

Violación, aborto y las palabras de la ley

Juan Pablo Alonso

Docente del Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UBA. Profesor de posgrado en Universidad de Palermo.

“Las leyes sólo pueden hacerse con palabras. La vida, la libertad, la propiedad, el honor, todo lo que nos es preciado depende de nuestra elección de las palabras.”

JEREMY BENTHAM,

A General View of a Complete Code of Laws

I - Introducción

El reciente fallo “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*” de la CSJN¹ generó numerosas controversias en la comunidad jurídica y política argentina.

Se trató un pedido de autorización judicial de aborto por violación de una menor, pedido sustanciado en la Provincia del Chubut bajo el formato procesal de “medida autosatisfactiva”. El juzgado de primera instancia denegó la solicitud, decisión que fue confirmada por la cámara del fuero. El 8 de marzo de 2010, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut revocó las decisiones de los tribunales inferiores y admitió la solicitud sobre la base de tres fundamentos: a) que el caso individual se subsumía en el primer supuesto del inc. 2º del art. 86 del código penal, b) que no existían objeciones constitucionales ni convencionales para hacer lugar al pedido de aborto y, c) que, más allá de la innecesariedad de la autorización judicial, la misma era otorgada con el propósito de concluir la controversia.

1. CSJN, 13/03/2012.

La decisión del tribunal superior provincial fue recurrida por la vía extraordinaria por el Asesor General Subrogante Provincial en representación del *nasciturus*, recurso que fue concedido por la gravedad institucional del caso, no obstante haberse llevado a cabo el aborto.

El 13 de marzo de 2012, la CSJN se expidió sobre el fondo de la cuestión, con el voto mayoritario de cinco de sus miembros;² el fallo no sólo confirmó la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut sino que, además, especificó un protocolo de atención médica en los hospitales públicos según el cual no se requiere autorización judicial para el aborto cuando mediare declaración jurada de la víctima sobre el ilícito que padeció (la violación), protocolo que debe dejar a salvo la objeción de conciencia de los profesionales de la salud que así lo expresen al ingresar como personal del establecimiento público en cuestión; exhortando, finalmente, a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar y hacer operativo el protocolo delineado.

El fallo de la CSJN generó polémica en torno a numerosas cuestiones; entre ellas, la competencia de la CSJN en materia de interpretación del derecho común; la competencia de la CSJN en cuanto a la implementación de protocolos de atención médica en hospitales públicos para brindar servicios para los casos de abortos impunes (incluyendo la cuestión de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud); la cuestión sobre qué debe considerarse “prueba suficiente de violación” a los efectos de habilitar el aborto de un embarazo producto de una violación; y la interpretación sobre el alcance del art. 86 inc. 2º del código penal argentino, en punto a cuáles son los supuestos de abortos impunes.

En este trabajo analizaré la última de las cuestiones, que ha motivado una importante disputa interpretativa entre penalistas, constitucionalistas y juristas en general. En efecto, desde hace noventa años la dogmática jurídica argentina viene debatiendo sobre los alcances del art. 86 inc. 2º del código penal, en cuanto a si la impunidad en caso de aborto por violación se aplica únicamente a la mujer violada que es “idiota o demente” o si también es impune el aborto realizado con motivo de la violación de una mujer “ni demente ni idiota”.

2. El voto mayoritario fue el del Ministro Lorenzetti, al que adhirieron los Ministros Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni. Votaron en disidencia los Ministros Petracchi y Argibay, cada uno según su voto.

Lo cierto es que la redacción del art. 86 inc. 2º del código penal es ambigua y admite, al menos preliminarmente, ambas interpretaciones. Esta ambigüedad ha generado el desarrollo de dos posiciones encontradas sobre el alcance de esta norma, sosteniéndose diferentes argumentos a favor de una y otra.

En el fallo “*F., A.L.*”, la CSJN puso fin a tal disputa interpretativa propiciando la interpretación amplia, de tal modo que la impunidad del aborto por violación no se restrinja a las mujeres “idiotas o dementes” sino a cualquier mujer víctima de tal delito.

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de la ambigüedad de la disposición jurídica en cuestión y analizar los argumentos desarrollados en favor de una y otra interpretación. Se concluirá con una propuesta interpretativa coincidente con la jurisprudencia recientemente sentada por la CSJN, aunque sobre la base de argumentos algo diferentes.

II - Tipologías de abortos impunes y ambigüedad de la redacción

A - Tipologías de abortos impunes

Quienes sostienen que el inciso 2º del art. 86 estipula dos supuestos diferentes construyen, junto con el supuesto del inc. 1º, tres tipologías independientes de abortos impunes, las cuales tienen en común dos elementos: que el aborto sea practicado por un médico y que exista consentimiento (de la mujer o del representante legal, en su caso).³ La doctrina oscila entre considerar a tales abortos impunes como causas de justificación por estado de necesidad justificante (que excluyen la antijuricidad de la conducta), o como una causa de inculpabilidad por estado de necesidad disculpante. La discusión sobre si se trata de causa de justificación o de disculpa se vincula, al menos parcialmente, con la asignación del rol de “persona” al feto humano desde su concepción. Si se asigna ese rol, entonces los bienes en conflicto (la vida del feto y la vida de la madre) serían de igual valor, con lo que se trataría

3. L. Larrandart, en D. Baigún y E. R. Zaffaroni, Código Penal, Tº 3. Hammurabi. Buenos Aires, 2007, pp. 679-711. En el mismo sentido E. Donna, Derecho Penal. Parte Especial, Tº I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2003, pp. 191-196.

de una disculpa.⁴ Esta discusión es ajena a este trabajo, ya que me propongo analizar si el aborto por violación es (o no es) una causal de aborto impune según el art. 86 inc. 2º del código penal, no importando si lo es por vía de causa de justificación o por vía de disculpa.⁵

Las tres tipologías involucradas son las siguientes:

El aborto terapéutico: se trata del supuesto del inc. 1º del art. 86, que requiere que el aborto sea la única alternativa para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre.⁶

El aborto sentimental (o humanitario o ético): se trata del primer supuesto del inc. 2º del art. 86 (en caso que se sostenga que hay dos supuestos), en el cual se autoriza el aborto de cualquier mujer que se encuentra embarazada con motivo de haber sido víctima de violación.

El aborto eugenésico: se trata del segundo supuesto del inc. 2º del art. 86, que requiere la existencia de un atentado al pudor contra una mujer incapaz. El fundamento de esta causal es de tipo

4. Haré alguna referencia a la cuestión de la “personalidad” del feto humano en el punto IV - B.

5. E. Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tº I, op. cit., p. 191. L. Larrandart señala que “la admisión que se trata de causas de justificación podría resultar problemática atento el valor de los bienes en conflicto, lo que por lo menos resultan de igual valor, con lo cual puede discutirse si nos encontramos ante una justificación o una disculpa” (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, op. cit., p. 679). La principal consecuencia dogmática de esta discusión estriba en que si la situación es considerada como causa de justificación entonces no se configuraría un injusto penal, con lo cual la participación de cualquier persona en el hecho quedaría impune. En cambio, si se la considera como disculpa rigen las reglas del art. 48 del código penal y la inculpabilidad no se traslada automáticamente a todos los partícipes, sino que debe analizarse caso por caso.

