

IMPLICANCIAS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL “ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL” ELABORADO POR LA COMISIÓN TÉCNICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN (RESOLUCIONES M.J. Y D.H. 303/ 04 y N° 136 /05).-

Juan Carlos Palmero

1.- Consulta formulada a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación respecto al Proyecto de ley de Reforma y Actualización integral del Código Penal

Tal como lo destaca el título de nuestra conferencia, el Gobierno Nacional ha girado a nuestra Facultad el “*Anteproyecto de Reforma del Código Penal 2006*” elaborado por la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia de la Nación (Resoluciones M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/05), con el plausible propósito de someterlo a consulta y de esta manera, auscultar la opinión de las diversas universidades, institutos científicos, Academias y en general de los operadores jurídicos del país.-

Con esta finalidad, con fecha 12 de julio del Año 2006, el Señor Decano Dr. Pedro Yanzi Ferreira ha iniciado el Expte. N° 050649000, corriendo vista del “*Anteproyecto de Reforma del Código Penal 2006*” a los Departamentos de Derecho Penal y Derecho Civil de esta unidad académica, el que luego de haber sido analizado en reuniones conjuntas con el Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, se ha arribado al presente documento que responde al objeto de la consulta, debiendo en consecuencia sus conclusiones ser elevadas a la consideración de las autoridades respectivas.-

Normalmente un Código Penal no debería tener implicancias en el campo de la legislación civil y por lo tanto, correspondería que fuera analizado en forma exclusiva por los especialistas en la materia.-

Sin embargo esta vez, en razón de la despenalización del delito del aborto, se ha abierto un amplio campo de superposición de ambas regulaciones que merecen un tratamiento muy especial en razón que de llevarse adelante la reforma tal como se ha propuesto, sería menester modificar principios y disposiciones que han tenido vigencia durante más de ciento

treinta años y forman parte de la cultura y valores aceptados históricamente por nuestra sociedad.-

2.- Enumeración de las modificaciones propuestas por el Anteproyecto en materia del delito de aborto

¿Cuales son las novedades más importantes que introduce el anteproyecto en cuestión respecto del delito de aborto?

2.1. A través del Art. 91 del Anteproyecto, se modifican los Arts. 85 y 86 del Código Penal, en lo que hace a la imposición de la *pena de reclusión* que se suprime, tanto en el inc. a) (aborto sin consentimiento de la mujer) como en el inc. b) (aborto con consentimiento de la mujer) como en el caso de la responsabilidad de los profesionales intervinientes.-

2.2. El Art. 92 del Anteproyecto, que regula los supuestos donde el aborto no resulta punible del Art. 86 del Código Penal, cuando se practica con consentimiento de la mujer y con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, se ha ampliado el concepto de salud, abarcando ahora la “*salud física o psíquico-social*”.-

En otro sentido, el inc. b) del mismo dispositivo (Art. 86 CP), ha sido reelaborado a través de un agregado gramatical consistente en la colocación de un punto, luego de la palabra *violación*, independizándolo de cuando se tratare de “*una menor o incapaz, (expresiones que a su vez, modifican las de “atentado al pudor de mujer idiota o demente”)*¹ donde se requiere el consentimiento de su representante legal.-

2.3. Por último, se propicia la sanción de un nuevo Art. 93, que no tiene precedente alguno en la legislación vigente, el que textualmente expresa:

¹ SOLER Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, Ed. TEA, Bs. As. 1953, T. III, Par. 85, X, pág. 128. La redacción de este artículo dio lugar a dos cuestiones importantes, a saber: (i) por un lado, el autor de la nota destaca la contradicción existente entre el concepto de violación, donde se requiere indefectiblemente la cópula sexual del agresor a la víctima, del “atentado al pudor”, que en nuestro derecho se asimila al “abuso deshonesto”, que excluye precisamente, la penetración y por lo tanto, no puede haber embarazo. (ii) El segundo problema de interpretación se refiere a los alcances del tipo penal, en el sentido si resulta aplicable a todo tipo de violación, o si por el contrario -según una hermenéutica estrictamente gramatical-, sólo se refiere a los casos donde la mujer fuese idiota o demente.-

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

Esta normativa eximente de la punibilidad del aborto -tanto para la mujer, como para el médico-, resulta completamente extraña a los valores y técnicas empleadas por la actual legislación, con evidente implicancias y avances sobre el concepto de nuestro Código Civil (Arts. 63 y 70 del Cód. Civ.) respecto del comienzo de la persona de existencia física, circunstancias que por su trascendencia merecen una serie de consideraciones que se formularán al momento en que se formulen las observaciones respectivas.-

3.- Sistemas que ofrece el derecho comparado respecto del tratamiento del comienzo de existencia de la persona física.-

3.1. Como bien señala Soler², nuestra ley no define el aborto, aunque lo cierto es que la legislación penal argentina protege bajo un mismo título, *la vida y las personas* como bienes jurídicos autónomos y en función de los cuales se establecen una serie de acciones punibles por contradecir o lesionar precisamente, dichos valores o bienes de interés social.-

De esta manera, podría decirse que *“así como el homicidio, es la muerte inferida a un hombre”*, el aborto, *“es la muerte inferida a un feto”*, o sea queda muy claro que la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto que no puede aún ser calificado como sujeto pasivo de homicidio, condición ésta que se adquiere al momento o con el comienzo del parto.-

No hace falta demasiados argumentos para advertir que el derecho nacional considera *bienes jurídicos* dignos de tutela, tanto a la *vida* en si misma considerada durante el proceso de gestación, como así a la *persona* una vez que ha nacido con vida y hasta que acaezca su muerte.

² SOLER Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, ob. cit nota 1, Pág.

En el primer caso, la figura penal es el *aborto*, a través de todas sus manifestaciones; en el segundo, se trata del *homicidio*, mediante las variadas formas y maneras con que se manifiesta como conducta antijurídica penal.-

Sobre las bases precedentes, a los efectos de poder establecer con precisión los presupuestos de configuración de los diversos tipos penales, resulta imprescindible responder un interrogante central, que consiste en determinar el momento o la circunstancias precisas en que para nuestro derecho comienza la *vida* o la *persona física*, bienes jurídicos cuya protección da lugar al nacimiento de los delitos que conforman este título del Código Penal.-

3.2. Antes de pasar a analizar en particular la normativa vigente, corresponde describir a grandes rasgos los sistemas que regulan el comienzo de la vida en la legislación universal.-

(i) Sistema del nacimiento:

En general y desde los tiempos del derecho romano, una gran cantidad de países considera que la persona física y por ende la vida, comienza con el *nacimiento*.-

Con anterioridad al alumbramiento, el feto es asimilado a una entraña materna y por lo tanto, carece en absoluta de personalidad.-

Pese a lo terminante de este dispositivo, algunos estados han morigerado sus efectos considerando situaciones en particular, como sería cuando se trata de la adquisición por parte del *nascituru* de ciertos derechos a título gratuito por causa de donación, herencia o legado, aunque condicionados al nacimiento con vida; o en otro sentido, la prohibición de la pena de muerte de la madre en gestación, la que debe postergarse hasta un tiempo considerable posterior al nacimiento, circunstancias que constituyen situaciones de evidente respeto y reconocimiento del proceso de gestación y su proyección o trascendencia social, aun sin llegar a acordarle un estado jurídico de persona en su significación técnica legal.-

(ii) Sistema de la viabilidad:

