

LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO: UN TIPO PENAL INJUSTO

CECILIA HOPP *

Este ensayo pretende analizar distintos argumentos en favor y en contra de la penalización de la acción de interrumpir un embarazo con consentimiento de la mujer embarazada, acción que hace también punible a la mujer que consiente tales procedimientos sobre su cuerpo.

Me propongo refutar en forma racional los argumentos jurídicos que se dan para sostener que penalizar el aborto es algo obligatorio para el Estado.

Sostendré que la decisión de interrumpir un embarazo no debe ser punible ni para la mujer embarazada ni para el médico que la asista.

Para lograr mis dos objetivos habré de analizar qué es la autonomía y qué significa el derecho a la vida; luego daré algunos argumentos más en favor de la despenalización y, por fin, intentaré alguna conclusión.

I. EL DEBATE

En el último tiempo se ha reavivado el debate sobre este tema. Han contribuido para que esto suceda varios acontecimientos.

Se han difundido a través de los medios masivos de comunicación dos casos de mujeres deficientes mentales embarazadas producto de sendas violaciones, cuyos familiares acudieron a hospitales públicos para que se les interrumpiera el embarazo en los términos de la permisión del aborto para tales casos, previstas en el art. 86, inc. 2º, CPen., y se vieron obligados a acudir a la justicia para que, finalmente, se les conceda permiso para hacer algo que, en definitiva, ya estaba permitido ¹.

¹ Me refiero al caso “G., A. R. en: C., S. M. y otros”, LL del 30/8/2006, sentencia del 22 de agosto del mismo año, decidido finalmente por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza y al caso “R., L. M.” (LNBA 2006-10-1187 y en LexisNexis Online, bajo el nombre de “R., L. M.”, 31/7/2006), que fue decidido definitivamente por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, ambos fueron resueltos en el sentido de la permisión del aborto.

* Agradezco los comentarios críticos de mis amigos Mauro Benente, Flavia Lamarre, Roberto Campos, Mishkila Rojas y Cecilia Garibotti, de mi profesora Patricia Ziffer y de mi madre, Nora Chervavsky.

Por otro lado, hemos podido oír diferentes opiniones en torno a proyectos legislativos que han sido aprobados, otros que no lo han sido aún, y alguno que no parece que esté cerca de convertirse en ley. Me refiero, en primer lugar, a la ley que permite la ligadura de trompas ², a la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ³ y a la Ley sobre Educación Sexual sancionada por el Congreso de la Nación; en segundo lugar, al proyecto de ley que obligaría a los hospitales públicos a dar en forma gratuita la llamada “píldora del día después” y a que informen a las mujeres sobre el uso de este anticonceptivo de emergencia; y, por último, al anteproyecto de código penal que se ha dado a conocer este año desde la Secretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que despenaliza el aborto “cuando las circunstancias lo hicieren excusable”.

En todos estos casos se han oído muy fuerte las voces que están en favor de la penalización del aborto, incluso en los casos en los que el Código Penal actual lo justifica ⁴. Hay que reconocer que han argumentado muy bien y con mucho esfuerzo aquellos que piensan que el aborto es un hecho inmoral, incorrecto o ilegal; se han servido de los pactos de derechos humanos y de razones jurídicas parciales, pero fuertes, para sostener que hay que mantener la prohibición del aborto voluntario.

Los defensores del derecho de la embarazada a decidir si desea continuar con la gestación o no han discutido en otro plano y nunca rebatieron los argumentos jurídicos que se dan en favor de la penalización del aborto. Si bien lo dicho en favor de la despenalización ha sido muy valioso, creo que no es suficiente: para sostener una posición hay que dar razones en favor de lo que se cree correcto, pero no hay que olvidar que también hay que refutar las razones de quien piensa y sostiene lo contrario.

Es mi opinión que desde el discurso jurídico tenemos mucho que decir para afirmar la necesidad de que se despenalice y legalice ⁵ el aborto, además de lo concluyente que es la realidad en cuanto a que los abortos se practican de hecho y que muchas mujeres mueren en el intento de interrumpir sus embar-

² Ley 26.130.

³ Finalmente sancionada por el Congreso en la madrugada del 17/11/2006.

⁴ Sobre esto se ha dicho, insólitamente, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha derogado tácitamente la justificación del aborto en los casos del art. 86, CPen., porque se protege la vida “desde el momento de la concepción”. Se trata de un argumento inadmisibles: pretender que una causa de justificación expresada claramente en el Código Penal pueda ser derogada sin una norma expresa y clara en ese sentido es un flagrante desconocimiento del principio de legalidad. Sobre el argumento de la “derogación tácita” se puede consultar una nota a fallo, SCALA, Jorge, “Aborto no punible. A propósito del caso ‘R., L. M.’. Un fallido fallo”, JA 2006-IV, fasc. 12, del 20/12/2006.

⁵ Despenalizar y legalizar no son exactamente lo mismo. Hay que despenalizarlo para que las mujeres puedan pedir la interrupción de embarazos sin estar amenazadas con pena; hay que legalizar el aborto para que las mujeres accedan a abortos seguros y gratuitos.

zos clandestinamente, constituyendo éste un problema moral y de salud pública que ya no se puede ignorar.

Mi intento en este ensayo es aportar algunos argumentos jurídicos al debate y refutar las proposiciones relacionadas con los derechos humanos que se han oído en favor de la penalización. Todas las voces son valiosas, ya que enriquecen el debate que hace que las decisiones que más nos importan sean tomadas en forma democrática y racional ⁶.

Los argumentos jurídicos son especialmente valiosos estratégicamente, dada la legitimidad social que tiene el discurso jurídico y, sobre todo, el de los derechos humanos, a partir de la anulación en el Congreso de la Nación de las nefastas leyes conocidas como “de obediencia debida” y “punto final”, y la sostenida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que los pactos de derechos humanos que la Nación Argentina incorporó a su derecho interno con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN) hacen que no podamos cerrar los ojos ante las violaciones a los derechos humanos ⁷.

II. LA AUTONOMÍA Y LOS LÍMITES AL DERECHO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

El Derecho regula las relaciones entre las personas, los contactos sociales, y presupone la autonomía de las personas a quienes les imputa las sanciones previstas en sus normas.

La autonomía de la que hablo es una creación jurídica, una ficción creada por el Derecho; por ello no es necesario, para la finalidad de este trabajo, preguntarme si verdaderamente es posible que un ser humano sea autónomo, o si en realidad está completamente determinado por las estructuras económicas de la lucha de clases en la sociedad, o por la educación que recibió, los traumas de su niñez, etc.; el Derecho no se lo pregunta, da por sentada la autonomía sin más ni más: la mayoría de los sujetos de Derecho son autónomos ⁸.

El problema filosófico fundamental de determinar el contenido de la autonomía se resuelve normativamente y está bien que así sea: el Derecho regula

⁶ Conf. GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 157/161.

