

MAYO 2019 AÑO 1. NÚMERO 2



DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

GACETILLA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

En este número

**Comparación
normativa: aborto
en Alemania y
Argentina**

2

**Entrevista a Markus
Finn**

3

**Colaboraron en este
número**

8





**Escuchá el podcast
de María Laura Böhm
sobre la comparación
normativa.**



Comparación normativa: aborto en Argentina y Alemania

POR MARÍA LAURA BÖHM

María Laura Böhm es abogada por la Universidad de Buenos Aires, master en criminología por la Universidad de Lomas de Zamora y doctora en ciencias sociales por la Universidad de Hamburgo, Alemania. Es profesora en varias universidades de Argentina, América Latina y Europa. Dirige y ha dirigido proyectos de investigación, en particular sobre temáticas relacionadas a la actuación de empresas transnacionales en crímenes contra la humanidad y violaciones de derechos humanos. Actualmente se encuentra realizando su segunda investigación posdoctoral y es autora de múltiples obras sobre criminología y derecho penal, en castellano, inglés y alemán.



La Prof. Doctora María Laura Böhm y el Prof. Doctor Markus Finn en una de las conferencias del ciclo brindado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en agosto de 2018.



Entrevista a Markus Finn

En el año 2018, el Prof. Doctor Markus Finn brindó una serie de conferencias sobre distintas temáticas relacionadas al estudio del derecho penal médico en Alemania. Entre ellas, una sobre la regulación del aborto con y sin consentimiento en Alemania. Finn es profesor titular de la Cátedra de Derecho Sanitario de la Universidad de Hof, Alemania; profesor encargado de la Universidad de Medicina de Brandeburgo Theodor

Fontane y de la Charité – Universitätsmedizin Berlín, Facultad de Medicina. Además, es asesor jurídico especializado en Derecho Médico en Berlín.

¿Cuáles son las problemáticas que atraviesa Alemania actualmente en cuestiones vinculadas al aborto?

En el año 2007 ha empezado una nueva discusión en Alemania sobre el tema de la publicidad de abortos que está prohibida por ley. Quien públicamente, en una reunión o por medio de la distribución de documentos ofrece, avisa o promociona servicios para realizar o promover un aborto para obtener una ventaja patrimonial, o de una manera groseramente indecente, será castigado con una pena de prisión de hasta dos años, o pena pecuniaria (§ 219a del Código Penal Alemán). En noviembre 2017 el juzgado local de la ciudad Gießen en Alemania resolvió una pena pecuniaria de 6.000 euros contra la doctora Kristina Hänel, quien ofrecía en su página web la descarga de un archivo PDF con informaciones sobre sus servicios, incluyendo abortos, y los diferentes procedimientos de abortos, también las ventajas y desventajas de cada uno, y los documentos necesarios para un aborto. Además, la doctora perseguía realizar abortos por honorario, como argumentó el juzgado local (número de expediente: 507 Ds 501 Js 15031/15). El tribunal regional de Gießen ya rechazó la apelación de la doctora al respecto con la sentencia del 12 de octubre 2018 (número de expediente: 3 Ns 406 Js 15031/15). Su recurso de revisión (de noviembre 2018) contra la sentencia mencionada del tribunal de apelación está todavía pendiente ante el tribunal regional superior Fráncfort del Meno.

Después de la sentencia del juzgado local en noviembre 2017 y otras investigaciones penales con respecto al delito mencionado, han ocurrido manifestaciones y discusiones por movimientos feministas, entre otros. Los diferentes partidos en Alemania introdujeron nuevos proyectos de ley al Parlamento Alemán (“Bundestag”) para eliminar o modificar el párrafo citado sobre la prohibición de ese tipo de publicidad. Desde mi punto de vista, existía el peligro de que empiece una discusión de nuevo sobre el concepto total de la impunidad del aborto si se elimina una parte del concepto jurídico en su totalidad

“

[L]a interrupción del embarazo tiene más importancia forense en el derecho civil, especialmente en los casos del nacimiento de un niño no esperado o no esperado en el estado en que nació, sobre todo con discapacidades

”

–incluido la prohibición de publicidad– que el Tribunal Constitucional Federal aprobó ya en el año 1993. Pero después de una discusión intensa, se encontró un acuerdo en Alemania con la nueva ley del 22 de marzo de 2019 acerca de mejoramientos en la información sobre la interrupción del embarazo. La versión nueva del § 219a del Código Penal Alemán que entró en vigor el 29 de marzo de 2019 permite a médicos la sola indicación del hecho de que ellos practican interrupciones del embarazo, pero nada más. Por lo tanto, el procedimiento en el caso Hänel todavía está pendiente. Ella ofreció, además, informaciones sobre los diferentes procedimientos, los documentos necesarios para un aborto, etcétera. Asimismo, la doctora ya anunció el recurso de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional Federal si no tiene éxito con el recurso de revisión.