El segundo sistema toma a la *viabilidad*, como criterio determinante del comienzo de la existencia humana, entendiendo por tal la capacidad del feto para vivir en situación de autonomía con relación a su madre.-

Estados Unidos constituye el ejemplo más acabado de tal orientación, al prohibir el aborto a partir del sexto mes de embarazo, pues se entiende que un *nascituru* luego de ese tiempo de gestación, puede vivir independientemente de su progenitora, ya sea en forma

autónoma, o mediante la asistencia de la aparatología moderna, como son las incubadoras y otros mecanismos que brindan asistencia a los nacimientos prematuros, permitiéndoles una adecuada maduración extrauterina.-

Luego del famoso fallo de la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU. en el caso “*Roe vs. Wade*”³, una mujer puede disponer su aborto libremente y sin consultar a ninguna otra persona –incluso el propio padre del feto–, hasta el tercer mes de desarrollo del embarazo; los segundos tres meses, sólo puede hacerlo si cuenta con un dictamen médico que garantice que no ocasionará peligro para la salud de la madre y por fin, una vez alcanzado el sexto mes, ya resulta absolutamente prohibido por las razones brindadas en el párrafo anterior.-

De esta manera entonces, es posible afirmar que para los países que aceptan esta orientación, la persona comienza en el sexto mes de gestación, considerándose a *contrario sensu* el período comprendido desde la concepción hasta esa etapa biológica, solo como una entraña materna y por lo mismo, perfectamente disponible a su exclusivo arbitrio (primeros 3 meses), o con conformidad médica (segundo trimestre), según los presupuestos y condiciones señalados en los párrafos precedentes.-

(iii) Sistema de la concepción:

El tercer sistema es el de la *concepción*, que subsume el concepto de *vida humana*, con el de *persona en sentido técnico* (Arts. 30, 51, 63 y 70 del Cód. Civ.), reconociendo su comienzo al momento de la *concepción*.-

De esta manera se considera como *persona por nacer*, el espacio de tiempo de gestación comprendido entre la concepción y el nacimiento con vida, y *persona física* a partir de este momento, hasta su muerte.-

La persona por nacer en estos sistema adquiere significativa relevancia y por tanto, obtiene reconocimiento ontológico y jurídico, lo que significa que el *nasciturus* goza de capacidad de derecho, aunque restringida, para la adquisición de ciertos derechos (herencia, donación o legados) .-

³ FARREL Martín Diego: “La ética del aborto y la eutanasia”, Ed. Depalma, Bs. As. 1993. formula un comentario realmente prolijo del fallo en cuestión, analizando los argumentos de los distintos miembros de la Corte de los E.E.U.U. sobre el tema. La cita de esta trascendente sentencia la obtuvimos del autor de la nota: 410 U. S. 113 L. De. 2d. 147 (1973). En igual sentido, pero referido a la necesidad de la consulta por parte de la mujer al marido, padre o tutor si fuese menor o incapaz, ver: “*Planned Parenthood of Central Missouri vs Danforth*” publicado en 428 U. S. 52, 96 S. ct 2831, 49 L. De. 2d. 788 (1976)

A su vez, como consecuencia de su absoluta incapacidad de hecho para el ejercicio de sus propios derechos, queda sometida al régimen de la representación legal, tanto la que se refiere a la legal o necesaria, como así a la promiscua a través del Ministerio Pupilar.-

La concepción se determina como una época de ciento veinte días comprendida entre el plazo máximo de trescientos días que dura el embarazo, excluyendo el día del nacimiento y el mínimo de ciento ochenta, es decir, seis meses.-

El concepto de concepción como una época, ha quedado relegado por los avances de los conocimientos obtenidos a través de la medicina moderna. Ahora, por el contrario, se abre un nuevo debate en torno a su precisión científica, en el sentido si concepción significa *fecundación*, o si por el contrario, importa *anidación* en el útero materno, distinción que apasiona la doctrina jurídica de nuestros días, dada que la posición que se adopte repercute necesariamente en la naturaleza jurídica del *embrión extracorpóreo* obtenido por el sistema de fertilización asistida.-

En realidad, para los países que se enrolan dentro de esta corriente, el motivo de principal preocupación científico actual ⁴consiste en precisar el concepto y alcance del término *concepción* en su significación técnico legal, en el sentido si debe subsumirse con el fenómeno natural de la *fecundación* (intercambio de gametos en las trompas de Falopio) o si por el contrario, significa el momento en que el embrión logra su implantación dentro del útero recibiendo alimentación sanguínea por parte de su madre.-

4.- El sistema del Código Civil Argentino

La legislación civil argentina, siguiendo el precedente del *Esboço* de Freitas, fue una de las primeras de su época en efectuar un tratamiento integral y completo de las “Personas en general”, a través de su Libro I, Sección I, Arts. 30 a 158, del Código Civil, lo que le ha valido significativos elogios de la doctrina nacional e internacional, tanto desde el punto de vista de los valores y derechos humanos que preserva, como así respecto a lo estrictamente

⁴ Fue tema de la Comisión N° 1: “Comienzo de la existencia de la persona humana” de las “XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, reunidas en la ciudad de Rosario del 25 al 27 de septiembre de 2003, donde participaron cerca de un centenar de juristas que participaron de este debate.-

técnico o científico, en razón de conformar esta materia uno de los pilares esenciales de la “parte general” del Derecho Civil⁵.-

Las personas físicas a su vez, son en definidas en el Art. 51 del Cód. Civ. como aquellas “*que presentasen signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes*”, caracterización que implica asignarles una aptitud o grado de aptitud irrestricto e ilimitado para ser titular de derechos o deberes, sin formular distinciones o limitaciones asentadas en otros criterios que no sea el de pertenecer al género humano, el que a su vez por los avances experimentados en materia del *genoma*, esta característica de humanidad puede hoy precisarse con criterios objetivos y de validez universal.-

Aunque el viejo Código de Prusia⁶ y -otros que siguieron su influencia-⁷ había sentado el principio de que “*los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos que no son aún nacidos a contar desde el momento de la concepción*” (1º parte, Tít. I, Art. 10), lo cierto que corresponde el mérito al Derecho Privado latinoamericano del siglo XIX⁸ y de manera fundamental, al *Esboço* de Freitas (Art. 221 y su nota y el Art. 53)⁹, el haber elaborado un concepto completo e integrativo de la persona, capaz de subsumir en forma unitaria la *vida humana*, en si misma considerada, con el instituto técnico-legal de la *personalidad* (Art. 30 y concordantes del Código Civil), solución que jerarquiza al *nascituru* tanto desde una perspectiva ética, reconociendo el *derecho personalísimo a la vida (iura in persona ipsa)* o el *derecho humano de nacer*, como en lo que hace a su angulación estrictamente técnica-legal, ya que el antiguo sistema del derecho romano importaba una verdadera contradicción lógica al admitir el otorgamiento de derechos sin la presencia imprescindible de sujetos que fuesen titulares de los mismos, tal como queda en evidencia y puede apreciarse claramente en la crítica de Freitas.-

Sin desmedro alguno para los precedentes recordados, lo cierto es que fue Dalmacio Vélez Sársfield quien transformó en ley escrita estos principios y para ello establece en su

⁵ CATALANO Pierangelo: “*Osservazioni sul romanesimo di Vélez Sársfield*” publicado en “Dalmacio Vélez Sársfield el Diritto Latinoamericano” a cura de Sandro Schipani, E. CEDAM – Padova, pág7 y stes.-