⁷ Conf. “Bramajo, Hernán”, 12/9/1996, LL 1996-E-409; “Giroldi, Horacio D. y otro”, 7/4/1995, LL 1995-D-462; “Simón, Julio Héctor y otros”, 14/6/2005, LL 2005-E-520; “Arancibia Clavel, Enrique L.”, 24/8/2004, LL del 10/11/2004; “Ekmekdjian, Miguel A. v. Sofovich, Gerardo y otros”, 7/7/1992, LL 1992-C-543; “Verbitsky, Horacio”, 3/5/2005, LL 2005-E-39, “Casal, Matías E. y otro”, 20/9/2005, LL 2005-E-657; etc.

⁸ Por esta razón, de aquí en más me referiré a la autonomía en el sentido *normativo*. Ciertamente es que muchas veces le parecerá al lector que se está hablando de la autonomía en el sentido ontológico, la autonomía “de verdad”; sin embargo, siempre me voy a estar refiriendo a una apreciación normativa del mundo de la naturaleza, aun cuando diga, por ejemplo, que el feto viable tiene cierto grado de autonomía y que el feto que morirá separado del cuerpo de la mujer no es autónomo.

los contactos sociales, los hechos sociales, como contraposición a los hechos de la naturaleza. El Derecho prohíbe o permite conductas que tienen un sentido comunicativo y un valor, que son evitables y modificables por las personas ⁹; no puede considerar hechos de la naturaleza e imputarles sanciones directamente. Por ello, no es lo mismo la autonomía “verdadera”, que puede ser puesta en duda por la sociología, la psicología o cualquier otra disciplina o ciencia que se ocupa del ser, que la autonomía tomada en cuenta por el Derecho, que se ocupa del deber ser ¹⁰.

Entonces, un ser autónomo es aquel que la sociedad entiende que debe ser autónomo (porque tiene la edad suficiente para haber desarrollado su raciocinio, no tiene enfermedades mentales que lo priven de discernimiento, etc.), es aquel que puede motivarse en la norma, el que puede conocerla y elegir actuar conforme a ella ¹¹.

El Derecho civil da validez a los contratos suscriptos por personas capaces y no vincula a los incapaces por las convenciones que suscriben porque ellos no son del todo autónomos. En el caso de los menores de edad, hasta los 21 años, el Derecho establece que la persona no ha llegado a madurar lo suficiente como para dirigir plenamente su vida y su patrimonio por sí sola. En el caso de los dementes, no son plenamente autónomos porque carecen de racionalidad, elemento esencial de la autonomía. Puede pensarse que los sordomudos que no saben darse a entender por escrito sí son autónomos, pues tienen discernimiento y pueden razonar perfectamente, pueden además conocer la ley, que es la carga principal que el derecho impone a todo sujeto de derechos; sin embargo, no pueden expresar su voluntad, de modo que no son lo suficientemente autónomos, pues la autonomía no solamente incluye la formación de la voluntad de modo racional, sino también darla a conocer y esto es lo que les falta a los sordomudos que no saben escribir.

Los contratos no vinculan a quienes actúan con error esencial y excusable, pues en verdad no han podido decidir obligarse del modo en que el contrato dice que lo hicieron; si han actuado con toda la prudencia que el negocio merecía y aun así se han equivocado en la apreciación de las circunstancias de hecho, quedan liberados de cumplir. No libera el Derecho civil a quien actúa en forma imprudente, pues un ser autónomo debe pensar en las posibles consecuencias de sus actos. Tampoco es excusable el desconocimiento de las leyes, pues todo ser

⁹ Conf. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 9/12.

¹⁰ Conf. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1971, ps. 28/31.

¹¹ Conf. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, t. I, “Fundamentos, la estructura de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 1997, ps. 146/147.

autónomo tiene como primera carga conocer sus derechos y sus obligaciones. En abstracto, es evidente que cualquier persona con pleno uso de su razón perfecta va a asegurarse de conocer todas las consecuencias de sus actos y a actuar conociendo todas las circunstancias relevantes, de modo que todo salga de acuerdo con lo planeado.

En el caso del Derecho penal, solamente son sujetos del Derecho penal y, por lo tanto, pasibles de una pena, en caso de que realicen el tipo penal, contradiciendo la norma, aquellas personas que son plenamente autónomas, capaces de tener la culpa de no haber cumplido con su deber de hacer u omitir cierta acción.

Los ejemplos expuestos demuestran que el Derecho solamente imputa plenos efectos jurídicos a las acciones de las personas sobre las cuales no concurre ninguna causa que la sociedad acepte como excluyente de la autonomía. Correlativamente, el Derecho debe dedicarse a preservar los elementos que forman la autonomía de la voluntad, los llamados bienes jurídicos: vida, integridad física, honor, patrimonio, etc.

Esta conclusión se ve reforzada por la primera oración del art. 19, CN, que reserva a los individuos una esfera en la que nadie puede legítimamente interferir: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. De la lectura de esta regla fundamental se infiere que solamente aquellos actos de las personas que interfieran en la esfera de autonomía de otro habilitan la injerencia del Estado ¹².

Es claro que el derecho penal no sirve para proteger bienes jurídicos, porque por regla comienza a funcionar una vez que el bien jurídico ya está afectado ¹³. Se ha dicho, entonces, que en definitiva lo que el derecho penal protege es la vigencia de la norma, refirmándola cada vez que alguien comunica, cometiendo un delito, que la norma no está vigente respecto de él ¹⁴. A mi parecer, ésta es una opinión muy sensata y bastante explicativa de la función del Derecho penal. Sin embargo, me parece que la vigencia de la norma es otro “bien ju-

¹² Conf. NINO, Carlos, “¿Es la tenencia de drogas para fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?”, en MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, ps. 571/573.

¹³ Conf. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 13.

¹⁴ Conclusión muy criticada, sostenida por Jakobs, porque permite la aplicación de cualquier norma, aun si ésta es inaceptable por ser inconstitucional, injusta, o inmoral. Sucede que las conductas sometidas a penas deberían ser solamente aquellas que revelen una decisión personal de afectar derechos legítimos de terceros (art. 19, CN) y sobre las cuales existe un consenso prácticamente unánime en la sociedad de que deben estar prohibidas. Por lo demás, qué conductas deben ser penadas y cuáles no, no es un problema de la teoría del delito o de las teorías de la pena, sino de derecho constitucional y de política criminal. Conf. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general...*, cit., ps. 12/14; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general, I, el hecho punible*, trad. de la 2ª ed. alemana de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, ps. 6/7, 17/18; SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal, Parte general, I*, 3ª ed. reelaborada y amp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 35 y 47/51.

rídico” que sirve para proteger el valor fundamental por el que se sostiene el Estado de Derecho: la autonomía de la voluntad.

La norma al mismo tiempo se imputa a la persona designada como autónoma, protege la autonomía y la fomenta.

La persona que dispone libremente de su vida, honor, patrimonio, integridad física, etc., se considera autónoma. A modo de ejemplo: cualquier conducta de una persona que tienda a lesionar la integridad física de otro lesiona la autonomía del titular de ese objeto de bien jurídico y es por eso que el Estado está autorizado (pero no obligado) a interferir en esa acción u omisión, imponiéndole una pena previamente determinada. Es decir que solamente puede ser delito una conducta cuando ella tienda a privar a otro de su autonomía, ya sea total o parcialmente.

