro (matar un nacido o no nacido), sólo estará permitida ante una causal de justificación general que excluya la antijuridicidad, tal como la legítima defensa y el estado de necesidad justificante.

La trascendencia de esta posición acerca del valor vida de la vida del no nacido, está dada porque entre todos los derechos fundamentales, el de la vida es el único que tiene pretensión de absoluto. Los demás derechos son mensurables. Por ello resulta factible reglamentar su ejercicio constitucional en consonancia con el ejercicio de otros derechos. En cambio, la vida no es graduable: hay vida o no la hay.

Así, si se equipara la vida del nasciturus a la del nacido, ambos han de recibir la misma protección por parte del Derecho y el Estado. Con este alcance, la protección penal ha de ser de idéntico tenor para uno y otro. Con lo cual, la despenalización del aborto, sea en un período determinado o en supuestos concretos, supondría desproteger la vida humana y tal desprotección sería arbitraria.

La solución definitiva a la cuestión depende en último término de la posibilidad de mantener la premisa de que para el ordenamiento constitucional y jurídico en general, la vida del concebido no nacido y la del nacido son bienes de igual valor.

En función de lo expuesto, y en aras de tomar posición, debo afirmar que la tesis de la igualdad de valor entre ambos bienes -vida del concebido no nacido y la del nacido- es de todo punto insostenible, tanto por razones históricas, religiosas, filosóficas y de derecho histórico o vigente¹⁷.

En primer término, porque desde el ámbito del derecho vigente, siempre se realizó diferenciación: el aborto nunca se castigó como el homicidio, baste con comparar las penas. Más aún, el aborto cometido por la mujer gestante debería castigarse con prisión perpetua, sería un homicidio calificado en los

¹⁷ Ver Creus, Carlos; op. cit, pp. 1042, 1044, 1046.

términos del art. 80 inc. 1º del Código Penal. En cambio, obsérvese la penalidad establecida en el art. 88 del Código Penal¹⁸.

Tampoco debería existir diferencias desde la culpabilidad entre el homicidio y el aborto. Sin embargo, existe la atemperación de responsabilidad de la mujer que consiente su propio aborto, y ello alcanza a la participación delictiva de terceros.

Luego, el castigo penal del aborto se ha diferenciado según en qué período del embarazo tuviera lugar. En algunas legislaciones, ello ha llevado a bajar las penas y aún a no castigar tal hecho.

En tercer lugar no siempre se intentó proteger la vida del por nacer, ya que se ha permitido interrupciones de embarazos por motivos de política demográfica, tutela de salud de la mujer, o cuestiones eugenésicas.

Evidentemente, el legislador ha percibido que la diferencia de trato punitivo del aborto y el homicidio está dado por la naturaleza del bien jurídico protegido¹⁹. Claramente esta valoración diferenciada puede advertirse en la comparación de la antigua figura del infanticidio con la del aborto honoris causa. Ambos compartían la misma estructura subjetiva (matar en defensa del honor), con lo cual la diferencia de penalidad estaba dada por la valoración del bien jurídico a proteger. Otra diferencia legal está dada en el tratamiento del aborto imprudente o preterintencional y su correlato con el homicidio en los mismos supuestos²⁰.

¹⁸ Art. 88 C.P.: “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.”

¹⁹ En este sentido lo han entendido el Tribunal Constitucional Italiano, antes de la despenalización del aborto, explicitando que no puede equipararse el valor vida por nacer a la salud de la madre en tanto persona; el Tribunal Constitucional Alemán, sin decirlo expresamente, admite el sistema de indicaciones, tratando como causales de justificación indicaciones que, de dar el mismo valor a ambas vidas, a lo sumo serían causales exculpantes. Ver Arroyo Zapatero, Luis, op. cit., pp. 204/207.

