



Aborto: la política criminal, entre la vida y la libertad

Cecilia Hopp

Estudiante de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Secretaria de Redacción de la Revista *Lecciones y Ensayos*. Correo
electrónico: ceciliahoppp@hotmail.com

Resumen

El trabajo se propone reflexionar acerca de los problemas éticos, prácticos y político-criminales que plantean el aborto y la protección de la vida prenatal. Se abordará la pregunta acerca de si el feto posee vida humana y cómo debe valorarse, se reflexionará acerca de la colisión de bienes jurídicos que entran en conflicto cuando una mujer quiere interrumpir su embarazo y la debida ponderación de tales derechos. Se sustentará, en consecuencia, la idea de que un Estado de Derecho no tiene el deber de penalizar el aborto pero sí debe desplegar políticas de protección de la vida prenatal. Por último, se analizarán las distintas formas posibles de regular el aborto: sistema de plazos y sistema de indicaciones y se reflexionará acerca de la debida regulación sobre la objeción de conciencia en relación con el aborto.

Palabras clave: Aborto; política criminal; comienzo de la vida; derechos de las mujeres; autonomía; Estado de Derecho; objeción de conciencia.

Aborto: la política criminal, entre la vida y la libertad*

Presentación

El objetivo de este trabajo es abordar ciertos problemas éticos, prácticos y político criminales que plantea la protección de la vida del feto, luego de su concepción y antes de su nacimiento. En particular, habrá que indagar si el feto tiene vida humana y, si es así, si su vida posee un valor distinto que la de una persona que ya ha nacido. Una vez que se pueda sustentar una posición referida a la existencia y al valor de la vida del feto, se podrán abordar algunos problemas éticos que plantea la interrupción voluntaria de su gestación.

Se tendrá en cuenta que en el tema que se analizará no solamente se encuentra en juego la vida prenatal (si es que la hay), sino que debe entrar en consideración la concurrencia de los derechos fundamentales de la mujer embarazada que desea interrumpir la gestación. Los derechos de la mujer, en estos casos, deben ser ponderados junto con el valor de la vida humana en desarrollo, para poder llegar a una respuesta razonable y éticamente aceptable.

Por último, se abordará qué políticas legislativas se puede adoptar frente a los casos en que la mujer embarazada no desea estarlo. Concretamente, acerca de la posibilidad o no de penalizar el aborto. Esta parte final analizará la conveniencia o inconveniencia de amenazar con pena a las mujeres que deciden interrumpir sus embarazos y a los médicos que las asisten, teniendo en cuenta, de manera especial, el debido respeto a los derechos fundamentales en un Estado de Derecho.

Acerca del comienzo de la vida

La determinación acerca de cuándo comienza la vida es un aspecto de enorme relevancia en relación con el aborto, pues si existe vida humana, existe un bien jurídico a proteger y es entonces cuando es posible que el Estado intervenga para evitar su destrucción, mediante la penalización de cualquier acción que ataque ese bien jurídico.

Es un principio liberal básico, que ha sido recibido en las constituciones liberales del siglo XIX, y se mantiene en las más modernas, que solamente puede prohibirse aquellas acciones que tiendan a dañar derechos de terceros. Por lo tanto, si el feto es parte de la mujer y no una vida distinta de ella, no sería permisible en un Estado de Derecho penalizar el aborto, pues el aborto sería equivalente a provocarse una autolesión, o a cortarse una uña.

Sin embargo, las intuiciones más básicas nos indican que el valor del feto es algo más que el de una uña. Es que luego de una gestación exitosa se produce el nacimiento de un niño

* Este trabajo fue realizado parcialmente durante una estadía de estudios de su autora en la Universidad Autónoma de Madrid durante los meses de febrero a julio de 2009. En ese período la autora se benefició de una beca otorgada por el Banco Santander a través de un convenio entre la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Autónoma de Madrid.

que posee vida humana indiscutiblemente y que por ello porta todos los derechos inherentes a las personas de manera irrevocable.

Es entonces importante la pregunta: ¿tiene el feto vida humana? En el caso “William L. Webster v. Reproductive Health Services”, de octubre de 1988 la Corte Suprema de Estados Unidos consultó a 167 *amici curiae*, expertos en ciencias y medicina incluso a 11 ganadores del Premio Nobel, acerca del momento en que comenzaba la vida humana. La respuesta unánime de estos expertos fue que era imposible para la ciencia determinar ese momento y que, en cualquier caso, existen diversas respuestas a este interrogante, no hay una respuesta científica que tenga el consenso necesario.¹

Como vemos, la ciencia no nos podrá solucionar el problema. Por otro lado, creo que tampoco deberíamos tomar sus respuestas como algo determinante,² pues más allá de lo que diga la ciencia en este punto, que es interesante y útil, la determinación de si existe derecho a la vida en el feto o no, es una cuestión ética.³ ¿A qué queremos darle tal valor? Es la pregunta que debemos hacernos, pues el mismo concepto de vida como bien jurídico es un concepto al que se atribuye valor culturalmente y no se trata de una verdad inmutable.⁴ Aún cuando pudiéramos saber, sin lugar a dudas, cuándo existe vida biológica, lo que debemos preguntarnos es si a todo tipo de vida humana, en el sentido biológico, queremos atribuirle el mismo valor o no.

Cabe aclarar que, para determinar esta definición normativa del concepto y el valor de la vida es conveniente y necesario tener muy en cuenta la realidad, de ahí la enorme importancia de los aportes de la biología al debate jurídico.⁵ Sería arbitrario definir la vida de una manera claramente contradictoria con la que la ciencia indica. En este sentido, un aporte importante de la ciencia es el de definir distintas etapas de desarrollo, pues ellas pueden ser tenidas en cuenta para determinar la valoración creciente de la vida prenatal: a más desarrollo, más valor y mayor protección.

Para concluir este apartado, baste decir que:

¹ También la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Vo v. Francia”, Nº 53924/00, del 8 de julio de 2004, afirma que “no es ni deseable y ni siquiera posible en el estado actual de las cosas, responder en abstracto la cuestión de si el no nacido es una persona a los fines del artículo 2 de la Convención”.

² En este sentido Ruiz Miguel, Alfonso (1990). *Aborto: problemas constitucionales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, pp. 30-31. Este autor considera que la ciencia sí determina cuándo comienza la vida, sin embargo, señala que incurre en una falacia naturalista quien sostiene que porque el feto tiene vida biológica, entonces debe tener derecho a vivir, se trata de derivar una conclusión de deber ser a partir de una premisa referida al ser.

³ En este sentido, Dworkin, Ronald (1992). *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Trad. Al español de Ricardo Caracciolo y Victor Ferrés. Ed. Ariel, Barcelona. p. 33. También Balbin, Carlos. *El aborto: ¿Derecho a la subsistencia del feto o derecho a la autonomía de la mujer?* En: *La autonomía personal*. Obra colectiva. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 136.

⁴ Esta discusión puede y, según mi opinión, debe ser sometida al debate democrático, en el que se expongan las distintas posturas acerca de la definición y valoración de la vida. Es sabido que sobre esto hay un acuerdo indudable cuando hay vida ya nacida, pero que hay desacuerdos radicales en cuanto al momento anterior, hasta ahora ni la ciencia, ni la filosofía, la antropología ni la religión han podido convencer a todos, de modo tal que no parece haber posibilidad de cerrar el debate.

⁵ En este sentido, Lorenzo Copello, Patricia (1990). *El aborto no punible*. Ed. Bosch, Barcelona. pág. 79.

- a) La biología no puede dar respuesta al interrogante acerca de cuándo comienza la vida humana, pero es sabido que existen distintos momentos de la gestación, la cual es progresiva.
- b) La decisión de cuándo hay vida como bien jurídico y con qué intensidad protegerlo no es algo que se pueda determinar por medio de la biología, sino que es una cuestión que debe determinarse culturalmente, sin perjuicio de la importancia de los aportes de la biología, descriptivos de la realidad, que resultan valorativamente muy relevantes.
- c) El concepto de vida y la atribución de valor al feto es una pregunta moral, cuestión que se desarrollará en el próximo apartado.

Cuestiones éticas acerca de la valoración del feto

Sobre la base de las conclusiones del apartado anterior, en particular, la de la imposibilidad de determinar con seguridad el comienzo de la vida humana por parte de la biología y la necesidad de reconocer que se trata de una cuestión moral, debemos preguntarnos qué se debe proteger y con cuánta intensidad.

La pregunta es, entonces, qué valor podemos darle a un feto, suponiendo que consideramos que posee vida en un sentido biológico.⁶ ¿Vale la vida del feto tanto como la de alguien que ya ha nacido y puede prolongar su vida biológica en forma completamente independiente de cualquier otro ser humano?

Veamos nuestras intuiciones. Se habla a veces de la vida en formación,⁷ como un bien jurídico distinto de la vida de un ya nacido, o como el mismo, que tiene un valor diferente, debido a su grado de desarrollo.⁸ Esta es mi intuición moral, sea vida u otra cosa, el feto tiene un valor jurídicamente considerable.⁹ Sin embargo, existen distintos momentos de desarrollo del feto, que lo hacen más semejante a la persona ya nacida,

⁶ En el sentido de que sí hay vida humana, Ferrater Mora, José y Cohn, Priscilla (1981). *Ética aplicada. Del aborto a la violencia*. Ed. Alianza, Madrid, pp. 41-43. Dworkin habla de la eliminación deliberada del embrión humano en desarrollo, dice que se trata de la elección de la muerte en un momento anterior a que la vida en serio haya comenzado. Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida (...)* Op. cit, p. 9. Ésta es, justamente, la pregunta central cuando se trata el tema de los procedimientos científico- tecnológicos de creación de embriones humanos, pues debemos determinar si eso ya debe ser protegido por su valor en sí mismo; en el tema que nos ocupa ahora, como veremos, la pregunta no es tan simple, pues no solamente se trata del valor del embrión, sino de los derechos de la mujer embarazada, en este caso la respuesta jurídica debería ser tal que permitiera resolver los casos en que estos valores colisionan en forma razonable, esto es, teniendo en cuenta ambos valores.