⁶ KNÜTEL Rolf: “*Influenza dell’Allgemeines Landrecht prusiano del 1794 sul Código Civil argentino de 1869*” publicado en; “Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto Latinoamericano” a cura de Sandro Schipani, E. CEDAM- Padova, pág. 79 y stes.-

⁷ El Código Civil de Austria, en su Art. 22, y el Código Civil de Luisiana en su Art. 29 reconocía igual posición respecto de la persona por nacer.-

⁸ PALMERO Juan Carlos: “Unidad del Derecho Privado Latinoamericano” publicado en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, E. Depalma, N° 111, año 1986, pág. 383. -

⁹ FREITAS A. J.: “Código Civil – Proyecto”, traducido por Arturo Pons, Editorial “Imprenta “El Hogar y la Escuela”, Bs. As. 1900, Cap. III., Parágrafo 1, “Del principio de la existencia visible de las personas”; 1º “De la existencia antes del nacimiento”, Art. 221, pág. 137. Dice el precepto fuente de nuestro Art. 63: “*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia visible de las personas y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido*”

Código Civil, un título 3º, del Libro I, Sección I, bajo el acápite “*De las personas por nacer*”, que el Art. 63 las caracteriza como “*las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*”, aclarando en una ilustrada nota que “*no son personas futuras, pues ya existen en el seno de la madre*” porque. . . “*si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar*”.-

Más adelante, explayándose respecto de la lógica que preside el nuevo Código y en abierta discrepancia con el sistema romano adoptado por el Art. 74 del Código de Chile, afirma: “*Que la existencia legal de toda persona principia al nacer*”; pero si lo que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan al aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada”.

A su vez, en el Art. 70, del Título 4º “*De la existencia de las personas antes de su nacimiento*” (Libro I. Sección I.) del Cód. Civ., se afirma: “*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiese nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno naciesen con vida, aunque fuera por un instante después de estar separados de su madre*”, normativa que cierra un verdadero sistema a través de esta prolongación o ampliación para su tiempo histórico del concepto de persona al espacio de tiempo comprendido entre la concepción y el nacimiento con vida.-

Por último, luego de desechar -a través del Art. 72 del Cód. Civ. y su nota-, el arcaico instituto de la *viabilidad*, presente en algunos ordenamientos que seguían la antigua tradición, establece en el Art. 77 del Cód. Civ. los parámetros legales para precisar la *concepción*, como punto de partida de la personalidad, entendiendo por tal al “*período de tiempo comprendido entre el máximo (300 días, excluido el de nacimiento) y mínimo (de 180 días) de la duración del embarazo*”, o sea, los ciento veinte días que resultan entre ambas fechas.-

Los principios filosóficos en materia de protección de la vida humana durante la gestación, a través del reconocimiento explícito del *derecho personalísimo a la vida y el derecho humano a nacer* por el reconocimiento de su personalidad, que fueron incorporados en pleno siglo XIX a nuestra legislación, han sido elogiados por ilustrada doctrina centenaria¹⁰, enunciados que por otra parte, fueron confirmados por las grandes convenciones

¹⁰ LLERENA Baldomero: “Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino”, E. “La Facultad”, Bs. As. 1931, 3º edición, t. 1, pág. 163; MACHADO José Olegario: “Exposición y Comentario del Código Civil Argentino”, E. Talleres Gráficos Argentinos, Bs. As., t. 1, párrafo 28, Pág. 130 y stes.; BUSSO Eduardo B.: “Código Civil Argentino Anotado”, E. Ediar, Bs. As. 1944, t. 1, Pág. 448; BIBILONI Juan Antonio: “Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino”, E. Valerio Abeledo, Bs. As. 1929, Art., 2, Pág. 12; SALVAT Raymundo: “Tratado de Derecho Civil Argentino”, t. 1, pto. 453, Pág. 186; BUTELER CACERES José: “Manual de Derecho Civil-Parte General”, E. Abaco, Cap. III, Pág. 68 y stes; SPOTA Alberto: “Tratado de Derecho Civil”, T. I., Parte General, E. Depalma, Bs. As. 1950, Vol. I, 3º, Pto. 654, Pág. 230; BORDA

internacionales protectores de los derechos universales del hombre, circunstancias que nos permiten afirmar que se encuentran incorporados a la tradición nacional como patrimonio cultural de nuestro país, todo lo que a la luz de los cambios propuestos por el Anteproyecto, merece ponerse de relieve con la finalidad de hacer una ajustada reflexión en torno a sus implicancias para la una correcta armonización de los valores que preservan históricamente a una determinada sociedad.-

5.- La persona por nacer en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados con motivo de la Reforma de 1994

Conforme lo analizado en el punto precedente, el principio adoptado por el Código Civil en el sentido que la persona física comienza su existencia a partir de la concepción en el seno materno, -tal como lo determinan los Arts. 63, 70 y concordantes del Código Civil-, ha adquirido hace unos años jerarquía supra legal con motivo de la Reforma de 1994 introducida a la Constitución Nacional de 1853/60, a través de dos maneras diferentes, aunque convergentes entre si, a saber: (a) por el dictado un supuesto normativo específico en el Art. 75 inc. 23 (Capítulo IV, bajo el título; “Atribuciones del Congreso”) de “*protección del niño y de la madre desamparada*”; y (b) como consecuencia de los dispuesto por el Art. 75 inc. 22, mediante el cual los tratados, concordatos y convenciones sobre derechos humanos pasan a formar parte de su normativa luego de la aprobación del Congreso según el procedimiento marcado en el mismo precepto.-

Este fenómeno caracterizado como del “*constitucionalismo civil*”, ha sido puesto de relieve últimamente por la doctrina¹¹ como un mecanismo de consolidación de algunos preceptos que preservan valores de significación y trascendencia social, tal como ocurre con todos los atinentes a los derechos humanos, a la vida, al nacimiento, a la dignidad, privacidad

Guillermo: “Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General”, 5ª edición actualizada, E. Perrot, Bs. As.1970, Capítulo VIII, N° 475, Pág. 408; LLAMBIAS Jorge Joaquín: “Tratado de Derecho Civil Parte General”, t. 1, E. Perrot, Bs. As., 1967, Primera Sección, parágrafo 1, II, Pág. 343; ARAUZ CASTEX Manuel: “Derecho Civil Parte General”, E. Técnico Argentina, Bs. As. 1965, t. 1, N° 347, Pág. 209; BELLUSCIO Augusto C – ZANNONI Eduardo A.: “Código Civil y leyes complementarias”, E. Astrea, Bs. As. 1985, Pág. 310. Hubo sólo un autor, Alfredo ORGAZ, que en su famosa monografía sobre las “Personas Individuales”, critica la solución del Código sobre la base que debe establecerse una diferenciación entre “vida humana” –que es lo que existe durante la gestación-, y “persona jurídica”, como concepto estrictamente técnico y que precisa a su juicio, en forma indispensable, la individualidad y autonomía que solo se concretan con el nacimiento con vida.-

¹¹ Proyecto de Código Civil de la República Argentina”, en especial su Nota de Elevación en Pág. 7.-

y seguridad de las personas y que por ello, merecen una revalorización superior a la estrictamente legal al incluirlos dentro de las declaraciones derechos y garantías de la Constitución Nacional.-

