

## “La persona por nacer y la legítima defensa”

Disertación del Dr. Justo Laje Anaya (Sesión del día 10 de agosto de 1999)

Mejor dicho no la comprende a la persona por nacer. Puede ser defendible la persona, la vida, los derechos, incluso hasta del Estado, pero no hay una referencia concreta y particular a la defensa de la persona por nacer.

En el Código Penal, y dicho esto muy rápidamente, hay abortos que son punibles y abortos que no son punibles. Está la tentativa de aborto de la propia mujer que no es punible y en este orden de ideas allá deberíamos llegar hasta el delito imposible en el aborto.

Si yo tuviera que decir qué es el aborto diría que es “la muerte de una persona que no ha nacido (la muerte de la persona por nacer), llevada a cabo a sabiendas y con la intención de hacerlo (vale decir con la intención de matar)”.

Para nosotros es relativamente sencillo y fácil el primer punto de partida, y digo que es sencillo y fácil porque la persona por nacer es una persona actual, es decir es una persona que está creciendo y que no es propiedad de nadie, ni de la futura madre, ni del que la engendró. Es una persona que está en el vientre de la madre pero que no es un objeto de su propiedad y por lo tanto no puede ser disponible. Las cosas se podrían complicar si la persona por nacer no fuera persona, pero felizmente no se nos complican porque – en nuestro ordenamiento jurídico - desde el momento de la concepción existe ya una persona. Por eso es que no hablo de “feticidio”, ni de “feto”, por el contrario prefiero evitar ambos términos atento a que estos vocablos, aun cuando en algunos casos son utilizados por alguna doctrina, parecieran implicar cierta “capiti diminutio”. Llamarle a una persona “feto”, no me parece conveniente. Carrara se refería a esta expresión (y le llamaba al delito “feticidio”), pero Carrara en muchos pasajes de su obra hace una defensa realmente interesante y encendida de la persona por nacer. Además – agrego - que el término feto reconoce una modalidad o un lenguaje de naturaleza médica, y si nosotros contamos dogmáticamente con que se trata de una persona ¿Por qué decir que es la muerte de un feto?, es la muerte de una persona por nacer, de una persona que todavía no ha nacido y que va a nacer. Entonces tenemos a una persona.

Me acuerdo de haber leído en la nota del art. 63 del Código Civil, donde Vélez Sarsfield desarrolla un pensamiento muy agudo (haciendo pasar un verdadero papelón al Código Civil chileno), que el codificador expresa que “la existencia de las personas comienza cuando éstas nacen” o “a partir del nacimiento” y a continuación agrega que el código penal chileno castiga al aborto, y por tanto castiga la muerte de una persona que no es persona. Vale decir entonces que, en el sistema chileno, la persona por nacer sería una persona que no es persona de derecho sino que es una persona simplemente de hecho. Y como no es persona, las cosas se nos complicarían porque si se quiere defender una persona de hecho pero no de derecho ¿podría la persona por nacer ser objeto de una defensa en legítima defensa si no es persona?. Insisto, por eso a nosotros se nos simplifica la cuestión porque el naciurus es una persona.

¿Cómo se la puede atacar a esa persona por nacer? Se la puede atacar mediante el aborto o la tentativa de aborto. Se nos va a complicar un poquito el panorama con la tentativa de aborto impune de la mujer, cuestión que analizaremos más adelante. Y ¿cómo se la puede defender?. La legítima defensa puede estar presente, porque se dan todos los requisitos o presupuesto para su configuración.

Cabe preguntarnos en primer lugar ¿quien la defiende a la persona por nacer? Desde un punto de vista general, abstracto e indeterminado “las normas que hacen referencia al delito de aborto” la están defendiendo, el sistema jurídico mediante la punición del aborto y también la protege el código civil al establecer que es una persona.

Sin embargo, aquí nos encontramos con una víctima muy particular, porque si la legítima defensa - como decía Carrara - es “la reacción frente a una agresión ilegítima”, aparece acá que la víctima no puede reaccionar, y esa es la tragedia de la persona por nacer; todos la quieren matar pero ella no se puede defender y es por ello que viene la defensa y tutela del orden jurídico y también viene la posible defensa de terceras personas que ya han nacido; ¿por qué se le va a negar a una persona que defiende la vida de la persona por nacer?. Entonces, en los abortos punibles, opera siempre una agresión ilegítima (que es la base de la legítima defensa) y la surge la necesidad de defenderla violentamente para impedir o repeler esa agresión ilegítima. De tal forma, por un lado existe la presencia de la persona por nacer, una agresión ilegítima (alguien que la quiere matar) y un tercero que aparece como defensor. Me parece a mí que la persona por nacer como es persona, no puede estar alejada o desprendida de los requisitos de la legítima defensa, porque la legítima defensa habla de la defensa de la persona, de los derechos de esa persona, y después admite la presencia de un tercero defensor.

La madre ¿la puede defender a la persona por nacer? Sí, no dando el consentimiento, no prestando el consentimiento para que se cometa el aborto punible.

Reiteremos que solamente se puede defender a la persona por nacer en tanto y en cuanto el aborto sea punible, porque si el aborto es impune (el causado en el llamado aborto necesario, el llamado aborto eugenésico) como la muerte va a ser conforme a derecho entonces el ataque, ya no es ilegítimo sino que es conforme a derecho, y estando dentro de una causa de justificación es imposible que un tercero venga a defender la vida de la persona por nacer dentro de los límites de las causas de justificación.