⁷ Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. y notas de Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, §2, pp.64-65 n°27 (Versión original en alemán: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 2. Auflage, Beck, München, 1994).

⁸ En este sentido, considero que no resulta determinante saber si el aborto protege el mismo bien jurídico que el homicidio, pero con menor intensidad, o si es que el bien jurídico es otro. Bajo Fernández sostiene que sí se trata del mismo bien jurídico en ambos casos Bajo Fernández, Miguel (2003). *Compendio de Derecho Penal. Parte especial. Vol. 1*, ed. C.E.R.A., Madrid, p. 289.

⁹ En este sentido Ferrater Mora, José y Cohn, Priscilla *Ética aplicada (...)* Op. cit. nota 4.

conforme se acerca justamente el momento en que la gestación está completa¹⁰ y se produce el nacimiento, la separación del cuerpo de la mujer.

En este sentido, si pensamos que el hito que determina que se tenga ya sin lugar a dudas derecho a la vida y la consiguiente dignidad humana es el de la supervivencia a la separación del cuerpo de la mujer —el nacimiento—, se puede afirmar que es ése el momento en que el derecho a la vida debe ser protegido y es indiscutible que esa protección debe ser a través del Derecho penal. Conforme a estas intuiciones, podría sostenerse que la vida humana adquiere un valor suficiente para ser protegida por el Derecho penal a partir del momento de su *viabilidad*,¹¹ que indica cuándo el feto tiene un desarrollo suficiente para vivir fuera del claustro materno, es decir, que podría nacer y permanecer con vida.¹²

Como se ha sugerido, al parecer existe en el feto un valor, pero éste no es el mismo, o no es tanto como el de la persona ya nacida. Esta intuición se puede contrastar con un caso construido:

Una mujer embarazada de dos meses sufre un accidente y muere. Los médicos logran extraer el feto y preservarlo mediante alimentación y su permanencia en una cápsula especial que reproduce las condiciones del seno materno. Sin embargo, no es posible que el feto continúe su desarrollo. Él sigue “vivo” pero no podrá llegar a prolongar su vida fuera de ese medio ni mutará de tal forma que logre adquirir apariencia y las cualidades características de una persona nacida.¹³

¹⁰ Se trata de la progresividad de la vida humana, que nos impone pensar si es que el valor atribuido al feto o embrión tiene que ver con un valor en sí mismo, o se trata de un valor por su potencialidad, esto es, si su valor es en verdad un reflejo de lo que podrá llegar a ser en el futuro. En cualquier caso el Derecho penal puede proteger potencialidades y es, en muchos casos, conveniente que lo haga. Un trabajo aparte merece el dilema que presenta distinguir valorativamente entre las distintas etapas, las cuales se nos presentan como progresivas, de modo tal que no es posible determinar a partir de qué momento se produce el hito que determina el cambio de valoración ni explicar cómo es que se puede valorar distinto un momento del otro sin poder distinguir cuándo se produjo el cambio, se trata de la paradoja de los sorites. Sobre este tema Molina Fernández, Fernando (2005). *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*. En: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, ed Thomson- Civitas, Madrid, pp. 691-742.

¹¹ Luego de los 5 meses de gestación, aproximadamente. Se ha registrado algún caso en que un niño nacido luego de sólo 19 semanas de gestación, sobrevivió. Cf. *Seis horas de quirófano que preservaron la vida*. En: *La Nación*, edición del 29/01/2009, Buenos Aires, disponible también en <http://www.lanacion.com.ar/cienciasalud/index.asp>. Esta opinión se encuentra en Ferrater Mora, José y Cohn, Priscilla. *Op. cit.* pp. 41-59. Dworkin sugiere que es determinante el desarrollo de la capacidad de sentir dolor y la consecuente posibilidad de tener intereses presentes, suceso que fija, con fundamentos en la embriología, en un momento aproximado al de la viabilidad. Dworkin, Ronald. *Op. cit.*, pp. 25-29.

¹² Nótese que aquí se tiene en cuenta los datos aportados por la biología: se valora que ese grado de desarrollo que nos indica la ciencia que existe en un momento aproximadamente determinado, es ya bastante para una determinada protección jurídica. Éste es el criterio que adopta la legislación holandesa sobre aborto, que permite la interrupción voluntaria del embarazo libremente en las primeras 24 semanas; este plazo es ahora cuestionable, pues han nacido y sobrevivido niños que solamente se gestaron durante 19 semanas, sin embargo, 24 semanas es reconocido como el momento en que se adquiere, en promedio, la viabilidad extrauterina.

¹³ Este caso reproduce uno sustancialmente igual en Farrell, Martín (1993). *La ética del aborto y la Eutanasia*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 36.

Este caso pone en problemas a quienes sostienen que hay una vida humana desde el momento de la concepción y que esa vida tiene el mismo valor que el de cualquier otra, por ejemplo, la de la mujer embarazada, puesto que es verdaderamente contraintuitivo decir que ese feto, que nunca se desarrollará, vale lo mismo que cualquiera de nosotros.

Distinto es el caso en que el feto ya está formado de manera tal que pueda seguir desarrollándose fuera del seno materno, mediante la aplicación de técnicas médicas que permitan su crecimiento hasta el momento en que estaría listo para nacer. Éste parece ser un *status* moral distinto.¹⁴

Quienes sostienen que la vida del feto, aún el que no ha llegado a la etapa de la viabilidad, vale lo mismo que cualquier otra vida humana, se basan en su potencialidad. Ellos sostienen que si no se obstaculiza el desarrollo del feto, él será una persona humana completa.¹⁵ Pero justamente, aquello que puede llegar a ser “A”, es porque no es “A”, sino otra cosa,¹⁶ sin contar que no es en modo alguno seguro que la gestación vaya a llegar a término en forma exitosa, dando como fruto el nacimiento de una persona.

Otras cuestiones que pueden poner a prueba nuestras intuiciones morales acerca del valor de la “vida” del feto son los casos en los que la pregunta es si es permisible abortar en casos en los que la vida o la salud de la madre corren riesgos, o bien los casos de aborto eugenésico (en los que el feto sufre una malformación grave), o en casos de violación. Estas situaciones están previstas en varios ordenamientos jurídicos como motivos de permisión del aborto, como excepciones a la regla de la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo.¹⁷

¹⁴ Este caso abre otras preguntas, en los casos en los que el feto sí puede llegar a desarrollarse fuera del seno materno en una incubadora, o en los casos en que se mantienen ciertas funciones vitales de una mujer embarazada ya muerta para que sirva de “incubadora natural”, la pregunta es, si, no habiendo una madre de por medio, el feto tiene una mayor protección que si se tratara de un feto dentro de una mujer, también cabe preguntarse si su eliminación es un aborto o un homicidio. Brevemente, me parece que el feto que no depende de una mujer sí tiene una mayor protección, pues aquí no hay una colisión de derechos, de modo tal que no habría buenas razones para eliminar tal bien jurídico, por otro lado, en cuanto a si se trata de un aborto o un homicidio, considero que, puesto que todos los fetos son iguales en cuanto a su valor intrínseco (tienen valor, pero menor que el de una persona ya nacida), no se justificaría la imposición de la pena del homicidio para el caso de la eliminación de un feto que se encuentra en gestación, aunque ella no dependa de una mujer.

¹⁵ Una reflexión más extensa acerca de este argumento en Ruiz Miguel, Alfonso *El Aborto (...)* Op. cit., pp. 52-57, llega a una conclusión similar a la que aquí se razona: la vida potencial vale, pero no tanto como la presente.

¹⁶ Es que el argumento de la potencialidad puede ser utilizado tanto para argumentar la permisibilidad de abortar como lo contrario. Por un lado, un feto tiene la potencialidad de ser una persona completa y autónoma y, como no es posible determinar cuándo comienza a ser un ser humano tan valioso como los nacidos, entonces se debe respetar la existencia del feto e incluso la del embrión, no siendo permisible abortar. Sin embargo, invirtiendo el argumento, como lo que en realidad tiene valor es la vida humana del nacido, el feto tiene, a lo sumo, un valor reflejo por su potencialidad, pero lo cierto es que no es un ser humano. Cf. Wertheimer, Roger (1992). *Comprender la discusión sobre el aborto*. En: *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, obra colectiva. Ed. Cátedra, Madrid, pp. 55-56.

¹⁷ A modo de ejemplo, encontramos esta norma en el código penal argentino (art. 86), art. 417bis del código penal español (actualmente vigente, pero modificado por el Congreso español el 24 de febrero de 2010, esta reforma aun no está vigente), también existen estas permisiones en el derecho colombiano.

Respecto de estos casos existe menos resistencia a aceptar que es permisible abortar y esto refleja justamente que el valor de la “vida” del feto, cuando se enfrenta, por ejemplo, con la salud o la vida de la mujer que lo gesta, siempre debe ser sacrificada, debemos, entonces preguntarnos ¿por qué? Detrás de esta intuición, reflejada en las normas de la mayoría de los códigos penales,¹⁸ se esconde justamente que *no es lo mismo* el valor del feto, potencial persona, que la de la persona *presente* y es por eso que se da prevalencia a los derechos de la mujer embarazada.

Si hubiera un conflicto entre la salud o la vida de la mujer y la vida del feto, no se justificaría la eliminación del feto en legítima defensa, puesto que sería muy forzado hablar aquí de una legítima defensa contra una agresión ilegítima del feto hacia la mujer,¹⁹ ¡El feto es inocente!