En consecuencia, es factible aseverar en la actualidad, que el derecho personalísimo a la vida, al nacimiento, en base a un sistema jurídico de protección y reconocimiento de la personalidad desde la concepción hasta el nacimiento con vida, constituye un principio general cuyos efectos se encuentran amparados además de los textos específicos del Código Civil, también por la propia Constitución Nacional y algunas carta magnas provinciales, tal como será materia de tratamiento a continuación.-

5.1. Con motivo de la Reforma de 1994, los constituyentes entendieron necesario explicitar algunas disposiciones referidas al otorgamiento de beneficios o protecciones que por su importancia, consideraron merecían ser defendidos con mayor fuerza, para lo cual se les asignó jerarquía constitucional.-

Es sencillo advertir las consecuencias que se infieren de tales determinaciones, ya que nadie puede dudar que una ley puede ser derogada por otra posterior, mientras que por el contrario, cuando una prerrogativa o facultad se encuentra emplazada dentro de la normativa constitucional, sólo a través de su reforma haría factible la variación de ese precepto, todo ello en función de su evidente supremacía prevista en el Art. 31 de la CN.-

En efecto, tal como lo destacáramos al comienzo de este punto, el Art.75 inc. 23 dispone lo siguiente: “*Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*”

En el seno de la Convención Constituyente de 1994 hubo una discusión en torno a si para la redacción del supuesto legal de protección del niño en gestación, debía utilizarse las mismas palabras del Art. 63 del Cód. Civ. referidas al fenómeno de la concepción, lo que dio motivo a ciertas dubitaciones porque a la luz de los avances de las ciencias médicas, hoy resulta posible precisar el momento del comienzo de su existencia a través de la *fecundación*, o catorce días más tarde, al momento que el embrión se *anida* en el útero materno, discusión que por otra parte y como dijéramos anteriormente, mantiene en vilo a la doctrina civilística de nuestros días.-

Para zanjar esta diferencia que parecía insuperable, se utilizó la palabra *embarazo*, que obviamente alude al período comprendido desde la *concepción fecundación y/o concepción*

anidación (según la posición que se sustente), hasta el nacimiento con vida, que constituye sin la menor duda, el instituto de la *persona por nacer* reconocida por los Arts. 63 y 70 de nuestro Código Civil, quedando de esta manera inserta como una garantía más que confiere a los ciudadanos la Constitución Nacional.-

5.2. A su vez, cabe poner de relieve de manera especial, que existen algunas constituciones provinciales que se han encaminado en igual dirección, armonizando en este sentido, con el plexo normativo vigente, tal como ocurre en el Art. 4 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, al referirse a la “*inviolabilidad de la persona*”, dispone textualmente: “*La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos*”.

En el caso comentado, se ha mantenido hasta la misma expresión gramatical tomando como punto de partida del comienzo de la vida el momento de la concepción, conforme lo dispone el Código Civil.-

5.3. Por último, tal como lo señalamos anteriormente, el Art. 75 inc. 22 de la CN. de 1994, incorpora como textos constitucionales a los tratados, concordatos y convenciones internacionales, donde es factible encontrar la protección de la vida desde la concepción, de la misma forma que lo hiciera antes que nadie nuestro ordenamiento privado desde mediados del siglo XIX.-

Nos referiremos a las siguientes convenciones, a saber: i) “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”, aprobada en 1948 en Bogotá, Colombia.; (ii) “*Declaración Universal de Derechos Humanos*” adoptada y proclamada por resolución 217 a(III) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; (iii) “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por Ley nacional N° 23.054; (iv) “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”, suscripto en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966, aprobado por Ley N° 23.313; (v) *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979 y suscripta por Argentina el 17 de julio de 1980, ratificada mediante Ley N° 23.179; (vi) “*Convención sobre los derechos del niño*”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva

York el 20 de noviembre de 1989; (vii) “*Declaración de los derechos del niño*”, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959 (resolución 1386-XIV).-

Veamos ahora cada uno de estos tratados de manera individual, siguiendo el orden en que fueron enunciados:

(i) En la “*Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*”, luego de unos considerandos de tipo general, donde se alude a que los pueblos americanos han dignificado la persona humana, dispone en forma categórica en el Cap. I, Art. I que “*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”, lo que constituye un precepto de tipo general obviamente abarcativo del período prenatal.-

Dispone además en el Art. VII, que “*Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección cuidados y ayuda especial*”, completándose de esta manera un sistema normativo tuitivo de la persona en estado de gestación.-

(ii) En esta misma orientación, la “*Declaración Universal de Derechos Humanos*”, proclama en su Art. 3, que “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*” y este enunciado se completa en el Art. 6 , en cuanto dispone que “*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad*”.-

Tal como se ha visto, nuestro Código Civil se encuadra exactamente dentro de estos lineamientos, en cuanto reconoce la personalidad jurídica al *nascituru* desde el momento de la concepción, tal como lo hemos explicado en puntos anteriores.-

(iii) En la “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*” -conocido también como Pacto de San José de Costa Rica-, luego de una invocación a título de preámbulo, acerca de la necesidad del reconocimiento de los “*derechos esenciales del hombre*”, en su Art. 4 del Capítulo II, bajo el acápite de “*Derechos Civiles y Políticos*” dispone: (Derecho a la vida) 1. “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.-

Como se podrá apreciar, esta norma reproduce textualmente el sistema del Código Civil, en cuanto considera a la concepción como comienzo de la vida humana, afirmando además, que nadie puede ser privado de ella de manera arbitraria, enunciado que a su vez se integra y completa con el punto 2 del Art. 5, en cuanto explicita el “*Derecho a la integridad personal, debiéndosele respetar su integridad física, síquica y moral*”.-

(iv) El “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”, dispone en su Art. 5, que “*No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de dieciocho años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez*”, circunstancias que reconocen expresamente la existencia de vida humana durante la gestación y un derecho humano y natural a nacer, que no puede cercenarlo una legislación nacional.-

A su vez, en el Art. 16, refuerza este concepto, disponiendo: “*Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad*”, precepto que ya fuera materia de comentario con anterioridad.-

(v) Por otra parte la “*Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”, dispone en su Art. 11, inc. f) la obligación de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, reconociendo de manera especial “*el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de reproducción*”, agregando además la “*prohibición bajo pena de sanciones, del despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil*”; por último, para cerrar este cuadro normativo, obliga a “*prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella*”.-

No hay ninguna disposición que defina lo que se entiende por embarazo, pero salvo el debate que hemos aludido respecto de los alcances del concepto de concepción, la interpretación razonable debe encontrarse sobre la base de los grandes lineamientos fijados por la legislación civil que corresponda a cada país.-

(vi) La “*Convención sobre los derechos del niño*”, agrega nuevas apreciaciones de mucha claridad en miras al tema que estamos considerando, es decir, la

defensa y protección legal del feto en gestación desde la concepción hasta el nacimiento con vida.-

En este sentido, merece recordarse algunas apreciaciones que formula su Preámbulo, en cuanto dispone: *“teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el “niño”, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*.-

Por otra parte, el Art. 1 se ocupa de fijar un concepto de lo que se entiende por niño, de la siguiente manera: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le se aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*

Es interesante destacar que la República Argentina, al momento de su ratificación formula salvedades respecto de este artículo, en base a la siguiente reserva: *“Con relación al Art. 1 de la Convención sobre los derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde e momento de la concepción y hasta dieciocho años de edad”*, circunstancias que a los efectos de su aplicación en nuestro país, el dispositivo objeto de este comentario se deberá interpretar en los términos y con las salvedades señaladas precedentemente.-