Pero en los abortos impunes, el primero, el necesario, el llamado “terapéutico” hace falta el consentimiento de la mujer, porque en este tipo de abortos hay un conflicto que va a desembocar en el riesgo de muerte para la madre y hay un conflicto que tiene por causa la presencia de la persona por nacer, la persona por nacer le crea a la madre una situación de muerte, y entonces el derecho - mediando el consentimiento de la futura madre - autoriza. Pero la futura madre también lo puede defender al nacidurus y decir: “Señores no presto el consentimiento”, sin embargo este aborto terapéutico no significa - a mi entender - que la vida de la madre valga mas que la vida de la persona por nacer, yo entiendo que las dos vidas valen iguales, lo que pasa que jurídicamente la madre tiene atributos, atributos que le faltan a la persona por nacer, tiene estado civil, tiene domicilio y es sujeto no sólo de derechos sino también de deberes.

Vale decir entonces, que si hay una causa de justificación de por medio, entonces el tercero defensor no podría actuar en legítima defensa para salvar la vida de la persona por nacer y otro tanto pasaría en el aborto eugenésico.

Pero si se admite la presencia del tercero defensor, en el llamado “aborto sentimental”. El aborto sentimental es donde el embarazo proviene de una violación. ¿Cuál será el fundamento de este aborto sentimental? Yo creo que en el fondo no tiene un fundamento sino que es puro sentimiento, porque lo máximo que se suele oír en este aspecto es lo siguiente: la madre no está obligada a llevar durante nueve meses el producto de un hijo no querido o de una relación violenta que motivó, creó o causó el embarazo. Otro argumento no hay, es decir es un argumento de puro sentimiento. ¿Qué pasa si la madre lo encuentra al violador, varias horas después del hecho, al día siguiente, una semana o en un tiempo que puede ser ya con posterioridad al hecho mismo de la violación. La madre lo encuentra al violador y lo mata, no estará en legítima defensa; pero si mata a la persona por nacer, una persona totalmente inocente, no habrá cometido el delito de aborto; no hay fundamento y entonces como no está – por otra parte legislado – se puede defender la vida de la persona por nacer producto de una relación carnal y honesta.

Entiendo que el mecanismo legal de la justificación, de la antijuridicidad y de la posibilidad de la legítima defensa, es un mecanismo muy armónico y que entendido así no admite la posibilidad de que el sistema mismo se contradiga.

Donde sí podemos encontrar alguna pequeña dificultad es en el supuesto del artículo 88, última parte, en cuanto dispone que la tentativa de aborto de la mujer no es punible. La doctrina generalmente entiende que no es punible porque parece ser que la mujer en esta hipótesis de tentativa no cometería delito; y esta no punibilidad alanza a los partícipes, pero siempre se trata del aborto de la propia mujer. Y digo esto porque en la sistemática del Código Penal se puede distinguir entre la expresión “no punible” y la expresión “exento de pena”. La expresión “exento de pena” significa que el delito se comete y lo que no se aplica es la pena, en cambio la expresión “no punible” significa que el delito, su estructura, queda desarticulado. Y haciendo jugar sistemáticamente toda esta no punibilidad este no punible es como si la ley dijera: “no comete delito”, “en este caso la tentativa no es delito”. Y si no es delito la tentativa, entonces ¿tendrá la mujer derecho a intentar la muerte de la persona por nacer? Yo no creo que tenga derecho a intentar la muerte de la persona por nacer, porque la persona por nacer no le pertenece a la madre, no le pertenece y entonces tendría que ser un hecho “exento de pena”, pero sistemáticamente entendido se entiende que acá no hay tentativa de delito y por eso comprende a los partícipes. Vamos a suponer que la madre quiere matar a la persona por nacer y un tercero le impida matarla, o que la madre sea sorprendida en tentativa, el tercero ¿puede situarse dentro del plano de la legítima defensa? Hemos dicho que sí, porque la ley no dice que la persona por nacer no pueda ser defendida entonces si no lo dice quiere decir que un tercero está autorizado para - en defensa de una persona por nacer - impedir la consumación del delito de aborto. Pero resulta que la mujer no es punible porque la tentativa de aborto no es delito. Yo creo esto: parece que por este razonamiento el tercero no podría defender a la persona por nacer porque la tentativa no

es delito, pero mirando la otra cara de la moneda (es decir mirándolo al tercero defensor) el tercero defensor va a decir esto: “yo intervine porque un ser inocente estaba en peligro de muerte, yo le salvé la vida frente a una agresión ilegítima porque la madre no tiene derecho”. Una cosa es que no sea punible y otra cosa es que haya desaparecido la persona por nacer que establece el Código Civil. La persona por nacer es un valor y el tercero defensor va a invocar el inciso 7º del artículo 34 por más que la mujer pueda invocar esta cláusula del 88. Y además por esto: porque la legítima defensa tiene por primer requisito la existencia de una agresión ilegítima (no se satisface con una agresión delictiva). Entonces yo no encuentro ningún inconveniente para que aquí, en esta hipótesis la persona por nacer pueda ser defendida, y que el tercero defensor ajeno a la cuestión quede en el campo de la legítima defensa de un tercero.

“Deróguese todo el Código Penal en la parte relativa al aborto”. Supongamos que los abortos dejan de ser delito y pasan a ser nada en nuestro ordenamiento jurídico penal. Derogada hipotéticamente la estructura del delito del aborto ¿podrá todavía invocarse legítima defensa? Sí, porque habrá – en primer lugar – que derogar la estructura del Código Civil para quitarle la categoría de persona, y en segundo lugar habrá que derogar también la legítima defensa del Código Penal.

Simplemente he hecho un panorama, un pantallazo, una síntesis y yo les agradezco profundamente la presencia.