6. L. Larrandart refiere que algunos autores afirman que no se requiere consentimiento en situaciones de riesgo inminente para la vida de la madre (porque está imposibilitada de darlo, por ej.) e incluso tampoco se requiere que la practique un médico; pero en este supuesto la impunidad de la conducta no provendría del art. 86 inc. 1º, sino de la regla general del estado de necesidad del art. 34 inc. 3º. (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, op. cit., pp. 685 y ss.).

étnico-eugenésico, presuponíéndose que el niño por nacer heredaría las incapacidades biológicas de la madre.⁷

Especificadas, entonces, las tipologías de aborto involucradas en la disputa interpretativa, pasaré a analizar el problema de la ambigüedad de la redacción.

B - La ambigüedad

La ambigüedad, como problema de interpretación jurídica, viene siendo analizada desde hace tiempo por la jusfilosofía, en especial a partir de la incorporación de la filosofía del lenguaje como parte de la agenda de la filosofía del derecho en general. Autores como Alf Ross⁸ o Genaro Carrió⁹ analizaron el fenómeno de la ambigüedad de las normas jurídicas como derivativo del problema de la ambigüedad en el lenguaje natural, debido a que el derecho se expresa en lenguaje natural.

Se sostiene que una palabra o una oración es ambigua cuando admite más de un significado y no se puede saber en cuál de los dos se la está usando;¹⁰ distinguiéndose entre “ambigüedad extracontextual” y “ambigüedad contextual”.¹¹

Palabras como “vela” o “banco” son ejemplos de ambigüedad extracontextual; admiten más de un significado pero, generalmente, el problema se diluye cuando se utilizan en un contexto concreto.

7. L. Larrandart analiza las connotaciones racistas de esta causal, recordando la Exposición de Motivos de la Comisión del Senado que la propuso en 1919: “La sociedad podrá tener interés en destruir el germen de una vida procedente de una idiota, pero no tiene interés eugenésico en la destrucción de una esperanza de vida de una mujer rozagante y lozana, víctima de la lujuria de un desenfrenado” (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, op. cit., p. 691). Volveré sobre este problema en el punto IV-A.

8. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba. Buenos Aires, 1963 (traducción al castellano de G. Carrió).

9. G. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje* (4ª edición). Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1990.

10. J. Hospers, *Introducción al análisis filosófico*. Alianza Universidad. Madrid, 1976, p. 28.

11. R. Hernández Marín, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*. PPU. Barcelona, 1989, pp. 39-40.

Dentro de las ambigüedades contextuales, se distingue entre las semánticas y las sintácticas. En las primeras, la oración tiene más de un significado en función de que las palabras que la integran poseen más de un significado (las palabras que la componen son ambiguas), y el problema no se ha resuelto ni diluido mediante el contexto de uso de tales palabras.¹²

En la ambigüedad sintáctica, el problema no estriba en la ambigüedad de las palabras componentes, sino que se duda sobre cómo son enlazadas tales palabras por las conectivas que las unen. Alf Ross señaló la relevancia de este tipo de ambigüedad en el lenguaje del derecho, proponiendo cuatro tipologías de la misma: a) las frases adjetivales, b) los adjetivos y frases adjetivales que califican dos o más palabras, c) los pronombres demostrativos y relativos y d) las frases de modificación, excepción o condición.¹³

El problema de si el art. 86 inc. 2º del código penal argentino establece dos supuestos o uno único constituye, justamente, un problema de ambigüedad contextual de tipo sintáctico.

La redacción del art. 86 es la siguiente:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

En el inciso 2., la utilización de la conectiva disyuntiva “o” (en negrilla) luego de la palabra “violación”, genera dudas sobre el alcance sintáctico de la conectiva respecto de las oraciones anteriores y posteriores a ella.

12. C. S. Nino da el siguiente ejemplo de ambigüedad semántica: “el Cabo de Hornos es muy frío”; dudándose si la frase hace referencia a un accidente geográfico de la Patagonia Argentina o si se trata de un militar de apellido “De Hornos” que es muy distante con la tropa (C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*. Ariel. Barcelona, 1996, p. 260).

13. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., pp. 119-124.

En efecto, puede tratarse de un único supuesto, en el cual la conectiva “o” describe un embarazo proveniente de dos formas diferentes de agresión (violación –*stricto sensu*– o atentado al pudor –violación *lato sensu*–) cometidas contra una mujer “idiota o demente”. En efecto, en esta interpretación, la primera forma de agresión sería el acceso carnal con violencia física y la segunda el acceso carnal sin violencia pero abusando de la imposibilidad de la mujer “demente o idiota” de prestar consentimiento con la relación sexual. En ambos supuestos, la víctima sería la mujer “demente o idiota”. Esta posición se conoce como “interpretación estricta”, y propicia, exclusivamente, el denominado “aborto eugenésico”.

También puede tratarse de dos supuestos independientes, el primero de ellos si el embarazo es proveniente de una violación a cualquier mujer, y el segundo si el embarazo proviene de un acceso carnal (atentado al pudor) cometido contra una mujer idiota o demente que debido a tales características personales no puede prestar consentimiento con la relación sexual, configurándose una violación *lata sensu* (sin violencia física). Esta posición se conoce como “interpretación amplia” y propicia tanto el aborto sentimental como el eugenésico.¹⁴

III - Argumentos gramaticales y sistemáticos a favor de una u otra posición

En su *Teoría de la Argumentación Jurídica*¹⁵ Robert Alexy efectúa una taxonomía de las diferentes formas y estrategias de argumentación jurídica; en especial cuando el usuario del derecho se enfrenta ante algún “caso difícil”.¹⁶

14. El código penal de Ecuador presenta una ambigüedad similar: “Art. 447: El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible [...] inc. 2º: Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente”.

15.. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción al castellano de M. Atienza e I. Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

16. Para la noción de “caso difícil” por problemas interpretativos también puede consul-

En este punto analizaré dos formas de argumentación: la argumentación semántica (o gramatical) y la argumentación sistemática. La primera se refiere a argumentos relativos a la vigencia de reglas semánticas que podrían resolver determinadas dudas interpretativas;¹⁷ la segunda “comprende tanto la referencia a la situación de una norma en el texto legal, como la referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios”.¹⁸

Estos argumentos suelen ser los primeros en utilizarse en aras de resolver algún inconveniente de tipo interpretativo (por ejemplo, cuando una disposición es ambigua, como el caso que se analiza en este trabajo). Si el inconveniente se resuelve mediante alguna de estas técnicas no es necesario –al menos generalmente– recurrir a otras formas argumentativas más complejas.

Específicamente analizaré argumentos de tipo semántico-gramaticales desarrollados por Peco a favor de la interpretación estricta del inc. 2º del art. 86, y argumentos de tipo sistemáticos desarrollados por Soler y por Zaffaroni, Alagia y Slokar a favor de la interpretación amplia.