Entonces, llevado hasta las últimas consecuencias el argumento de que el art. 19, CN, permite que sean delitos solamente las acciones que tiendan a privar a otro de una porción de su autonomía, el aborto no puede ser un delito, porque no es concebible afirmar que un sujeto de derechos (el feto), que no puede tener vida—en el sentido biológico—si no es estando dentro del cuerpo de otro sujeto de derechos, goza de algún grado de autonomía.

Para quien tenga alguna duda o reparo moral, respecto de que no es lo mismo la vida en germen o *nasciritus* que una persona adulta, piense en el siguiente caso hipotético: una mujer embarazada muere en un accidente. Los médicos logran extraerle el feto vivo. El feto aún no está desarrollado como para poder respirar solo, pero pueden mantenerlo vivo introduciéndolo en un medio líquido y alimentándolo. Sin embargo, a causa de ciertas lesiones, el feto nunca podrá seguir desarrollándose hasta ser apto para respirar por sus propios medios y vivir fuera del frasco en el que lo alimentan¹⁵. Ese feto en un frasco, ¿vale lo mismo que Ud., que está leyendo este ensayo y respirando sin ayuda?, ¿es lo mismo que una persona que ya nació?

El embarazo compromete durante nueve meses todo el cuerpo de la mujer, quien sufre cambios verdaderamente importantes. A la sazón, luego de parir tendrá todas las obligaciones de la patria potestad y será madre, o bien, deberá decidir dar a su hijo en adopción. Todo esto que le sucede a una mujer desde que queda embarazada es una injerencia muy importante. Muchas mujeres se someten gustosas al embarazo, pues es su plan de vida ser madres, educar, amar y sostener económicamente a sus hijos. Pero hay otras mujeres que no desean engordar, ir al médico frecuentemente, sufrir vómitos y después de todo esto tener un hijo. Muchas mujeres no son lo suficientemente maduras para educar a un niño o carecen de medios económicos para mantenerlos. Hay muchos motivos que puede tener una mujer para no querer continuar con un embarazo y es-

¹⁵ Este caso está tomado de uno similar que da FARRELL, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 36.

tos son todas cuestiones privadas de ella, pertenecen a su intimidad y el Estado no puede indagar acerca de esas razones o sinrazones.

Cuando el aborto se encuentra amenazado con pena, el mensaje que recibimos las mujeres es: “puedes hacer lo que quieras con tu cuerpo y tu vida, puedes trabajar o no hacerlo, puedes profesar la religión que quieras o no profesar ninguna, puedes tener relaciones sexuales con quien quieras y del modo que quieras, pero si sucede que quedas embarazada, entonces tu cuerpo deja de ser tuyo y le pertenece al Estado, debes soportar que crezca un niño en tu vientre y darlo a luz; desde ese momento tu cuerpo vuelve a pertenecerte y serás madre o bien entregarás el niño al Estado para darlo en adopción”. ¿Es el embarazo una sanción, una pena? No lo es, pero la similitud de las situaciones es notoria cuando la mujer es constreñida a continuar con su estado de gravidez en contra de su voluntad, porque se le suprime una porción considerable de autonomía para probablemente obtener una vida, salvo que el embarazo cause peligro para la vida o la salud de la mujer, o si el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor de una mujer idiota o demente (art. 86, CPen.). Esta consecuencia de la penalización del aborto es inaceptable éticamente, un ser humano no puede ser tratado como un medio para la consecución de algún fin que le es ajeno¹⁶. Si la mujer no quiere estar embarazada, nadie puede obligarla en favor del niño que podría nacer luego.

Suele argumentarse, en contra del derecho de la mujer de decidir interrumpir un embarazo, en razón de su derecho fundamental de elegir su propio plan de vida, que lo primero que debe hacer un ser autónomo es pensar en las consecuencias de sus actos. Pero este argumento solamente puede demostrar que la mujer que ha quedado encinta sin realmente querer tener un hijo no es plenamente autónoma (probablemente nadie lo sea), pero nunca va a servir para justificar privarla más aún de su autonomía.

Cualquier lector atento me recordará que, de todas maneras, los seres autónomos deben pensar en las consecuencias de sus actos, porque el derecho impone consecuencias jurídicas a los actos de las personas y me podrá dar un ejemplo del Derecho civil: cuando una persona autónoma firma un contrato, debe saber que su voluntad de obligarse será tomada en serio y que deberá cumplir; ya no le alcanzará con tener la voluntad de no cumplir para desobligarse. Todo esto es cierto, pero en el Derecho de los contratos, se crean relaciones normativas: si yo me obligo a entregar mi auto a otro a cambio de un precio, la entrega del auto no se producirá naturalmente, sino que yo, voluntariamente debo hacer una acción positiva de entregar el auto, y si no lo hago, un juez decidirá que me saquen el auto y se lo entreguen a mi cocontratante, en razón de que yo, al obligarme, he fundado una expectativa normativa y ella no debe ser defrau-

¹⁶ Conf. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, Austral, Madrid, 1977, ps. 86/87. También hace referencia a este principio fundamental del liberalismo NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 171.

dada. El embarazo, en cambio, es una consecuencia de la naturaleza, algo totalmente ajeno al Derecho; el nacimiento tampoco puede ser decidido por un juez, es algo que sucede, sobre lo que el Derecho no puede incidir. El embarazo no crea expectativas normativas. Es por esto que el Derecho no necesariamente debe obligar a la mujer a aceptar las consecuencias de tener relaciones sexuales sin cuidarse de no resultar embarazada, como si hubiera firmado un contrato imaginario. La diferencia entre el contrato y el embarazo radica en que en el caso del contrato, el contratante efectúa una acción que el Derecho regula previendo que, dadas ciertas circunstancias, habrá una cierta consecuencia. El que no respeta su contrato está declarando que las normas que refieren a las convenciones no rigen para él, y el Estado debe refirmar la vigencia de la norma que impone que los contratos deben cumplirse. Tener relaciones sexuales o estar embarazada son hechos de la naturaleza; el embarazo no es una consecuencia normativa de tener relaciones sexuales; de modo que el Estado no tiene ninguna necesidad de refirmar esa consecuencia, el embarazo no es una sanción.

Siguiendo con la comparación con los contratos, ¿con quién contrata la mujer cuando queda embarazada? La respuesta no puede ser dios, porque el Estado es laico y nadie está obligado a creer en la existencia divina.