¹⁸ En Colombia, a partir de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional se permite la interrupción voluntaria de embarazos que ponen en peligro la vida o la salud de la embarazada, en casos de grave malformación del feto incompatible con la vida y cuando el embarazo es producto de un ataque sexual, incesto, inseminación artificial o trasplante de óvulo no consentido. También España, art. 417bis del código penal, permite el aborto en los casos en que el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la mujer, o es producto de una violación (se trata de la ley vigente al 24 de febrero de 2010, sin embargo, se ha aprobado una reforma de la ley penal que permite el aborto voluntario durante las primeras 14 semanas de embarazo, esta ley no ha entrado en vigor aún); Argentina, art. 86 código penal, se prevé la posibilidad de abortar cuando hay riesgo para la vida o la salud de la mujer, o si el embarazo fue producto de la violación de una mujer “idiota o demente”; en Guyana, entre las 8 y las 12 semanas de gestación es lícito abortar si se da alguna de las circunstancias previstas en la ley, que es bastante permisiva en este período, reduciendo las causales de permisión a partir de las 16 semanas, cuando solamente se permite el aborto a causa de riesgo para la salud o la vida de la mujer o del feto; en Italia antes de los noventa días es posible interrumpir el embarazo si representa serio peligro para la salud física o psíquica de la embarazada, teniendo en cuenta sus condiciones sociales, económicas o familiares, o por las circunstancias en las que se produjo la concepción, o debido a una anomalía o malformación del feto. Pasados los noventa días se permite abortar solamente si el embarazo o el parto ponen en riesgo la vida de la mujer o cuando existan malformaciones del feto que reporten peligro para la embarazada (ley 194/1978); En Noruega hasta de las doce semanas se puede interrumpir el embarazo sin restricciones, luego solamente cuando el embarazo, el nacimiento o la crianza representen un sufrimiento irrazonable para la salud física o mental de la mujer; cuando el embarazo, el nacimiento o la crianza pueda poner a la mujer en una situación de vida difícil; cuando exista riesgo de que el niño sufra una seria enfermedad genética o enfermedad o daño durante el embarazo; cuando el embarazo sea el resultado de un delito; cuando la mujer sufre de una enfermedad mental severa o tiene un retardo en grado considerable. Después de la semana dieciocho sólo se puede interrumpir el embarazo si hay razones importantes para hacerlo. Sin embargo, si se considera que el feto es viable, la terminación del embarazo no debería realizarse. En Bolivia se permite la interrupción del embarazo cuando éste es consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, y cuando se practica con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, si este peligro no podía ser evitado por otros medios (art. 266, código penal). En Brasil es permitido el aborto si no hay otro medio para salvar la vida de la mujer o si es producto de estupro u otra forma de violencia sexual (art. 128, código penal). También existe una causal fijada en la jurisprudencia en aquellos casos de malformación del feto incompatible con la vida extrauterina, reiterada en la *Norma Técnica de Atención Humanizada de Aborto*. Esto significa que de hecho se ha venido autorizando el aborto o la inducción al parto por parte de los jueces, y cuando la mujer lo solicita, en los casos de malformaciones fetales incompatibles con la vida humana tales como la anencefalia. Para ello, la mujer debe solicitar la autorización al juez y debe tener el acuerdo de su médico. En Perú sólo se permite cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente (art. 119, código penal). Información extraída de http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/publicaciones/Aborto_Legal.pdf.

¹⁹ Cuello Contreras, Joaquín (2002). *El derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito.*, 3ra edición, ed. Dykinson, Madrid, pp. 801-818.

Es dudoso, además que el aborto a favor de la salud o la vida de la madre pueda ser justificado mediante el estado de necesidad, pues esta causa de justificación supone que el bien jurídico que se sacrifique sea de un valor claramente menor que el que se salva²⁰, de modo tal que, si se considerara que el bien jurídico protegido es el de la vida, ni siquiera se podría invocar un estado de necesidad justificante cuando el embarazo amenaza la vida de la mujer.²¹

Puede entrar en consideración, por último, el estado de necesidad exculpante, que supone no exigir una actitud heroica de una persona cuando sus derechos fundamentales están en riesgo, interpretar en este sentido la permisión de abortar en los casos de riesgo inminente y grave para la salud o la vida de la mujer embarazada supondría una interpretación muy restrictiva del permiso, puesto que se debe tratar de una situación extrema en la que en definitiva el Derecho decide no intervenir, por lo excepcional de las circunstancias.²² El concepto de estado de necesidad disculpante, como vemos, parece ser contradictorio con la previsión legal *a priori* de estos casos.

Todo indica, entonces, que la expresa permisión legal de abortar en los casos en que la vida o la salud de la mujer están en riesgo, es una valoración legislativa desfavorable hacia el valor del feto pues hace prevalecer *en todos los casos* el derecho de la mujer a la vida o a la salud, decisión que, por cierto, no me parece objetable y no parece ser ampliamente criticada en la sociedad.

Tampoco se podría encontrar argumentos jurídicos para justificar la eliminación de la vida del feto, si ella valiera tanto como cualquier otra, en los casos en que la concepción es producto de una violación. Nuevamente, el feto es inocente y es él el que paga con su vida. La intención de este argumento es justamente contrastar la intuición de que no es moralmente correcto obligar a una mujer a llevar a término un embarazo no deseado, cuando éste fue producto de una violación, con la afirmación de que la vida del feto es un valor absoluto y que ésta vida es igualmente valiosa que la de cualquier persona ya nacida. Yo creo que esta actitud generalizada de piedad hacia los sentimientos, la dignidad y la salud mental de la mujer violada, justamente pone en problemas a la idea de que la vida del feto es vida como la nuestra, lisa y llanamente.

²⁰ *Ibidem*, pp. 837-867.

²¹ Lorenzo Copello se expresa en el sentido de que sí se trata de un estado de necesidad justificante. Basándose justamente en que el bien jurídico de la vida en germen es menor a los bienes jurídicos de la mujer. Es importante señalar que ésta es la mejor interpretación de esta indicación desde el punto de vista político criminal y ético, pues supone que se trata de un hecho *lícito*, no disvalioso, por estar justificado, no supone un reproche moral; por otro lado, también es la mejor opción para que, como es razonable y necesario, el que colabore en el aborto también quede impune, para casos de error y para que no haya obstáculos en que el Estado pague los abortos no punibles según el código penal. Cf. Lorenzo Copello, Patricia, (1990), *El aborto no punible*, Ed. Bosch, Barcelona, pp. 57-58.

²² Cf. Jescheck, Hans Heinrich (1993). *Derecho Penal. Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego, cuarta edición, ed. Comares, Granada, §44, pp. 435-441 (título original de la obra *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil 4. Vollständig neubearb. u. erw. Aufl.*, Berlin, 1988).

Se sostiene, en consecuencia, que es palmariamente incompatible con la dignidad humana obligar a una mujer que ha sido violada a continuar con un embarazo que es la consecuencia de ese ultraje.²³

Por otro lado, normalmente se acepta la idea de que no es posible que el Estado exija a una persona que, contra su voluntad, tome una actitud heroica en un conflicto que no generó y esto fundamenta también la inexigibilidad de continuar con el embarazo que fue producto de una relación no consentida.²⁴

Respecto de este argumento existe otro caso construido bastante conocido:

Un señor "T" se levanta una mañana y se encuentra conectado a un famoso violinista, quien sufre de una enfermedad grave de sus riñones. Al señor "T" le explican que los han conectado porque de esa manera se salvaría la vida del famoso violinista, pues los riñones sanos de "T" son capaces de abastecer las necesidades para que funcionen los cuerpos de ambos. Le explican, asimismo, que si se desconecta del violinista, ya no habría solución para el problema y que el violinista moriría.²⁵

La intuición mayoritaria acerca del caso del violinista es que "T" debe tener derecho a desconectarse, pues es demasiado pedir que él se haga cargo de salvar la vida de alguien, especialmente cuando él no intervino en la creación del riesgo para esta persona.

Veamos ahora el caso de las graves malformaciones del feto, como justificante de la interrupción de su gestación. Todos consideraríamos un escándalo la autorización para matar a una persona que, ya nacida, tiene una malformación física o un retraso mental. Existe gran desarrollo de la conciencia acerca de que las personas enfermas o discapacitadas gozan no solamente de todos los derechos humanos, sino que deben ser tratados con especial consideración.²⁶ Es que justamente ése es un trato acorde a la dignidad humana que adquieren una vez nacidos y separados del cuerpo de la mujer que los gestó, pero en el momento anterior, mientras son una mera potencia de vida, no existe objeción para la interrupción de una gestación por estas razones.

Otra evidencia de la distinta valoración de la vida del feto y la vida del ya nacido es que aún en las legislaciones en las que el aborto está prohibido, la pena con la que se amenaza el aborto es siempre mucho menor a la del homicidio.²⁷

²³ Cf. La sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español, en el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia C-355-06.

²⁴ Esto es mencionado específicamente por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-355-06.

²⁵ Este caso es tomado de uno sustancialmente igual en: Thomson, Judith (1992). *Una defensa del aborto*. En: *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, obra colectiva, ed. Cátedra, Madrid, p. 11.

²⁶ Existe un Programa de Acción Mundial de la ONU para la promoción y protección de los derechos de los discapacitados, tanto esta organización internacional como otras dedicadas a la promoción y protección de los derechos humanos han dedicado esfuerzos a demostrar la importancia de la especial consideración a los derechos de los discapacitados y se ha propuesto la posibilidad de promover la firma de un tratado internacional específico y vinculante en la materia. Sobre esto, se encuentra un interesante informe en http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/disability_sp.pdf

²⁷ En Argentina, la pena por un aborto para la mujer es de 1 a 4 años, en cambio, la pena para la madre que mata a su hijo es de prisión o reclusión perpetua y hasta una estafa es amenazada con mayor pena que el aborto, pues el máximo de pena para una estafa simple es de 6 años. En España la pena para la mujer que consiente que se le practique un aborto ilegal es de un año de prisión y se ha aprobado una reforma del

Los marcos penales sirven como indicadores de la gravedad del injusto²⁸, es por ello que las penas de todos los delitos deben estar proporcionadas: la mayor pena debe corresponder al mayor injusto.