Concluiré que ninguna de estas técnicas argumentativas es suficiente para resolver la ambigüedad en cuestión, debiéndose recurrir a argumentos más complejos para su resolución.

A. A favor de la interpretación estricta

1. Peco (1): el argumento de la coma (“,”)

El llamado “argumento de la coma” fue desarrollado por Peco¹⁹ sobre la base de consideraciones de índole semántico-gramaticales. Sintéticamente sostiene que si el legislador hubiese querido establecer dos supuestos (y no sólo el del aborto eugenésico), entonces hubiese colocado una coma (“,”)

tarse J. P. Alonso, *Interpretación de las normas y Derecho Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2006.

17. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 227-229.

18. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 231.

19. J. Peco, “El aborto en el código penal”, en *Revista penal argentina*, VI. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1926, pp. 180 y ss.

después de la disyunción “o”. Al respecto se señala que la coma (“,”) existía en el proyecto de Código Penal Suizo (utilizado como base de Código Penal Argentino de 1921), que establecía dos supuestos, el aborto sentimental y el eugenésico.

Como señala Jiménez de Asúa,²⁰ la coma (“,”) y la disyunción (“o”) cumplen, en este contexto, funciones gramaticales similares; por lo que agregar la coma después de la “o”, no agrega nada al sentido de la oración; y aún que tal agregado podría no ser una incorrección gramatical, lo cierto es que, usualmente, la coma no suele usarse *a posteriori* de la disyunción “o”.

El argumento de la “coma” invoca una regla gramatical de dudosa aplicación al caso. No obstante, aún aceptando la validez de tal regla gramatical, si hubiera existido la “coma” después de la disyunción “o”, entonces la ambigüedad se hubiera disuelto en favor de que se trata de dos supuestos independientes. Pero como de hecho la coma no existe, la ambigüedad no se resuelve, ni en un sentido ni en otro.

Dicho de otra forma: Peco señala que como no se trata claramente de dos supuestos, entonces se trata de uno solo (el eugenésico). Pero este argumento no es dirimente, porque al no existir la coma no queda claro que se trata de un solo supuesto, ni de dos: la inexistencia de la “coma” sólo permite afirmar que la ambigüedad se mantiene, en el sentido de que continúa la duda sobre si se trata de un supuesto o dos.

2. Peco (2): el argumento del último párrafo del inc. 2º del art. 86

Reforzando su posición, Peco argumenta que como el último párrafo del inc. 2º del art. 86 señala que debe requerirse el consentimiento del representante legal para el aborto, entonces resulta claro que el supuesto se refiere a que la víctima de violación no puede ser una mujer capaz, sino una incapaz de las especies “idiotas” o “dementes”. Se sostiene que de haber sido dos supuestos el último párrafo no referiría “en este caso” sino “en este segundo caso” o “en este último caso”.

20. L. Jiménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir*. Editorial Losada. Buenos Aires, 1946. El autor desarrolla la misma posición en el artículo “El aborto y su impunidad”, *La Ley* 26-977, sección doctrina.

Este argumento tampoco diluye la ambigüedad, dado que, al referirse “en este caso”, podría referirse tanto a la totalidad del inciso –en la hipótesis de que se estipula un solo supuesto, el del aborto eugenésico–, como al último supuesto de ese inciso –el aborto eugenésico–; no requiriéndose consentimiento del representante legal para el primer supuesto de ese inciso –el supuesto de aborto sentimental o humanitario.

A igual que el “argumento de la coma”, si el legislador hubiese redactado “en este último caso”, entonces se disolvería la ambigüedad a favor de la existencia de dos supuestos independientes. Pero como ello no es así, la ambigüedad de la redacción se mantiene.

B. A favor de la interpretación amplia

1. Soler: la sistematicidad de las figuras de “violación” y “atentado al pudor”

Soler ha sido uno de los principales defensores de la interpretación amplia, sobre la base de argumentos de tipo sistemáticos. El autor señala que el inc. 2º del art. 86 prevé dos supuestos (tanto el aborto sentimental como el eugenésico) debido a que todo atentado al pudor (denominado por la ley “abuso deshonesto” –art. 119 cód. penal–) cometido contra una mujer que no puede prestar consentimiento (tal sería el caso de una mujer demente o idiota) y que suponga acceso carnal, es una violación.²¹ En efecto, de los arts. 119 y 120 del código penal surge que todo acceso carnal sin consentimiento es considerado violación, en cualquiera de sus versiones: sea porque existe violencia (o amenaza o intimidación), sea porque la mujer no puede prestar consentimiento con la relación sexual (porque es menor de 13 años o porque es incapaz, demente o idiota).

Según Soler, la defectuosa técnica legal proviene de sucesivas traducciones del alemán al suizo y de éste al castellano, dado que, para nuestro código los diferentes supuestos de acceso carnal sin consentimiento son denominados “violación”, mientras que en el derecho alemán se distingue la “violación” (acceso carnal con violencia o amenaza) de la “profanación” (acceso carnal de mujer que no puede prestar consentimiento por edad o

21. S. Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tº III. TEA. Buenos Aires, 1951, pp. 128 y ss.

incapacidad mental); esta última (profanación) habría sido traducida al castellano como “atentado al pudor de mujer demente o idiota”.

En la inteligencia de Soler, se interpreta que el legislador estableció dos supuestos en el inc. 2º del art. 86: el supuesto genérico de violación (violación *stricto sensu*) y el específico acceso carnal, aunque sin violencia, contra mujer incapaz que no puede prestar consentimiento (violación *lato sensu*, “profanación” en la versión alemana).

Entiendo que este argumento tampoco diluye la ambigüedad. Se trata de un argumento “espejo” al de la “coma” y al de “el último párrafo del inc. 2º del art. 86”.

En efecto, los argumentos de la “coma” y de “el último párrafo” sostenían lo siguiente: “si el legislador hubiese querido estipular dos supuestos entonces hubiese colocado la ‘coma’ después de la disyunción ‘o’, y/o hubiese redactado el último párrafo ‘en este último supuesto’ o ‘en este segundo supuesto’”. Señalé al respecto que si el legislador hubiese hecho una o ambas cosas, entonces se hubiese diluido la ambigüedad, pero como no lo hizo entonces la ambigüedad se mantiene.

Con el argumento de Soler pasa lo mismo, pero a la inversa. Soler señala que si el legislador hubiese querido estipular sólo el supuesto de aborto eugenésico entonces no hubiera redactado del modo en que lo hizo, esto es, de forma reiterativa el supuesto, dado que todo abuso de mujer incapaz con acceso carnal es violación.

Queda una alternativa que Soler no explora, y es que el legislador hubiese estipulado dos supuestos en que la víctima siempre es una mujer incapaz: el de acceso carnal violento (“violación” en las palabras del legislador) y el de acceso carnal no violento (“atentado al pudor” en palabras del legislador).