²⁰ Art. 81 C.P.: “1º. Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: ...b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte” Art. 84 C.P.: “Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte...” Art. 87 C.P.: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia

De esta manera, no es caprichoso que las leyes traten distinto al nacido y al no nacido, pues el “devenir persona” es un proceso social material que culmina con la recepción del nuevo ser por la sociedad en el nacimiento. Es la *Teoría de la socialización*, que capta empíricamente la realidad y explicita un diferencial tratamiento a ambas vidas y su mayor valor al final del embarazo²¹.

En definitiva, el valor vida del no nacido es menor al valor vida del nacido, pues uno es persona y el otro aún no. De esta forma, sería arbitrario que la Constitución Nacional protegiera del mismo modo un bien superior a otro²².

IV. Vida del concebido no nacido como bien jurídico

Sin perjuicio de la opinión sustentada en tanto menor valor de la vida en formación con relación a la persona nacida, el concebido no nacido posee un valor jurídico y constitucionalmente merece protección. Lo cual no deviene necesariamente en la sanción de una norma penal. Más aún si predicamos un Derecho Penal fragmentario y de última ratio²³.

En primer lugar, merece protección derivada de su madre en tanto portadora de vida y la protección a su salud y libertad. Por ello el nasciturus adquiere garantías absolutas frente al ataque del Estado y de terceros, pero no de la mujer, de la cual derivan sus garantías. Si esta fuera su única fundamentación de protección, la vida del concebido no nacido sería de libre disposición par la madre.

causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”

²¹ Arroyo Zapatero, Luis, op. cit., p. 208/209.

²² Por supuesto, esta postura no goza de uniformidad doctrinaria. En contra, sosteniendo absoluta igualdad entre ambos valores vida: Noël, Alfredo Pablo, op. cit., pp.1/11; Zabala de González, Matilde en “Aborto, persona por nacer y derecho a la vida”, LL. 1983-D, 1126. En el mismo sentido fallo del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional N°18, Sec. 156, del 2/06/89 en que declara la inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2º por violar el derecho a la vida, garantizado en el art. 33 C.N., citado por Berger, Silvina; “Aborto no punible”, JA 1989 – III, p. 1016.

²³ Arroyo Zapatero, Luis, op. cit., p. 210; y Gullco, Hernán Víctor, *Doctrina Penal*, Revista nº 43; 1988, p. 497.

Ello no es así. Pues la tutela de la vida en formación tiene una fundamentación autónoma, que resulta independiente de la derivada de los derechos e intereses de la mujer, que se asienta en el principio de dignidad de la persona. La vida humana en formación se percibe como un valor positivo para la comunidad y a cuya destrucción se pone resistencia²⁴.

Se fundamenta en que la vida humana en formación constituye el presupuesto de la vida plena de las personas y el valor es más elevado a medida que el futuro miembro de la comunidad se comienza a hacer presente para la misma. Ello ocurre en el período más avanzado del embarazo (en coincidencia con la propia viabilidad del feto).

En este sentido, se parte de que el bien jurídico se toma a partir de una idea de consenso social, que como tal es relativa a una sociedad en un momento histórico dado. Así, en el tema del aborto y protección del nasciturus, el consenso se halla en que el bien jurídico es la vida humana en formación en base a su derivación constitucional del principio de dignidad humana. Por eso es considerada necesaria e imprescindible por la comunidad. Como tal, es un bien jurídico de la comunidad, ni individual: ni del feto ni de la mujer.

De esta manera, los límites de la protección de un bien jurídico se dan al entrar en conflicto con otros. Ese es el momento en que el legislador debe intervenir para su resolución.

V. Derechos de la mujer y del concebido no nacido

El principio de autonomía de la voluntad tiene su importancia por referirse al derecho de las personas a ejercer su libertad de acción y elección. Se sustenta en el respeto debido a la persona humana como fin en sí mismo y sujeto moral por su autodeterminación. Es la esencia de la dignidad. Por lo tanto, este principio se nutre del respeto mutuo entre las personas, inherente de un Estado Social y Democrático de Derecho. La relevancia del disenso del plura-

²⁴ Arroyo Zapatero, Luis, op. cit., p. 210.

lismo está dada por el respeto a la opinión distinta. Adquiere su verdadera dimensión cuando la misma es minoritaria²⁵.