Un defensor de la penalización del aborto me recordará que hay vida, sea condicional, en germen, lo que sea, pero está protegida, es vida y por ello, el feto tiene derechos. Pero quienes hablan así parecen estar diciendo que el conflicto es el mismo que si una persona ya nacida le da un disparo con un arma de fuego a otra y causa de ese modo su muerte. Ya intuitivamente parece que no se trata de la misma situación y es cierto que no lo es. El hecho de que sean distintos tipos penales el aborto y el infanticidio, y la gran diferencia entre privación de libertad de 1 a 4 años (para el delito de aborto) y la prisión o reclusión perpetua (para el caso de que una madre mate a su hijo) indica que la situación es valorada de modo distinto. En el caso del disparo, una persona decide causar la muerte, arrogarse toda la esfera de autonomía de otra que no desea morir y que es completamente independiente de ella. En el caso del aborto del feto, éste no es independiente de la mujer, no es viable la prolongación de su vida sin estar dentro del vientre de la mujer, nadie priva a nadie de su autonomía.

Ya Vélez Sarsfield, quien sostenía que el feto no necesitaba ser capaz de prolongar su vida fuera del seno materno para ser considerado persona, siempre que haya logrado separarse de su madre y respirado aunque sea por un segundo, en la nota al art. 3290, CCiv., sostuvo: “El hijo, en el seno de la madre, tiene sólo una existencia común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual”. El feto es parte del cuerpo de la mujer, es parte de la autonomía de ella, no es un ser autónomo en sí mismo.

La solución conforme a la Constitución es, entonces, que si existe un conflicto entre la autonomía de la mujer embarazada, quien no quiere continuar en ese estado, y la protección del cigoto desde la concepción, siempre debe deci-

dirse en favor de la autonomía, salvo que el feto sea ya capaz de prolongar su vida fuera del cuerpo de la mujer que no quiere estar embarazada; ella nunca debe soportar que la obliguen a gestar a un niño. Si el embarazo avanzó tanto que el feto puede nacer y sobrevivir separado de su madre, entonces debe nacer y el Estado deberá hacerse cargo.

III. LA VIDA Y SU PROTECCIÓN

El aborto con consentimiento de la mujer está penalizado para el que lo cause en el art. 85, inc. 2º, CPen., y para la mujer embarazada en el art. 88, CPen., en el capítulo correspondiente a los delitos contra las personas, particularmente en los delitos contra la vida, justo después del homicidio. Entonces parece que el legislador ha considerado que el aborto termina con una vida humana y que el injusto del aborto es el mismo que el del homicidio. Sin embargo, la pena por *causar aborto* es sensiblemente menor que la que corresponde por *matar a otro*. Los marcos penales sirven como indicadores de la gravedad del injusto¹⁷; es por ello que las penas de todos los delitos deben estar proporcionadas: la mayor pena debe corresponder al mayor injusto, a la mayor injerencia de una persona en la esfera de la autonomía de otra.

Por *matar a otro* la pena es de 8 a 25 años de prisión o reclusión (art. 79, CPen.) y si se trata de un homicidio agravado, por ejemplo por el vínculo, cuando una madre mata a su hijo, la pena es de prisión o reclusión perpetua para ella y sus colaboradores que conozcan el vínculo (arts. 80, inc. 1º, y 48, CPen.), en cambio, la pena por causar aborto es para el ejecutor y para la mujer que consiente el aborto¹⁸ de 1 a 4 años y además, la tentativa, aún acabada, no es punible para la mujer¹⁹.

¹⁷ Conf. ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, ps. 36/40; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena", *Nueva Doctrina Penal* 1998-A-20. Se trata, por cierto, de un correlato necesario del principio de culpabilidad, que impone que la medida de la pena debe ajustarse a la medida de la culpabilidad y, sobre todo, que nunca puede excederla. Sobre esto se puede consultar cualquier manual o tratado de Derecho penal. Por ejemplo, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit.; SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal, Parte general, 1*, 3ª ed. reelaborada y amp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005; ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, cit., t. I; ZIFFER, Patricia, *Lineamientos...*, cit., ps. 59/65. DÍAZ CANTÓN, Fernando, "Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿Es aplicable la escala del art. 44 del Código Penal?", *Nueva Doctrina Penal* 1996-B-597.

¹⁸ Vale aclarar que, aunque el Código Penal trate la conducta de la mujer y la del ejecutor de la interrupción del embarazo en distintos tipos penales, se trata de un caso que se debe resolver según las reglas de la autoría y la participación: la mujer organiza su plan de vida, que incluye interrumpir su embarazo y el médico ejecuta la acción deseada por la titular del cuerpo sobre el cual se practica la intervención. Entonces, si se afirma que la autonomía de la mujer hace la interrupción de su embarazo atípica (como aquí se hace), nunca puede ser delito la acción del médico de ejecutar el hecho que la mujer tiene derecho de organizar, debe considerarse su acción atípica (sobre este argumento, ver JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 62/67).

¹⁹ Lo cual es curioso, teniendo en cuenta que la tentativa acabada constituye la exteriorización de todo lo que el autor puede hacer, según su representación, para consumar el delito que quiere cometer;

Si el aborto es un delito contra la vida, parece que esa vida contra la que se atenta vale bastante poco, pues su pena puede ser menor que la de una estafa, que tiene como máximo seis años de prisión o reclusión (art. 172, CPen.).

Tampoco son congruentes con la supuesta prevalencia del bien jurídico vida (de la persona por nacer) sobre la autonomía de la mujer embarazada las excepciones del art. 86, inc. 1º, en cuanto permite el aborto cuando existe peligro para la salud de la madre y el inc. 2º, cuando justifica la interrupción de un embarazo producto de una violación a una mujer idiota o demente. Si se va a ver el asunto como una pugna entre el derecho de la mujer y el de la vida en germen, ¿qué culpa tiene el feto de que su madre sea idiota o demente y haya sido violada? Y ¿cuál es la razón para que la salud de la mujer prevalezca frente a los derechos del “niño por nacer” y no suceda lo mismo respecto de la autonomía de la persona presente que es la embarazada? Esto hace sospechar —con probabilidad rayana en la certeza— que no es cierto que la vida del feto deba prevalecer. No es cierto que en nuestro Código Penal sea más valiosa la pretensión de lograr que viva un nuevo ser humano que el plan de vida de la mujer embarazada. Por ello es irrazonable establecer *a priori* que el derecho condicional de vivir y llegar a ser autónomo del feto es de mayor jerarquía que la autonomía de la madre, quien ya tiene un derecho presente y fundamental de realizar su propio plan de vida.

En este contexto, tampoco se entiende por qué la ley establece *a priori* que la vida de la madre vale más que la del cigoto cuando hay conflicto entre esos dos bienes jurídicos (art. 86, inc. 1º) y es que parece que la vida de una persona por nacer no vale igual que la de una persona que ya nació y es seguro que es viable para la vida.

En definitiva, todas las excepciones del art. 86, CPen., contradicen el aparente principio de la prevalencia del feto sobre la embarazada.

Suele ponerse en el centro de la discusión el problema del momento en que comienza la vida humana. Este problema es fundamentalmente extrajurídico y para los fines de este ensayo, creo que puedo evitar entrar a considerar desde cuándo existe una vida; ello no será determinante para mis conclusiones, pues si bien es claro que cuando no hay vida no hay injusto, no es tan evidente que cuando sí hay vida, necesariamente haya un injusto que el Estado esté obligado a penalizar.

