

Carátula:

Tema III.- “Proyecto integral de reforma del Código Penal”

Título: “La problemática del aborto”

Autora: Paula Mallimaci Barral

Universidad de Buenos Aires – UBA (Cátedra del Dr. Hendler)

Teléfono: 4523-7151 / 155-525-1281

Dirección: Mariano Acha 1135 2º “10” CP: 1427

Mail: papau78@yahoo.com

Paula.mallimaci@c2.pjn.gov.ar

Síntesis

En pocos delitos se pone en juego, tan explícitamente, la relación entre los binomios Estado-Iglesia, Derecho-Moral, la esfera de lo privado-la esfera de lo público, la relación varón-mujer.

La posibilidad de una mujer de decidir libremente la interrupción de un embarazo es un tema que a lo largo de la historia se ha discutido mucho, con distintos fundamentos.

Muy polémico, pero poco discutido es este tema. Con este trabajo pretendo esbozar algunos de los puntos problemáticos relacionados con este delito: el concepto mismo de aborto, la cuestión de su penalización, los bienes jurídicos en juegos, los casos de aborto de punible, los elementos del tipo básico de aborto y finalmente, la diferencia entre el aborto y el adelantamiento del parto.

En cuanto a su definición, puede concluirse que aborto es la interrupción del embarazo. Luego, según la regulación que se haga en cada código, será punible o no la interrupción del embarazo -aborto- a partir del tiempo de gestación allí determinado. Por lo tanto entiendo que no es necesaria que se defina “qué” es el aborto, bastando que se especifique a partir de “cuándo” es relevante jurídicopenalmente.

Lo problemático de la penalización quedó evidenciado en la presentación del Anteproyecto de Código Penal 2006. El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, formó una comisión de juristas con miras a realizar un proyecto de Código Penal. En la presentación del mismo se hizo público que uno de sus artículos establecía que no era punible el aborto consentido por la mujer dentro del primer trimestre. La reacción de distintos sectores conservadores, religiosos y “empresarios morales” no se hizo esperar y ese mismo día, un Ministro del gobierno declaró a los medios de comunicación que el proyecto no sería aprobado ya que no contaba con el aval del Poder Ejecutivo y que ni siquiera sería discutido. Tiempo más tarde el propio Ministro de Justicia volvió a negar la posibilidad de que se discuta en el Congreso el tema.

Otro punto que entra en conflicto al momento de analizar este tipo penal es cuándo empieza la vida. Más allá de los conceptos médicos, el derecho penal puede válidamente decidir que si bien la vida empieza, por ejemplo, desde la concepción, será relevante jurídicopenalmente, por ejemplo, a partir del tercer mes de gestación. No debe caerse en una mirada *panpenal* en la que lo que no está penado por una norma penal no está “protegido” por el Derecho. El derecho penal es la última herramienta que puede utilizar el Estado de Derecho, la *ultima ratio*.

Debe tenerse en cuenta que aún cuando en nuestro país está penado el aborto, dicha prohibición no es absoluta, toda vez que el mismo cuerpo legal contempla excepciones: el caso que el embarazo sea producto de una violación o atentado al pudor y cuando el embarazo cause peligro para la salud de la madre. Al momento de analizar estas excepciones debe recordarse que si entendemos al Derecho Penal como la minimización de la violencia o la racionalización del poder punitivo, los casos de no punibilidad deben ser entendidos ampliamente, no puede realizarse una interpretación restrictiva de estos conceptos.

El Anteproyecto de Código Penal introduce variantes en la tipificación de este delito. Por un lado aclara algunas cuestiones relativas a la interpretación del articulado y por otro introduce la novedad de la no punibilidad del aborto consentido por la mujer dentro del tercer mes de gestación. En su redacción, queda explicitado el concepto amplio de salud requerido para que no sea punible el aborto, y establece que no es punible el aborto cuando el embarazo proviene de una violación. Por otra parte si bien no define el aborto, queda claro a partir de qué momento la interrupción pasa a ser, en principio, punible. Llama la atención la referencia a que “*las circunstancias lo hicieren excusables*”. Creo que no es feliz que se haya agregado esta expresión, toda vez que permitiría la judicialización de un acto que no es punible. Es decir que los médicos podrían invocar que un juez establezca en el caso concreto si las circunstancias son excusables con los consiguientes retrasos y la revictimización de la mujer.

En cuanto a la diferencia entre el aborto y el adelantamiento del parto, con el avance de la medicina se dan en la vida cotidiana nuevas circunstancias que no siempre están contempladas por los ordenamientos jurídicos. Uno de estos casos es la posibilidad de realizar diagnósticos acerca de la viabilidad de la vida extrauterina de un feto. La cuestión que se plantea es qué hacer ante un

embarazo en apariencia normal, cuando en un momento dado de la gestación, se descubre que, una vez que se produzca el nacimiento, no hay posibilidad de sobrevivida.