En el tema del aborto voluntario, la esencia del conflicto de intereses que plantea está en la ruptura de la intimidad de la mujer como negación del libre desarrollo de su personalidad.

El problema se exterioriza cuando la mujer no desea el embarazo, ya que, la prohibición de abortar afecta bienes jurídicos fundamentales de la mujer, garantizados constitucionalmente.

La prohibición de abortar implica compulsión a la maternidad, imponiendo una larga comunicación de por vida con dos personas: el hijo por nacer y el padre de ese hijo²⁶.

De esta manera, el Estado aparece como condicionante del desarrollo de la personalidad de la mujer. Impone una restricción concreta de carácter psíquico y social a su libertad y su intimidad. Se advierte que los derechos en juego son mucho más que el mero “derecho a disposición del propio cuerpo”.

Sin embargo, la prohibición del Estado de abortar se contradice con la falta de política social acerca de la anticoncepción y sexualidad, la asunción para la mujer de los costos de la maternidad; y su debilidad consecuente en el plano laboral. Hasta puede colisionar, en caso de complicaciones, con la salud o la vida de la propia mujer.

Claramente, pues, la protección de la vida en formación debe correlacionarse con el ejercicio por parte de la mujer de sus derechos a la vida y a la salud; el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad personal, el derecho a la intimidad y el derecho de propiedad.

Para armonizar los derechos de ambos, debe primar un principio de racionalidad constitucional, plasmándose en una fórmula que permita que cada bien llegue a su máxima posibilidad de realización. No sirve sacrificar in totum el bien de menor rango, debe optimizarse la realización de cada uno.

²⁵ Mainetti, José A. y Mainetti, María M., “El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama...”, JA 1998 – IV, p, 306.

CONCLUSIONES

Para la resolución en un Estado social y democrático de Derecho de los conflictos que el aborto encierra, no se puede partir de valores absolutos, que como tales, no serán compartidos por toda la sociedad.

El fundamento de la potestad punitiva del Estado tiene su razón de ser en preservar la vida armónica en sociedad, reaccionando ante los ataques a los bienes más preciados para la comunidad. En una sociedad pluralista y democrática, las relaciones del derecho penal con los principios éticos y religiosos consisten no en tutelar aquellos principios con los que comulga la mayoría, sino justamente en mantener las condiciones que posibiliten la existencia de un marco social en el cual tengan cabida una pluralidad de órdenes éticos²⁷.

El Derecho se da para la vida –para sus problemas e incógnitas- y el hombre de derecho no puede abandonar su misión que, al fin de cuentas, no es sino la de procurar compatibilizar armónicamente a aquel con la vida actual²⁸.

Díaz de Guijarro refiriéndose a los cuestionamientos sobre el tema, donde las dudas desconciertan, afirmó: “...es aceptable el aborto si resuelve problemas humanos, tanto morales como jurídicos y tanto personales como sociales”²⁹.

En este sentido, no puede perderse de vista que los valores son siempre relativos a una sociedad témporo-espacialmente determinada.

No puede equipararse valor vida humana con vida biológica, la cual se aprecia axiológicamente³⁰.

²⁶ Arroyo Zapatero, Luis, op. cit., p. 215.

²⁷ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Arroyo Zapatero, Luis, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Praxis, Madrid, 1994, p. 7.

²⁸ Garrigués, Joaquín, “La realidad frente a la ley”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1981, p. 70, citado por Morello, Augusto M., op. cit., p. 419.

²⁹ Díaz de Guijarro, Enrique, nota en “La Nación”, Buenos Aires, 04/08/90, p. 7, citado por Maas, Noel; en “Ficciones y realidades en el tema del aborto”, JA 1993 - I pp.758.