Más allá de los argumentos referidos a la dificultad de sostener que vale lo mismo la vida del feto que la mía o la de cualquier otro ya nacido, existe otra cuestión de gran importancia. En un Estado de Derecho, todas las personas tienen libertad de conciencia, de modo tal que, mientras no afecten los derechos de otros en una forma que sea socialmente reprochable, el Estado no puede intervenir en sus decisiones morales.²⁹

Resulta que no existe un consenso social unánime acerca de cuándo se es persona: algunos creen que desde el comienzo de la concepción, producto de la voluntad de dios, se crea una persona cuya vida pertenece a su creador y depende de él, de modo tal que esa vida, como voluntad de dios debe ser protegida: se trata de un mandato moral, que muchos consideran que debe ser elevado a mandato legal.

Sin embargo, quienes no creen en la existencia de dios, a modo de ejemplo, no pueden ser afectados por esta visión moral, pues cada uno puede tener su concepción acerca del origen y el dominio de la vida y ésta no debería ser impuesta por el Estado, pues la separación entre las reglas morales reservadas a cada individuo— y las normas legales —que regulan las relaciones intersubjetivas—, es uno de los pilares del Estado de Derecho de orientación liberal, del Estado limitado que preserva y debe respetar un ámbito de autonomía para cada individuo en el que cada uno pueda desarrollar sus propios ideales, su plan de vida.

Los bienes jurídicos en juego

A esta altura del desarrollo de la argumentación, podemos afirmar que el feto es portador de un valor intrínseco, al que incluso podemos llamar vida humana, he ahí un bien

código penal para que ya ninguna mujer pueda ir presa por abortar en las primeras 14 semanas de gestación. En Alemania la pena por un aborto consentido no puede superar los 3 años. En Colombia la pena por aborto es de 16 a 54 meses y la pena del homicidio es entre 208 y 450 meses.

²⁸ Cf. Ziffer, Patricia (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena*. ed. Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 36-40. Demetrio Crespo, Eduardo (1998). *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. En: *Nueva doctrina Penal 1998/A*, Buenos Aires, p. 20. Se trata además 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 (1982). *Derecho penal, parte general, I, el hecho punible*. Traducción de la segunda edición alemana de Gladys Romero, ed. Edersa, Madrid. Sancinetti, Marcelo (2005). *Casos de derecho penal, parte general, 1*. Tercera edición reelaborada y ampliada, editorial Hammurabi Buenos Aires. Roxin, Claus. *Derecho Penal, parte general (...)* Op. cit., Ziffer, Patricia (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena*. ed. Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 59-65. Díaz Cantón, Fernando (1996). *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿Es aplicable la escala del art. 44 CP?* En: *Nueva Doctrina Penal, 1996/B*, Buenos Aires, p. 597.

²⁹ Esta es la idea central de Dworkin en *El dominio de la vida (...)* Op. cit. capítulo 1. el autor sostiene que el debate sobre el aborto y la eutanasia gira en torno de la sacralidad de la vida y su significado para las distintas personas. Dworkin sostiene que el significado y la extensión de la sacralidad o inviolabilidad de la vida debe ser definido por cada persona y nunca por el Estado.

jurídico a considerar³⁰ en los casos en que la mujer embarazada desea abortar. Se habla también de una esperanza de vida, es decir, de un valor socialmente apreciable constituido por la posibilidad de que el feto se convierta en una persona. Esto implica, claramente, una valoración del feto inferior al de la vida de alguien nacido y, más importante, no considera que esta *vida en desarrollo* sea un derecho subjetivo cuyo titular es el feto.³¹

Como hemos dicho al principio de esta exposición, también están comprometidos en este problema los derechos de la mujer embarazada. Ella es un ser humano y por ello es portadora de dignidad, en consecuencia, todas las mujeres tienen derecho a no ser tratadas como medios para conseguir algún fin, pues la dignidad humana implica justamente que todo hombre y toda mujer deben ser tratados como un fin en sí mismo³² y que sus derechos deben ser respetados.

Hemos visto también que existen embarazos riesgosos, que comprometen la salud, la integridad física e incluso la vida de la mujer. Cualquier embarazo normal supone una serie de desgastes en la salud considerables, como pérdida de calcio, daños en la dentadura, caída de cabello, pérdida de vitaminas, desgaste de la piel, problemas circulatorios, retención de líquidos, etc. Esto supone, además, una afectación del aspecto físico de la mujer, que ella tiene derecho a valorar, reclamando su derecho a la propia imagen, además del derecho a la salud.

Otro derecho que se encuentra comprometido en los casos de embarazos no deseados es el de la libertad, la libre determinación de la mujer y su derecho a pensar, formar y dirigir su propio plan de vida, derecho reconocido explícitamente en las constituciones liberales, considerado como inherente a las personas e inalienable,³³ así como la libertad de conciencia, que le permite formar su propio juicio moral acerca de si es correcto o no abortar.

³⁰ Merece una breve mención la postura según la cual en verdad el bien jurídico protegido es el interés demográfico del Estado, pero esta postura es francamente minoritaria. Da cuenta de esta opinión Laurenzo Copello, Patricia (1997). *Título II. Del Aborto*. En: Díez Ripollés, José Luis-García Martín, Luis (1997). *Comentarios al Código Penal. Parte especial. I Títulos I a VI y faltas correspondientes*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 274.

³¹ Una descripción acerca de las distintas definiciones del bien jurídico protegido por la penalización del aborto en Laurenzo Copello, Patricia (1990). *El aborto no punible*. Ed. Bosch, Barcelona, pp. 60-77.

³² Cf. Kant, Immanuel (1977). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. M. García Morente, Madrid, pp. 86-87. También hace referencia a este principio fundamental del liberalismo Nino, Carlos (2002). *Fundamentos de derecho constitucional*. Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, p. 171.

³³ En este sentido, Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Ladosur, Buenos Aires, pp. 89-92. Locke sostiene que puesto que los hombres son libres, ellos pueden pactar la constitución de la sociedad civil y crear un Estado, de modo tal que, para Locke, sin autonomía, no habría Estado. También sostiene Ruiz Miguel que el argumento de la autonomía es el mejor para sustentar la despenalización del aborto amplia, Ruiz Miguel, Alfonso *El Aborto (...)* Op. cit. pp. 67-68. La autonomía es, de hecho, una cualidad que el derecho presume existente en las personas mayores de edad que no tienen enfermedades mentales y es, en definitiva el fundamento de la responsabilidad penal, pues responde penalmente el que tiene capacidad para conocer la norma y motivarse conforme a ella. Cf. Roxin, Claus. *Derecho Penal, parte general (...)* Op. cit, pp. 146-147.

En relación con la libre determinación, están también en juego los derechos a la salud y autodeterminación reproductiva, ampliamente reconocidos en las legislaciones nacionales y en el ámbito internacional.³⁴

Es conocido también que se encuentra comprometido el derecho a la privacidad en los casos en que la mujer debe enfrentar la decisión de proseguir o no con un embarazo. Éste ha sido el derecho, estrechamente vinculado con el de la libre determinación, que reconoció la Corte Suprema de Estados Unidos en el famoso caso *Roe vs. Wade*³⁵ del año 1973. Se lo llama también derecho a la intimidad, que supone un ámbito de decisiones, como las relacionadas con la familia en el que ni el Estado ni un tercero pueden intervenir.

También se encuentra en juego el derecho a la igualdad, puesto que el tipo penal del aborto solamente se refiere a las mujeres. Además, existe también una situación desventajosa para las mujeres pobres respecto de las que tienen mayores recursos económicos, puesto que las mujeres pobres tienen dificultades para conseguir los métodos anticonceptivos y acceden en mucha menor medida a la información y a la educación sexual para prevenir embarazos no deseados, y posteriormente, frente al deseo de abortar, si esto está prohibido, generalmente se someten a procedimientos inseguros desde el punto de vista sanitario, que ponen en riesgo su vida y su salud, mientras que las mujeres que tienen mayores recursos siempre pueden acceder a un aborto seguro, aunque clandestino en los casos en que está prohibido abortar.

En conexión con esto, el derecho a la no discriminación, como consecuencia del derecho a la igualdad, justifica la permisión del aborto como una suerte de compensación por la real desigualdad al momento de elegir tener o no relaciones sexuales por parte de las mujeres, pues culturalmente la mujer tiene una posición de poder desventajosa frente a los varones, situación que le impide, en muchos casos, imponer su voluntad de prevenir embarazos o incluso de acceder a los métodos anticonceptivos. Por otro lado, la prohibición del aborto impone a las mujeres una carga muy superior respecto de las consecuencias de las relaciones sexuales: el embarazo. En este sentido, la única forma en que se puede igualar en derechos a mujeres y varones es permitiendo a las mujeres tener

³⁴ En Argentina existen diversas leyes de salud reproductiva, como la ley 25.673 y 26.130, para nombrar sólo las más recientes leyes nacionales. También existe este tipo de legislación en España y en casi todos los países del mundo. En el plano internacional, es clara la Convención para la eliminación de toda discriminación contra la mujer, adoptada en el ámbito de la ONU, cuyo artículo 2.f impone “adoptar todas las medidas adecuadas... para modificar o derogar leyes... que constituyan discriminación contra la mujer” y especialmente el art. 2.g que obliga a los Estados partes a “Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyen discriminación contra la mujer”, el art. 12 compromete a los Estados a “asegurar el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”, el artículo 14 dispone que “los Estados deberán asegurar el acceso a servicios adecuados de atención médica, comprendiendo información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia” y por último, artículo 16. e reza “Los Estados Partes... 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...”