Cualquier argumento del tipo “si el legislador hubiese querido un supuesto (o dos), entonces lo hubiera redactado de tal forma” está condenado al fracaso: como el legislador no hizo ni una ni otra cosa entonces sólo tenemos la redacción que quedó, que es ambigua y admite las dos interpretaciones.²²

22. Debe señalarse que las opiniones de Soler, al igual que las de Peco, son anteriores a la ley 25.087 (B.O. 14/05/1999), que reformó el régimen de los delitos sexuales (arts. 119 a 133). Tal ley no modificó la redacción del art. 86, aquí analizado, que continúa siendo la original de 1921. A mi entender la nueva ley 25.087 no disuelve la ambigüedad del art. 86, ya que se mantienen las dos figuras delictivas que interactúan en la disputa interpretativa. En efecto, el actual art. 119 distingue varios supuestos de abuso sexual, considerados

2. Zaffaroni, Alagia y Slokar: un supuesto genérico y dos supuestos específicos

Zaffaroni, Alagia y Slokar consideran que existen tres supuestos, sosteniendo que el aborto terapéutico (inc. 1º) es la hipótesis genérica de aborto autorizado (o impune), siendo las otras dos hipótesis (el sentimental y el eugenésico) instancias más específicas de la primera.

“La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental [...] La hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º [...] Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue) el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones del feto.”²³

No coincido con la conceptualización que efectúan Zaffaroni, Alagia y Slokar sobre la relación entre los tres supuestos de abortos impunes. Llevada al extremo, tal conceptualización considera superfluos los dos supuestos del inc. 2 del art. 86 (aborto por violación y aborto eugenésico), dado que los mismos estarían totalmente contenidos en el supuesto genérico del inc. 1º (aborto terapéutico). Se trataría, entonces, de un único supuesto.

Más allá de que en ciertos casos individuales exista la relación que Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que existe entre los supuestos genéricos, lo cierto es que la reacción institucional-procesal es totalmente diferente en cada uno de ellos.

“violación” si existe acceso carnal por cualquier vía (art. 119, tercer párrafo, con penas de seis a quince años). En entre ellos, los dos supuestos que siguen vigentes son el acceso carnal con violencia (violación stricto sensu) y el acceso carnal cuando la víctima no pudo consentir libremente la relación sexual (violación lato sensu, la llamada “profanación” del código penal alemán).

23. E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires, 2002, p. 641.

En efecto, en el marco de un proceso penal donde se acusa a una mujer de haber abortado y ésta alega alguna causal de impunidad, serán diferentes los hechos que deberán probarse para acreditarla.

Si se alega violación, habrá que acreditar un hecho pretérito al aborto (que la mujer fue violada).

Si se alega peligro para la salud de la madre habrá que acreditar hechos presentes y eventualmente inmediatos futuros al aborto (el riesgo actual o cercano para la salud de la madre).

Si se alega que hay atentado al pudor sobre una mujer demente o idiota deberán acreditarse hechos pretéritos al aborto (el atentado al pudor) y situaciones personales sobre la salud psíquica de la mujer víctima al momento del acceso carnal.

Esta diferente reacción institucional-procesal necesaria para acreditar una u otra causal de aborto impune permite aseverar que los tres supuestos son independientes.²⁴

Por otro lado, la conceptualización analizada no diluye la ambigüedad de la redacción, toda vez que sigue sin poder argüirse que el aborto por violación es una causal independiente, prevista en el inc. 2º del art. 86; al contrario, tal ambigüedad se mantiene incólume.

3. Un problema de identificación de los supuestos de abortos impunes que requiere de argumentos más complejos

He analizado, someramente, el derrotero de la disputa interpretativa sobre los alcances del inc. 2º del art. 86 del código penal argentino. Un dato interesante de tal disputa es que ninguno de los autores sostiene que la redacción de la norma es ambigua; al contrario, todos parecen afirmar que la ley es clara y unívoca, en el sentido que cada uno de ellos propone.

Sin embargo, como analicé, no sólo se trata de una ambigüedad incuestionable, sino que, además, la misma es de muy difícil resolución. En efecto, ninguno de los argumentos semántico-gramaticales o sistemáticos analizados tiene la suficiente fuerza como para diluir la ambigüedad.

24. La noción de “supuesto independiente” ha sido definida en términos lógicos bajo el rótulo de “propiedad independiente” (C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, Buenos Aires, 1971, pp. 52 y ss.).

Los argumentos a favor de una u otra posición son argumentos “espejo” en el sentido que ambos intentan desvirtuar la posición opuesta señalando que “si el legislador hubiese querido *x*, entonces hubiera redactado *y*”. Pero, como vimos, tales estrategias argumentativas sólo sirven para desvirtuar la posición opuesta y no para reforzar la propia (y en esto, ambas posiciones “empatan”).

Ni el tenor literal de la disposición jurídica y ni la interacción sistemática de la misma junto con las normas inmediatamente conexas permiten resolver el problema. De allí cabe concluir (con cierta desazón) que la identificación de los supuestos de abortos impunes no puede efectuarse mediante el método de la literalidad, que es el método por excelencia para garantizar el respeto al principio de legalidad en materia penal.

“El primer criterio de interpretación es el gramatical (o literal). Con él se trata de averiguar el sentido literal de las palabras empleadas por el legislador. Aunque se considera este tipo de interpretación como de menor categoría, tiene una importancia decisiva en derecho penal, a consecuencia de la vigencia del principio de legalidad: si no se quiere hacer una burla a este principio, habrá que estar siempre al significado posible, al sentido literal de las palabras empleadas en el texto legal.”²⁵

La ambigüedad detectada exige la articulación de argumentos más complejos, de tipo coherentistas o principialistas. Podría argüirse, con razón, que no es pertinente la identificación de un tipo penal sobre la base de principios, si mediante ese proceso se extiende el sentido literal de una prohibición penal. Pero está claro que ése no es el caso, por dos razones: en primer lugar, porque no hay algo así como “un sentido literal claro” ya que la redacción es ambigua y, en segundo lugar, porque de lo que se trata es de determinar la extensión de una causal de impunidad y, *prima facie*, no hay inconvenientes de proceder a su configuración sobre la base de principios.²⁶

25. F. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*. Editorial BdeF. Montevideo, 2001, pp. 217-218.

26. La dogmática penal contemporánea suele admitir que las causales de impunidad pueden extenderse analógicamente, incluso cuando no existen problemas de identificación (como los aquí analizados). Francesco Carrara fue uno de los primeros juristas

La idea de coherentismo como forma de resolución de “casos interpretativos difíciles” ha sido articulada alternativamente por MacCormick²⁷ y por Dworkin;²⁸ la idea de principialismo, por su parte, ha sido articulada por Alexy²⁹ y, en nuestro medio, por Sieckmann.³⁰

Las teorías de MacCormick, Dworkin, Alexy y Sieckmann, si bien difieren en las articulaciones específicas, tienen entre sí un parecido de familia al considerar que una argumentación sólida sobre la base de principios jurídicos es una argumentación “correcta” para resolver un “caso difícil interpretativo”.³¹ En palabras de MacCormick, la interpretación “correcta” es aquella que resulte más coherente con el conjunto de principios relevantes que rigen el sector jurídico analizado.³² En palabras de Dworkin, la interpretación correcta es la construida tomando en consideración tanto los precedentes históricos (el pasado, la historia institucional) como los propósitos y fines que se pretenden justificar con la práctica jurídica (el futuro, la utopía de la integridad jurídica).³³

En el caso a estudio, comenzaré analizando cuáles fueron los fines del legislador exteriorizados en la exposición de motivos de la ley al momento de instituir la/s causal/es de aborto/s impune/s del art. 86 inc. 2º.

en expedirse a favor de la posibilidad de configurar analógicamente una causa de justificación: “Por analogía, la pena no puede extenderse de un caso a otro; pero la excusa sí puede extenderse por analogía, de un caso a otro caso...” (F. Carrara, 1859, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Temis, Bogotá, 1956. Traducción al castellano de Ortega Torres y Guerrero).

27. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press. Oxford, 1978, pp. 106 y ss.

28. R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press. Cambridge (Mass.), 1986, pp. 132 y ss.

29. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, pp. 524 y ss. (traducción al castellano de E. Garzón Valdez).

30. J. Sieckmann, “Introducción” y “Los derechos fundamentales como principios”, en *Teoría principialista de los derechos fundamentales* (J. Sieckmann, editor). Marcial Pons. Madrid, 2011.

31. Estas teorías tienen en común el rechazo a la discrecionalidad judicial fuerte en los casos difíciles, tesis usualmente atribuida a H. L. A. Hart. No ingresaré en este trabajo sobre si esa atribución hace justicia (o no) a las tesis hartianas.

32. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 260 y ss.

33. R. Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

Posteriormente contrastaré esos fines históricos con los principios penales que regulan el deber de solidaridad y el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Concluiré que la ambigüedad de la redacción debe resolverse considerando al aborto por violación como una forma de aborto impune.

IV - De la interpretación subjetiva al coherentismo de los principios penales

A. La intención del legislador de 1921

La interpretación subjetiva (o genética) es aquella que sustenta una determinada interpretación sobre la base de la intención (o voluntad) específica del legislador al sancionar determinado instituto jurídico. Alexy la denomina “argumento genético” y distingue dos formas: en la primera se afirma que una tal interpretación fue directamente objeto de la voluntad del legislador; en la segunda se afirma que una tal interpretación es la única conducente para obtener los fines expresamente perseguidos por el legislador.³⁴

Una forma de determinar los “fines” del legislador consiste en explorar la “exposición de motivos” de la ley en cuestión. En el caso del art. 86 inc. 2º la discusión en la Cámara de Senadores giró, exclusivamente, en torno a razones de selección eugenésica “a favor de la sociedad” y “la pureza étnica”; sin referencia a la posibilidad de permitir el aborto por violación de una mujer sana (“ni demente, ni idiota”).

“La sociedad podrá tener interés en destruir el germen de una vida, procedente de una idiota, pero no tiene interés eugenésico en la destrucción de una esperanza de vida de una mujer rozagante y lozana, víctima de la lujuria de un desenfrenado.

El tema es seductor, y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste, para algunos miembros de esta Comisión, una importancia trascendental, y cuyos problemas deben interesar profunda e

34. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 227-228.

intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Colonia en el año 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales [...] Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el Derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes con fines eugénicos [...] es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza.”³⁵

Jiménez de Asúa³⁶ y Gautier criticaron el carácter eugenésico del supuesto de impunidad del inc. 2º del art. 86. Gautier señalaba que los argumentos de profilaxis son muy delicados y que la disposición jurídica en cuestión “sería más peligrosa que útil”.³⁷

Finzi, por su parte, afirmaba que el interés de la raza inspirados en criterios biológicos era la “*voluntad legis*” del inc. 2º del art. 86, con la mirada puesta en el perfeccionamiento de la especie humana, perfeccionamiento que se encontraría amenazado por la procreación de un “individuo tarado”.³⁸

Resulta evidente que la intención del legislador del 1921 fue regular el aborto eugenésico de manera exclusiva, sin considerar al aborto “sentimental” (por violación a una mujer “sana”) como causal de impunidad.

Es más, teniendo en consideración la exposición de motivos transcrita puede afirmarse que la técnica legislativa escogida ha sido bastante

35. Los párrafos transcritos de la exposición de motivos de la Comisión del Senado han sido tomados del trabajo sobre aborto de L. Larrandart, antes citado (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, *op. cit.*, pp. 691-692).

36. L. Jiménez de Asúa, “El aborto y su impunidad”, *op. cit.*

37. Citado en LL 1993-D-224; CNCrim, Sala VI, 8/2/1993 (citado por L. Larrandart en D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, *op. cit.*, pp. 692 y 733).

38. M. Finzi, “El llamado aborto eugenésico. El consentimiento del representante legal”. En *Jurisprudencia Argentina*, 1946, IV (citado por L. Larrandart en D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, *op. cit.*, pp. 692, 693 y 719).

defectuosa, toda vez que sólo considera la situación de la mujer “demente o idiota” embarazada, pero no se tiene en cuenta un posible embarazo de una mujer “sana” producido por un agresor “demente o idiota”; situación que también debería estar contemplada si se pretende ser coherente con los fundamentos eugenésicos que motivaron esta causal de aborto impune.

Por otro lado, puede cuestionarse si, noventa años después de su promulgación, debemos mantener vigentes intenciones legislativas que chocan con ciertos principios constitucionales y penales actuales.³⁹ Al respecto, cabe recordar la célebre cita de Maurach sobre la tensión entre la “voluntad de la ley” y la “voluntad del legislador”:

“...los motivos pasan y las leyes permanecen, los antecedentes parlamentarios de las leyes modernas reproducen tan sólo, en el mejor de los casos, la opinión de los partidos colaboradores o el criterio de los ponentes. Con frecuencia muestra la práctica que la ley debe ser aplicada en un sentido y dirección distintos a los queridos por sus autores. Se producen nuevas situaciones, nuevos acontecimientos, nuevas formas del delito con los que el legislador no podía contar. La interpretación histórica fosiliza la ley en el momento de su entrada en vigor; es incapaz de entender, con el paso de los decenios, su elasticidad y consiguiente eficacia”.⁴⁰

Como analizaré más adelante, la exclusión de la impunidad del aborto por violación ya era incoherente con los principios penales que regularon el deber de solidaridad en el código penal de 1921 y de principios constitucionales entonces vigentes, especialmente, el principio de igualdad ante la ley. Esta incoherencia se mantiene actualmente.

Por ello, entiendo que la ambigüedad de la redacción del inc. 2º del art. 86 debe resolverse a favor de que tal disposición prevé dos supuestos de impunidad, tanto el aborto eugenésico como el aborto por violación. De

39. L. Larrandart entiende que justificar el aborto sobre principios de la eugenesia “hoy no puede admitirse por implicar una concepción discriminatoria” (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, *op. cit.*, p. 693).

40. R. Maurach, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I* (traducción de J. Córdoba Roda). Ariel. Barcelona, 1962, pp. 107-108.

manera previa, analizaré el espectro ideológico-moral respecto de la “personalidad” del feto humano, y cuáles son sus implicancias en la disputa interpretativa analizada.