³⁰ Lertora Mendoza, Celina y Fernández Lemoine, María R.; op. cit., p. 843.

Entonces, en el tema del aborto voluntario la jerarquización de bienes debe resolverse a favor de la vida, la salud, la libertad, la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, y la intimidad, pues son bienes jurídicos que constituyen el contenido objetivo de los derechos fundamentales. Mientras que la vida en formación es un bien jurídico derivado de un principio fundamental: el de la dignidad humana³¹.

Siguiendo este razonamiento, para resolver el conflicto del embarazo no deseado, la ley debe posibilitar, en algún momento del proceso conflictivo, la realización de los derechos fundamentales enumerados.

La propuesta que respeta tal conclusión debe autorizar a la mujer a interrumpir libremente su embarazo en los primeros meses, en un sistema de plazos puro³².

En dicho sistema el Estado establece un término hasta el cual la mujer puede realizar su aborto voluntariamente sin ninguna restricción. Es la plena autonomía de decisión de la mujer³³.

Luego de acaecido el plazo del embarazo establecido, el Estado y la comunidad reconocen su interés en preservar la vida del concebido, por lo tanto, puede prohibir el aborto en este período.

La salud y vida de la mujer embarazada, en tanto derechos fundamentales, gozarán de entera protección durante todo el embarazo.

En correlación con lo expresado, descarto todo sistema de indicaciones por no resultar adecuado para el ejercicio de los derechos enunciados. Pues la indicación queda en manos de una persona que no es la mujer, con un contenido de juicio de “exigibilidad” de carácter moral, que se resuelve en una decisión acerca de si la mujer “merece” o no continuar obligada a proseguir su embarazo.

³¹ Arroyo Zapatero, Luis, op. cit., pp. 210/213.

³² Nancy Cardinaux toma esta propuesta, pero le interesa el cumplimiento de “determinadas condiciones”, a lo cual agrega su preocupación por fundamentar un plazo que no resulte caprichoso; en “Aborto: ley vs. Jurisprudencia”, JA 1995 – IV, pp. 970 y ss.

³³ Dicha solución se ha adoptado en Suecia, Dinamarca, Holanda y Austria.

En el sistema de indicaciones la aparición del médico tiene connotaciones de un tutor moral del ciudadano inmaduro de cuya responsabilidad se desconfía.

Se advierte que la decisión de un tercero –generalmente el médico- no es compatible con la idea del hombre y mujer en su dimensión constitucional de sujeto libre y responsable. Reservar la última decisión a otra persona ajena al conflicto, es tomar a la mujer adulta como sujeto sospechoso de abusar de las libertades “concedidas”³⁴.

En el caso en que la constitución nacional no resuelva expresamente el problema del aborto voluntario, la ley debe adecuarse a los principios constitucionales.

Debe tenerse en cuenta que la vida humana en formación no representa el mismo valor vida del nacido. Por ello el derecho constitucional a la vida no puede atribuirse como el mismo derecho para ambos, ni en la misma intensidad.

La vida humana en formación es un bien jurídico que se fundamenta como derivación de la dignidad humana.

La argumentación político-criminal postula la despenalización porque comprobó que la penalización absoluta causa más daños que bienes que proporciona. Esto es “racionalidad” en tanto principio fundamental.

Al legislador de un Estado social y democrático de Derecho le está vedado imponer a sus ciudadanos sufrimientos innecesarios, tanto más cuanto los mismos sean del todo ineficaces³⁵.

Me permito finalizar este trabajo citando al Dr. Pedro Hooft³⁶, quien en transcripción de Eduardo López Azpitarte³⁷, trae un elocuente párrafo para re-

³⁴ Es ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 25 de febrero de 1975, en la cual luego de pronunciarse a favor de la protección que la Constitución dispensa a la vida del feto, reconoció un sistema de indicaciones amplio, siempre que la decisión sobre aborto corresponda a personas distintas de la mujer que constatarán que se cumplan los requisitos legales de la indicación. Citado por Gil Domínguez, Andrés en “¿De qué hablamos cuando hablamos de aborto?”, JA 1996 – I, p. 696.