Ante esta situación, dado lo inevitable de la muerte y la grave afectación que producía la continuación del embarazo en la salud psíquica de la mujer y su familia, por distintas vías, se llegó a la solicitud de una autorización judicial para adelantar el parto. Tanto en el transcurrir de judicial de estas solicitudes, como en las discusiones doctrinarias que sobrevinieron, hubo quienes postulaban el rechazo de la solicitud y quienes propiciaban la autorización del adelantamiento del parto, que en su mayoría realizaron grandes esfuerzos en remarcar las diferencias con el aborto.

No creo que esté tan clara la diferencia entre el adelantamiento del parto y el aborto terapéutico por la grave afectación a la salud de la madre y de su entorno. Si bien comparto la decisión final dada a estos casos (se autorizó el adelantamiento del parto) lo que quedó claro es que a jueces y doctrinarios les cuesta de sobremanera discutir la temática del aborto.

Por otra parte, no puede dejar de resaltarse que tanto en estos casos como en los casos de aborto se está judicializando la pobreza, ya que si esa misma mujer se hubiera tratado en un consultorio o clínica privada hubiese garantizado su privacidad y el adelantamiento del parto/aborto se hubiera realizado en forma más rápida y eficaz, aunque igual de dolorosamente.

Lo que quiero significar con este trabajo es que más allá de nuestras opciones personales lo que se está discutiendo es si el aborto debe estar tipificado como un delito penal, es decir, si la mujer que se somete a un aborto debe tener una pena de prisión. Esta discusión, por otra parte, debe ser consiente de las implicancias de la penalización del aborto: las mujeres que deciden abortar lo harán más allá de la sanción penal, la diferencia radicará en que, según el nivel socioeconómico aumentarán o disminuirán las posibilidades de morir en tal maniobra o de sufrir daños en la salud, a veces irreversibles.

No debe olvidarse que si abogamos por un Derecho Penal Mínimo y por una progresiva despenalización de los delitos menores (el aborto lo es, al menos por su escala penal), deberíamos ser coherentes y analizar el aborto con una separación tajante entre Moral/Religión y Derecho.

La problemática del aborto

Introducción

En pocos delitos se pone en juego, tan explícitamente, la relación entre los binomios Estado-Iglesia, Derecho-Moral, la esfera de lo privado-la esfera de lo público, la relación varón-mujer.

La posibilidad de una mujer de decidir libremente la interrupción de un embarazo es un tema que a lo largo de la historia se ha discutido mucho, con distintos fundamentos.

Muy polémico, pero poco discutido es este tema. Con este trabajo pretendo esbozar algunos de los puntos problemáticos relacionados con este delito: el concepto mismo de aborto, la cuestión de su penalización, los bienes jurídicos en juegos, los casos de aborto de punible y finalmente, la diferencia entre el aborto y el adelantamiento del parto.

1. Concepto

Nuestro código penal se refiere al aborto sin definirlo. El Anteproyecto de Código Penal 2006¹ (en adelante Anteproyecto) tampoco realiza definición alguna del concepto “aborto”.

Pero, ¿es necesario que el Código Penal defina al aborto?

El maestro Carrara en su “*Programa de Derecho Criminal*” prefirió referirse al “*feticidio*” en lugar de aborto, entendiendo que con este concepto se podía sortear mejor algunas dificultades. Así lo definió como “*la muerte dolosa del feto dentro del útero, o como su violenta expulsión del vientre materno, de la que se sigue la muerte del feto*”².

Al momento de preguntarse que debe entenderse por aborto, es importante recordar a Zaffaroni³ quien expone que “... cuando la ley exige algo con palabras -y no puede menos que usar palabras- no se puede inventar algo diferente con sólo cambiarle el nombre so pretexto de juridizarlo o normativizarlo, sino que hay una realidad que debe respetarse. De lo contrario, nadie sabe de qué se habla y cada quien se refiere a una cosa diferente...”. Por su parte, Binder⁴, con su acostumbrada lucidez explica: “*La dogmática penal debe hallar los mecanismos para que esta delimitación [de la acción prohibida en su modalidad específica] no sea difusa, ni se distorsione el lenguaje para desdibujar los límites. Los textos legales deben ser claros en la definición de la acción prohibida. Para ello deben utilizar verbos propios del lenguaje natural, con amplio uso dentro de la comunidad (referencia cultural)*” (destacado en el original).

Por lo tanto, una herramienta útil para entender qué es el aborto es recurrir al Diccionario de la Real Academia Española que lo define como “*interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Puede constituir eventualmente un delito*”.