Por otra parte, el Art. 6, dispone: *“Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”*, enunciado que si se lo integra con las salvedades formuladas por nuestro país al momento de su ratificación en torno a la definición del Art. 1, se llega a la conclusión que esta normativa internacional se ubica en la misma línea y orientación que la legislación nacional.-

6.- La patria potestad resulta compartida respecto de los derechos y obligaciones de los padres con relación a los hijos desde la concepción, en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado.-

A la luz del otorgamiento de decisiones de significativa trascendencia que el Anteproyecto concede a la madre en forma absolutamente individual y sin necesidad de requerir la autorización paterna, resulta imprescindible traer a colación los requisitos establecidos en el Código Civil argentino para la regulación del instituto de la patria potestad.-

A los efectos de poder apreciar los alcances y funciones de la patria potestad en nuestro ordenamiento patrio, debemos recordar que ya a mediados del siglo XIX Vélez Sársfield consideró a la familia, como una “*institución de carácter social*”¹², lo que implica reconocer que además de los intereses individuales dignos de toda tutela, existe un interés directo de la sociedad, perspectiva ésta que establece una serie de limitaciones al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad.-

De esta manera, si no cabe la menor duda que los padres de un menor tienen el derecho de educar y formar a sus hijos menores de edad, a los efectos de transformarlos en ciudadanos útiles para la comunidad, a la par y como contracara de una misma moneda, asumen igualmente el compromiso de ejercer de manera lícita y regular tales facultades, por lo que la doctrina ha denominado a estos “*derechos-deberes*” como *potestativos*, ya que no podrían renunciarse o abandonarse sin que ello afectare intrínsecamente su legalidad.-

Por otra parte, esta perspectiva social del concepto de familia, encuentra un campo de aplicación específico en el Art. 264 del Cód. Civ. en cuanto determina que “*La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado.*”-

Su ejercicio corresponde:

1º En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 264 quáter, o cuando mediere expresa oposición.-

2º En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.-

3º En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro.-

4º En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquél que lo hubiere reconocido.

5º En e caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren, y en caso contrario a aquél que tenga la guarda otorgada en forma convencional o judicial, o reconocida mediante información sumaria.-

¹² PALMERO Juan Carlos: “Vélez Sársfield y el Derecho Latinoamericano”, publicado en “Dalmacio Vélez

6° *A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre de los hijos, si no hubiese sido voluntariamente reconocido(Texto según Ley 23.264).*-

Quiere decir con toda claridad, la existencia de la patria potestad compartida, con el derecho a tener una adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación, circunstancias que a todas luces quitan del ámbito individual de uno de los padres, decisiones que afecten a sus hijos en lo que hace a su educación, salud y demás aspectos referidos al desarrollo de su personalidad.-

Para la hipótesis de desacuerdo entre ambos progenitores, el Art. 264 ter dispone, “*En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del ministerio pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fuesen reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos años.(Artículo agregado por la Ley 23.264).*”-

A su vez la ley determina en su Art. 264 quáter, “*requerirá el consentimiento expreso de ambos padres en los supuestos de los incisos 1, 2, y 5, para los siguientes actos:*

1° Autorizarlo a contraer matrimonio.-

2° Habilitarlo.-

3° Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.-

4° Autorizarlo para salir de la República.-

5° Autorizarlo para estar en juicio.-

6° Disponer de bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial.-

7° Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294.-

En todos los casos, si uno de los padres no diere su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar. (Artículo agregado por la Ley N° 23.264).-

Como se podrá advertir de la sola lectura de los artículos precedentes, resulta absolutamente claro que la patria potestad se encuentra regulada de forma tal que reconoce el derecho natural de ambos padres del ejercicio conjunto de este derecho deber imperativo e irrenunciable, pero todo ello dentro de un marco mayor, como lo es la proyección social de la familia como célula fundamental de la sociedad.-

Por ello es que además, sin perjuicio de presumirse la conformidad del otro progenitor en cuanto no se haya puesto en movimiento los procedimientos legales de oposición, lo cierto es que existen una serie de actos y decisiones que por su gravedad y trascendencia, precisan de la conformidad conjunta, es decir, del padre y de la madre, circunstancia que subrayamos de manera especial por las implicancias y desajustes que esta regulación proyecta sobre la futura legislación penal donde parece apreciarse la decisión de abortar, como una facultad estrictamente individual.-

7.- Observaciones al “Anteproyecto de Reforma del Código Penal 2006” a la luz de su evidente contradicción con legislación nacional, constitucional y tratados internacionales que forman parte del plexo normativo vigente

7.1. Existen aspectos de la reforma que no corresponde opinar desde la perspectiva del Derecho Civil, como ocurre verbigracia con la supresión de la pena de reclusión que prevé el Art. 91 del Anteproyecto, con relación los dispuesto por los actuales Art. 85 y 86 del Código Penal.-

El problema de la armonización y valoración de las penas es una cuestión estrictamente técnica que corresponde al Derecho penal, circunstancias entonces que nos exime de emitir opinión al respecto.-

7.2. En lo que hace al llamado “*aborto genésico*” regulado por el Anteproyecto en el Art. 92, se ha agregado como causal excusatoria complementaria del concepto de “*evitar un peligro para la salud de la madre*” – según las expresiones del actual Art. 86 del Código Penal-, una ampliación del término *salud*, comprendiendo tanto la *salud física* como la *psico-social*.-

La pregunta que salta a la vista, es la referida a los alcances que puede darle el intérprete a este nuevo parámetro del concepto de salud, extendido al campo *psico-social*, expresión amplia e imprecisa, que dejará -como se advierte, sin necesidad de ulteriores indagaciones-, un amplio margen de apreciación personal de los jueces, en un ámbito que debería tener un mayor rigor técnico, sobretodo porque constituye un desdibujamiento del *tabestan* que delimita la línea divisoria entre los ámbitos de licitud o ilicitud del comportamiento de los ciudadanos.-

El concepto o la visión de lo *psíquico*, puede ser apreciado por una especialidad de la medicina, como lo es la psiquiatría, que ha adquirido un desarrollo capaz de aportar claridad frente a patologías o anomalías de la mente humana y emitir juicios o diagnóstico con validez universal.-

Por el contrario, lo *psico-social* no luce como un estándar del derecho conocido y/o suficientemente consolidado como para evitar el riesgo cierto que por este resquicio hermenéutico, se desnaturalice completamente la protección del bien jurídico de la vida humana en gestación prevista justamente en esta parte de la legislación penal.-

Si el legislador pretende mantener la protección de la vida humana en gestación, debería suprimir el término *social*, que es sin duda el vocablo que va a dar estos márgenes de amplitud como para transformar a la excepción en regla general.-

7.3. En lo que hace al inc. b del Art. 92 del Anteproyecto, si se lo compara con la actual redacción del inc. b del Art. 86 del Código Penal, se ha modificado su redacción, suprimiéndose la expresión de “*atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*”, por “*si se tratare de una menor o incapaz, se requerirá el consentimiento de su representante legal*”.-

Esta proposición de reforma del Anteproyecto se adecua a la nueva terminología impuesta por la Reforma de 1968 al Art. 141 del Cód. Civil, en el sentido de suprimir la caracterización de las dolencias mentales que corresponden al campo de las ciencias naturales y no de las jurídicas, por lo que el empleo del concepto de menor o incapaz resultan más ajustados a derecho.-