³⁵ Traducción extraída de Miller, Jonathan, Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana (1991). *Constitución y derechos humanos*. t. I, Buenos Aires, Astrea, pp. 850 y ss.

relaciones sexuales sin consecuencias no deseadas, de la misma manera que pueden hacerlo los hombres.³⁶

Existen también razones económicas por las cuales una mujer puede no desear llevar adelante un embarazo, estos motivos son incluso reconocidos como legitimantes de abortos en algunas legislaciones.³⁷

En este contexto, como vemos, los casos en los que la mujer desea interrumpir su embarazo, existe un complejo escenario de colisión de derechos fundamentales que representan los valores más significativos tanto para el feto como para la mujer que no desea estar embarazada.

En esta situación, tanto el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 53/1985, como la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C-355 de 2006, han reconocido los valores en juego³⁸ y sostuvieron que ninguno de esos derechos es absoluto y que se debe hacer el máximo esfuerzo por no anular ninguno de ellos. Por ello, decidieron que el Estado puede y debe decidir no penalizar algunos casos de aborto,³⁹ pues no es admisible la utilización del Derecho penal para proteger la vida del feto en todos los casos.

La solución de ambos tribunales constitucionales parece ser razonable y acertada, pues, como hemos visto, la cantidad y la importancia de los derechos de la mujer que se pueden ver vulnerados o anulados durante un embarazo contrario a su voluntad, son dignos de atención. Resulta, desde este punto de vista, una solución insatisfactoria e irrazonable la que proponen aquellos que sostienen que el aborto debe ser penalizado siempre y en todos los casos, pues miran un solo aspecto del problema al decidirse sin más ni más por el valor del feto como vida humana, sin reparar en la supresión de los derechos fundamentales de la mujer.

En el próximo apartado, sustentaremos esta conclusión provisoria con argumentos de política criminal y de derecho constitucional.

³⁶ Se trata del enfoque de Mackinnon, Catherine (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Cátedra, Madrid, pp. 329-349.

³⁷ Por ejemplo, en la legislación uruguaya, se permite el aborto en los primeros tres meses de embarazo por motivos de “angustia económica”, dato extraído de Faerman, Romina. *Algunos debates constitucionales sobre el aborto*. En: Gargarella, Roberto (2008). *Teoría y crítica del Derecho constitucional*. Tomo II. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. También publicado en internet en *Jura gentium. Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/faerman.htm#n34>. También están contemplados estos motivos en la ley de Italia y de Guyana, por ejemplo; información extraída de Información extraída de http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/publicaciones/Aborto_Legal.pdf.

³⁸ En ambas sentencias se reconoce al feto el derecho a la vida y el conflicto posible con la dignidad, la integridad física y moral de la mujer embarazada, la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de su personalidad, la libertad de ideas y creencias, a la propia imagen y al honor.

³⁹ En el caso español el Tribunal Constitucional decidió sobre el cuestionamiento de la constitucionalidad de una norma que despenalizaba algunos casos de aborto, en cambio en el caso colombiano el camino fue inverso, la Corte Constitucional declaró que era constitucionalmente inexecutable la norma penal que prohibía el aborto en todos los casos y estableció las excepciones a la penalización que se deben admitir, como mínimo.

El aborto, las opciones de política criminal y el Estado de Derecho: los límites al Derecho penal

Vale la pena en este apartado recapitular y repasar lo que hemos razonado. Tenemos que no es posible determinar desde el punto de vista biológico cuándo comienza la vida. Sostenemos además que se trata de un problema moral. Luego, según los razonamientos morales expuestos más arriba, hemos concluido en que la “vida” del feto es potencial y que como tal tiene un valor, esto es, que es un bien jurídico que puede ser protegido, pero que ese valor no es el mismo que el de la vida autónoma, que la vida del ya nacido. Por último, hemos reconocido y repasado los derechos de la mujer embarazada que pueden colisionar con el bien jurídico de la vida del feto, para ensayar alguna posibilidad de armonizar los derechos en juego.

Cuando existe un bien jurídico que es posible proteger, existen diversas opciones para hacerlo. El Derecho penal es una de ellas, pero una muy especial, pues debe ser la *ultima ratio* para solucionar un conflicto, puesto que es la herramienta que supone el ejercicio de violencia más extremo del que dispone un Estado de Derecho.⁴⁰

Las normas penales protegen los bienes jurídicos fundamentales en una sociedad frente a las agresiones más extremas. Es por ello que la selección de las acciones perseguidas por el Derecho penal debe contar con un consenso prácticamente unánime en la sociedad acerca de que esa acción debe ser penada.⁴¹

En un Estado democrático de Derecho, tal como lo entendemos actualmente, respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, debe haber un ámbito en el cual las personas puedan ejercer libremente su plan de vida, siempre y cuando no afecten los derechos de un tercero. Un problema que plantea este tema es que no es posible determinar si hay un tercero o no. ¿La protección del feto tiene que ver con la protección de su subjetividad, o se trata de otro interés o valor?⁴²

Algunos responderán que se trata de la protección de su subjetividad, y esta posición tiene que ver con atribuirle al feto el valor de la vida completa y lleva detrás una concepción moral determinada.⁴³ Otros se inclinan por pensar que el feto no es aún un

⁴⁰ Cf. Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Trad. Luzón Peña, Diego, Díaz y García Conlledo, Miguel, De Vicente Remesal, Javier, ed. Civitas, Madrid, p. 65, con cita de Binding.

⁴¹ Cf. Stratenwerth, Günter (1982). *Derecho penal, parte general, I, el hecho punible*. Traducción de la segunda edición alemana de Gladys Romero, ed. Edersa, Madrid, pp. 6-7, 17-18.

⁴² Este breve ensayo no pretende agotar esta cuestión, que ha sido ampliamente debatida. Cf. Laurenzo Copello, Patricia (1990), *El aborto no punible*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp 93-104.

⁴³ Es interesante el punto de partida de Dworkin, en el sentido de que hay dos tipos de razonamientos que llevan a sostener que es necesario penalizar el aborto. Por un lado, están los que piensan que el feto tiene derechos, es decir que, en tanto sujeto de derechos, puede reclamar no ser matado, que se respete su vida. Por otro lado, están quienes sostienen que se debe penalizar el aborto puesto que la vida del feto tiene valor intrínseco y que es el Estado y la sociedad toda la que tiene un interés en su conservación. Ambas son argumentaciones morales, en el caso de los que piensan que la prohibición del aborto protege la vida del feto, ellos ya tomaron partido acerca del momento en que comienza la vida, lo cual es, como hemos razonado antes, un concepto moral; en el segundo caso, los que dicen que la vida tiene valor intrínseco y que el Estado tiene interés en preservarla, parten de una posición moral acerca de que si hay vida en el feto

sujeto de derecho y que sería un contrasentido decir que es un tercero, se trata de una concepción moral distinta a la anterior. Estas dos posiciones básicas no han podido llegar a un acuerdo suficiente como para justificar una decisión que vincule a todos, es por ello que es difícil aceptar la penalización del aborto, pues supone la imposición de unos valores con los que buena parte de las personas no están de acuerdo.⁴⁴ Es cierto también que la decisión de permitir la interrupción voluntaria de los embarazos puede resultar absolutamente repugnante para quienes sostienen que el feto tiene una vida tan valiosa como la de cualquier persona nacida, pero la permisión del aborto jamás le impondrá a nadie que se someta a un aborto y su prohibición sí tiende a imponer a todas las mujeres que soporten los embarazos no deseados, aún cuando su interrupción no les resulte inmoral.

El problema de la penalización del aborto, entonces, consiste en que, por un lado, un tipo penal así no suele tener el consenso suficiente en la sociedad; por otro lado, la prohibición del aborto impone un ideal moral a ciertas personas que no están de acuerdo con él, constituyendo una injerencia estatal en una esfera en la que cada individuo debería poder decidir según su propia conciencia. Esto es así, debido a la necesaria división entre Derecho, que regula los contactos sociales, y la moral, reservada a cada individuo.

En este contexto, es muy interesante, además, analizar la conveniencia de la penalización o no del aborto, desde el punto de vista de la política criminal.

Es sabido que abortos hay y ha habido siempre y no es razonable pensar que los dejará de haber mientras sea una persona la que deba estar embarazada para que se produzca la gestación y el posterior nacimiento. Las razones para abortar son de las más diversas. Lo cierto es que el conflicto que representa en la vida de una mujer un embarazo no deseado hace que las mujeres se sometan a abortos independientemente de si esa práctica está permitida o severamente penada. No hay evidencias de que la prohibición del aborto disuada a las mujeres de someterse a tal procedimiento,⁴⁵ todo lo contrario, en Argentina, a modo de ejemplo, a pesar de la prohibición legal, se calcula que se realizan al menos 460.000 abortos clandestinos al año,⁴⁶ lo cual representa casi tantos abortos como nacimientos. En conexión con esta cifra, se estima que se produce un procesamiento por aborto cada 100.000 casos.⁴⁷ Es decir que la prohibición del aborto no salva “vidas” de fetos.

Sí está comprobado que en los países en los que el aborto está prohibido existe gran cantidad de mujeres que, al someterse a abortos clandestinos en condiciones riesgosas, mueren en el intento, o como consecuencia del aborto, por ejemplo, a causa de una

y, más importante, parten de la idea moral acerca de que la vida es sagrada y que es por eso indisponible. Dworkin, Ronald. *El dominio de la vida* (...) Op. cit., pp. 9-22.

⁴⁴ Bajo Fernández, Miguel. *Compendio de Derecho penal* (...) p. 283.

⁴⁵ Bajo Fernández. Op. cit, p. 286.

⁴⁶ Datos publicados en Página/12, Buenos Aires, 2 de junio de 2007. *Las cifras para abrir el debate*. Por Mariana Carabajal.