Por otra parte, en la medicina se diferencia, según el nivel de desarrollo, entre “*huevo o cigoto*” que es el óvulo fecundado, el “*embrión*” desde la fecundación hasta el tercer mes de embarazo y el “*feto*” desde ese momento hasta el nacimiento.

Stella Maris Martínez⁵ entiende que la norma penal no puede decir más que la ciencia médica, que la palabra “*aborto*” es un elemento descriptivo del tipo. Por lo tanto, según el tiempo de gestación el aborto existe hasta la semana veinte, luego de lo cual el parto será inmaduro y a partir de la vigésima octava semana el parto será prematuro.

Sin embargo, el médico ginecólogo español, José Luis Carbonell explica cómo puede realizarse un aborto entre la semana 13 y la 23, fecha hasta la cual no es punible el aborto en España en algunos supuestos⁶.

De este modo, puede concluirse que aborto es la interrupción del embarazo. Luego, según la regulación que se haga en cada código, será punible o no la interrupción del embarazo -aborto- a partir del tiempo de gestación allí determinado. Por lo tanto entiendo que no es necesario que se defina “*qué*” es el aborto, bastando que se especifique a partir de “*cuándo*” es relevante jurídicopenalmente.

2. La cuestión de su penalización

La punibilidad o no del aborto, sus límites, sus implicancias, fueron y son altamente discutidas. Como dijera en la introducción, en pocos tipos penales queda tan visible la eterna confusión entre “Derecho”, “Moral”, “Religión” entre otras cuestiones problemáticas.

Ya Francesco Carrara al referirse a su punibilidad remarcaba que en la antigüedad el aborto era considerado una ofensa contra la mujer (si no era consentido) mientras que el que se realizaba con la voluntad de la mujer era simplemente “*un acto de libre dominio del propio cuerpo, no imputable políticamente*”⁷. Sólo con la “*civilización cristiana*” explica el jurista italiano, el aborto, aún el consentido por la propia mujer, fue considerado un delito, dejando claro de esta manera cual es el origen de la punibilidad y relativizando el sentido político de este delito. Incluso resalta la menor gravedad y el menor daño social del aborto en relación al homicidio.

Un claro ejemplo de esto es que, mientras que en muchos países de Europa el aborto (consentido por la mujer, por supuesto) no está penado si se realiza dentro de determinado plazo, tanto en Argentina en particular, como en América Latina en general, la sola mención de un proyecto en ese sentido genera una reacción inmediata de ciertos sectores en su contra.

Más que ejemplificativo en este punto resultó la presentación, a mediados del año 2006, del Anteproyecto ya mencionado. Como mencionara anteriormente, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, formó una comisión de juristas con miras a realizar un proyecto de Código Penal. En la presentación del mismo se hizo público que uno de sus artículos establecía que no era punible el aborto consentido por la mujer dentro del primer trimestre. La reacción de distintos sectores conservadores, religiosos y “empresarios morales” no se hizo esperar y ese mismo día, un Ministro del gobierno declaró a los medios de comunicación que el proyecto no sería aprobado ya que no contaba con el aval del Poder Ejecutivo y que ni siquiera sería discutido⁸. Tiempo más tarde el propio Ministro de Justicia volvió a negar la posibilidad de que se discuta en el Congreso el tema.⁹

Incluso en el mismo seno de la misma Comisión encargada de redactar el Anteproyecto se postergó la discusión relativa a la redacción de este delito por las diferencias entre los miembros. Finalmente el Anteproyecto se presentó con algunas reformas en lo referente a este delito. Por un lado aclara algunas cuestiones relativas a la interpretación del articulado y por otro introduce la novedad de la no punibilidad del aborto consentido por la mujer dentro del tercer mes de gestación (sobre este punto volveré en el apartado sexto).

Si bien es difícil que este proyecto sea convertido en ley, por lo dicho anteriormente, nos muestra lo relativo de la penalización del aborto.

Más allá de la discusión acerca del comienzo de la vida y su protección legal/constitucional, a la que haré referencia en el acápite siguiente, no puede dejar de tenerse en cuenta de qué hablamos cuando nos referimos a la penalización del aborto.

Se calcula que en Argentina se realizan la misma cantidad de abortos que de nacimientos, es decir, entre trescientos mil y medio millón de abortos clandestinos por año. Por lo que puede concluirse, fácilmente, que la prohibición penal no causa grandes efectos a la hora de que una mujer decida realizar tal intervención. Sin embargo, donde sí se observan claramente las consecuencias de la penalización del aborto es en las condiciones en las que se realiza. Al ser una práctica prohibida es cara, se paga por la clandestinidad de la maniobra más que por su dificultad clínica. Por lo tanto, las mujeres de clase media y alta que se someten a un aborto pagan lo suficiente para realizarlo en correctas condiciones de salubridad e higiene, mientras que las mujeres de sectores populares lo realizan bajo muy malas condiciones, muchas veces sin intervención de médicos, poniendo en serio riesgo su capacidad reproductiva futura, su salud e, incluso, su vida. No puede dejar de tenerse en cuenta que aún hoy, en Argentina el aborto es la primera causa de muerte materna¹⁰.