B. Sobre la “personalidad” del feto humano: el espectro ideológico-moral

Una usual objeción a la impunidad del aborto por violación se sustenta en la creencia de que el feto humano desde su concepción es una persona en “sentido jurídico fuerte” que tiene “pleno derecho a la vida”. La posición extrema de esta visión considera inmoral cualquier aborto, tanto el terapéutico como el eugenésico y el sentimental. La postura de la Iglesia Católica es un claro exponente de esta posición (usualmente denominada “**conservadora extrema**”).

Encíclica del Papa Pío XI sobre el matrimonio cristiano: “Por mucho que compadezcamos a la madre, cuya salud e incluso vida peligran gravemente al llevar a cabo el deber que le ha conferido la Naturaleza, ¿qué razón suficiente habría para justificar del modo que fuese el asesinato directo del inocente?”⁴¹

Está claro que el código penal argentino no asume esta posición “conservadora extrema”, ya que admite algunos abortos impunes. El caso más claro, que el conservadurismo extremo rechaza, es el caso de aborto terapéutico, esto es, la impunidad del aborto cuando es la única forma de proteger a la madre de un grave peligro para su salud. En esta posición se puede admitir que el feto humano tiene derecho a la vida, pero que tal derecho no es absoluto ya que debe ser interpretado armónicamente con otros “derechos” en pugna.⁴² Esta posición, consistente en admitir un número limitado

41. Esta posición “conservadora extrema” es también defendida por el filósofo británico J. Finnis, en su discusión con J. J. Thomson. J. Finnis “Pros y contras del aborto”, en Debate sobre el aborto. J. Finnis, J.J. Thomson, M. Tooley y R. Wertheimer. Cátedra, Madrid, 1992, pp. 108-142 (traducción al castellano de M. L. Rodríguez Tapia, M. Millán y B. Barrera).

42. Esta es la posición de nuestra CSJN en el caso “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”, al sostener que los derechos del niño desde su concepción (reconocidos por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de jerarquía constitucional) no son absolutos, de modo que tal reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción no obligan a una

y restringido de abortos impunes, se suele denominar “**conservadora moderada**”. La admisión de la impunidad del aborto por violación es compatible con esta posición.⁴³

Del otro lado del espectro ideológico-moral están las posiciones denominadas “liberales”.

El “**liberalismo moderado**” sostiene que la “personalidad” del feto humano es progresiva (o evolutiva) y solamente adquiere “pleno derecho a la vida” en determinado estadio de su evolución, que usualmente oscila entre la viabilidad fuera del útero y el nacimiento. Cuanto más cercano a la fecundación y más lejano a la viabilidad sea el acto de abortar, menos cuestionamientos morales le cabrán. Esta posición admite el aborto por decisión de la madre en las primeras semanas de gestación, y rechaza el aborto por razones frívolas una vez que el feto sea viable.⁴⁴

En esta línea se enrola la famosa sentencia “*Roe vs. Wade*” de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU., en la que se dividió al embarazo en tres trimestres; sólo en el tercer trimestre, cuando el feto es viable, la legislación estatal puede reprimir el aborto (salvo en caso de riesgo para la salud de la madre), mientras que durante el primer trimestre no debería existir prohibición legal alguna respecto del aborto libremente consentido por la mujer.⁴⁵

Un ejemplo de la posición “**liberal extrema**” es Michael Tooley, quien sostiene que el hecho de que un conjunto de células pertenezca a la especie *homo sapiens* no significa, sólo por esa razón, que deba ser considerado

interpretación estricta del inc 2º del art. 86 del cód. penal (CSJN, “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”, del 13/03/2012, considerandos 10 a 13).

43. Por ejemplo, el código penal de Brasil reprime el aborto con pena de prisión de uno a tres años (art. 124) y dispone la impunidad del aborto terapéutico (cuando es el único medio para salvar la salud de la madre –art. 128, I–) y la impunidad del aborto sentimental (cuando el embarazo proviene de violación –art. 128, II–).

44. Ésta es la posición de M. Farrell en *La ética del aborto y la eutanasia*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1985. También es la posición de R. Dworkin en “The Great Abortion Case”, en *New York Review of Books*, 1989, pp. 49-53 y en *El dominio de la vida*. Ariel Derecho. Barcelona, 1998.

45. A. Ruiz Miguel efectúa un meduloso análisis sobre “*Roe vs. Wade*”, en *El aborto: problemas constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990, pp. 38 y ss.

“persona” o “ser humano”.⁴⁶ Tooley concluye que sólo después de un tiempo de haber nacido alguien puede ser “persona” en el sentido que tiene “serio derecho a la vida”: “Un organismo tiene derecho a la vida sólo si posee la idea de un ‘yo’ como sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales y cree que él mismo es tal entidad”.⁴⁷

C. ¿Tiene impacto la discusión ideológico-moral en la discusión jurídica sobre los alcances del art. 86 inc. 2º del código penal?

Tengo mis dudas sobre si el problema aquí analizado (la impunidad del aborto por violación) ha de resolverse, necesariamente, adoptando una posición moral concreta sobre el estatus de la “personalidad” del feto humano.

Probablemente un eventual debate acerca de la instauración de un régimen más liberal de aborto (por ejemplo, el régimen que permite el aborto por la sola voluntad de la gestante en las primeras semanas de embarazo)⁴⁸ sí requiera de la adopción de una posición ideológico-moral más específica, vinculada a la “gradualidad de los derechos del feto humano” o la “no equiparación moral del feto no nacido con el niño ya nacido”, de tal modo que el derecho a la vida del feto no es tan fuerte como el derecho a la vida

46. “La costumbre de usar expresiones como ‘persona’ y ‘ser humano’ de forma indistinta es realmente desafortunada. Para empezar, presta apoyo encubierto a las posturas antiabortistas. Con ese uso, quien mantiene un punto de vista liberal sobre el aborto se ve en la posición de tener que afirmar que los fetos, al menos hasta cierto punto, no son seres humanos. [...] Quizás sería mejor evitar (esos términos) y emplear en su lugar una expresión que se interprete, de forma más natural, como referente a cierto tipo de organismo biológico caracterizado en términos psicológicos, tal como ‘miembro de la especie homo sapiens’. Para situar el problema de la moralidad del aborto [...] hay que responder a las siguientes preguntas: ¿Qué propiedades debe tener una cosa para ser persona, es decir, para tener serio derecho a la vida? ¿En qué momento del desarrollo de un miembro de la especie homo sapiens posee el organismo las propiedades que le convierten en persona”. M. Tooley, “Aborto e infanticidio”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., pp. 69-107.