Sin embargo, merece la pena señalar otras partes del acuerdo político de marzo de ese año: Se impone

nuevas obligaciones al Consejo General de Colegios Médicos (“Bundesärztekammer”) que deberá mantener, actualizar mensualmente y publicar por el internet una lista que enumere los hospitales y médicos que practican abortos y con qué tipo de procedimiento –si ellos le han dado esas informaciones al Consejo General de Colegios Médicos previamente. Además, se debe dar esa lista a otras autoridades; la Central Federal para la Educación sobre Salud tiene que publicar la lista mencionada junto con más informaciones sobre abortos. Por último, el legislador elevó la edad hasta la cual jóvenes y mujeres tienen el derecho frente el seguro médico estatutario a demandar anticonceptivos de 20 a 22 años de edad.

¿Cómo es la regulación del aborto en Alemania?

La interrupción dolosa de un embarazo está castigada con una pena de prisión de hasta tres años, o pena pecuniaria. Si la embarazada comete el delito, el castigo será la prisión de hasta solo un año, o pena pecuniaria. Es decir que la ley concede a la embarazada un estatus privilegiado por su situación conflictiva. Las acciones cuyo efecto ocurren antes de la finalización de la nidación del óvulo fecundado en el útero no se consideran como aborto, por ejemplo la píldora anticonceptiva de emergencia (PAE) o el dispositivo intrauterino (DIU).

Un aborto puede ser justificado y, por lo tanto, no se estima antijurídico, si hay una indicación criminológica (después de una violación) o una indicación médica. En este ámbito, la regulación alemana es similar al derecho argentino, aunque en Alemania hay un plazo de doce semanas desde la concepción con respecto a la indicación criminológica. El legislador alemán estableció también una llamada indicación “médica-social”. Lo particular de esa indicación es que la ley considera también las condiciones de vida presentes y futuras de la embarazada con relación a la pregunta sobre si la interrupción del embarazo es conveniente para evitar un peligro de un grave perjuicio del estado físico o mental de la embarazada. Casos de discapacidades previstas, como por ejemplo un síndrome de Down, pueden fundar, entre otros argumentos, una indicación “médica-social”, especialmente por una depresión inminente de la madre a causa de una sobrecarga. Sin embargo, la perspectiva relevante en la ley alemana es siempre la de la embarazada. Por el contrario, el rechazado proyecto de ley No 22/18 en Argentina prevé un caso de una indicación embriopática: Art. 86 párrafo 2 lit. c) del proyecto señala: “En ningún caso será punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer o persona gestante si se diagnosticara la inviabilidad de la vida extrauterina del feto”.

Aparte de la impunidad por haber habido una indicación, la regulación alemana admite también el aborto voluntario, es decir, el aborto sin indicación. Después de una discusión de casi tres décadas tenemos en Alemania desde 1995 el § 218a párrafo 1 del Código Penal con la llamada solución de plazo más asesoramiento: El tipo penal enumerado en el § 218 no se cumple cuando la embarazada exige el aborto y prueba al médico mediante un certificado que ha obtenido un cierto asesoramiento al menos tres días antes de la intervención; el aborto es realizado por un médico; y no han pasado más de doce semanas desde la concepción. La meta del asesoramiento mencionado es proteger la vida de la persona por nacer. Ese asesoramiento debe estar guiado por el esfuerzo de alentar a la mujer a continuar su embarazo y abrirle perspectivas de una vida con el niño; debe ayudarle a tomar una decisión responsable y a conciencia (véase por más detalles: § 219 del Código Penal Alemán). La consecuencia jurídica de esa solución en Alemania es la impunidad del aborto a pesar de su cualificación como antijurídico. Por lo tanto, el seguro estatal no cubre los gastos de un aborto sin indicación.

Finalmente, la ley excluye la culpabilidad solo de la embarazada –no del médico tratante– si el aborto ha sido realizado por un médico –casi nunca un médico alemán por el riesgo de la responsabilidad penal– después del asesoramiento en virtud del § 219 y no han transcurrido desde la concepción más de veintidós semanas. Aparte de esa exención (obligatoria) de la pena, el tribunal puede abstenerse de aplicar castigos en virtud del § 218 si la embarazada al momento de la intervención se encontraba en una premura excepcional. Esa abstención facultativa se puede considerar por ejemplo en el caso excepcional de un auto-aborto en una situación desesperada desde el punto de vista de la embarazada.

Resumiendo, se puede concluir, que la regulación en Alemania es bastante liberal con respecto a las posibilidades del aborto con y sin indicación.

¿Se encuentra regulada la objeción de conciencia en Alemania? ¿Cuál es su opinión en relación a este instituto?