Sin temor a excederme en el tema, debe resaltarse que esta situación se da en un escenario en el que las leyes de salud reproductiva, es decir, la posibilidad de que en los hospitales públicos se de información y métodos anticonceptivos en forma gratuita, son largamente rechazadas, muchas veces, por los mismos sectores que luego se rasgan las vestiduras ante los proyectos de despenalización del aborto.

3. Bienes jurídicos en juego

Los distintos países de América Latina, Argentina incluida, son coincidentes en encuadrar el aborto en los delitos contra la vida, a excepción del caso chileno en el que -dejando de lado las sutilezas- se encuadra entre “*los delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*”.

Alfredo Molinario¹¹, en su reconocida obra “*Los delitos*”, va más allá, entendiendo que en el delito de aborto están en juego la vida, la integridad física, las buenas costumbres y el interés demográfico del estado.

Quienes defienden la despenalización, en cambio, remarcan la integridad física y psicológica de la mujer, la soberanía sobre el propio cuerpo y la posibilidad de decidir cuántos, cuándo y cómo tener hijos.

Así el Parlamento Europeo sancionó recientemente una ley que protege la decisión de las mujeres en materia de aborto, teniendo en cuenta que es un derecho humano inalienable, con especial referencia a la condición y decisión de las mujeres y que las sociedades democráticas lo son en la medida que garantizan la resolución de tales decisiones¹².

Otro punto que entra en conflicto es cuándo empieza la vida. Más allá de los conceptos médicos, en el ámbito jurídico es el Derecho quien toma la decisión de a partir de qué momento se entenderá legalmente que una vida ha comenzado o terminado.

Sobre este punto, quienes defienden la penalización del aborto hacen referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos, en la que en su artículo 4°, apartado primero, afirma que la “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”, entendiendo que la despenalización implicaría la violación de este tratado y por ende, de la Constitución Nacional.

Sin embargo, el derecho penal puede válidamente decidir que si bien la vida empieza, por ejemplo, desde la concepción, será relevante jurídicopenalmente, por ejemplo, a partir del tercer mes de gestación. No debe caerse en una mirada *panpenal* en la que lo que no está penado por una norma penal no está “protegido” por el Derecho. El derecho penal es la última herramienta que puede utilizar el Estado de Derecho, la *ultima ratio*.¹³

Por otra parte es falaz afirmar que el ordenamiento jurídico argentino otorga igual valor a la vida del niño por nacer que al ya nacido. El Código Civil argentino si bien establece que la vida comienza desde la concepción, los derechos y obligaciones del niño quedan supeditados a que el mismo nazca con vida. Luego, ya en el ámbito del Derecho Penal, es notoria la diferencia de pena entre el aborto (consentido) y homicidio (calificado).

Finalmente no puede dejar de tenerse en cuenta que ni siquiera el valor vida es absoluto. Nuestro código penal contempla que en determinados casos una vida humana pueda sacrificarse por otra

4. Elementos del tipo básico de aborto

El tipo básico de aborto requiere para su configuración objetiva la concurrencia de tres elementos:

- Mujer embarazada, es decir, la existencia de un feto vivo.
- Maniobras abortivas tendientes a la interrupción del embarazo.
- Muerte del feto como consecuencia de las maniobras abortivas.

La existencia de estos tres elementos debe darse en forma conjunta para dar por acreditado el tipo objetivo del aborto.

El primer punto, si bien puede parecer obvio es el más difícil de probar en un proceso penal (con excepción de los casos de autoincriminación)¹⁴. Dado que la justicia penal actúa necesariamente *ex post*, aún cuando se prueben las maniobras abortivas y que la mujer (ya) no está embarazada, no puede presumirse el embarazo, por lo tanto, se estaría ante una tentativa de un delito imposible y por ende, no punible.¹⁵

En cuanto al segundo punto, las maniobras abortivas, se consideran dos hipótesis. La realización de maniobras que provoquen la muerte del feto dentro del seno materno y las que adelantan su expulsión de manera que por su inmadurez resulte imposible su supervivencia¹⁶. La diversidad de modos de comisión que otorga la medicina hace innecesaria la descripción de cada uno de ellos, sin embargo, vale aclarar que los métodos pueden ser químicos o mecánicos.