⁴⁷ Datos extraídos de un artículo de doctrina: Gil Dominguez, Andrés “Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza”, *La Ley* 1998-F, 552.

infección. Es decir que se sabe que la prohibición del aborto causa, o al menos favorece, la pérdida de vidas de mujeres.⁴⁸

Claro que esta circunstancia solamente es válida respecto de mujeres de bajos recursos económicos, pues siempre que existe prohibición del aborto, hay médicos que lo practican en las mejores condiciones sanitarias, de manera clandestina aunque segura, a cambio de un alto precio que las mujeres pobres no pueden pagar. De modo tal que se sabe que la prohibición del aborto genera desigualdades basadas en la cantidad de recursos económicos, desprotegiendo especialmente a las mujeres pobres, quienes ya han tenido mayores dificultades para lograr evitar embarazos no deseados, por tener menor acceso a métodos anticonceptivos, y a la sazón, deben arriesgar su vida para evitar tener un hijo que empeore su condición económica, al que no podrán mantener y que será sometido desde el comienzo de su vida a grandes privaciones.

Otro argumento que desaconseja la persecución penal del aborto es justamente la ineffectividad del sistema penal en conseguir evitar los abortos y penar aquellos que son cometidos. Si el Derecho penal protege bienes jurídicos cuando refirma la vigencia de la norma que fue violada⁴⁹, la ínfima proporción de condenas frente a la cantidad de hechos consumados, ridiculiza al sistema penal y a los valores que pretende proteger.

Sin embargo, habíamos concluido en que la vida del feto sí era un bien jurídico digno de protección ¿cómo conciliamos la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo con la protección de la vida en potencia?

Siendo el derecho penal la *ultima ratio* entre las herramientas de las que dispone el Estado para mantener la paz social y viendo que es desaconsejable la intervención del derecho penal en los casos en que las mujeres desean interrumpir sus embarazos puede parecer que no cabe protección alguna a la vida en germen. Pero esto no es necesariamente así.

Existen buenas maneras de proteger la vida en formación sin imponer a la mujer la continuación de un embarazo en contra de su voluntad. Pueden resultar adecuados, en este sentido, los mecanismos como el de Alemania que prevén una consulta a un médico que plantee a la mujer todas las alternativas y ayudas que puede tener si decide continuar

⁴⁸ El aborto es la mayor causa de mortalidad materna en Argentina, según la información suministrada por el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación, en *Anuario 2004. Estadísticas Vitales - Información Básica*, diciembre de 2005. Datos extraídos de Faerman, Romina. *Algunos debates constitucionales sobre el aborto*. Op. cit. Se trata, en todos los casos, de muertes evitables, pues son consecuencia de abortos realizados con métodos inseguros y sin las mínimas condiciones de asepsia que provocan infecciones generalizadas, frecuentemente mortales. Esta circunstancia es agravada por la circunstancia de que las mujeres pobres que se realizan abortos clandestinos y luego sufren este tipo de graves complicaciones, deben acudir a los hospitales públicos para ser tratadas. Allí los médicos notarán que la infección se debe a un aborto y, como funcionarios públicos tienen obligación, según el código procesal penal de la nación Argentina, de denunciar la comisión del delito, poniendo a la mujer que abortó en la necesidad de decidir entre la cárcel o la muerte. Esta situación supone una coacción para declarar contra sí misma que debería producir la exclusión de la declaración y la exhibición del cuerpo de la mujer como prueba para la iniciación de un proceso penal en contra de ella.

⁴⁹ Cf. Jakobs, Günther (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, segunda edición, corregida, ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 12-14. Versión original en alemán *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Ed. Walter de Gruyter & co., Berlin, 1991.

con su embarazo, para que ella misma las confronte con sus razones para querer abortar. Tanto allí como en Holanda e Italia se impone un plazo de algunos días (entre tres y cinco) luego de la consulta para que la mujer vuelva a reflexionar acerca de si desea abortar o no. Se trata de una medida paternalista de baja intensidad, pues no se respeta sin reservas la decisión moral de la mujer, sino que se la obliga a exteriorizar sus razonamientos morales, a justificarse frente a otra persona y se la obliga a repensar su situación con la finalidad de que no decida irreflexivamente.⁵⁰ Esta solución es parcialmente reprochable, pues trata a la mujer embarazada como relativamente autónoma al imponérsele una instancia de reflexión y de debate sobre su moral autorreferente. Sin embargo, creo que es una solución razonable, teniendo en cuenta los valores que están en conflicto y que la decisión misma de abortar no suele ser sencilla para una mujer. Una consulta con una persona que no le exponga reproches morales referidos a su intención de abortar puede resultar positiva para la mujer, para darle contención y ayuda.

Es posible también proteger la vida del feto desde la concepción dando especiales derechos y cuidados a las mujeres embarazadas, orientándolas, brindándoles apoyo económico o psicológico si ellas lo solicitan; estas normas protegen la vida desde la concepción,⁵¹ pero esa protección no implica de ninguna manera la obligación del Estado de encarcelar a una mujer⁵² 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 vida.

Aspectos problemáticos

Antes de terminar, es conveniente señalar algunos otros aspectos problemáticos relacionados con una política criminal referida a la interrupción voluntaria de embarazos.

- **El sistema de plazos**

El primero de ellos, es un aspecto muy importante y consiste en preguntarnos si debemos poner un límite temporal a la permisión del aborto. Se trata, desde mi punto de vista, del sistema más conveniente, pues es el que toma verdaderamente en serio la voluntad y la autonomía de las mujeres. El sistema de plazos permite una decisión plenamente libre y

⁵⁰ Respecto de este tipo de legislaciones es interesante la crítica feminista de Tamar Pitch, quien sostiene que tales imposiciones implican el tratamiento de la mujer como una ciudadana disminuida, que requiere ayuda para tomar sus decisiones o que puede no tomar las decisiones adecuadas. Sucede que, teniendo en cuenta la importancia del respeto por la autonomía y la privacidad de las mujeres, es necesario reconocer la especial posición que ostenta una mujer frente a un embarazo, que implica que ella sea la única que está en la posición de decidir, en este sentido, la sociedad debe reconocer a las mujeres que somos capaces de decidir por nosotras, por los varones, por los fetos y por la sociedad toda, las mujeres, sujetos sexuados, estamos en la posición de tomar decisiones morales de vida o muerte. Cf. Pitch, Tamar (2003). *Un derecho para dos, la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Ed. Trotta, Madrid, pp. 84-87 y 97-101.

⁵¹ Bajo Fernández. Op. cit., p. 287.

⁵² Cf. Ruiz Miguel, Alfonso (1990). *El aborto: problemas constitucionales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 29. En igual sentido, Nino, Carlos (2002). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, p. 238. También es de esta opinión Gonzalez Rus, Juan José (2005). *El aborto, lesiones al feto*. En: Cobo del Rosal, Manuel (coordinador). *Derecho Penal español. Parte especial*. 2ª edición, ed. Dykinson, Madrid, p. 123.

no supone necesariamente que la embarazada deba dar cuenta de sus reflexiones morales a un tercero (médico, funcionario público, etc.).

Al pensar en un sistema de plazos, debemos considerar que es necesario permitir el aborto durante un tiempo razonable para que las mujeres puedan anoticiarse del embarazo, decidir interrumpirlo y llevarlo a cabo. Es por ello que deberían descartarse los plazos exigüos como los menores a un mes.

Una posibilidad razonable, es la permisión del aborto voluntario durante las primeras 12 semanas de gestación, que es el más extendido entre las legislaciones permisivas del aborto en un tiempo determinado. Tal plazo se fundamenta en que ése es el momento en que se desarrolla el sistema nervioso central y el feto comienza a tener capacidad de sentir dolor.

Otro posible plazo es que la eliminación del feto solamente pueda ser permitida hasta el momento en que es viable fuera del seno materno⁵³. En este trabajo se argumentó en el sentido de que la autonomía de la mujer no puede ser soslayada en el debate sobre el aborto. 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.⁵⁴

Sin embargo, podría resultar problemático establecer legislativamente un plazo para poder realizar abortos, y, vencido éste, que se realice una inducción al parto. Sabemos que es científicamente posible que un niño nazca después de cinco meses de gestación y sobreviva (incluso tras un plazo menor), 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; si se concluye que el feto es ya viable, parece que el aborto no debería ser posible, pero sí la inducción al parto.⁵⁵

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 gestación, ya tiene posibilidad de prolongar su vida sin depender del cuerpo de ella.

⁵³ Una visión crítica acerca del criterio de la viabilidad en Ruiz Miguel, Alfonso *El Aborto (...)* Op. cit., pp. 38-40. Tamar Pitch aboga a favor de un sistema de plazos flexible que tome en cuenta la viabilidad extrauterina alcanzada por el feto, una vez llegado a tal etapa, el aborto no debería ser legal. En: Pitch, Tamar. Op. cit., p. 102-103.

⁵⁴ En el mismo sentido, Pitch. Op. cit. pp. 102-103

⁵⁵ *Ibidem*.

Debe señalarse que, la imposición de plazos supone una toma de posición respecto de cuál es la característica fundamental de los seres humanos. Algunos sostienen que la autonomía es aquella característica del ser humano que lo convierte en agente moral y es ésa capacidad de agencia moral la que distingue a los seres humanos de los animales.⁵⁶ Esto fundamenta, asimismo, que sean las personas las que posean derechos humanos⁵⁷ y sólo ellas. Justamente este entendimiento acerca del especial y distintivo valor de los seres humanos pone en problemas la postura referida a que la vida humana no puede ser eliminada una vez que se puede sentir dolor, pues, es sabido que los animales sienten también dolor. Un defensor consecuente del disvalor del aborto a partir del momento en que el feto puede sentir dolor, debería querer prohibir todo tipo de matanza de animales, pues ellos también tendrían derecho a la vida fundamentado exactamente sobre los mismos argumentos que el derecho a la vida de los seres humanos y, consecuentemente, con el mismo alcance.⁵⁸

Si consideramos la capacidad de agencia moral como una característica fundamental de los seres humanos, debemos reconocer que un feto no tiene tal capacidad y la mujer embarazada sí. Sería sobre la base de este argumento que se justificaría, incluso, la posibilidad de abortar en cualquier momento.⁵⁹

▪ Sistema de indicaciones

También es interesante, en relación con la política criminal referida a la protección de la vida prenatal, evaluar si es conveniente el sistema de indicaciones, en el que se defina en qué casos está permitido abortar, quedando prohibidos los casos no abarcados por esas indicaciones. Este también es un tema que trae a discusión muchos argumentos, acerca de la conveniencia o inconveniencia de que las indicaciones contemplen gran cantidad de casos y sean formuladas en forma bastante amplia y permisiva, o que se trate de un reducido grupo de casos y se propicie una redacción e interpretación restrictiva. En conexión con esto, se deberá decidir si será la mujer la que evalúe la concurrencia de tales circunstancias, o si debe ser un tercero el que lo haga, por ejemplo, un médico diplomado o un funcionario estatal.⁶⁰ Considero que este trabajo sienta ciertas bases de

⁵⁶ Álvarez, Silvina (2002). *La autonomía personal*. En: Díaz, Elías y Colomer, José Luis (eds.). *Estado, justicia, derechos*. Alianza, Madrid, p. 154. Rawls define a los seres autónomos como los que poseen las cualidades de ser racionales, libres e iguales. Rawls, John (1979). *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, p. 570.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 167.