También parece compatible con el sistema general de la legislación civil requerir el consentimiento de sus representantes legales, ya que se trata de decisiones que no podrían adoptarse en forma individual por las personas indicadas en el precepto legal.-

7.4. El Art. 93 del Anteproyecto excluye de punibilidad de la madre “*cuando el aborto se practique con su consentimiento dentro de los tres meses desde la concepción, siempre que las circunstancias lo hicieren excusable*”.-

7.4.1. Con este artículo se configura un evidente y grave punto de colisión entre toda la legislación civil actual, con lo que dispondría la normativa penal en caso de que se apruebe este Art. 93 del Anteproyecto, porque tal divergencia implica la modificación sustancial de el concepto de *persona por nacer* y por ende, del *comienzo jurídico de la vida humana y del derecho a nacer*, que a la luz del precepto analizado, comenzará a partir del tercer mes de gestación y no al momento de la concepción, tal como lo disponen los Arts. 63 y 70 del Código Civil.-

Frente a esta flagrante falta de coherencia y desarmonización de valores, quedarían dos alternativas posibles: o modificar completamente la legislación civil, ajustando el comienzo de la personalidad y de la vida humana a partir del tercer mes de embarazo contados desde la concepción, o de lo contrario, el Art. 93 propuesto por el Anteproyecto lucirá claramente incoherente con el bien jurídico protegido en este título del Código Penal, como lo es la protección de la persona y la vida humana, generando una verdadera esquizofrenia axiológica que aportará una cuota más a la inseguridad jurídica que vive nuestro país.-

No resulta justificable, tanto desde un punto de vista lógico como moral, dividir a la gestación que constituye un proceso continuado y por lo tanto unitario, en dos estadios ontológicamente diversos, sólo en razón del transcurso del tiempo y por ello, sujetos a mecanismos de protección penal diferentes, lo que biológicamente constituye una unidad como lo es el feto humano desde la concepción hasta el nacimiento con vida, verdad científica que no reconoce la menor duda según comprobaciones efectuadas por el avance y estudio de las ciencias médicas. -

¿Porqué o cuales son las razones científicas, técnicas o axiológicas por lo cual no es punible permitir la interrupción del proceso gestatorio, frustrándose de esta manera el derecho personalísimo a la vida y el derecho humano a nacer, sólo porque la persona por nacer transita el mes primero, o el segundo o el tercero y no en el cuarto del embarazo?.-

¿Resulta factible acaso afirmar, que se es más persona digna de protección penal, o menos y por lo tanto, desvalida a su suerte, según sea el mes en el cual se encuentra de avanzado el proceso de gestación?

Sería interesante que se hubiese dado alguna explicación en este sentido, fuera de la remanida¹³ invocación del predominio en los primeros meses de la gestación del derecho individual de la madre de disponer del propio cuerpo frente al derecho a nacer¹⁴, acordándole a esta posibilidad un valor absoluto, que no le reconoce el derecho cuando se trata de disposiciones o trasplantes que pueden afectar su propia salud.-

Llegaría de esta manera a darse una rara paradoja respecto de los alcances y contenido de esta facultad la que, cuando se refiere a la vida ajena (la del hijo), su ejercicio resulta absoluto sin reconocimiento de límite de ninguna naturaleza y en cambio, cuando se trata de su propio cuerpo, adquiere el carácter de relativa, como si una vida valiese más que la vida del otro.-

Por otra parte, esta transculturación del derecho americano, que comenzara en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU. de “*Roe vs Wade*”¹⁵, merece una observación especial: ese país, ni otros que sufrieron su influencia, poseen una legislación anterior más que centenaria¹⁶, que ha transformado en ley escrita el viejo precepto del Código de Prusia, en

¹³ FARREL Martín Diego: “La ética del aborto y la eutanasia”, ob. cit. Pág.84. Refiriéndose a las argumentaciones efectuadas por la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de E.E.U.U. en el recordado “*leading case*” “*Roe vs Wade*” transcribe argumentos del voto de la mayoría formulados por el Juez Blackmun, quien afirma a este respecto: “*El Estado tiene un interés importante en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada, sea o no residente del Estado en el cual busca consulta y tratamiento médico, y tiene todavía otro interés importante y legítimo de proteger la potencialidad de la vida humana. Son dos intereses separados y distintos; cada uno crece en su sustancialidad cuando el embarazo se aproxima a su término, y –en un punto durante el embarazo-, cada uno se vuelve compenente*” . Adviértase la caracterización de uno de los valores contrapuestos: “la potencialidad de la vida humana”, concepto que no podría ser empleado en nuestro derecho en razón que el Código Civil no considera a *nascituru* una persona futura o potencial, sino un sujeto de derecho en los términos establecidos en los Arts. 30, 51, 63 y 70 del Cód. Civ. De ahí la importancia que tiene para el jurista evitar la traspolación de legislaciones que reconocen antecedentes absolutamente disímiles, tanto desde el punto de vista axiológico como así igualmente en sus aspectos técnicos legales.-

¹⁴ En la fundamentación y explicaciones de la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia de la Nación, respecto de los fundamentos en orden a la introducción de una figura del aborto en los términos del Art. 93, afirman textualmente: “*Finalmente el texto proyectado parte de la necesidad de considerar la vida dependiente del feto y de atender los derechos de la mujer. Entre los extremos ideológicos que dan valoración preponderante y excluyente a la vida dependiente (y postulan la incriminación del aborto sin excepción alguna) y los que sobrevaloran los derechos de la mujer (despenalizando el aborto consentido), se ha intentado un equilibrio ponderando ambos intereses al mantener la punición del aborto pero ampliando los supuestos de no punibilidad*”. Como fácilmente se podrá apreciar, se trata de una traspolación de argumentaciones del derecho americano, sólo que los legisladores argentinos no disponen de la libertad que tuvo el juez Blackmun en orden a su inserción en su derecho vigente.-

¹⁵ FARREL Martín Diego: “La ética del aborto y la eutanasia”, ob. cit., y con mayores referencias y comentarios según nota anterior.-

¹⁶ FARREL Martín Diego: “La ética del aborto y la eutanasia” ob. cit. Pág. 83. En la transcripción que el autor realiza de los diversos considerandos que dan fundamento al fallo de “*Roe vs. Wade*”, comenta el razonamiento de juez Blakmun para justificar su voto, sosteniendo para dilucidar el dilema acerca de si el feto es una “persona, revisó todas las cláusulas constitucionales en las que aparece la palabra “persona” e indicó que prácticamente en todos los casos, el uso de la misma sólo puede aplicarse después del nacimiento y concluye de manera terminante: “*Ninguno de tales usos indica, con ninguna seguridad, que tiene alguna posible aplicación prenatal. El Tribunal quedó persuadido, entonces, que la palabra “persona”, tal como es empleado en la Enmienda 14, no incluye al no nacido*” .-

el sentido que *los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos que no son aún nacidos a contar desde el momento de la concepción*” (1º parte, Tít. I, Art. 10), enunciado luego transformado en tradición histórica por la civilística latinoamericana a partir de las enseñanzas de Texeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sársfield, circunstancias que nos lleva a concluir que de ninguna manera podrían compatibilizarse o siquiera compararse ambas naciones, sin incurrir en una grave falla de técnica legislativa.-