Con relación al tercer punto, la muerte del feto, resulta relevante remarcar que la misma debe darse como una consecuencia necesaria de las maniobras abortivas realizadas. En caso que se produzca la muerte del feto pero no pueda acreditarse fehacientemente la causa, no podrá darse por completo el tipo objetivo de aborto. Se trata de un delito de resultado.

Una vez comprobados los extremos del tipo objetivo, deberá analizarse el tipo subjetivo. El tipo básico de aborto es un delito doloso, y, por lo tanto, quien lo realiza debe conocer y tener la voluntad de realizar cada uno de los elementos del tipo objetivo.

En este punto es que algunos ven una diferencia sustancial entre el aborto y el adelantamiento del parto, en el segundo no hay dolo de matar al feto (sobre este punto se volverá en el apartado séptimo).

5. Las sanciones contra los autores del aborto.

Las distintas legislaciones son coincidentes en diferenciar las sanciones según las siguientes hipótesis:

- Que exista o no consentimiento de la mujer.
- Que resulte la muerte de la mujer.
- Que quien realice la maniobra abortiva sea profano o un profesional en el arte de curar.

El fundamento de las distintas hipótesis de agravamiento de la pena no causa mayores dificultades, por lo que no abundare en este tema.

6. Casos de no punibilidad del aborto

Aún cuando en nuestro país está penado el aborto, dicha prohibición no es absoluta, toda vez que el mismo cuerpo legal contempla excepciones: el caso que el embarazo sea producto de una violación o atentado al pudor y cuando el embarazo cause peligro para la salud de la madre.

En los demás países en los que está penalizado el aborto, se contemplan excepciones por casos similares, más allá de las diferencias en su redacción.

Al momento de analizar estas excepciones debe recordarse que si entendemos al Derecho Penal como la minimización de la violencia o la racionalización del poder punitivo, los casos de no punibilidad deben ser entendidos ampliamente; no puede realizarse una interpretación restrictiva de estos conceptos.

Por lo tanto, al investigar al peligro para la salud de la madre que puede causar la continuidad del embarazo debe tenerse en cuenta el concepto amplio de salud de la Organización Mundial de la Salud, entendido como el bienestar no sólo físico, sino también psicológico y social..

Stella Maris Martínez explica que el menor valor que el legislador otorga a la vida por nacer frente a la salud de la mujer encinta es el fundamento de la figura del aborto terapéutico como causa de justificación específica¹⁷.

Incluso, si volvemos a tener en cuenta las escalas penales como muestras de la gravedad del hecho otorgada por el legislador, surge que las lesiones graves tienen una escala penal más alta que el aborto realizado con consentimiento de la mujer.

La mujer que ante el peligro que corre su salud con la prosecución de su embarazo desea continuar con la gestación, puede hacerlo. Pero en caso que ante el diagnóstico médico opte por interrumpir la gestación, también está facultada. Al decir de Carlos Gherardi e Isabel Kurlat, “*no hay derecho moral en transformar en héroes o mártires a quienes no quieren serlo*”¹⁸.

Ante la clara disposición del Código Penal, no deben exigirse mayores requisitos al momento de realizar el aborto. Debe destacarse que en ningún punto del articulado se hace referencia a una autorización judicial para llevarlo a cabo. Lo contrario sería similar a exigir que ante un caso de legítima defensa, al momento de defenderse, se pida al sujeto activo que antes de

repeler la agresión solicite una autorización a un juez competente... Lo que sucede en este caso es que los médicos, en particular los de los hospitales públicos, temen ser acusados como autores de aborto y, en sacrificio de la salud de la mujer, exigen mayores requisitos que los que figuran en la ley.

En cuanto al fundamento de la no punibilidad del aborto en caso de que la concepción provenga de una violación reconoce diferencias en cuanto a sus orígenes. En general se reconoce que entre los derechos de la mujer está decidir cuándo y con quién tener hijos, por lo que esta maternidad forzada puede ser válidamente interrumpida. Por supuesto que también están quienes sostienen que ante el hecho inevitable de una vida en curso, la mujer debe soportarlo y, en todo caso, puede luego del alumbramiento darlo en adopción. Aquí debe resaltarse nuevamente lo señalado en el párrafo anterior. Que una persona desee tener actos heroicos es loable, pero el derecho no puede exigir estas conductas a los ciudadanos. Por lo que el aborto en caso de un embarazo proveniente de una violación es un acto tolerado por el ordenamiento jurídico.

Tal como refiriéramos anteriormente el Anteproyecto de Código Penal introduce variantes en la tipificación de este delito.