Nuestra ley fundamental resuelve la pregunta acerca de cuándo comienza a valer la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene jerarquía constitucional desde la reforma de la Constitución en 1994 y la declaración interpretativa del Estado argentino en la ratificación de la Conven-

por lo tanto, desde el punto de vista de la culpabilidad, da lo mismo que el hecho se consume o no. Sobre esta idea y sus consecuencias, ver SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito...*, cit., ps. 61/64, 424/429, etc. En verdad todo el libro se dedica a afirmar esta idea y a desarrollar sus consecuencias.

ción sobre los Derechos del Niño, estableciendo que el derecho a la vida es protegido desde el momento de la concepción. El Código Civil, mucho antes de la inclusión de las dos convenciones mencionadas con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN, desde la reforma de 1994), establece que la persona de existencia visible comienza a existir desde el momento de la concepción (art. 70, CCiv.), pero si muere antes de estar completamente separado de su madre, entonces se considera que nunca ha existido (art. 74, CCiv.). Nuestra ley civil, a la que claramente se refiere la declaración interpretativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, da derechos a la persona por nacer (protege la vida), bajo la condición de que el niño llegue a separarse con vida del cuerpo de su madre; se puede decir que se trata de una vida o una existencia condicional hasta el momento del nacimiento.

Proteger un bien jurídico no significa necesariamente penalizar a quien cometa una acción tendente a dañarlo; el art. 19 de nuestra Constitución habilita al Estado a prohibir aquellas conductas que tiendan a dañar a otro pero no lo *obliga* a penalizarla. Piénsese en una sirena de un carro de bomberos o en la alarma de un auto: el ruido produce contaminación sonora y es verdaderamente molesto, seguramente es dañino para la salud de los oídos, y sin embargo no hay un consenso prácticamente unánime acerca de que estas sirenas y alarmas deban estar prohibidas y no hay penas para quienes causan estas molestias y daños. Otro ejemplo: la Constitución establece la libertad de cultos y declara que todo habitante de la nación tiene derecho a profesar libremente su culto (art. 14, CN); sin embargo, no existe una pena para quien entorpezca de algún modo el libre ejercicio de la religión de otro.

Sucede que el Derecho penal es por definición fragmentario y subsidiario²⁰; no es la función del Derecho penal regular todas las relaciones sociales. La pena es la *ultima ratio*²¹ porque es el ejercicio máximo de la violencia que se le permite al Estado; si existiese otro medio para evitar el daño social que produce una conducta, debe utilizarse ése y no la pena²².

Se puede proteger la vida desde la concepción dando especiales derechos y cuidados a las mujeres embarazadas, orientándolas, brindándoles apoyo económico o psicológico si ellas lo solicitaren; además, la persona por nacer tiene derechos patrimoniales condicionales desde que existe en el seno materno; estas normas protegen la vida desde la concepción, pero esa protección no implica de ninguna manera la obligación del Estado de encarcelar a una mujer que no desea ser madre y decide abortar, y a quien la asiste prudentemente y cuidando de su salud para lograr su cometido y la realización de su plan de vida²³.

²⁰ Conf. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, cit., t. I, p. 65, con cita de Binding.

²¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, cit.

²² ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, cit.

²³ Conf. NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 238.

Es ejemplificador el caso de Alemania. En ese país es legal que un médico le practique un aborto a una mujer, siempre y cuando ella lo consienta y sea en los primeros tres meses de gestación²⁴. Antes de poder interrumpir el embarazo, la mujer debe acudir a los centros informativos, que le exponen todas las alternativas y ayudas a las que puede acceder si continúa con su embarazo. De esta manera se protege la vida en germen hasta el límite en que es posible sin anular el derecho de la mujer. Se trata de una medida alternativa a la pena, que minimiza el conflicto.

Por otro lado, no es cierto que la vida sea protegida en forma absoluta por el Estado de Derecho y que el valor vida deba prevalecer frente a la autonomía: el suicidio, la decisión de acabar con la propia vida, es impune y nadie parece ver un problema en ello, pero en definitiva se está poniendo fin a una vida y se está valorando más la autonomía de la voluntad que la vida²⁵.

Lo mismo sucede en los casos en que un paciente no quiere que lo sometan a tratamientos médicos que prolonguen o salven su vida. Toda persona adulta y autónoma puede decidir sobre su cuerpo y negarse a cualquier intervención en él, aun si la omisión de tratamiento causare su muerte; los médicos y todas las personas que conozcan la oposición del titular del cuerpo a ser auxiliado deben respetarla²⁶.

IV. LA JERARQUÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

En nuestra Constitución no existe norma alguna que establezca una escala de valores donde ciertos derechos valgan más que otros²⁷. En casi todos los conflictos entre personas existen derechos contrapuestos. El caso del aborto no es la excepción.

Quienes están a favor de la penalización del aborto parecen no asignarle importancia a nueve meses de autonomía, o más bien, suelen afirmar que una vida (en germen, futura o condicional, diría yo) vale más que la autodeterminación de la madre. Esto no es lo que manda la Constitución Nacional, pues no establece tal primacía y sí obliga a reglar los derechos razonablemente sin des-

²⁴ Es frecuente, en las legislaciones que permiten el aborto voluntario, que se limite el derecho de la mujer a abortar a los primeros tres meses de gestación. La razón de este límite parece ser consecuente con el entendimiento de que, cuando una mujer desea abortar, existe una tensión entre el derecho a la privacidad de la mujer y el interés del Estado en proteger el bien jurídico *vida en germen*, y que la solución razonable de esta situación es la permisón del aborto voluntario durante un período determinado y su prohibición, vencido ese plazo, salvo casos excepcionales que justifiquen la interrupción del embarazo. Se puede ver este razonamiento en el fallo "Roe v. Wade".

²⁵ Conf. JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, cit., p. 31.

²⁶ En este sentido votaron los jueces Petracchi y Belluscio en Corte Sup., 6/4/1993, "Bahamondez", LL 1993-D-130.

²⁷ Conf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 58.

virtuarlos (art. 28). No me parece razonable suprimir uno de los derechos fundamentales (bien jurídico presente) durante nueve meses por una vida condicional (valor que podrá llegar a existir).

V. LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Esta convención tiene jerarquía constitucional desde 1994 y está vigente en nuestro país desde 1985; forma parte de nuestro Derecho interno, los derechos que declara y los deberes que le impone al Estado son plenamente exigibles desde su vigencia. El incumplimiento de tales obligaciones puede motivar la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Existe un Protocolo Facultativo de esta convención que se ha aprobado por ley en nuestro país recientemente²⁸. Se introduce la posibilidad de defender los derechos que la convención consagra ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, presentando una comunicación, que el Comité recibirá y considerará en los casos en que el Estado no haya cumplido con sus obligaciones y no se haya conseguido protección en los tribunales ordinarios del país. Los derechos de las personas y los deberes del Estado no cambian a raíz de la ratificación del Protocolo Facultativo.