47. M. Tooley, “Aborto e infanticidio”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 99.

48. Me refiero al paso de la actual posición del código penal argentino (“conservadora moderada”) a una posición “liberal moderada” como la legislación de Dinamarca de 1973 o de Francia de 1975, que permiten el aborto a voluntad de la gestante dentro de las doce y diez semanas, respectivamente.

de los seres humanos ya nacidos, y puede ceder ante derechos de terceros como la autonomía de la mujer embarazada, su intimidad o el bienestar de su familia.⁴⁹

Pero la cuestión es que, aun asumiendo la posición conservadora moderada que asume nuestro código penal (y esa es la posición que, entiendo, debe asumirse para resolver un problema interpretativo de nuestro derecho penal positivo) e incluso asumiendo que el feto humano es una persona desde su concepción, existen al menos dos razones para sostener que el aborto por violación debería estar autorizado:

a) Porque si está autorizado el aborto por violación de una mujer incapaz, sería discriminatorio no autorizarlo respecto de la mujer violada no incapaz (este es el argumento de la CSJN en el fallo “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”).

b) Porque la mujer violada no tiene (no debe exigírsele) un deber de solidaridad para con ese embrión y tiene derecho a quitarlo de su vida: esta posición es la que pretendo desarrollar sobre ciertos principios generales del derecho penal que establecen límites al deber general de solidaridad.

D. La extensión de la causal de impunidad por violación de mujer “demente o idiota” a la violación (de cualquier mujer) en general

Una forma de fundamentar la procedencia de la impunidad del aborto por violación en nuestro régimen penal consiste en efectuar un paralelismo de tal figura con la figura que estipula la impunidad del aborto de la mujer “demente o idiota” que ha sido víctima de algún delito sexual. En esta inteligencia, autorizar el aborto de una mujer incapaz violada y no autorizarlo respecto de una mujer sana violada sería una discriminación constitucionalmente inadmisibles. Tal es la estrategia argumentativa escogida por nuestra CSJN en el fallo “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”.

49. Sobre este punto puede verse A. Ruiz Miguel, *El aborto: problemas constitucionales*, op. cit., pp. 57, ss. y 66.

De manera preliminar, la CSJN afirma que no existe ninguna restricción constitucional para una argumentación de esa índole, dado que en la última sesión de la Convención Constituyente de 1994 se generó un amplio debate sobre el alcance del “derecho a la vida”, no quedando plasmada ninguna voluntad constituyente que pretendiera limitar el alcance del art. 86 inc. 2º del código penal.

“...no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto del aborto no punible [...] al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental.”⁵⁰

Según la CSJN, limitar la impunidad del aborto sólo a las mujeres incapaces víctimas de delitos sexuales violaría los principios constitucionales de igualdad y prohibición de toda discriminación, con lo que se impone una interpretación amplia del art. 86 inc. 2º del código penal.

“...reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable del trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida.”⁵¹

Continuando su argumentación, la CSJN se pliega a los fundamentos de Carlos Nino⁵² sobre esta cuestión, al sostener que:

“...la pretensión de exigir, *a toda otra víctima* de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque a sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio (de dignidad de las personas), que impide exigirle a las personas que

50. CSJN, “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012, considerando 9).

51. CSJN, “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012, considerando 15).

52. C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*. Paidós. Buenos Aires, 1994, pp. 109 y ss.

realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar.”⁵³

Para la CSJN el fundamento de la impunidad del aborto por violación de cualquier mujer se sustenta en la inadmisibilidad constitucional de restringir tal impunidad sólo a la mujer incapaz (“demente o idiota” en las palabras de la ley).

Creo que hay argumentos más básicos y sólidos para fundar la impunidad del aborto por violación; ellos se vinculan con la inexigibilidad de deber de solidaridad de la mujer violada para con el feto fruto de la violación. Los desarrollaré a continuación.

E. ¿Puede exigírsele a la mujer violada solidaridad para con el feto fruto de su violación?

1. Derecho penal y deber de solidaridad

En los sistemas jurídicos occidentales democráticos liberales, el deber de solidaridad suele concretarse tributariamente: mediante el pago de impuestos los ciudadanos colaboran con la educación, salud pública y demás servicios asistenciales que el Estado brinda a la ciudadanía en general. Salvo en aquellos casos en que exista “posición de garante” (deber positivo especial), desde el ideario democrático liberal se cuestiona que el Estado reprima penalmente la infracción al deber de solidaridad entre personas no vinculadas jurídicamente entre sí (deber positivo general); una tal regulación jurídica significaría que existe el deber jurídico-penal de comportarnos como “Buenos Samaritanos”.⁵⁴

“En un derecho penal conformado en torno al postulado liberal de la prioridad de la libertad personal [...] la reducción de la libertad de actuar del ciudadano se conforma a partir de *deberes negativos*, esto es, de obligaciones de no generar daño en esferas ajenas de libertad. Los deberes jurídicos del ciudadano quedan circunscritos esencialmente a

53. CSJN, “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012, considerando 16).

54. Evangelio de San Lucas, 10, 30-35.

la no actuación contra intereses ajenos, y no a la mejora y protección de los mismos. Los deberes positivos generales están fuera de la agenda política del liberalismo.”⁵⁵

Es que el derecho penal (y el derecho en general también) no puede exigir que las personas sean héroes o mártires, ni que sacrifiquen sus bienes o intereses personales por el bienestar del prójimo.

En esta inteligencia, Welzel señala que la “omisión dolosa puede ser exculpada a través de la no exigibilidad del perjuicio de intereses propios valiosos”;⁵⁶ Henkel, por su parte, señala que “no obra dolosamente aquel a quien, según las circunstancias, no puede exigirse que se abstenga de la ejecución del tipo”;⁵⁷ o Freudenthal, que afirma que “...si para la no ejecución del hecho punible hubiese sido necesaria una medida de resistencia que a nadie se puede exigir normalmente, entonces estarán ausente [...] el reproche [...] y la culpabilidad” y que no puede considerarse culpable “a aquel a quien, razonablemente, no era de exigir que se abstuviese de realizar la acción”.⁵⁸

Carlos Nino, por su parte, rechaza que el derecho pueda imponer a los ciudadanos, en contra de su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio, ya que de lo contrario se vulneraría el principio de la inviolabilidad de la persona, principio que junto con el de autonomía y de la dignidad conforman la idea misma de “Derechos Humanos”.⁵⁹

En esta inteligencia discurre la regulación de la infracción al deber de solidaridad de nuestro código penal. Los arts. 106 y 107 reprimen, con penas de dos a seis años de prisión, el abandono de personas bajo la circunstancia

55. R. Alcácer Guirao, “Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado Español. Madrid, 2003, p. 362.

56. H. Welzel, *Derecho Penal Alemán* (traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez). Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 215.

57. H. Henkel, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo* (traducción de J. L. Guzmán Dalbora). Editorial BdeF. Montevideo, 2005, p. 51.

58. B. Freudenthal, *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal* (traducción de J. L. Guzmán Dalbora). Editorial BdeF, Montevideo, 2006, pp. 73 y 75.

59. C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*. Astrea. Buenos Aires, 2007, p. 239.

de que el autor ostente posición de garante para con la víctima, sea porque el autor tiene la obligación de cuidarlo en función de la ley (una madre que abandona a su hijo de pocos meses, por ej.), o en función de un contrato (el enfermero que abandona a su paciente), sea porque el autor causó la incapacidad de la víctima (un conductor que huye de un accidente de tránsito por él provocado, abandonando a su suerte a los heridos).⁶⁰

El art. 108, por su parte, reprime con pena de multa la infracción al deber de solidaridad de aquellos autores que no ostentan posición de garante bajo la condición de que no exista riesgo personal en la prestación del auxilio necesario.⁶¹ Algunos autores, como Devesa, exigen que para que la omisión de auxilio del art. 108 sea punible es menester que la conducta del agente por lo menos haya agravado la situación de peligro de la víctima, dado que de lo contrario se estaría consagrando en las leyes punitivas deberes de caridad para con el prójimo.⁶²

Como se advierte, el derecho penal liberal no exige deber de solidaridad en general ni, mucho menos, sacrificios y privaciones de algunos ciudadanos en beneficios de otros: sólo exige deber de solidaridad a quienes ostentan posición de garante o bajo condiciones muy específicas.