Así el artículo 92 establece *“El aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, no es punible: a) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquico-social de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; b) Si el embarazo proviene de una violación. Si se tratare de una menor o incapaz, se requerirá el consentimiento de su representante legal.”*

Si bien en este punto no existen diferencias sustanciales con las normas vigentes, la redacción del artículo viene a aclarar algunos puntos discutidos por la doctrina y la jurisprudencia. Por un lado, tal como se dijera anteriormente, queda explicitado el concepto amplio de salud requerido para que no sea punible el aborto. Por otro lado se esclarece un punto largamente discutido (más por la jurisprudencia que por la doctrina), tal es el caso de la coma del artículo 86, párrafo segundo, inciso 2°. En este punto el Anteproyecto es claro al establecer que no es punible el aborto cuando el embarazo proviene de una violación.

En este punto, los redactores del Anteproyecto, al igual que en la redacción actual, no hacen mención alguna a la exigencia de una autorización judicial. Por lo explicado anteriormente, no hace falta que se explicita que no se requiere tal solicitud. Sin embargo, dada la experiencia, el constante retraso en la realización de abortos no punibles por la espera de una autorización judicial expresa, queda la duda si no hubiese sido más útil agregar la no exigencia de autorización judicial, aunque sea sobreabundante.

Por su parte el artículo 93 reza: *“No es punible la mujer cuando el aborto se practicare con su consentimiento y dentro de los TRES (3) meses desde la concepción, siempre que las circunstancias lo hicieren excusable. No es punible el médico que, dentro de los TRES (3) meses desde la concepción, practicare un aborto con el consentimiento de la mujer, cuando previamente la haya asesorado sobre las consecuencias del hecho y las razones existentes para preservar la vida del feto.”*

De esta manera, tal como mencionáramos *up supra* si bien no define el aborto, queda claro a partir de qué momento la interrupción pasa a ser, en principio, punible.

Sin embargo llama la atención la referencia a que *“las circunstancias lo hicieren excusables”* que también se encuentra en otros artículos del Código Penal. Creo que no es feliz que se haya agregado esta expresión, toda vez que permitiría la judicialización de un acto que no es punible. Es decir que los médicos podrían invocar que un juez establezca en el caso concreto si las circunstancias son excusables con los consiguientes retrasos y la revictimización de la mujer.

También el artículo 96 reza: *“Será reprimido con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años e inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena, el que causare a un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en él una grave tara física o psíquica. La tentativa de la mujer no es punible”*.

Es menester realizar algunas observaciones respecto a este último punto, toda vez que pareciera contradecirse con la posibilidad otorgada por el artículo 94. En este sentido no resultaría punible el aborto antes del tercer mes de gestación pero si la tentativa si causa una lesión en el feto.

7- Adelantamiento del parto y aborto

Con el avance de la medicina se dan en la vida cotidiana nuevas circunstancias que no siempre están contempladas por los ordenamientos jurídicos. Uno de estos casos es la posibilidad de realizar diagnósticos acerca de la viabilidad de la vida extrauterina de un feto. Estos análisis pueden realizarse por estudios genéticos, ecográficos, entre otros.

La cuestión que se plantea es qué hacer ante un embarazo en apariencia normal, cuando en un momento dado de la gestación, se descubre que, una vez que se produzca el nacimiento, no hay posibilidad de sobrevivida, es decir, la muerte se producirá inevitablemente luego del nacimiento.

En Argentina en los últimos años se presentaron distintos casos en este sentido. Todos coincidían en que se trataba de mujeres con un embarazo de más de veinte semanas, que se atendían en hospitales públicos y que en un determinado momento se descubre que, si bien el embarazo puede llegar a término, una vez producido el alumbramiento, se producirá la muerte del niño.

Ante esta situación, dado lo inevitable de la muerte y la grave afectación que producía la continuación del embarazo en la salud psíquica de la mujer y su familia, por distintas vías, se llegó a la solicitud de una autorización judicial para adelantar el parto.

Tanto en el transcurrir de judicial de estas solicitudes, como en las discusiones doctrinarias que sobrevinieron, hubo quienes postulaban el rechazo de la solicitud y quienes propiciaban la autorización del adelantamiento del parto, que en su mayoría realizaron grandes esfuerzos en remarcar las diferencias con el aborto.

Los argumentos en contra de la autorización del adelantamiento del parto giraron en torno a dos puntos. En primer lugar fundan su argumentación en que se trataba de un aborto y que no está comprendido entre los casos de no punibilidad. En segundo lugar, en el respeto irrestricto a la vida del niño por nacer, a quien, según ellos, adelantando el parto se lo priva de los meses de vida que tendría en caso de seguir en el seno materno. De esta manera la mujer encinta es asimilada a una incubadora a la que su egoísmo lleva a preferir su propio bienestar sacrificando los días de vida que pudiera tener el niño anencefálico.