Es más, de una simple lectura del pronunciamiento jurisdiccional relacionado precedentemente, surge claramente que los jueces americanos con razón se sintieron libres de poder establecer jurisprudencialmente el comienzo jurídico de la vida humana, porque no encontraron ni en el derecho común o el constitucional precedente alguno que fijara el comienzo de la personalidad de manera precisa y con la fuerza de la ley, tal como sucede en la normativa nacional¹⁷.-

Resultará un importante desajuste, por no decir un verdadero escándalo jurídico como ocurre en el caso de las sentencias contradictorias -en el sentido del Art. 1101 del Cód. Civ.-, que mientras el Derecho Civil reconoce el nacimiento de una persona física al momento de la concepción, otorgándole capacidad y representación legal, por otra parte el Derecho Penal abandona a esa persona a su suerte, quitándole toda forma de protección legal dentro de los tres primeros meses de vida, situación que provocaría un grave trastorno y desajuste al sistema de valores y creencias de una sociedad y por lo mismo, de la normativa vigente .-

Por otra parte, el hecho de la despenalización del aborto, no tendrá alcance respecto de los delitos civiles (Arts. 1066, 1072 y 1073 del Cód. Civ.) los que se enmarcan dentro del precepto general del “*nenimen laedere*”, en el sentido que nadie puede ocasionar injustamente un daño a otro, sea a través de un factor subjetivo de atribución culposo o doloso. (Arts. 1066, 1109 o 1072 del Cód. Civ.)

Esta desarmonización absoluta de valores e instituciones entre ambas legislaciones, llevará a la transmisión de mensajes cruzados a la sociedad ya que, por ejemplo, el padre no consultado de la persona por nacer, cuya madre dispuso del aborto dentro de los tres primeros meses del embarazo en los términos del Art. 93 del Anteproyecto, podrá

¹⁷ FARREL Diego Rafael, ob. cit. pág. 84 , transcribiendo la opinión del Juez Blakmun, in re: “*Roe vs. Wade*” afirma que: “*El juez pasó luego revista a la polémica acerca de cuando comienza la vida humana, y acerca de si la concepción es un evento o un proceso en el tiempo. Resumió su conclusión diciendo que los no nacidos nunca han sido reconocidos por el derecho en su acepción completa. Pero señaló que no necesitaba resolver la difícil cuestión de cuándo comenzó la vida humana. Porque cuando aquellos entrenados en sus respectivas disciplinas médicas, filosóficas y teológicas, son incapaces de arribar a ningún acuerdo, los Tribunales -en este punto del desarrollo del conocimiento humano-, no están en posición de especular acerca de la respuesta*”

ser demandada -lo mismo que sus cómplices (médicos y demás partícipes)-, (Arts. 1066, 1072, 1073 y de manera especial, el 1081, del Cód. Civ.), por los daños y perjuicios derivados sobre su hijo, el que desde la perspectiva civil es reconocido como persona (Arts. 30, 51, 63 y 70 del Cód. Civ.), todo lo que luce realmente como un verdadero despropósito y generará situaciones de inseguridad jurídica nada recomendable para una adecuado ensamble de los bienes jurídicos a proteger por parte de ambas disciplinas.-

7.4.2. Existen otras observaciones, además de las expuestas precedentemente, y se refieren incluso a la factura técnica con que se encuentra redactado el propio precepto, o sea el Art. 93 del Anteproyecto. La primera de ellas consiste en entender o al menos reconocer los límites, alcance y sentido de la expresión “*siempre que las circunstancias lo hicieren excusable*”.-

¿Cuáles son las *circunstancias* que pueden hacer *excusable* la determinación de una mujer embarazada dentro de los tres meses de la concepción?

Es claro que no se trata de las expresadas en el Art. 92 inc. 1 del Anteproyecto, porque de haber sido así, efectuaría una remisión directa a ese precepto legal, lo que no ha ocurrido.-

Estamos en presencia entonces, de un concepto más extenso, que como toda norma dotada de semejante plasticidad, quedará en definitiva a merced del criterio y alcance que pueda acordarle el juzgador.-

Y aquí viene el segundo interrogante: ¿resulta técnicamente correcto y jurídicamente conveniente, dejar estos amplios márgenes de laxitud interpretativa en un tema como el aborto, que tal como lo reconocen los mismos integrantes de la Comisión Técnica, da lugar a diversos criterios o creencias en torno a su legitimidad ?

Las *circunstancias excusable* adquirirán relieves diferentes en sus alcances y significado seguramente, frente a la apreciación que pueda hacer un juzgador que aprecie como un verdadero homicidio la interrupción consentida de la vida humana en proceso de gestación, de otro magistrado que lo valore en función el derecho que tiene la mujer a disponer de su propio cuerpo.

Y parece claro que esta incertidumbre no puede ser trasladada al campo legislativo, sin incurrir en una grave falla técnica, sobretodo si se tiene en cuenta que se trata de la construcción de una nueva tipología penal, que demarca los ámbitos de licitud o antijuridicidad de la conducta humana.-

7.4.3. Desde otro punto de vista, existe una evidente imprecisión entre el concepto de *concepción* -que fija el Código Civil en su Art. 76-, con el plazo de los tres meses indicados para realizar un aborto impune en los términos previstos en el Art. 93 del Anteproyecto.-

Si resulta indubitable que la *concepción* para el Derecho Civil, no es un momento, sino una época, comprendida entre los ciento veinte días que median según el plazo máximo y mínimo del embarazo, un plazo legal de esta importancia que delimita los espacios de lo lícito y abre los riesgos de la punibilidad, no puede comenzar a contarse con semejante imprecisión, lo que provoca a no dudarlo, un nuevo punto de conflicto que separará a ambos derechos con repercusión evidente respecto de la certeza y precisión de futuros pronunciamientos jurisdiccionales referidos a este precepto.-

7.4.4. El Art. 93 del Anteproyecto –además de ser contradictorio con el Art. 92 inc. 2 del mismo ordenamiento, que demanda el consentimiento del representante legal de la menor o incapaz-, circunscribe como un acto asilado, individual y exclusivo del propio arbitrio de la mujer, la determinación de interrumpir su embarazo dentro de los tres meses contados a partir de la concepción.-

Este tema se enrola nuevamente en una transculturación de la jurisprudencia americana, que considera esta decisión de la madre, como una manifestación del *derecho a la privacidad (right of privacy)* de la mujer¹⁸, la reserva de un espacio personal o ámbito de soledad moral, donde sus determinaciones no deben ser compartidas con nadie, ni aún con el padre del feto en gestación, ni con los padres o tutores, si se tratare de personas menores de edad.-

Pero es bien sabido que EE.UU. no forma parte de un sistema escrito (civil law) como nuestra legislación. Por cierto, que allí no podrá encontrarse el Art. 264 del Código Civil, recientemente reformado para precisar que la patria potestad “*corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad*”.-

¹⁸ In re: “Roe vs. Wade”, ob. cit.: El juez Douglas hizo presente en el pronunciamiento jurisdiccional recordado, que el derecho a la privacidad se lo conocía, -según el precedente del Juez Brandeis-, como el derecho a ser “dejado sólo” ya que el mismo constituye un privilegio de los ciudadanos americanos a planificar sus propios asuntos, porque fuera de las conductas lesivas o dañinas, cada uno puede modelar su propia vida tal como lo considere mejor, hacer lo que le plazca e ir a donde se le antoje.-