³⁵ Arroyo Zapatero, Luis, op. cit., p. 222.

³⁶ Hooft, Pedro F., “La bioética y el derecho...”, op. cit., p. 440.

flexión de aquellos llamados a resolver en los distintos niveles de decisión, acerca del tema abordado:

“...el conflicto entre diferentes valores (o el mismo valor en diferentes sujetos) es una consecuencia de nuestra condición humana...” Y que “...defender la primacía de la vida... no supone ignorar ni hacerse insensible al dramatismo y sufrimiento de algunas situaciones. Es muy fácil valorar desde afuera, cuando no se experimenta en sí mismo la angustia de la conflictividad”

Necochea, julio de 2003

Autora: LUCIANA IRIGOYEN TESTA
Profesión: Abogada.
Mail: lucianairigoyen@infovia.com.ar

³⁷ López Azpitarte, Eduardo, *Ética y vida. Desafíos actuales*, Ed. Paulinas, Madrid, 1990, pp. 137 y ss.

BIBLIOGRAFIA

Arroyo Zapatero, Luis, "Prohibición del aborto y constitución", ponencia de las II Jornadas ítalo-franco-luso-españolas de Derecho Penal, patrocinadas por la Sociéte Internationale de Défense Sociale, celebradas en Avila y Alcalá de Henares del 5 al 8 de junio de 1980, pp. 195/222.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Arroyo Zapatero, Luis, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Praxis, Madrid, 1994.

Berger, Silvina; "Aborto no punible", JA 1989 - III pp. 1014/1020.

Bianchi, Alberto B.; "El problema constitucional del aborto (Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido)", JA 1998 - 80A pp. 64/96

Cardinaux, Nancy; "Aborto: ley vs. Jurisprudencia", JA 1995 – IV, pp. 965/972.

Cerezo Mir, José, "La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevos Código Penal Español" en *Temas fundamentales de Derecho Penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, tomo II, 2002, pp. 231/257. II

Creus, Carlos; "El aborto en el sistema jurídico argentino", JA 2000 - III pp. 1042/1052

Gil Domínguez, Andrés; "¿De qué hablamos cuando hablamos de aborto?", JA 1996 – I, pp. 693/702.

Gil Domínguez, Andrés; *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

Gulco, Hernán Víctor, *Doctrina Penal*, Revista nº 43; 1988.

Hooft, Pedro F., *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

Hooft, Pedro F., "La bioética y el derecho, aunados en mitigar el dolor humano: la anencefalia a la luz de los derechos humanos y de la bioética", JA 2001 – II, pp. 420/440.

Lertora Mendoza, Celina y Fernández Lemoine, María R.; "Aborto: un problema a discutir", JA 1995 – III, pp. 836/843.

López Azpitarte, Eduardo, *Ética y vida. Desafíos actuales*, Ed. Paulinas, Madrid, 1990.

Luna, Florencia y Salles, Arleen L. F., *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*; Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1998, pp. 445.

Maas, Noel; “Ficciones y realidades en el tema del aborto”, JA 1993 - I pp. 754/759.

Mainetti, José A. y Mainetti, María M., “El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama...”, JA 1998 – IV, pp. 305/307.

Morello, Augusto M., “Entre la vida y la muerte”, JA 2001 – II, pp. 417/418

Noël, Alfredo Pablo, “Defensa de la vida en pie de igualdad”, trabajo de Derecho Constitucional, presentado en la Fundación de Estudios Superiores e Investigación, febrero de 2003, pp.1/11.

Tabernerero, Rodolfo M.; “La problemática del aborto en la legislación argentina”, JA 1988 – I, pp. 823/830.

Zabala de González, Matilde en “Aborto, persona por nacer y derecho a la vida”, LL. 1983-D, 1126.