Se ha criticado la ratificación del Protocolo en razón de que implicaría una “solapada introducción del aborto” y se dijo que ello era inaceptable²⁹. Con este argumento, en verdad están reconociendo que la penalización del aborto es inconstitucional, al menos, desde 1985 en nuestro país en virtud del art. 2.f que impone “adoptar todas las medidas adecuadas (...) para modificar o derogar leyes (...) que constituyan discriminación contra la mujer” y especialmente el art. 2.g que impone “derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyen discriminación contra la mujer” y, por último, el art. 16 que reza: “Los Estados Parte (...) asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos...”.

VI. DERECHO A LA IGUALDAD

Otro argumento en contra de la penalización del aborto se basa en el Derecho a la igualdad (arts. 16 y 75, inc. 23, CN). Un varón jamás va a estar embarazado, solamente una mujer puede ser autora del consentimiento para que se le practique un aborto, porque solamente la mujer, por su naturaleza, puede estar embarazada y sufrir todas las injerencias psicológicas y físicas que ese es-

²⁸ Ley 26.171.

²⁹ Conf. “Solapada introducción del aborto”, editorial de *La Nación* del 9/11/2006.

tado le produce. Este trato desigual, por razón del sexo, impone que se analice con mucho cuidado la necesidad de la prohibición³⁰; más aún, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que integra el llamado *bloque constitucional*, impone a los Estados partes en su art. 2.º derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Rawls ha dicho que el modo de conseguir las mejores reglas para que las instituciones sociales distribuyan los derechos y deberes sería ponernos hipotéticamente detrás de un “velo de ignorancia”, quedándonos solamente con el uso de nuestra racionalidad perfecta, despojados de todos los prejuicios que tenemos por nuestras características de la “lotería de la naturaleza”, que son aquellas características que nos diferencian de los otros y que no necesariamente elegimos (por ejemplo, el color de nuestra piel, el género, la posición económica o social, la religión)³¹. Si en esas condiciones nos pudiéramos a discutir cuáles deberían ser las reglas de la sociedad, sin saber cuáles características de la “lotería natural” tendríamos, cuando debamos vivir según esas reglas que nos proponemos acordar, llegaríamos a la conclusión de que las soluciones a los problemas deben ser las “menos peores” para todos, en vez de elegir una solución que sea completamente favorable para unos y completamente mala para otros, pues no sabremos, en este pacto social hipotético, si seremos los favorecidos o los perjudicados³².

Veamos un ejemplo: debemos elegir entre un sistema de impuestos progresivos o regresivos, es decir, que paguen más impuestos los que mejor posición económica tienen, en proporción a su riqueza y menos los que menos tienen, o bien, un sistema impositivo regresivo en el que paguen todos por igual. En este caso se elegiría, según la regla de Rawls, el sistema de impuestos progresivos, ya que al tomar la decisión, nadie sabe si le tocará ser rico o pobre, y los impuestos progresivos suponen que todos hagan esfuerzos equivalentes para pagar, según su capacidad³³.

³⁰ Para dar adecuada protección al derecho a la igualdad se debe aplicar el estricto escrutinio cuando existe una norma que toma en cuenta una característica de las llamadas “sospechosas” para la aplicación de una sanción. Esas características son aquellas que las personas no eligen, sino que les son dadas o aquellas que son fundamentales para su plan de vida son ejemplos de categorías “sospechosas” el sexo, la altura, la nacionalidad, la edad, la religión, la ideología, etc. El estricto escrutinio consiste en la inversión de la carga de la prueba de la constitucionalidad de la norma: quien defiende la validez de esa norma debe probar que es fundamental que ella exista y tome en cuenta esas categorías. Se deja de lado el estándar de la razonabilidad: una finalidad (proteger la vida futura) que pueda razonablemente ser conseguida, en un contexto determinado, a través de los medios seleccionados por la norma (imponer pena al que causa aborto y a quien lo consiente). Conf. REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado en razón del sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, ps. 51/61.

³¹ Conf. RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, ps. 28/31, 152/155.

³² RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 36.

³³ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, cit.

Llevando este razonamiento al problema del aborto, la decisión justa sería no penalizarlo, y establecer un sistema estatal que incentive a evitar embarazos no deseados y facilite la decisión de la mujer en favor de no abortar: los que discuten este problema no saben si serán mujeres o varones, pobres o ricos, si querrán abortar o recibirán la noticia del embarazo con alegría, o si su moral o su religión encontrarán inaceptable o tolerable la decisión de interrumpir un embarazo. Esta incertidumbre los llevará a concluir, con los recaudos mencionados, que lo más justo es que aborte quien quiera abortar y que quien no quiera, no lo haga.

VII. LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

Si bien el Derecho a la intimidad no es la razón decisiva para sostener que el aborto no puede ser penalizado, debe tenerse en cuenta que un proceso en el que se investigue si existió o no la interrupción de un embarazo en el cuerpo de la mujer es enormemente intrusivo, y es difícil pensar en algún modo de lograr la convicción, sin ninguna duda, de que la mujer se sometió a un aborto, prescindiendo del cuerpo de la mujer como elemento de prueba.

Sucede que la mayoría de los casos en que se persigue a una mujer por haber consentido un aborto llega a los jueces por la denuncia del médico que atiende a la mujer que acude a un hospital público por una complicación derivada de un aborto mal hecho. La denuncia por parte del médico es un delito, a pesar de que tenga el deber de denunciar, por su calidad de funcionario público; su deber de secreto profesional prevalece por la simple razón de que el cumplimiento de un deber especial —el de médico— prevalece sobre un deber de carácter general —funcionario público—³⁴. Si el médico estuviera autorizado a denunciar a sus pacientes, por el hecho de que él, además de médico es funcionario público, se privaría a todo aquel que no tenga medios para pagar la medicina privada y deba por eso asistir a un hospital público, de su derecho a la intimidad. En caso de que haya cometido un delito que se evidencie en su cuerpo, tendrá que optar, o bien por morir, sin solicitar ayuda médica, o bien autoinclinarse e ir a la cárcel. El pobre estaría en una situación injusta de desigualdad respecto de quien puede pagarle a un médico que no sea funcionario público, que no tiene deber de denunciar delitos.

Por otro lado, la autoinclinación que supondría exhibirle el cuerpo, donde se encuentran las evidencias de la comisión de un delito, a un médico-funcionario público, nunca podría servir para iniciar un proceso penal y menos aún para fundar una sentencia condenatoria, pues el acusado de un delito tiene

³⁴ Así lo decidió la sala 1ª de la C. Nac. Crim. y Corr., 14/2/1995, “Zambrana Daza, Norma Beatriz”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, nro. 8 B, Ad-Hoc. De acuerdo con la decisión, conf. NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., ps. 243/244.

derecho de no declarar contra sí mismo, y una declaración autoincriminatoria solamente puede ser válida si es decidida por el imputado en forma completamente libre y voluntaria. No es libre la autoincriminación de quien exhibe su cuerpo en un hospital porque su vida está en riesgo ³⁵.