La ley sobre conflictos en el embarazo (§ 12 párrafo 1) regula que nadie está obligado a participar en una interrupción del embarazo. Sin embargo, esa norma no se aplica si la participación es necesaria para evitar a la mujer un peligro inevitable de muerte o de daño severo a la salud. En esos casos excepcionales la protección de la mujer tiene más importancia que el conflicto de conciencia de médicos o enfermeros.

“

[E]l tema del aborto siempre puede provocar conflictos difíciles y complicados de conciencia, especialmente relacionado con convicciones religiosas.

”

Me parece muy importante que médicos y otros profesionales de salud pueden rechazar la participación en abortos por un conflicto de conciencia. Abortos y también, por ejemplo, muertes asistadas no pertenecen al campo de actividades médicas originales que incluye en primer lugar la curación de pacientes. No se debe forzar al respecto. Sin embargo, la excepción mencionada es justificada a favor del interés de la embarazada.

A pesar de la ley sobre conflictos en el embarazo, pueden ocurrir problemas en la práctica. Un ejemplo que se pudo leer en la prensa alemana es el siguiente: En 2012 una joven de veinticinco años, deshecha, llorando, sufriendo de dolor en el bajo vientre, con la sensación de vértigo y con la ropa sucia, vino en compañía de su madre a una sala de urgencias en Colonia y contó que se había despertado en un parque sin saber como había llegado allí. La doctora dijo que, con respecto a los síntomas, una anestesia por gotas de k.o. era muy probable. Además, no pudo excluir una violación de la joven. Por lo tanto, la doctora llamó a un cercano hospital católico que rechazó un examen médico por el tema de un probable embarazo, un aborto y/o una receta de la PAE. Después de otro rechazo por otro hospital católico la doctora encontró un hospital de la iglesia protestante que finalmente realizó el examen médico. Ese escándalo muestra que el tema del aborto siempre puede provocar conflictos difíciles y complicados de conciencia, especialmente relacionado con convicciones religiosas.

¿Cuál es el estado de la jurisprudencia actual en su país sobre el aborto?

El delito del aborto tiene una importancia forense muy baja. Solo hay pocas sentencias en Alemania con respecto a la responsabilidad penal. Los datos estadísticos dicen que solo hubo nueve condenas en 2016 por abortos.

Sin embargo, la interrupción del embarazo tiene más importancia forense en el derecho civil, especialmente en los casos del nacimiento de un niño no esperado o no esperado en el estado en que nació, sobre todo con discapacidades. En determinadas condiciones los padres pueden reclamar indemnización por la carga con la obligación alimentaria. Esos son los llamados casos de “wrongful conception” y “wrongful birth”, por ejemplo después una esterilización fallida por un error de tratamiento del médico y/o por falta de información. No obstante, el niño –nacido por ejemplo con un síndrome de Down– no puede, por si mismo, reclamar indemnización del médico tratante. Para fundar su derecho a indemnización en ese caso (el llamado caso “wrongful life”) el niño debería cuestionar su propia existencia. De todas maneras, el tribunal supremo alemán en materia civil no ha aceptado tal argumentación ni ha concedido un derecho de indemnización frente al médico.

¿Qué diferencias existen entre el proyecto debatido en Argentina y la legislación vigente actual en Alemania?

En Alemania un aborto voluntario es impune pero sin embargo antijurídico en un plazo de doce semanas desde la concepción y después de un asesoramiento; la ley excluye la culpabilidad en un plazo de veintidós semanas y después de un asesoramiento solo a favor de la embarazada, no para el médico. En cambio, el proyecto de ley en la Argentina No 22/18 –rechazado por el senado– no contenía el requisito de un asesoramiento para la embarazada que es un instrumento útil para proteger a la vida de nonatos, porque puede, en ciertos casos, evitar un aborto. En el proyecto de ley en Argentina se quiso establecer además un plazo de catorce semanas desde la concepción, pues dos semanas más que en el § 218a del Código Penal Alemán.

De acuerdo al anteproyecto de modificación al Código Penal de la Nación Argentina se propondría la incorporación de una nueva calificación legal denominada lesiones al feto. ¿Cuál es su opinión al respecto?

En Alemania la protección del embrión no es homogéneo: Por un lado, se puede reclamar indemnización del médico por una lesión corporal causado por una acción perjudicial durante el embarazo. Aparte de esa responsabilidad civil, sin embargo, se carece de una penalización de tales acciones prenatales por el Código Penal Alemán. Hasta ahora la ley presenta una laguna al respecto. Para armonizar ambos ámbitos y completar la protección de los fetos sería necesario establecer un delito penal como los artículos 95 y siguientes del anteproyecto argentino lo intentan.

**Accedé al texto
del anteproyecto
de CP**



Colaboraron en este número

Markus Finn

María Laura Böhm

Lucía Montenegro

Silvina Andrea Alonso

Mario Villar