Por otra parte, el Art. 264 quáter del Cód. Civil., especifica un conjunto de actos donde se precisa el “*consentimiento expreso de ambos padres*”, decisiones que resultan a todas luces de menor importancia que las que implica la interrupción de su *derecho a nacer y a la vida intrauterina* por razón del aborto practicado dentro de los tres primeros meses de gestación.-

Sólo basta una reflexión, que servirá para visualizar estos graves desajustes del precepto proyectado con la legislación civil vigente: resulta que para que el menor sea autorizado a salir del país o viajar al extranjero, se precisa el consentimiento de ambos progenitores, pero para salir del útero de madre y por ende, morir, basta sólo la determinación de su madre, ejemplo que por su elocuencia pone en evidencia la contradicción y notoria *desarmonización de valores* que provoca la norma en cuestión.-

Por otra parte, esta permisividad del aborto en una etapa inicial del proceso de gestación, se nutre de un sistema axiológico que contradice el espíritu con que concibe nuestro ordenamiento civil a la familia, que como se ha dicho, la considera una “*institución social*”, capaz de dar nacimiento a un verdadero “*interés familiar*”, que se contrapone claramente a fundamentos morales que subyacen a los pronunciamientos americanos que se intentan transferir a nuestra legislación, sin tener en cuenta todo su contexto e inserción técnica legal.-

7.4.5. Por otra parte, el Art. 93 del Anteproyecto contradice de manera objetiva el Art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, como así diversas disposiciones de los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos que se han incorporado al texto por obra de la Reforma de 1994, según lo dispuesto por el Art. 75 inc. 22 del mismo ordenamiento.-

Se ha visto ya en el punto 5.1. que la Constitución Nacional protege bajo el amparo de sus disposiciones al “*niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*” (Art. 75 inc. 23).-

Preguntamos: ¿cómo va a sostenerse el principio de supremacía constitucional previsto en el Art. 31 de la Carta Magna, cuando un precepto del Código Penal lo transgrede abiertamente?

¿Acaso es más importante la seguridad social del *nascituru*, que su derecho humano a vivir y nacer, sin que nadie le interrumpa la unidad y decurso natural del ciclo biológico vital?

A nuestro modo de ver, de llevarse adelante este Anteproyecto, se configuraría una inconstitucionalidad palmaria respecto del Art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, como así del Art. 4 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, , todo lo que aumentará la inseguridad jurídica, con las consecuencias desfavorable que de ella se infiere tanto a la sociedad como a las personas consideradas individualmente .-

Tal como se ha visto al desarrollar el punto 5.5., la norma proyectada violaría los siguientes tratados y convenciones internacionales a saber: i) “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”, en su Art. I y VII.; (ii) “*Declaración Universal de Derechos Humanos*”, Arts. 3 y 6; (iii) “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, Art. 4, del Capítulo II, bajo el acápite de “*Derechos Civiles y Políticos*” (Derecho a la vida); (iv) “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*“, Arts 5 y 16; (v) *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”, Art.11 inc. f); (vi) “*Convención sobre los derechos del niño*”, Art. 1 y en especial con las salvedades del protocolo de ratificación, y el Art. 6; (vii) “*Declaración de los derechos del niño*”, disposiciones todas *que* por el Art. 75 inc. 22 han sido elevadas a la misma jerarquía de las declaraciones y garantías de nuestra Constitución.-

7.4.6. Otro tema a tener en cuenta es el referido a la representación de la persona por nacer a la luz de nuestro ordenamiento civil. Ya se ha dicho que al ser reconocido el *nascituru* como sujeto de derecho, se encuentra sometido al régimen de representación necesaria (padres, madres y/o curador de la madre en caso de incapacidad). -

Pero tal como se infiere claramente del Art. 59 del Código Civil, la persona por nacer resulta igualmente alcanzada por la representación promiscua del Ministerio Pupilar, “*el que deberá intervenir de manera obligatoria y será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial que les atañe de manera directa*”.-

Esta institución de la representación promiscua obviamente que no existe en el derecho americano, al que se toma como punto de referencia y antecedente directo para el proyectado Art. 93 del Anteproyecto de reforma del Código Penal.-

Resulta que de llevarse adelante la iniciativa del Ministerio de Justicia de la Nación, el Ministerio de Menores intervendrá en todo asunto que le concierne a los mismos,

pero en el supuesto previsto por el Art. 93 del Anteproyecto, quedarán realmente eximidos y excluidos de cualquier participación.-

Si la respuesta resulta afirmativa –posición que obviamente nos parece equivocada-, se configuraría un nuevo desajuste del sistema de representación establecida en el Código Civil.-

Al contrario, si ésta se mantuviese –como creemos realmente-, entonces cabe la pregunta acerca de lo que ocurrirá frente a esta evidente y flagrante contradicción del derecho privado nacional, frente a determinaciones unilaterales de la madre que no tienen en cuenta el derecho personalísimo a la vida y el derecho humano a nacer de un sujeto reconocido por el ordenamiento jurídico vigente, ni el del otro progenitor en el ejercicio de su patria potestad compartida, todo lo que obviamente tendrá que ser materia de defensa inmediata e irrestricta por parte del Ministerio Pupilar, configurándose una situación donde nuevamente el Derecho Civil transitará por caminos técnicos y morales absolutamente disímiles del Derecho Penal.-

Por otra parte, en el supuesto de incapacidad de la madre, el Asesor que interviene en razón de su absoluta ineptitud natural, lo es también de la persona por nacer (Art. 480 del Cód. Civ.), tal como ha ocurrido recientemente en el caso fallado según acuerdo 2078 del 31 de julio del corriente año por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.-

El Art. 61 del Cód. Civ. dispone que en cualquier caso judicial o extrajudicial, cuando los intereses de los incapaces estuvieren en oposición con los de su representados, “dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolos en lugar de ellos curadores especiales para el caso de que se trate”, es decir, deberá nombrarse un Asesor *ad hoc* para que defienda los derechos del otro incapaz.-

Obviamente que el Asesor de Menores de la persona por nacer, en razón de las previsiones específicas del Código Civil, dada por supuesta la situación prevista en el Art., 63 del Anteproyecto, deberá inexcusablemente defender el derecho personalísimo a la vida y el derecho humano a nacer del mismo, lo que generará una contradicción objetiva con el interés de la madre a disponer libremente de su propio cuerpo dentro de los tres primeros meses del embarazo, conflicto que generará una verdadera batalla judicial, abriendo caminos a una inseguridad e incertidumbre jurídica derivada de la protección desajustada de estos valores, por dos legislaciones que por el contrario, deben funcionar armónicamente en miras a la instauración de un orden jurídico coherente respecto de los bienes jurídicos a salvaguardar.-

Y viene de nuevo a cuento el Art. 1101 del Código Civil, en el sentido que si pretende evitar el escándalo jurídico de sentencias contradictorias entre ambos fueros, de llevarse adelante el Anteproyecto, seguramente que abrirá un estrépito mucho más grave aún, cual es el que dos legislaciones marcharán por carriles técnicos, axiológicos y sociales absolutamente independientes, abriendo una suerte de esquizofrenia institucional nada aconsejable por cierto, para nuestro país.-

Dr. Juan Carlos Palmero
Director
Instituto de Derecho Civil de la
Academia de Derecho de Córdoba