VIII. EL ABORTO EN LA ARGENTINA

Brevemente, y sin enumerar gran cantidad de datos empíricos, es una realidad que la amenaza de una conminación penal para la mujer no solamente afecta a su derecho a practicar su plan de vida, a la igualdad y a la intimidad, sino que demasiado frecuentemente se afecta su dignidad, su derecho a la vida y a la integridad física: las cifras de mujeres que ocupan las camas de los hospitales públicos por haberse sometido a abortos clandestinos sin condiciones de salubridad adecuadas y con técnicas incorrectas y la cantidad de muertes como consecuencia de los abortos mal hechos no nos permiten pasarlo por alto. Las mujeres que no pueden pagarle a un médico para que les practique un aborto sin riesgos y sin denunciarlas son las mismas que no pueden afrontar económicamente la llegada de un nuevo hijo ¿qué alternativas le da el Estado a estas mujeres que saben que no podrán darle una vida digna a un nuevo ser, a mujeres que no pueden asegurarse la subsistencia ni siquiera a sí mismas?

Quienes sostienen que es inmoral abortar pierden de vista que más inmoral es llevar a miles de mujeres a la muerte cuando intentan interrumpir un embarazo. Se trata de un intento hipócrita de eludir la responsabilidad social por la pobreza, la falta de instrucción y de salud de gran parte de la población.

El Derecho no puede prescindir de tener en cuenta la realidad social: en la Argentina la mayoría de las familias son pobres, no acceden a la información necesaria para evitar embarazos no deseados ni a los métodos de anticoncepción, a pesar de que hay leyes que imponen la entrega de anticonceptivos hormonales y preservativos gratuitamente y que ponen a disposición la información sobre salud reproductiva; lo cierto es que todo esto no llega en forma efectiva a quienes lo necesitan.

En nuestro país hay entre 460.000 y 600.000 abortos por año, casi un aborto por nacimiento registrado ³⁶. Además, hay solamente una condena cada 100.000 hechos ³⁷. Estas cifras demuestran una grave e insuperable ineffectividad del sistema penal y lo ridiculiza: ninguna mujer que no desea estar embarazada se encuentra con verdaderos obstáculos para abortar. La mujer que pue-

³⁵ En este sentido se pronunció la C. Nac. Crim. y Corr. Capital Federal, en pleno, 21/8/1966, "Natividad Frías". También en el caso "Zambrana Daza, Norma Beatriz", mencionado en la nota anterior.

³⁶ CARABAJAL, Mariana, "Las cifras para abrir el debate", *Página/12* del 2/6/2007.

³⁷ Datos extraídos de un artículo de doctrina: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza", LL 1998-F-552.

da pagar un precio alto para que le realicen la intervención en forma segura lo hará y continuará su vida del mismo modo que antes; la mujer pobre abortará por otros medios y pondrá en riesgo su propia vida. En cualquier caso, si el aborto no afecta gravemente a la salud de la mujer, nadie se enterará de lo sucedido.

No quisiera pensar que se confía en que la norma que penaliza el aborto protege el valor de la vida, porque entonces sí que la vida no vale nada.

La ausencia de denuncias y de procesos judiciales por casi todos los casos de aborto crea una fuertísima presunción de que no existe un conflicto de gran entidad: cuesta imaginar que nadie note que una persona adulta desaparece, deja de existir, los homicidios nunca pasan desapercibidos, tampoco los robos, porque existe un conflicto; en el caso de los abortos la regla es que no sean denunciados porque no hay injerencia por parte de una persona en la autonomía de nadie.

Por otro lado, el hecho de que tantas mujeres se sometan a prácticas abortivas demuestra que en verdad no existe el consenso necesario para mantener la penalización en un Estado democrático de Derecho, no solamente por la frecuencia y masividad de la realización de la conducta que actualmente está prohibida, sino también porque la mayoría de la población considera que el aborto no debe estar prohibido³⁸. Para amenazar con pena legítimamente una conducta debe haber un consenso prácticamente unánime en la sociedad acerca de que esa conducta es reprobable y debe ser perseguida por el Estado la persona que la cometa³⁹.

IX. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

Teniendo en cuenta los argumentos de este trabajo, es necesario concluir que es conveniente una reforma legislativa.

He sugerido que la penalización del aborto es inconstitucional o, al menos, que cualquier juez tendría buenos argumentos para declarar la inconstitucionalidad de los tipos penales referidos a la interrupción voluntaria de embarazos. Sin embargo, esta opción no parece ser la más sana desde el punto de vista democrático. Más valioso sería que se dé un profundo debate en la sociedad, en el que sean escuchadas las voces de todos los que podrían sentirse afectados por la nueva norma.

Hay que tener en cuenta que el Poder Judicial y el control de constitucionalidad son cuestionados por ser contramayoritarios y por no tener legitimidad democrática.

³⁸ CARABAJAL, Mariana, "Las cifras...", cit. Ver también *La Nación* del 23/6/2007, "Sondeo en apoyo del cambio legal" y la página de Internet www.despenalización.org.ar.

³⁹ Conf. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit., ps. 6/7, 17/18.

Los jueces son elegidos por los poderes políticos que tienen legitimidad en un momento determinado y adquieren estabilidad en sus cargos, mientras dure su “buena conducta”; son representativos de las mayorías sólo en forma indirecta. No están sujetos al control de las mayorías en cuanto al contenido político de sus decisiones, como sí lo están los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, cuando se someten periódicamente a elecciones; los jueces solamente pueden ser destituidos por los poderes políticos cuando hayan cometido graves irregularidades en el ejercicio de sus funciones⁴⁰. Es por esto que, desde el punto de vista de la democracia, sería mejor y más justo que se discuta abiertamente en la sociedad el problema del aborto, en lugar de que la fundamental decisión de despenalizarlo sea dejada en manos de una persona, de tres o de siete, que no han sido elegidas por las mayorías y no las representan adecuadamente.

Aquí se argumentó en el sentido de que la autonomía de la mujer no puede ser cercenada para que, cuando esté embarazada, no pueda decidir dejar de estarlo en un momento anterior al nacimiento natural del niño que gesta. Consecuentemente con este modo de pensar, puede sostenerse que el aborto debe estar permitido hasta el momento en que el feto es viable fuera del seno materno, esto es, actualmente, los cinco meses de gestación, aproximadamente. Luego de ese tiempo, la mujer puede solicitar la inducción al parto, de modo tal que el niño nazca y se le proporcionen todos los tratamientos posibles para mantenerlo bien de salud y lograr que sobreviva.