Entre los argumentos a favor de la autorización, Stella Maris Martínez remarca que no se está ante un supuesto de aborto. En primer lugar destaca que el aborto médicamente puede darse hasta la semana veinte, después de lo cual se tratará de un parto inmaduro y luego un parto prematuro. Por otra parte en cuanto al tipo subjetivo destaca una diferencia sustancial. En el aborto se busca el resultado muerte, mientras que en el adelantamiento del parto sólo se acelera el nacimiento y el fallecimiento se produce por sus propios problemas de salud. Textualmente refiere que *“a diferencia de lo que ocurre en cualquier actividad abortiva, no se busca la muerte del feto sino el anticipo de su vida extrauterina”*¹⁹. De esta manera enmarca la decisión de adelantar el parto en una cuestión bioética en la que dado el sufrimiento de la madre y de su familia, y lo irreversible del diagnóstico del feto, debe autorizarse el adelantamiento del parto.

No creo que esté tan clara la diferencia entre el adelantamiento del parto y el aborto terapéutico por la grave afectación a la salud de la madre y de su entorno. Si bien comparto la decisión final dada a estos casos (se autorizó el adelantamiento del parto) lo que quedó claro es que a jueces y doctrinarios les cuesta de sobremanera discutir la temática del aborto.

Por otra parte, no puede dejar de tenerse en cuenta que tanto en estos casos como en los casos de aborto se está judicializando la pobreza, ya que si esa misma mujer se hubiera tratado en un consultorio o clínica privada hubiese garantizado su privacidad y el adelantamiento del parto se hubiera realizado en forma más rápida y eficaz, aunque igual de dolorosamente.

Inés Hercovich realiza en este sentido, una fuerte aseveración, que comparto en todo, con relación a la judicialización del adelantamiento del parto con un diagnóstico de anencefalia: *“De haber aplicado a S.T. el mismo criterio que los médicos suelen usar en privado o que usarían consigo mismos si la desgracia les tocara a ellos, los magistrado no hubieran tenido la*

oportunidad para confundir y distraer a la opinión pública con discusiones abstractas desatendidas de la vida real, mientras producen hechos que afectan realmente la vida, restringiendo cada vez más el modo en que se han de aplicar las normas legales referidas al aborto”²⁰.

8. Conclusión

En pocos delitos se observa tan claramente la confusión entre Moral y Derecho como en las discusiones relacionadas al delito de aborto.

Invito a quienes lean estas palabras a realizar dos ejercicios. En primer lugar que se imaginen (o recuerden) a una amiga, hija, hermana, novia ante un embarazo no deseado, por la razón que sea. A la hora decidir la posibilidad de continuar o no con ese embarazo ¿qué incidencia tiene el Código Penal? En segundo lugar, imaginemos que esta persona decide, finalmente, interrumpir su embarazo, más allá del reproche ético, moral o religioso que, según el lector le pudiera caer ¿la denunciaría?, ¿cree que merece ir a la cárcel?

Lo que quiero significar es que más allá de nuestras opciones personales lo que se está discutiendo es si el aborto debe estar tipificado como un delito penal, es decir, si la mujer que se somete a un aborto debe tener una pena de prisión. Esta discusión, por otra parte, no puede dejar de tener en cuenta cuáles son las implicancias de la penalización del aborto: las mujeres que deciden abortar lo harán más allá de la sanción penal, la diferencia radicará en que, según el nivel socioeconómico aumentarán o disminuirán las posibilidades de morir en tal maniobra o de sufrir daños en la salud, a veces irreversibles²¹.

No debe olvidarse que si abogamos por un Derecho Penal Mínimo y por una progresiva despenalización de los delitos menores (el aborto lo es, al menos por su escala penal), deberíamos ser coherentes y analizar el aborto con una separación tajante entre Moral/Religión y Derecho.

Notas:

¹ Anteproyecto realizado por una comisión *ad hoc* de juristas creada en el seno del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación por Resoluciones M.J. y D.H. nro. 303/04 y 136/05 y presentado en el año 2006 a la opinión pública.

² CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*. Parte especial. Volumen I. 3.; Temis, Bogotá, 1977; p. 340.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro; *“Derecho Penal. Parte General”*; 1^o Edición, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2000; p. 439.

⁴ BINDER, Alberto M; *“Introducción al derecho penal”*, Ed. Ad-Hoc; Buenos Aires, 2004; pp. 138-9, destacado en el original.

⁵ MARTÍNEZ, Stella Maris, *“La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro”*, en Nueva Doctrina Penal 2000/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 668.