2. Inexigibilidad de solidaridad de la mujer violada para con el feto fruto de la violación

“Usted se despierta una mañana y se encuentra en la cama con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se le ha descubierto una enfermedad renal mortal, y la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos y ha descubierto que sólo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Por

60. S. Soler, *Derecho Penal Argentino*, T^oIII. TEA. Buenos Aires 1951, p. 211.

61. Art. 108 del código penal argentino: “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad”.

62. La posición Devesa es referenciada en D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, T^o 4, *op. cit.*, p. 182.

consiguiente le han secuestrado, y por la noche han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo, para que los riñones de usted puedan purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: ‘Mire, sentimos mucho que la Sociedad de los Amantes de la Música le haya hecho esto, nosotros nunca lo hubiéramos permitido de haberlo sabido. Pero en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado a usted. Desconectarlo significaría matarlo. De todos modos no se preocupe, sólo es para nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad, y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro.’⁶³

¿Tiene el lector de Thomson deber de solidaridad para con el violinista? El lector ha sido secuestrado y conectado al violinista en contra de su voluntad, ¿comete homicidio, abandono de persona u omisión de auxilio si simplemente se desconecta porque desea continuar con su vida normalmente –trabajar, disfrutar de sus amigos y sus hijos–? O son estas razones muy frívolas para negarle al lector de Thomson el derecho a desconectarse. Y si el lector de Thomson es un investigador médico a punto (o con altas posibilidades) de descubrir una vacuna que curaría de manera definitiva una pandemia; ¿tiene entonces derecho a desconectarse?

Claro que si el lector de Thomson accediera a quedar conectado al violinista durante nueve meses sería estupendo de su parte; sería un acto encomiable que demostraría una gran generosidad, ¿pero tiene obligación de hacerlo?⁶⁴

Es más, si el violinista sólo requiere estar conectado una hora, y el lector de Thomson se negara, diríamos que el lector es egocéntrico, cruel y hasta despreciable, pero no diríamos que es injusto, porque aun en esa situación el violinista no tiene derecho a estar conectado al lector, ni éste la obligación de no desconectarse.⁶⁵

Como se analizó, el derecho penal liberal no le exigiría al lector de Thomson deber de solidaridad para con el violinista; fundamentalmente,

63. J. J. Thomson, “Una defensa del aborto”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 11.

64. J. J. Thomson, “Una defensa del aborto”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 11.

65. J. J. Thomson, “Una defensa del aborto”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 26.

porque el lector de Thomson ha sido conectado en contra de su voluntad, y no se le puede exigir sacrificar nueve meses de su vida.

Algo parecido sucede con la mujer violada respecto del feto fruto de su violación. Puede concederse que tanto el violinista como el feto humano tienen derecho a la vida, pero no significa que tienen el derecho a usar durante nueve meses los riñones del lector de Thomson o el vientre de la mujer violada. Y en el caso de la mujer violada, la situación es más grave aún, ya que a partir del nacimiento ostentará posición de garante por ser la madre del fruto de la violación.

De allí la diferencia en la discusión entre el aborto por mera voluntad de la gestante y el aborto por violación.

En el primer caso, la gestante no ha sido embarazada en contra de su voluntad; por lo que la discusión sobre la impunidad de este tipo de aborto pasa por la asunción de una posición ideológica moral de tipo “liberal” respecto de la “personalidad humana” del feto (ver *supra*, punto IV - B). En el segundo caso, aun asumiendo una posición “conservadora moderada” (como asume nuestro código penal), el aborto por violación debe ser impune porque de lo contrario se estaría consagrando una desproporcionada excepción a la forma en que nuestro derecho penal regula el deber de solidaridad, en perjuicio de la mujer violada.

No tiene sentido explicar lo grave y terrible que es para una mujer haber sido violada. Exigir a la mujer violada solidaridad para con el fruto de su violación, bajo amenaza de sanción penal, vulnera el principio de inviolabilidad de la persona humana y, además, vulnera el principio constitucional de igualdad en la formulación de la ley,⁶⁶ al consagrar, como se dijo, una injustificada excepción al modo en que el derecho en general regula el deber de solidaridad, ya que sólo la mujer violada, y ningún otro ciudadano, tendría la obligación de comportarse como “Buen Samaritano”.⁶⁷

66. R. Alexy defiende la idea de que el principio de igualdad ante la ley no debe concebirse sólo como igualdad en la aplicación de la ley sino también como igualdad en la formulación de la ley (R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 387).

67. “...los grupos que luchan [...] intentando que se declare inconstitucional que el Estado permita el aborto, deberían luchar, en vez de eso, por la adopción de leyes del ‘Buen Samaritano’ en general si no quieren ser acusados de estar actuando de mala fe”. J. J. Thomson, “Una defensa del aborto”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 29.

V. Conclusiones

He sostenido que la redacción del art. 86 inc. 2º del código penal argentino es ambigua, ya que admite tanto una interpretación estricta (sólo es impune el aborto eugenésico) como una interpretación amplia (es impune tanto el aborto eugenésico como el aborto sentimental –por causa de violación de cualquier mujer–). Al respecto, resalté que en la discusión sobre este punto, los dogmáticos siempre han sostenido que la ley es clara y unívoca, en el sentido que cada uno de ellos proponía interpretarla.

Sobre esta cuestión, sostuve que los intentos de resolver tal ambigüedad han resultado infructuosos, debiendo recurrirse a argumentos más complejos, de tipo coherentistas o principialistas.

Analicé la exposición de motivos de la ley al momento de su tratamiento en la de la Comisión del Senado, y sostuve que el legislador de 1921 consideró en ese inciso exclusivamente la impunidad del aborto eugenésico. No obstante, sostuve que debe rechazarse tal interpretación subjetiva, ya que la misma es incoherente con los principios penales relativos al deber de solidaridad y con el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Finalmente desarrollé dos argumentos a favor de la interpretación amplia, esto es, aquella interpretación que admite como causal de impunidad al aborto por violación.

El primer argumento es coincidente con lo sostenido por nuestra CSJN en el fallo “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”, en punto a que permitir la impunidad del aborto de la mujer incapaz violada y no permitirla respecto de cualquier otra mujer violada, es una discriminación constitucionalmente inadmisibile.

El segundo argumento consistió, inicialmente, en la reconstrucción del deber de solidaridad y su protección penal; para luego señalar que la exigencia dirigida a la mujer violada de solidaridad para con el feto fruto de su violación constituye una inadmisibile excepción al modo en que el derecho regula el deber de solidaridad entre los ciudadanos.