⁵⁸ De Lora, Pablo. *Los animales como sujetos de derechos*. En: Díaz, Elías y Colomer, José L. *Op. cit.* pp. 443-449, 454-455.

⁵⁹ Esto es lo que sostiene Tooley, Michael (1992). *Aborto e infanticidio*. En: *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*. Obra colectiva, ed. Cátedra, Madrid, pp. 69-107. Aquí el autor sostiene que la autoconsciencia es lo determinante para que exista Derecho a la vida y lleva el argumento hasta las últimas consecuencias, aceptando que por las mismas razones es lícito el infanticidio.

⁶⁰ Este último es el sistema español y colombiano, a modo de ejemplos. Se deja en manos de los médicos la decisión acerca de si concurren tales circunstancias o no. También sucede esto en el derecho argentino. Valle Muñiz y Quintero Olivares critican esta opción, pues opinan que ponen al médico en un estado de inseguridad jurídica y que el hecho de que un tercero deba decidir sobre el cuerpo de una mujer implica la violación de sus derechos fundamentales. Cf. Valle Muñiz, José Manuel y Quintero Olivares, Gonzalo (2008). *Del Aborto*. En: Quintero Olivares, Gonzalo (Director); Morales Prat, Fermín (Coordinador). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 7ª edición revisada, ampliada y puesta al día, ed. Aranzadi,

razonamiento que justificarían una permisión amplia del aborto y que la evaluación de la concurrencia de las circunstancias que justifican la permisión recaiga sobre la mujer, de modo tal que se reconozca la capacidad de las mujeres de decidir como ciudadanas plenas.

La objeción de conciencia: el campo de una batalla cultural

El tercer aspecto problemático, inseparable del problema del aborto, es el de la objeción de conciencia a favor de los médicos y el personal de los hospitales⁶¹ a los que las mujeres acuden para practicarse abortos legales.

Creo que los argumentos dados acerca de la libertad de los individuos para tomar decisiones morales y la inadmisibilidad de la imposición por parte del Estado de ideales éticos, alcanzan para fundamentar una amplia protección del derecho a ser objetor de conciencia. Sin embargo esto también trae problemas prácticos, pues puede suceder que una mujer quiera realizarse un aborto y se encuentre con que en el hospital al que acude no hay médicos dispuestos a practicarlo. Existen también hospitales o clínicas privadas que se declaran institucionalmente objetores de conciencia.

Si bien es importante el respeto de las convicciones morales de todas las personas, debe considerarse el conflicto que puede surgir cuando una mujer no consigue ser asistida para abortar en un hospital, debiendo ir a otro, ¿qué sucede si la mujer debe asistir a varios hospitales, encontrando que en ninguno hay personal dispuesto a realizarle un aborto legal?

En muchos países puede resultar cómico o forzado este planteamiento. Sin embargo, en nuestros países latinoamericanos, cuyos Estados se ven influenciados políticamente por la iglesia católica⁶², se trata de un problema muy frecuente y previsible.⁶³ En efecto,

Pamplona, p. 90. En Italia, en cambio, la última palabra acerca de si concurren o no las circunstancias de permisibilidad del aborto, la tiene la mujer (ley 194/1978).

⁶¹ Un desarrollo breve pero fundado del tema se puede encontrar en Ruiz Miguel, Alfonso *El Aborto (...)* Op. cit. pp. 109-124.

⁶² La Constitución Argentina, incluso, reconoce como religión oficial la católica apostólica romana en su artículo 2.

⁶³ Un ejemplo claro es el caso llevado a la Corte Constitucional colombiana que provocó la importante sentencia T-209 de 2008. En Argentina también es muy difícil encontrar una institución que tenga médicos dispuestos a realizar los abortos autorizados por el código penal. Es por ello que se suele decir que en Argentina hay casos de abortos autorizados por la ley, pero tales autorizaciones no son operativas. En los últimos años se han conocido muchos casos en los que se solicitaba abortos no punibles en hospitales públicos y tal solicitud se judicializaba, pues los médicos no tienen seguridad jurídica respecto de las consecuencias que puede acarrear realizar un aborto. Si bien la ley argentina es suficientemente clara, los jueces, cuando deben interpretarla lo hacen en formas divergentes, de modo tal que no es posible para un médico estar seguro acerca de si un juez considerará legítima la práctica que, *de lege lata* está permitida. Luego de los largos, inciertos y angustiantes procesos judiciales referidos a los abortos no punibles según el código penal, es frecuente que, aún con una sentencia que autoriza expresamente el aborto, los médicos de instituciones públicas se nieguen a realizar la práctica, ejerciendo el derecho a la objeción de conciencia. Suele suceder, entonces, que una mujer acuda con dos meses de embarazo a un hospital solicitando un aborto no punible y termine, si tiene suerte, siendo autorizada para abortar por la Corte Suprema de su Provincia cuando tiene ya siete meses de embarazo y que luego se encuentre con médicos objetores de conciencia que no están dispuestos a realizarle la práctica legal y judicialmente autorizada. Se hace referencia a este tipo de situaciones en Carabajal, Mariana, "Un derecho que terminó en la justicia", en el

Argentina penaliza ampliamente el aborto, pues si bien reconoce en su derecho, desde 1922, algunas causas de atipicidad, justificación o no punibilidad del aborto, el acceso a la práctica legal en tales casos es impedido de hecho por la objeción de conciencia generalizada, la interpretación excesivamente restrictiva de los permisos y la judicialización de los pedidos de aborto. El caso colombiano es interesante también, pues ha tenido hasta 2006 una prohibición absoluta del aborto, que fue declarada inconstitucional por su Corte Constitucional. A partir de entonces, se reconoce jurídicamente el derecho al aborto en casos similares a los de Argentina.

Tantos años de prohibición, en conjunto con la amplia difusión de la reprobación absoluta del aborto por parte de la iglesia, han provocado el sostenimiento de la idea en el imaginario social acerca de que el aborto es un acto disvalioso o por lo menos inmoral. Tal idea favorece a que el personal sanitario e incluso las instituciones de sanidad sean reticentes a admitir públicamente que realizan abortos o que están dispuestos a hacerlo, debido a la “mala prensa” que esto genera.

En este sentido, el camino emprendido por Colombia a partir de la sentencia C-355 de 06 es muy interesante, pues la Corte Constitucional ha emitido un fuerte mensaje de reconocimiento de la relevancia del conflicto entre los derechos de las embarazadas y la vida del feto. Colombia se ha decidido por respetar los derechos de las mujeres y ha implementado efectivamente el derecho al aborto en algunos casos y es previsible que tal reconocimiento y la práctica abierta de los abortos permitidos generen un mensaje contrario al estereotipo cultural que dice que la mujer que aborta es mala o asesina, de tal manera que en algún tiempo, seguramente, habrá menos objeciones de conciencia y las mujeres podrán abortar legítimamente, sin someterse a una opinión pública contraria a sus valoraciones personales.⁶⁴ La sentencia de la Corte Constitucional ha sido un gran triunfo para las mujeres que han emprendido esta lucha cultural por resignificar el dominio de sus cuerpos, sus sexualidades y su reproducción.

La Corte Constitucional de Colombia se ha hecho cargo de manera ejemplar del problema de la objeción de conciencia, en su sentencia T-209 de 2008, dando indicaciones precisas acerca de los límites al derecho a objetar de conciencia y quiénes son sus titulares. En este sentido, decidió que la objeción solamente puede ser ejercida por las personas físicas y no por los hospitales, teniendo en cuenta que se trata de un derecho humano, inherente a los seres humanos y no a entes de existencia ideal. Sostuvo también que toda institución sanitaria debe garantizar la práctica, teniendo personal

diario *Página 12* del 17/2/2010, también disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-140432-2010-02-17.html> (visitado el 20/2/2010) y Carabajal, Mariana. *Mi hija tiene derecho a abortar*. En: el diario *Página 12* del 19/2/2010, también disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-140623-2010-02-19.html> (visitado el 20/2/2010).