⁶ Ver reportaje publicado en el diario “Página 12” el viernes 4 de agosto de 2006. allí explica que: *“lo hacemos por dos técnicas, que difieren en la forma en que se extrae el feto. En un caso se dilata el cuello uterino con fármacos. Según que tipo de droga se emplee, se esperan 48 horas o dos horas, y se hace la extracción del feto en forma quirúrgica. Es la técnica que se utiliza en Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Holanda, Australia y pocos países más. Pero también se puede practicar el aborto por la técnica clásica, igual que se produce un parto, con dilatación y contracciones generadas por fármacos. Si hablamos de un embarazo de 23 o 24 semanas, hay que hacerlo por esta segunda técnica”*.

⁷ CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*. Parte especial. Volumen I. 3.; Temis, Bogotá, 1977; p. 334.

⁸ Al respecto en el diario Página 12 del 20-05-06 se pueden leer las declaraciones del Ministro del Interior, Aníbal Fernández: *“En una entrevista radial, el ministro Fernández afirmó que «el tema del aborto, para el Gobierno, no admite discusión. No va a ser presentado nunca por el Gobierno, es un tema terminado». E insistió: «Lo del aborto, eliminémoslo, porque hay una posición contundente del Gobierno de no trabajar en ese sentido»*”.

⁹ En este sentido Iribarne declaró: *“Se trata de una propuesta que estará sometida a consultas, lo que será un proceso largo. No es propósito del Poder Ejecutivo Nacional enviar este año, ni el que viene, un proyecto. Aún debe darse un extenso debate que no creemos que esté finalizado”* ver la respecto los diarios del 12 de julio del 2006.

¹⁰ Sobre el contexto social en el que se encuadra el aborto y su relación con los sectores religiosos ver el ilustrativo trabajo de BARRAL, María Laura, *“Salud reproductiva”* en Revista Nueva Tierra, año 2005

¹¹ MOLINARIO, Alfredo J.; *Los delitos*, Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tomo I; TEA, Buenos Aires, 1996, p. 207.

¹² BARRANCOS, Dora; *“Derechos de ciudadanía y derechos femeninos”*; Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires, 2002.

¹³ Ver, por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*; Ed. Trotta, Madrid 1994.

¹⁴ Me refiero a los casos en los que las mujeres, luego de un aborto mal hecho, concurren al hospital público para ser atendidas y son denunciadas por los médicos que las atienden. La validez de esta denuncia excede el marco del presente trabajo. Simplemente quiero destacar que son casi los únicos casos de aborto que llegan a judicializarse.

¹⁵ Al respecto resulta particularmente esclarecedor el caso comentado por Dora Barrancos en el que se probó la maniobra abortiva e incluso el precio pagado a tal fin. Pero al no poder probar el embarazo previo la conducta no resultó punible. Conf. BARRANCOS, Dora; “*Contrapuntos entre sexualidad y reproducción*” en AA.VV., TORRADO, Susana (comp) “*Población y bienestar en la Argentina del primero al segundo Centenar*”, SCC/Edhasa, en prensa.

¹⁶ MARTÍNEZ, Stella Maris, *Op. Cit.*, pp 670-1.

¹⁷ Idem, pp. 676-7

¹⁸ Conf. “*Anencefalia e interrupción del embarazo. Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente*” en Nueva Doctrina Penal 2000/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 646.

¹⁹ MARTÍNEZ, Stella Maris, *Op Cit.*, pp. 669

²⁰ Conf. “*Una sentencia que es remedo de solución*” en Nueva doctrina Penal 2000/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 653.

²¹ Al respecto debe tenerse en cuenta que según datos oficiales las maniobras abortivas son la primer causa de muerte materna en Argentina.

Bibliografía:

BARRAL, María Laura, “*Salud reproductiva*” en Revista Nueva Tierra, año 2005

BARRANCOS, Dora; “*Contrapuntos entre sexualidad y reproducción*” en AA.VV., TORRADO, Susana (comp) “*Población y bienestar en la Argentina del primero al segundo Centenar*”, SCC/Edhasa, en prensa.

BARRANCOS, Dora; “*Derechos de ciudadanía y derechos femeninos*”, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires, 2002.

BINDER, Alberto M; “*Introducción al derecho penal*”, Ed. Ad-Hoc; Buenos Aires, 2004.

CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*. Parte especial. Volumen I. 3.; Temis, Bogotá, 1977.

FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”; Ed. Trotta, Madrid 1994.

GHERARDI, Carlos y KURLAT, Isabel; “*Anencefalia e interrupción del embarazo. Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente*” en Nueva Doctrina Penal 2000/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

HERCOVICH, Inés “*Una sentencia que es remedo de solución*” en Nueva doctrina Penal 2000/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

MARTÍNEZ, Stella Maris, “*La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro*”, en Nueva Doctrina Penal 2000/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001

MOLINARIO, Alfredo J.; *Los delitos*, Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tomo I; TEA, Buenos Aires, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro; “*Derecho Penal. Parte General*”; 1° Edición, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2000.