Sin embargo, parece que puede resultar inapropiado establecer legislativamente un plazo para poder realizar abortos y, vencido éste, que se realice una inducción. Sabemos que es científicamente posible que un niño nazca después de cinco meses de gestación y sobreviva sin embargo, quienes nacen en forma muy prematura tienen, frecuentemente, problemas de salud que, en algunos casos, pueden afectarlos durante toda la vida. Parece difícil de aceptar que la decisión de inducir al parto pueda determinar que la nueva persona tenga deficiencias importantes de por vida. La solución de este problema, consecuente, en principio, con lo sostenido en este trabajo, parece ser que en cada caso concreto se estudien las condiciones de desarrollo del feto, para ver si tendrá posibilidades de nacer sin mayores problemas de salud, es decir, si ha llegado, concretamente, a tener algún grado de autonomía; si se concluye que el feto es ya viable, parece que el aborto ya no debería ser posible, pero sí la inducción al parto.

Lo central es que las mujeres no estén obligadas a permanecer embarazadas, si su voluntad es dejar de estarlo, sin que ellas tengan derecho a disponer del feto que, por el tiempo de desarrollo que tiene, ya tiene posibilidad de pro-

⁴⁰ Sobre este tema se puede ver un desarrollo mayor y más profundo en el excelente ensayo de BENENTE, Mauro, “Decretos de necesidad y urgencia en la reforma de 1994. Problemas del mensaje y sus receptores en el ejercicio del control de constitucionalidad”, en este mismo volumen.

longar su vida sin depender del cuerpo de ella. El feto viable ya tiene un grado de autonomía y es, por eso, un ser valioso, portador de todos los derechos inherentes a las personas.

Sin embargo, al reconocer que un feto viable ya tiene suficiente valor como para que su vida sea protegida se torna problemático sostener que la autonomía de la mujer debe prevalecer sobre la vida biológica del feto, porque, en verdad, el conflicto es ya autonomía *versus* autonomía. El problema que representa la situación de que una mujer desee dejar de estar embarazada antes de que el feto nazca en forma natural, pero habiendo pasado suficiente tiempo como para que el feto pueda, razonablemente, prolongar su vida fuera del vientre de la mujer, aunque, con gran probabilidad de sufrir gravísimos problemas de salud, debe ser otra cuestión central del debate sobre la despenalización y legalización del aborto.

Existen otros problemas que una ley que despenalice el aborto deberá afrontar, como la objeción de conciencia. Muchos médicos pueden sentir que realizar un aborto violenta sus convicciones morales. Me parece que es importante dejar a salvo el derecho de los profesionales de la medicina a ejercer su libertad de conciencia y permitirles negarse a realizar abortos. En estos casos existe una tensión entre el derecho del médico y de la mujer a que le practiquen un aborto. Se trata de una cuestión verdaderamente delicada, que debería estar en el centro de la discusión acerca de la despenalización y legalización del aborto.

Aunque el aborto sea practicado en forma masiva, hay que tener en cuenta que en nuestro país hace muchísimos años que es considerado un delito y eso provoca que la realización de abortos, tanto por parte de las mujeres que los solicitan como de los médicos que los realizan, sea un tema tabú, algo que se calla y se niega. Esto es provocado por el miedo a la persecución penal, y por la desaprobación social y cultural que suele representar la comisión de un delito, sumado a la abierta opinión de la Iglesia, en el sentido de que cometer un aborto es cometer un pecado. Es por esto que es previsible que muchos médicos deseen declarar que ellos no están de acuerdo con realizar abortos. Pero es esperable que, luego de la despenalización se profundice el cambio cultural, y el aborto deje de parecer un acto incorrecto. Con un cambio de ley, la desaprobación social puede disminuir y los problemas de objeción de conciencia serán menos frecuentes que al comienzo.

X. REFLEXIONES FINALES

He centrado mis argumentos en favor de la despenalización del aborto en el valor de la autonomía de la mujer que debe decidir si desea continuar con un embarazo o interrumpirlo. Para concluir este ensayo, creo necesario volver a afirmar que la autonomía de la voluntad es el fundamento de la existencia de

cualquier derecho y es por eso que no puede ser tratado como un valor de segunda jerarquía.

El Estado de Derecho surge a partir de un pacto o contrato social suscripto por muchos individuos libres ⁴¹. De esa manera se conformaba la sociedad civil y se creaba el Estado, que debía acabar con la violencia y brindar seguridad a los ciudadanos. Los individuos, libres por naturaleza, enajenaban parte de su autonomía, para lograr conservar su vida y su tranquilidad ⁴². Ese Estado debía ser limitado, para evitar que el reconocimiento del deber de obediencia a un soberano permitiera que se prive a los individuos de la porción de libertad que conservaban. Para limitar al Estado surge el constitucionalismo y la regla del artículo 19 de nuestra Constitución, que deja a salvo la porción de autonomía que los individuos se reservaron para sí al pactar la creación de un soberano ⁴³.

El Estado tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las personas que están de acuerdo en que es mejor ceder un poco para conservar bastante de su libertad natural de elegir el propio plan de vida, renunciando a dañar a otro; tal es la idea ficcional que justifica la existencia del derecho y del Estado.

La autonomía no puede ser de menor jerarquía que otro derecho, pues es la única que legitima el Derecho y permite la existencia de todos los otros derechos.

La Constitución y el Estado de Derecho no pueden estar por debajo de las convicciones religiosas o morales de una porción de la sociedad. Las normas deben ser creadas conforme a las preferencias de la mayoría de los ciudadanos, pero solamente se puede amenazar con pena las conductas que, además de ser tendentes a dañar a otro, sean percibidas en forma prácticamente unánime por la comunidad como conductas que si estuvieran permitidas y fueran practicadas usualmente, causarían la destrucción de la sociedad civil ⁴⁴.

El aborto es practicado de hecho en forma masiva y una buena porción de los argentinos no cree que sea reprobable interrumpir un embarazo, están convencidos de que nunca debería ser perseguido quien intervenga en un aborto. Es por ello que interrumpir un embarazo no puede ser un delito: no es respetuoso del Estado de Derecho mantener los tipos penales que amenazan a las mujeres y a los médicos que intervienen en abortos consentidos.

⁴¹ Conf. entre otros, LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Ladosur, Buenos Aires, 2002, p. 71; ROUSSEAU, Jean J., *El contrato social*, Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 8; HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, trad. de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, 4ª ed., Tecnos, Salamanca, 1993, p. 128.

⁴² LOCKE, John, *Segundo tratado...*, cit., ps. 89/92.

⁴³ LOCKE, John, *Segundo tratado...*, cit. También, entre otros, conf. GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 241; NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 259. Ver además el fallo Corte Sup., "Bazterrica", LL 1986-D-550 y ss.

⁴⁴ Conf. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- FARRELL, Martín, *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
— *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
— *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, trad. de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, 4ª ed., Tecnos, Salamanca, 1993.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
— *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1999.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morrente, Austral, Madrid, 1977.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1971.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Ladosur, Buenos Aires, 2002.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal, t. I. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
— *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado en razón del sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- ROUSSEAU, Jean J., *El contrato social*, Perrot, Buenos Aires, 1971.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, t. I, "Fundamentos, la estructura de la teoría del delito", Civitas, Madrid, 1997.
- SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal, Parte general*, t. I, 3ª ed. reelaborada y amp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
— *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general, I, el hecho punible*, trad. de la 2ª ed. alemana de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.