⁶⁴ Sobre esta idea, acerca del valor del discurso jurídico como un poderoso emisor de mensajes culturales que pueden favorecer cambios sociales (función constructiva del derecho), por ejemplo, para lograr un posicionamiento efectivamente menos opresivo para las mujeres, puede consultarse: Facio, Alda (1999). *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. En: *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Editorial Lom, Santiago de Chile; Rodríguez, Marcela (2000). *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*. En: *Las Trampas del Poder Punitivo*, Ed. Biblos, Buenos Aires, p.142. Pitch, Tamar (2003). *Responsabilidades Limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Ad Hoc, Buenos Aires. p. 135. y Frug, Mary J (2006). *Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)*. En: *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Ediciones Uniandes, Bogotá, p. 224.

dispuesto a no objetarla. Estableció que los médicos deben fundamentar por escrito y de manera individual las razones por las cuales es contrario a sus convicciones morales realizar un aborto, tales razones deben ser controladas por otro profesional, con el fin de constatar que la objeción está justificada, por ejemplo, por una determinada religión. Solamente se reconoció derecho a la objeción de conciencia a quienes participen directamente en la práctica médica. También impuso a los objetores de conciencia la obligación de informar a quien quiera realizarse un aborto acerca de las instituciones y los médicos no objetores, debiendo remitir a la embarazada de manera inmediata a tales médicos. En cuanto al sistema sanitario, declaró la obligación de disponer de suficientes proveedores de salud que realicen la práctica abortiva. Por último, emitió un fuerte mensaje de reprobación a los jueces y hospitales que habían permitido la violación de los derechos fundamentales de quien tenía derecho a abortar y fue impedida de hacerlo a causa de las repetidas objeciones de conciencia, estableciendo una indemnización a favor de la víctima y ordenando investigaciones para establecer si había concurrido una falta disciplinaria, al desconocer la constitución y la sentencia de la Corte Constitucional.

Entre tanto, mientras la objeción de conciencia sea un problema frecuente para el aborto legal, seguro y gratuito, podemos apuntar que debe tenerse en cuenta la propuesta de Alegre, referida a que sería razonable limitar la libertad de conciencia de los médicos ginecólogos. El autor parte del reconocimiento del problema práctico y ético que representa la objeción de conciencia para el respeto al derecho a abortar. No debe perderse de vista que muchos abortos indicados por la ley como no punibles se deben a que la interrupción del embarazo es necesaria para preservar la salud, física o mental o incluso la vida de la mujer. Están en juego, en definitiva y en todos los casos, derechos fundamentales de las mujeres.⁶⁵

En este sentido, apunta Alegre, que los ginecólogos han elegido su profesión y conocen antes de comenzar a ejercerla, cuáles son las prácticas que legalmente están reconocidas. Es por ello que resulta un contrasentido que los médicos que se han especializado voluntariamente en ginecología se nieguen a realizar una práctica legal. El autor argumenta que las prácticas sanitarias son reguladas por el Estado, de modo tal que existe un monopolio de la medicina, pues sólo puede ser ejercida por médicos diplomados, que deben cumplir con ciertos requisitos impuestos por la ley. Este monopolio beneficia a los médicos y restringe las posibilidades de las mujeres de obtener las prácticas abortivas legalmente. Es por ello que es cuestionable que los médicos tengan derecho a negarse a realizar las prácticas que solamente ellos están autorizados a realizar.⁶⁶

Se trata de una posición extrema. Esto es reconocido también por este autor. Sin embargo, se debe admitir que en situaciones en las que la objeción de conciencia es sistemática y organizada, de modo tal que existen efectivas obstrucciones al ejercicio de los derechos legalmente reconocidos, se debe considerar la posibilidad de tomar una posición a favor de quien mayor protección requiere. En el caso del aborto, tal como hemos dicho,

⁶⁵ Alegre, Marcelo (2009). *Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva*. En: *Hojas informativas n°10*, junio de 2009. pp. 4-5. Disponible en http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/10_Alegre.pdf (visitado el 20/02/2010).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 5. El autor parte de la experiencia argentina, donde los médicos y muchas clínicas privadas se niegan sistemáticamente a realizar los abortos legales, provocando que en muchos casos existan grandes extensiones territoriales donde las mujeres no puedan realizarse los abortos permitidos por el código penal.

existen casos en los que la mujer debe deambular largamente, y con un embarazo progresando, que pesa, por ejemplo, sobre su salud, por distintos hospitales intentando conseguir que se respeten sus derechos, obteniendo siempre respuestas negativas. El derecho debe tomar en cuenta esta realidad e intervenir en ella, incluso limitando de manera más o menos intensa la autonomía de algunos, para favorecer el respeto de los derechos de la parte más débil de la relación jurídica.

Una decisión clara del ordenamiento jurídico a favor de las mujeres que requieren un aborto legal debe ser considerada una medida positiva que favorece la transformación de las pautas culturales que determinan una posición desventajosa de las mujeres al momento de decidirse por no ejercer una maternidad forzada y violatoria de sus derechos humanos. Esto será positivo, asimismo, para reducir el número de objeciones de conciencia, para que solamente se ejerza en razón de profundas y sinceras convicciones morales y no a causa de presiones sociales provocadas por estructuras culturales irrespetuosas de las libertades individuales.

Reflexiones finales

Teniendo en cuenta las conclusiones de los razonamientos desarrollados en torno a la protección de la vida prenatal, podemos sostener que es acertado desde el punto de vista político criminal dar una amplia libertad a las mujeres de interrumpir voluntariamente sus embarazos.

Esta solución no resulta problemática desde el punto de vista del Estado de Derecho, sino que parece ser la más acertada también desde el punto de vista del respeto a las libertades más básicas de las mujeres y de su dignidad.

Por último, no hay que dejar de recordar que la permisón del aborto no deja desprotegida la vida en potencia del feto y su valor como bien jurídico, sino que es posible regular procedimientos que tiendan a proteger de la mejor manera todos los valores en juego: la vida del feto y los derechos y el bienestar de las mujeres embarazadas.

Referencias bibliográficas

Alegre, Marcelo (2009). *Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva*. En: *Hojas informativas n°10*, junio. En: http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/10_Alegre.pdf

Bajo Fernández, Miguel (2003). *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. Vol. 1, ed. C.E.R.A., Madrid.

Balbín, Carlos (1992). *El aborto: ¿Derecho a la subsistencia del feto o derecho a la autonomía de la mujer?* En: *La autonomía personal*. Obra colectiva. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Cobo del Rosal, Manuel (2005). *Derecho Penal Español*. Parte especial, 2ª edición, ed. Dykinson, Madrid.

Cuello Contreras, Joaquín (2002). *El derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3ra edición, ed. Dykinson, Madrid.

Demetrio Crespo, Eduardo (1998). *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. En: *Nueva doctrina penal 1998/A*, Buenos Aires.

Díaz Cantón, Fernando (1996). *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿Es aplicable la escala del art. 44 CP?* En: *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Buenos Aires.

Díaz, Elías; Colomer, José Luis (eds.) (2002). *Estado, justicia, derechos*. Alianza, Madrid.

Díez Ripollés, José Luis; García Martín, Luis (coord.) (1997). *Comentarios al Código Penal. Parte especial. I Títulos I a VI y faltas correspondientes*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Dworkin, Ronald (1994). *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Trad. Al español de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferrés, ed. Ariel, Barcelona.

Facio, Alda (1999). *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. En: *Género y Derecho*. Colección Contraseña. Editorial Lom, Santiago de Chile.

Farrell, Martín (1993). *La ética del aborto y la eutanasia*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Ferrater Mora, José; Cohn, Priscilla (1988). *Ética aplicada. Del aborto a la violencia*, ed. Alianza, Madrid.

Frug, Mary J. (2006). *Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)*. En: *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Ediciones Uniandes, Bogotá.

Gargarella, Roberto (compilador) (2008). *Teoría y crítica del Derecho constitucional*. Tomo II. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Gil Domínguez, Andrés. *Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza. La Ley 1998-F*.

Jakobs, Günther (1997). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Segunda edición, corregida. Ed. Marcial Pons, Madrid. (Versión original en alemán *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Ed. Walter de Gruyter & co., Berlin, 1991).

Jescheck, Hans Heinrich (1993). *Derecho penal. Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Cuarta edición. Ed. Comares, Granada, §44, pp. 435-441. Título original de la obra *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil 4. Vollständig neuberarb... u. erw Aufl*, Berlin, 1988.

Kant, Emmanuel (1777). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. M. García Morente, Madrid.

Lamarca Pérez, Carmen (coord.) (2008). *Derecho penal. Parte Especial*. Ed. Colex, 4ª edición, Madrid.

Laurenzo Copello, Patricia (1990). *El aborto no punible*. Ed. Bosch, Barcelona.

Locke, John (2002). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Ed. Ladosur, Buenos Aires.

MacKinnon, Catherine (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Cátedra, Madrid.

Miller, Jonathan; Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana (1991). *Constitución y derechos humanos*. t. I, Buenos Aires, Astrea.

Molina Fernández, Fernando (2005). *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*. En: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, ed. Thomson-Civitas, Madrid.

Nino, Carlos (2002). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires.

Pitch, Tamar (2003). *Responsabilidades Limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Ad Hoc, Buenos Aires.

_____ (2003). *Un derecho para dos, la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Ed. Trotta, Madrid.

Quintero Olivares, Gonzalo (Director); Morales Prats, Fermín (Coordinador) (2008). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 7ª edición revisada, ampliada y puesta al día, ed. Aranzadi, Pamplona.

Rodríguez, Marcela (2000). *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*. En: *Las Trampas del Poder Punitivo*. Ed. Biblos, Buenos Aires.

Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. y notas de Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas, Madrid. Versión original en alemán: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Auflage, Beck, München, 1994.

Ruiz Miguel, Alfonso (1990). *Aborto: problemas constitucionales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Sancinetti, Marcelo (2005). *Casos de derecho penal, parte general, 1*. Tercera edición reelaborada y ampliada, editorial Hammurabi Buenos Aires.

Stratenwerth, Günter (1982). *Derecho penal, parte general, I, el hecho punible*. Traducción de la segunda edición alemana de Gladys Romero, ed. Edersa, Madrid.

Thomson, Judith (1992). *Una defensa del aborto*. En: *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, obra colectiva, ed. Cátedra, Madrid.

Tooley, Michael (1992). *Aborto e infanticidio*. En: *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*. Obra colectiva. Ed. Cátedra, Madrid, 1992.

Wertheimer, Roger (1992). *Comprender la discusión sobre el aborto*. En: *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*. Obra colectiva, ed. Cátedra, Madrid.

Ziffer, Patricia (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires.