

# Derecho Penal

AÑO I NÚMERO 2

Aborto  
Muerte Digna  
Infanticidio

Directores: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

 **Infojus**  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA





AÑO I - NÚMERO 2

# Derecho Penal

---

**PRESIDENCIA DE LA NACIÓN**

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

Dr. Julio Alak

**SECRETARÍA DE JUSTICIA**

Dr. Julián Álvarez

**SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL**

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA**

**JURÍDICO LEGAL**

Dra. María Paula Pontoriero

.....

ISSN 2250-8066

Revista Derecho Penal

Año I - N° 2 - Septiembre 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,  
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Alejandra Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Penal y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución Gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Alejandro Alagia - Javier De Luca  
Alejandro Slokar

Directores

Ernesto Kreplak - Franco Picardi  
Rodolfo Tailhade - Renato Vannelli Viel

Secretarios de Redacción

Mariela Barresi - Francisco Figueroa  
Nahuel Perlinger - María Ángeles Ramos

Colaboradores



# Consejo Académico

Eduardo Aguirre  
Ricardo Álvarez  
María Cristina Barberá  
Gustavo Bergesio  
Alberto Binder  
Cristian Cabral  
Carlos Caramuti  
Mariano Ciafardini  
María Graciela Cortázar  
Carlos Cruz  
Martín Degoumois  
Gabriel Di Giulio  
Daniel Erbetta  
Martín García Díaz  
Adriana Gigena de Haar  
Edmundo Hendler  
Lucila Larrandart  
Stella Maris Martínez  
Luis Niño  
Carlos Ochoa  
Omar Palermo  
Daniel Pastor  
Jorge Perano  
Alfredo Pérez Galimberti  
Nelson Pessoa  
Marcelo Riquert  
Norberto Spolansky  
Fernando Valsangiacomo Blanco  
Gustavo Vitale  
Raúl Zaffaroni





# Editorial

La sección Doctrina de este número reúne trabajos de la más variada concepción aunque con un denominador común. Todos se refieren a la vida y a la muerte de los seres humanos y a los modos en que nos las hemos arreglado con ellas a lo largo del tiempo. Más concretamente, este número despliega en todos sus aspectos las muertes no convencionales conectadas al saber penal. Algunas sin desarrollo en nuestra área penal, otras declaradas expresamente atípicas, otras justificadas y otras atenuadas o disculpadas.

El lector encontrará aquí asuntos concernientes al comienzo de la vida, al aborto, a los homicidios en sus más variadas formas, al suicidio, al homicidio a ruego, al infanticidio, la eutanasia, a la ortotanasia, la muerte digna, al concepto mismo de muerte en el ámbito de la medicina (en particular, en el terreno de los trasplantes de órganos) y analizaremos si ese concepto puede ser extendido a toda ley penal o rige exclusivamente para los profesionales de la salud competentes.

No ha sido fácil para el Derecho Penal concebir y explicar a los legos que las conductas que son declaradas como delitos dependen de una decisión jurídica y no de una supuesta ley natural, ni que esas definiciones son totalmente contingentes y que varían según la sociedad y los tiempos en que ocurren.

Pero estamos rodeados de discursos que no se contentan con nuestras explicaciones y pretenden hacer prevalecer sus opiniones que, generalmente, propician el castigo para cualquier tipo de muerte de un individuo a manos de otro, o de lo que consideran es la muerte de un ser humano (la historia del concepto de muerte para los trasplantes de órganos es una buena muestra del carácter convencional de muerte), sin distinguir circunstancias objetivas y subjetivas que componen cada uno de los fenómenos.

Habíamos seleccionado el tema convocante con mucha antelación, pero tuvimos la suerte de que la publicación coincidiera con el dictado de una ley sobre “muerte digna”, y de unas sentencias de la Corte sobre los abortos justificados en el Código Penal Argentino, el derecho a no recibir un tratamiento médico. Todos asuntos que hacen a la autonomía de la voluntad y su relevancia en el ámbito penal. Por razones de espacio, hemos debido dejar afuera de la edición una gran cantidad de material de gran valía, que podrá ser consultado en la página web de Infojus.

Insistimos en el desarrollo de otras secciones, como la de proyectos de investigación y la de organización judicial.

En esta edición insertamos entrevistas a actores directos y destacadísimos de esta área del saber, de quienes todos hemos aprendido algo y son fuente de constante consulta.

Con todo ello, pretendemos ofrecer a los lectores un panorama lo más amplio posible sobre la actualidad en nuestro campo de conocimiento y en la temática elegida para este número.

Los directores

# Índice General

## Doctrina p. I

¿Despenalización del aborto o interrupción voluntaria del embarazo?  
por DANIELA ARCURI ..... p. 3

Resistencias al acceso al aborto (no punible): la objeción de conciencia.  
por SONIA ARIZA NAVARRETE ..... p. 23

Los dilemas al final de la vida: el paradigma bioético frente al paradigma penal  
por MARÍA SUSANA CIRUZZI ..... p. 37

El problema de la eutanasia y la participación en el suicidio: el caso español.  
Una aproximación.  
Por MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y SOLEDAD BARBER BURUSCO ..... p. 73

La Corte aclaró las viejas discusiones sobre los abortos no punibles.  
por FRANCISCO FIGUEROA ..... p. III

Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate.  
por CECILIA M. HOPP ..... p. 129

Eutanasia, muerte asistida y retiro de soporte vital. Tratamiento del tema en el derecho  
comparado y en el ordenamiento jurídico argentino.  
por LUIS F. NIÑO ..... p. 155

En nombre de la ley. Acerca de la figura de infanticidio y la penalización del aborto, dos  
asignaturas pendientes de la democracia.  
por LUIS OHMAN ..... p. 187

La eficacia eximente del consentimiento en la eutanasia.  
por MARTÍN OTERO ..... p. 199

La muerte: problema médico legal. Diagnóstico de muerte.  
por JULIO A. RAVIOLI ..... p. 215

Algunas respuestas jurídicas ante el final de la vida.  
por JOAN J. QUERALT ..... p. 253

## INDICE GENERAL

Algunas reflexiones acerca del sistema de permisos para el aborto en Argentina. A propósito del fallo “F., A. L. s/medida autosatisfactiva” por VIRGINIA SANSONE y EUGENIA ARTABE.....	p. 269
--	--------

Consideraciones sobre el derecho a la eutanasia y a la muerte digna en la Argentina. por LUCAS VIDELA .....	p. 299
--	--------

El comienzo de la vida humana y la consecuente relativización de la criminalización del aborto. Una posible causa de atipicidad. por SANTIAGO ZURZOLO SUAREZ.....	p. 319
---	--------

## Actualidad judicial p. 345

CSJN, 13/03/2012, “F., A. L.”s/medida autosatisfactiva .....	p. 347
Sumario Dictamen Defensoría en el caso “F., A. L.” .....	p. 355
Declaración de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.....	p. 361
CSJN, 1/06/2012, Albarracini Nieves, Jorge W. s/ medidas precautorias.....	p. 365

## Proyectos de investigación p. 367

Los abortos impunes: artículo 86 incisos 1º y 2º del Código Penal. Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA a cargo del Dr. Edgardo A. Donna. Coordinado por VANESA S. ALFARO .....	p. 369
---	--------

## Entrevistas p. 373

“La pena produce clandestinidad”, Entrevista a LUIGI FERRAJOLI.....	p. 374
“El castigo del aborto voluntario niega la igualdad jurídica entre hombres y mujeres”, Entrevista a TAMAR PITCH .....	p. 381
“En ‘F., A. L.’ la Corte reacciona al contexto de anomia”, Entrevista a PAOLA BERGALLO	p. 384
“En el infanticidio, el denominador común es la vulnerabilidad” Entrevista a BEATRIZ KALINSKY .....	p. 392

## Organización judicial p. 407

Distribución de casos y la indeterminación legal del juez, por JUAN PABLO IRIARTE	p. 411
Chubut, organización y gestión del trabajo de los jueces por la oficina judicial. Colegios de jueces y sistema de audiencias, por RODOLFO D. BARROSO GRIFFITHS.....	p. 445

## Fuentes citadas p. 477

## Índice temático p. 485

.....  
Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)



# Doctrina

---



# ¿Despenalización del aborto o interrupción voluntaria del embarazo?

## Un análisis desde la perspectiva de género de los proyectos legislativos

por **DANIELA ARCURI**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

El Código Penal establece excepciones a la punibilidad de la práctica del aborto en el artículo citado, siempre que sea realizado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada; por un lado, no es punible cuando se ha hecho con la finalidad de evitar un peligro para la vida o la salud de madre, y si esta situación no puede ser evitada por otros medios —el llamado aborto terapéutico—; y por el otro, cuando el embarazo es producto de una violación<sup>(2)</sup>. Esta redacción ha suscitado un margen de interpretación que se ve reflejado en fallos realmente contro-

(1) Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se encuentra cursando la carrera de Especialización en Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la UBA.

(2) El Código Penal en el artículo 86 inc. 2° establece como aborto no punible: “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”.



vertidos, introduciendo como requisito la solicitud de autorización judicial<sup>(3)</sup> hasta hace muy poco.

El derecho a la salud<sup>(4)</sup> se encuentra contemplado como "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por otra parte, la convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), dispone en el artículo 12, inciso 1º, "el derecho de la mujer a acceder, sin discriminación alguna, a los servicios de la atención médica". Y en su artículo 14, prevé que los Estados deberán asegurar el acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia.

En particular, los documentos de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo declara expresamente que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres son derechos humanos y que toda persona tiene derecho a decidir libremente sobre su reproducción; y allí también se sostuvo la obligación del Estado de garantizar el acceso a los servicios de atención de salud a todas las personas, y en especial a los grupos más desfavorecidos y en situación de vulnerabilidad, indicándose que el aborto es un problema de salud pública que exige servicios y políticas de Estado como parte de su compromiso con la salud de la mujer y fomenta la realización de un esfuerzo decidido para reducir el número de muertes y la morbilidad causados por abortos realizados en malas condiciones.

(3) SCBA, "C. P. d. P., A.K. s/autorización", 27/6/2005, LLBA, julio de 2005, 629; SCBA "R., L. M.", 31/7/2006, LLBA, agosto de 2006, 895; Sala II CCCom. de Mar del Plata, "O., M. V. s/víctima de abuso sexual", 21/2/2007, LL On Line; Juzg. de Inst. N° 12 General Roca-Río Negro, "Asesora de Menores Penal s/pedido", 31/3/2008, causa 40.871-J12-IA; Trib. Men. N° 1 de Mar del Plata, "O., M. V. s/víctima de abuso sexual - Mar del Plata", 14/2/2007, LLBA, abril de 2007, 333; Juzg. Civ. y Com. 7º nominación de Rosario, "P., M. B.", 4/11/1987, LL, 1988-E, 375; Juzg. Nac. de 1º instancia en lo Crim. y Corr. N° 18, "N.N.", 2/6/1989, JA, 1989-III, 369; Juzg. Corr. de Bahía Blanca N° 1, "Y., R. H", 24/11/2003, Lexis Nexis On line, AR\_JA004.

(4) Fallos que receptan la práctica conforme a este derecho: Fallos 324:3571, CSJN, "Monteserrín Marcelino c. Estado Nacional "M.S. y A.S.", 16/10/2001; Fallos 324:754, CSJN, "Hospital Británico de Buenos Aires c. Estado Nacional "M.S. y A.S." 13/3/2001; Fallos 323:3235, CSJN, "Campodónico de Beviacqua Ana c. Min. Salud – Sec. Programa de Salud y Bco. de Drogas Neoplásicas", 24/10/2000; Fallos 323:1323, CSJN, "Asociación Benghalensis c. Estado Nacional – M.S. y A.S. s/amparo 16.986" 01/6/2000.

En la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999, los gobiernos decidieron ratificar lo acordado en la Conferencia de Beijing en relación con los servicios de aborto: "En circunstancias donde el aborto no esté en contra de las leyes, los sistemas de salud deben entrenar a sus proveedores y tomar otras medidas para asegurar que el aborto sea seguro y accesible. Deben tomarse medidas adicionales para proteger la vida de las mujeres" <sup>(5)</sup>.

Argentina ha recibido la recomendación del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se supriman todos los obstáculos a su obtención <sup>(6)</sup>. No debe perderse de vista, además, la reciente Resolución N° 66/254 <sup>(7)</sup> de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 03 de agosto de 2011 en la que se ha dispuesto que: "Al aplicar un enfoque basado en el derecho a la salud, los Estados deben llevar a cabo reformas encaminadas a desarrollar y aplicar políticas y programas relacionados con la salud sexual y reproductiva, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. En este contexto, el Relator Especial exhorta a los Estados a: h) Despenalizar el aborto y derogar las leyes conexas, como las relativas a la facilitación del aborto (...) j) Proporcionar servicios de salud seguros y de buena calidad, incluido el aborto, de conformidad con los protocolos de la OMS; k) Establecer políticas y programas que garanticen la disponibilidad y accesibilidad de servicios seguros, fiables y de calidad para tratar las complicaciones derivadas del aborto y prestar los cuidados posteriores, de conformidad con los protocolos de la OMS, en particular en las jurisdicciones en que el aborto está penalizado; l) Asegurar que la población disponga de información precisa y fundamentada en pruebas en relación con el aborto y con los supuestos en que la legislación lo permite, y que los profesionales de la salud conozcan bien la legislación relativa al aborto y sus excepciones; m) Asegurar que el alcance de las exenciones por objeción de conciencia esté bien definido y su uso bien

(5) Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

(6) Comité de Derechos Humanos, 70° período de sesiones, 16 de octubre al 3 de noviembre de 2000.

(7) Disponible en: <http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/443/61/PDF/N1144361.pdf?OpenElement>

reglamentado, y garantizar la derivación de pacientes y la prestación de servicios alternativos cuando un profesional de la salud formule una objeción de conciencia”.

## 2 | El aborto no punible

El artículo 86 del Código Penal establece el aborto no punible, aunque las interpretaciones jurisprudenciales de este artículo durante muchos años llevaron a decisiones veladamente injustas en muchos casos, hasta el 13 de Marzo de 2012 que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio a conocer una sentencia en la causa “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, respecto de la aplicación de la que figura del aborto no punible en los casos de violación.

Los hechos del caso se remontan al 14 de enero de 2010, en el que A. F. en representación de A. G., su hija de 15 años de edad, solicitó ante la justicia penal de la provincia de Chubut que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña debido a que el mismo era producto de una violación —cuya causa fue radicada ante el Ministerio Fiscal el 3 de diciembre de 2009, contra O. C., esposo de la madre de la niña—, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1° y 2° del Código Penal. En marzo de 2010, luego del derrotero judicial en el que la justicia penal y civil planteaban la incompetencia para abocarse a la resolución del pedido y que la justicia de familia rechazara tanto en primera instancia como en la cámara, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud ya que el caso encuadraba en el supuesto de aborto no punible (86.2 C.P.), que la hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y que, pese a la innecesaridad de la autorización judicial de esta prácticas, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La interrupción del embarazo se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew. Sin embargo, esta decisión fue recurrida, en representación del *nasciturus*, por medio de recurso extraordinario por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso y confirmó la sentencia apelada afirmando que no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de

una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima, no requiere autorización sino que exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a implementar protocolos de atención para la realización del aborto no punible.

En él, la Corte Suprema indicó con extrema claridad que: “no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido está permitido y no resulta punible”<sup>(8)</sup>. Allí se sostuvo que el principio contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional integrado con el aborto no punible reglado en el art. 86 inc. 2 del Código Penal “no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación”<sup>(9)</sup>. En cuanto al riesgo de la utilización de falsas declaraciones o denuncias, la Corte ha resaltado que: “Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados”, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud”<sup>(10)</sup>.

A su vez, considera que la práctica es exigible a los establecimientos sanitarios, pese a la admisión de la objeción de conciencia. Sin perjuicio de ello, la autoridad del establecimiento de salud debe contar con otro/s profesionales que la realicen. En este sentido, el Fallo de la Corte aclara: “descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realizan las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder

(8) CSJN, Considerando 21, “FAL s/ medida Autosatisfactiva”, F.259, XLVI, 13-03-12. El fallo completo en: <http://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>

(9) Ídem, Considerando 27.

(10) Ídem, Considerando 28.

sus autores por las consecuencia penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar”<sup>(11)</sup>. Por ello, las barreras en el acceso a la atención de la salud de la mujer que reclama esta práctica, implica la vulneración de los derechos humanos de la mujer, ya que no sólo contraviene las obligaciones previstas en el artículo 7° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, además constituye un hecho de violencia de género conforme a la Ley 26.485 sobre Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y las autoridades del establecimiento de salud pueden ser denunciadas por el incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos (art. 248 del Código Penal).

### 3 | Una cuestión de acceso igualitario a la salud

La Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles (ANP)<sup>(12)</sup>, receptaba la interpretación que brindó la CSJN basada en varios estudios científicos. Por ejemplo, en una investigación del Instituto Alan Guttmacher, se afirma que de los 210 millones de embarazos que ocurren por año en el mundo, alrededor de 46 millones —22%— finalizan en abortos inducidos<sup>(13)</sup>. En lugares donde se dispone de métodos anticonceptivos efectivos y estos son ampliamente usados, la tasa total de abortos disminuye drásticamente<sup>(14)</sup>. Sin embargo, la tasa nunca ha bajado a cero por diferentes razones. La primera de ellas se debe a la posibilidad de acceso a métodos anticonceptivos apropiados o en la información necesaria para usarlos efectivamente. Además, ninguno de los métodos es ciento por ciento efectivo. No debe olvidarse que las altas tasas de violencia con-

(11) Ídem, Considerando 24, 4° párr.

(12) Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Publicación del Ministerio de Salud de la Nación, Octubre de 2007. Actualizada en el año 2010.

(13) ALAN GUTTMACHER INSTITUTE, *Sharing responsibility, women, society and abortion worldwide*, New York and Washington DC, 1999.

(14) BONGAARTS J. AND WESTOFF CF, *The potential role of contraception in reducing abortion, studies in family planning*, 2000, 31: 193 -202.

tra la mujer inciden significativamente en la producción de embarazos no deseados.

Por otra parte, se estima que alrededor de 20 millones de los abortos inducidos anualmente son inseguros, y por éstos debe entenderse: "los procedimientos para finalizar un embarazo no deseado que realizan personas que carecen del entrenamiento necesario o que se lleva a cabo en un ambiente donde se carece de un estándar médico mínimo, o ambos"<sup>(15)</sup>. El 95% de estos ocurre en países en vías de desarrollo<sup>(16)</sup>. Las estimaciones recientes indican que ocurren 460.000 abortos inducidos por año en Argentina<sup>(17)</sup>. La única información disponible es el número de hospitalizaciones por complicaciones de aborto en los establecimientos públicos del país —en la que no se distingue entre abortos espontáneos y provocados— y representa sólo una fracción del total de los abortos que ocurren anualmente. En el año 2000 se registraron 78.894 hospitalizaciones por aborto en todo el país, 15% de los cuales correspondieron a mujeres de menos de 20 años, y 50% a mujeres de entre 20 y 29 años<sup>(18)</sup>.

Diversos estudios indican que los servicios de salud aún no tienen una estrategia sistemática de consejería anticonceptiva post aborto para ayudar a las mujeres a evitar un nuevo embarazo no deseado y un aborto repetido (Romero, M.; Zamberlin, N. y Gianni, M.C., 2006, La calidad de la atención en las complicaciones de aborto: un desafío para la salud pública y los derechos humanos). Puede suponerse entonces que el proceso asistencial de las mujeres internadas en hospitales por complicaciones de aborto está fuertemente condicionado por la situación de ilegalidad y clandestinidad

(15) The prevention and management of unsafe abortion, Report of a Technical Working Group, Geneva, WHO/MSM/92.5.

(16) Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of and mortality due to unsafe abortion with a listing of available country data, Geneva, WHO/RHT/MSM/97.16.

(17) El valor resulta del cálculo de estimación del aborto inducido realizado por la Dra. Pantelides y la Lic. Silvia Mario, por medio del método de los egresos hospitalarios por complicaciones de aborto (SINGH, S. y WULF, D.: "Niveles estimados de aborto inducido en seis países latinoamericanos", *International Family Planning Perspectives*, número especial, 1994) y es también el valor promedio del rango estimado por el método residual (BONGAARTS, J.: "A framework for the analysis of the proximate determinants of fertility" *population and Development Review*, vol. 4, N° 1, 1978).

(18) Fuente: MINISTERIO DE SALUD, 2003, Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico, Año 2000. Dirección Nacional de Estadísticas e Información de Salud. Buenos Aires.

de esta práctica. En este marco, la calidad de la atención se resiente<sup>(19)</sup> y las mujeres que atraviesan esta situación crítica son, con frecuencia, víctimas de violencia institucional”<sup>(20)</sup>. A poco de ahondar en la problemática del aborto, más que una cuestión penal podemos afirmar que se caracteriza más como un problema vinculado al derecho a la salud y a la igualdad, abordado por la política criminal.

En el año 2003 se creó el Programa Nacional Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, mediante la sanción de la Ley N° 25.673, que fundamentalmente estableció la garantía para la población del acceso universal y gratuito a métodos anticonceptivos. Entre 2003 y 2011 más de 6.000.000 de mujeres accedieron de manera gratuita a los métodos anticonceptivos<sup>(21)</sup>. Sin embargo, el acceso de las mujeres a los servicios de salud sexual y reproductiva continúa con algunas situaciones de desigualdad y discriminación, con significativas diferencias entre las distintas regiones del país.

En el año 2009, con la promulgación de la Ley N° 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales, se produjo un gran avance en materia de cumplimiento de los derechos estipulados en la citada Convención, abocándose particularmente a atender los temas vinculados con la sexualidad y, especialmente, la violencia de género.

Ambas normas, entienden a la mujer desde la perspectiva de un sujeto de derecho dejando de lado sólo su rol materno por un discurso orientado al placer de la sexualidad, esto es, la ruptura entre los conceptos de la femineidad y maternidad. El Programa de Salud Sexual advierte que: “Las probabilidades de morir por causas relacionadas con un embarazo, parto o puerperio, están íntimamente relacionadas con el acceso igualitario a los

(19) INSGENAR y CLADEM, *Con todo el aire*. Reporte de derechos humanos sobre atención en salud reproductiva en hospitales públicos. STEELE, S. y CHIAROTTI, S., *With Everything Exposed: Cruelty in Post-Abortion Care in Rosario, Argentina*, en *Reproductive Health Matters*, 2004, volumen 12, N° 24.

(20) Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles (ANP). Op. Cit.

(21) Políticas de Salud Sexual y Salud Reproductiva. Avances y Desafíos. Balance 2003-2011. Publicación del Programa de Salud Sexual del Ministerio de Salud de la Nación, pág.21.

servicios de salud de calidad, y al pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos”<sup>(22)</sup>.

En la década de los '80, la tasa de mortalidad materna<sup>(23)</sup> era de aproximadamente 5 fallecimientos de mujeres por cada 10.000 nacidos vivos, siendo su más bajo registro en el año 2000 que descendió a 3,5. Sin embargo, en el año 2009 la tasa alcanzó los 5,5 puntos, es decir, 410 mujeres murieron durante el embarazo, el parto o el puerperio. Sobre este punto, se enfatiza que: “la mayoría de las muertes por aborto son consecuencia de la interrupción inducida de embarazos no deseados. En la Argentina, seis de cada diez embarazos no son buscados. Esta información se desprende de datos correspondientes al año 2008, relevados en 21 jurisdicciones por el Sistema Informático Perinatal. En 2008, de 98.519 embarazos registrados en los cuales se completó la información correspondiente —es decir, podría existir cierto nivel de sub registro estadístico—, 62.051 (aproximadamente un 62%) fueron no planificados”<sup>(24)</sup>.

En el mismo sentido se advierte que: “Preocupante por su dimensión es el incremento de abortos inducidos entre las adolescentes. Mientras los egresos hospitalarios por embarazos terminados en aborto muestran una tendencia decreciente en el grupo total de mujeres, el porcentaje de menores de 20 años que egresan con este diagnóstico registró, en los últimos años, una tendencia ascendente”. En palabras del propio Ministerio de Salud, el promedio nacional [de muertes maternas] encubre una situación de desigualdad en los niveles de acceso a la salud sexual y reproductiva que afecta a las mujeres habitantes de las zonas más pobres del país. Quizás lo más lamentable de esta situación, es que la mayoría de las muertes maternas son prevenibles y evitables, y afectan exclusivamente a las mujeres. Desde esta perspectiva, la tasa de mortalidad materna manifiesta con claridad las desigualdades e inequidades de género.

(22) Ídem, pág. 105.

(23) La tasa de muerte materna se establece considerando el número de defunciones por causas maternas acaecidas en la población femenina de un área geográfica dada durante un año dado sobre el número de nacidos vivos registrados en la población del área geográfica dada durante el mismo año. Definición de la Dirección de Estadísticas e Información de Salud (DEIS), Ministerio de Salud de la Nación.

(24) Ídem, p. 110 y ss..



## 4 | Sobre los proyectos presentados en el Congreso Nacional

En la Cámara de Diputados de la Nación, durante el año 2011, existían tres proyectos en trámite que esperaban por ser tratados antes de perder estado parlamentario, uno de ellos plantea la despenalización de la práctica del aborto sometido a ciertos requisitos y dos abordan la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>(25)</sup>. El proyecto presentado por el diputado Vega —Expte. N° 4206-D-2011<sup>(26)</sup>—, que se encuentra girado a las Comisiones de Legislación Penal, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia para su tratamiento, deja intacta la redacción del artículo 85 del Código Penal y modifica el artículo 86 por el siguiente: “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) para evitar un peligro en la vida o en la salud de la madre y si ese peligro no pudiere ser evitado por otros medios y 2) si el embarazo proviene del delito tipificado por el artículo 119, párr. 3°”, esto es, producto de una violación. Para ambos casos, adiciona requisitos para tener por acreditada la situación: requiere un certificado autenticado de un médico diplomado con título de especialista otorgado por una entidad deontológica legalmente habilitada; 2) certificación de la denuncia policial o judicial de la violación formulada por la víctima o su representante legal. Sin embargo, el requisito incorporado en este proyecto de acreditar denuncia para la realización del aborto mantendrá el nivel de abortos y los casos de muertes maternas, dejando de lado la perspectiva de género, esto es, la libertad de elección de la mujer sobre su propio cuerpo.

Por otro lado, el proyecto presentado por el diputado Sabbatella —Expte. N° 0659-D-2010<sup>(27)</sup>—, que se encuentra girado a las Comisiones de Legis-

(25) De acuerdo a la información publicada en la página web del Senado de la Nación, se han presentado tres proyectos de ley sobre aborto no punible en línea con el Fallo CSJN “F., A. L.” s/ medida Autosatisfactiva” (Exptes. N° 1428/12, 845/12 y 149/12). Asimismo, de la consulta en la página web de Diputados de la Nación, se han presentado cuatro proyectos sobre aborto no punible —algunos resultan adecuaciones al fallo, y otros son restrictivos— (Exptes. N° 2502/12, 0890/12, 0327/12, 0296/12, 0081/12 y 6238/11).

(26) Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4206-D-2011>

(27) Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0659-D-2010>. Durante el año 2012, presentó un nuevo proyecto, bajo el expediente

lación Penal, Acción Social y Salud Pública, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, establece la interrupción voluntaria del embarazo para toda mujer como derecho en un proyecto de ley autónomo. Este proyecto no sólo despenaliza el aborto, sino legaliza e institucionaliza como derecho de la mujer a decidir la interrupción voluntaria del embarazo. Claramente es un proyecto de características integrales, ya que recepta el concepto de Salud de la Organización Mundial de la Salud<sup>(28)</sup>, lo que implica una mirada descentrada de la enfermedad. Por lo que puede considerarse viable la interrupción del embarazo en un número mayor de supuestos: a) antes de las 14 semanas de gestación; b) en el caso de que el embarazo sea producto de un delito contra la integridad sexual, mientras sea inviable la vía del feto con independencia del cuerpo de la mujer; c) si existe peligro para la vida o la salud de la mujer —definición de la OMS— y no la mera ausencia de enfermedades; y finalmente, d) si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de la vida extrauterina —vgr. Anencefalia—.

En este proyecto sólo le permite practicarla a un profesional o equipo profesional médico sujeta a las responsabilidades previstas en las leyes que regulan el arte de curar —*lex artis*—. Introduciendo, asimismo, la obligación para el profesional a cargo de respetar el principio del consentimiento informado, en especial, sobre la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo, las características de la intervención, riesgos y evolución previsible, el servicio de consejería previo y posterior a la práctica, sin entender al mismo como una restricción del acceso al aborto y el médico interviniente debe registrar en la historia clínica la decisión de la mujer y el cumplimiento de su deber de informar, así como también la autorización de la mujer. Para el caso de mujer declarada en juicio incapaz, requiere el consentimiento informado de su representante legal, y si es menor de 14 años, sólo necesita el consentimiento de uno de sus representantes legales, previo a todo debe ser oída conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, no se prevé una alternativa ante el supuesto

Nº 0951/12, sobre las bases del anterior despenalizando el aborto y estableciendo responsabilidad penal para quien obstaculice e impida a la mujer abortar en los supuestos establecidos como excepciones. El mismo puede ser consultado en el siguiente link: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0951-D-2012>.

(28) Véase, OMS, Constitución, disponible en: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf>

de negativa al consentimiento informado por parte del responsable legal del menor de edad o incapaz y su derecho a ser oído.

Según el proyecto, las prestaciones necesarias para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo serán incluidas en el Programa Médico Obligatorio y contarán con la cobertura total y gratuita de todos los servicios de salud del subsector estatal, obras sociales y privado. Los médicos y personal auxiliar que tengan objeciones de conciencia deberán comunicarlo a las autoridades de los establecimientos en los que se desempeñen en el plazo de 30 días de promulgada la ley, quienes ingresen posteriormente deberán manifestarlo al iniciar sus actividades en el establecimiento sin consecuencias laborales para quien así lo manifieste, salvo la de respetar dicha postura en todo ámbito. A su vez, la existencia de objetores de conciencia no exime la responsabilidad de las autoridades del establecimiento para la realización de las prácticas requeridas, quienes deben garantizar el ejercicio del derecho a la mujer a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Por otro lado, se instituye al Ministerio de Salud como autoridad de aplicación, quien tendrá a su cargo la reglamentación en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, la implementación del servicio de consejería previo y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo. Estableciendo expresamente que no se requiere intervención o autorización de ninguna autoridad judicial o administrativa, a excepción del consentimiento informado de la mujer o su representante legal. Y que, en ningún caso será punible la mujer que causare la interrupción de su propio embarazo o consintiere en que otro se la causare. Finalmente, modifica el artículo 85 C.P. por el siguiente: "El que causare la interrupción de un embarazo será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de muerte de la mujer. Si la conducta reprimida en este artículo la realizaran médicos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte, sufrirán, además inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena"; y deroga los artículos 86 y 88 del C.P.

En otro orden, el proyecto presentado por la Diputada Nacional Di Tullio —Expte. N° 0998-D-2010<sup>(29)</sup>—, establece la interrupción voluntaria del em-

(29) Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0998-D-2010>. Fue presentado nuevamente por la Diputada Nacional Adela Segarra

barazo para toda mujer como derecho hasta las 12 semanas en los servicios del sistema de salud en un proyecto de ley autónomo. Los supuestos en los que habilita el aborto luego del plazo de las 12 semanas se encuentran establecidos específicamente: 1. Si el embarazo es producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en el servicio de salud; 2. Si existe peligro para la vida o la salud de la mujer; 3. Si existieran malformaciones fetales graves. Sólo habilita a practicarlo mediante consentimiento informado de la mujer expresado por escrito, estableciendo que los servicios de salud del sistema público garantizarán el acceso gratuito a las prestaciones, así como también, que los de la seguridad social de salud y de los sistemas privados las incorporarán a sus coberturas en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones.

Respecto de los médicos y personal auxiliar que tengan objeciones de conciencia deberán comunicarlo a las autoridades de los establecimientos en los que se desempeñen en el plazo de 30 días de promulgada la ley, quienes ingresen posteriormente deberán manifestarlo al iniciar sus actividades en el establecimiento. Quienes no se hayan manifestado no podrán negarse a efectuar las intervenciones. Las autoridades responsables del servicio de salud deberán garantizar el ejercicio del derecho a la mujer a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo, consagrando expresamente que las prácticas profesionales se realizarán sin ninguna autorización judicial previa. Para el caso de mujer menor de 14 años, sólo se necesitaría el asentimiento de uno de sus representantes legales, o en ausencia o inexistencia de su guardador de hecho, previo a todo debe ser oída conforme a la Convención de los Derechos del Niño. Si se trata de una mujer declarada incapaz en juicio se requerirá el consentimiento informado de su representante legal. A su vez, este proyecto deroga el 85 inc. 2, el art. 86 y 88 del C.P., que regulan el aborto con el consentimiento de la mujer, la pena prevista para los profesionales de la salud que causaren el aborto y la mujer que causare su propio aborto, respectivamente.

Por ello, el proyecto bajo análisis establece la legalización del aborto en condiciones integrales. Sin embargo, establece un concepto más restrin-

.....  
bajo el impulso de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito que promueve esta causa desde el año 2007. El contenido del mismo puede ser consultado mediante la página web de Diputados, Expte. N° 1218/12, <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1218-D-2012>. Consúltese también, la página web de la Campaña, disponible en: <http://www.abortolegal.com.ar/?p=600>.

gido de salud y riesgo de vida de la mujer; y al establecer como supuesto “malformaciones fetales graves”, podría ser entendido como discriminatorio, cuyo obstáculo podría salvarse mediante la fórmula “inviabilidad de la vida extrauterina”.

## 5 | ¿Despenalización del aborto o interrupción voluntaria del embarazo?

La tesitura que se adopte al tratar esta cuestión, debe tener en consideración que son dos posturas diversas pero no antagónicas. La despenalización del aborto, en mi opinión, sería un paso adelante en la descriminalización de la conducta de la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo, pues, no resulta una manera adecuada para resolver un problema social y sanitario, en el marco de un delito penal. No debe olvidarse el fracaso de todos los fines asignados a la pena, partiendo de la concepción de que la penalización de los abortos no disuade ni evita los practicados anualmente con serias consecuencias para la salud y la vida de las gestantes, como ciertamente ocurre en la actualidad<sup>(30)</sup>. Lo que se ha logrado con la criminalización ha sido ampliar la brecha de desigualdad: quienes tienen dinero tienen seguridad de no morir infectadas, lo que no ocurre con las mujeres que pertenecen a los sectores más vulnerables, quienes indefectiblemente recurren a abortos clandestinos.

La segunda postura, la de interrupción voluntaria del embarazo, propone avanzar en la regulación normativa, entendiendo que la despenalización

(30) De los 210 millones de embarazos anuales en el mundo, 80 millones son no planeados, es decir 2 de cada 5 embarazos (OMS). De los embarazos no planeados, 46 millones (58%) terminan interrumpiéndose, 19 millones de estos en países donde la intervención voluntaria del embarazo es ilegal. En América Latina se practican 3.700.000 abortos inseguros. El riesgo de muerte a causa del aborto inseguro en los países en desarrollo es de 370 por cada 100.000 casos. (OMS) En América Latina, el aborto inseguro es responsable del 17 % de las muertes maternas. (OMS) Dos tercios de los abortos practicados al año corresponden a mujeres de 15 a 30 años. En América Latina más del 50% de los abortos se practican a mujeres de 20 a 29 años y casi el 70% a mujeres menores de 30 años. (OMS) En el mundo, la principal causa de muerte de adolescentes de 15 a 19 años son los embarazos tempranos, sus riesgos y complicaciones. (FCI) En los países en desarrollo 14% de los abortos se han practicado a menores de 20 años. (OMS) Fuentes: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), Unsafe Abortion. Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000, 4a Edición, Ginebra, 2004, [www.who.int/reproductivehealth](http://www.who.int/reproductivehealth). CENTRO PARA DERECHOS REPRODUCTIVOS (CRR), Reflexiones sobre el aborto, Briefing paper, New York, 2003, [www.reproductiverights.org](http://www.reproductiverights.org).

del aborto no es suficiente para abordar el fenómeno; y por tanto, que debe legislarse en términos de garantizar un adecuado servicio de salud para que toda mujer que así lo decida, pueda acceder a interrumpir voluntariamente su embarazo. Considero que la interrupción voluntaria del embarazo debiera ser considerada como parte integrante de los derechos sexuales y reproductivos, ya que estos derechos son concebidos como derechos humanos. El derecho a decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo no deseado, incorpora una verdadera perspectiva de género, ya que implica una diferencia sustancial sobre la femineidad y la maternidad biológica. Por supuesto que debe enfatizarse que el reconocimiento de este derecho no debe ser considerado como de práctica obligatoria para ninguna mujer, sino justamente lo contrario, es imperativo que sea consagrado en el ámbito de la libertad y del respeto de las convicciones y conciencia de cada mujer para que pueda decidir sobre su propio cuerpo. El aborto clandestino, como vimos, es una de las primeras causas de muerte materna. La redacción actual del Código Penal, y su posible despenalización no modificarán el estado de cosas, en razón de ello, considero que es momento de que el Estado que garantice la interrupción voluntaria del embarazo como derecho desde una perspectiva de género desde el plano ontológico.

Respecto del tiempo de embarazo en el cual es posible interrumpirlo, es claro que sólo debe realizarse durante los primeros meses de gestación para reducir la posibilidad de perjuicio o riesgo a la salud o vida de la mujer embarazada. Sobre este punto es interesante analizar que la Convención Americana de Derechos Humanos, establece el respeto del derecho a la vida, "en general", a partir de la concepción<sup>(31)</sup> y nuestro Código Civil reconoce la existencia de la persona desde la concepción en el seno materno, pero por otro lado, sólo se reconocen los derechos de la persona por nacer siempre que el nacimiento haya ocurrido, puesto que, de lo contrario se reputarán como si nunca hubieran existido<sup>(32)</sup>. En una línea

(31) Artículo 4. 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.

(32) Art. 70. 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 hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

similar, las penas establecidas actualmente para el delito de aborto en el Código Penal, son menores que las previstas para el caso de homicidio, lo que significa que es diversa la valoración jurídica que normativamente se otorga a la persona por nacer en relación a la persona nacida con vida.

Por ello, sin temor a equivocarse puede decirse que nuestro derecho positivo trata de modo diferente a las personas nacidas y a las personas por nacer, considerando que el valor jurídico de la personalidad humana es incremental, pero no constante desde la concepción en adelante<sup>(33)</sup>. Los proyectos analizados toman como lapso de tiempo durante el cual es posible interrumpir el embarazo entre 12 y 14 semanas de gestación, utilizando un criterio científico-jurídico. Por ello, en estos tipos de regulación siempre es necesario abreviar en otras ciencias para formar convicción, aunque la declaración de un derecho depende siempre de una decisión política que defina jurídicamente su ámbito de aplicación sin desprenderse de la realidad y de las necesidades de la población.

La Ley de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos (24.193), en su artículo 23, nos provee de una posible respuesta al establecer un concepto jurídico de muerte. Creo, que de allí podría desprenderse un concepto jurídico de vida, mediante el establecimiento del reconocimiento jurídico de ella a partir de la conformación del sistema nervioso central<sup>(34)</sup> ya que

Art. 74. Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido.

(33) FERRANTE, MARCELO, "Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto" "Aborto y justicia reproductiva", Editores del Puerto.

(34) Al comienzo de la 3° semana aparece la placa neural, situada en la región dorsal media por delante de la fosita primitiva, después sus bordes se elevan y forman los pliegues neurales. Los pliegues neurales se acercan a la línea media y se fusionan formando el tubo neural. La fusión empieza en la región cervical y continua en dirección cefálica y caudal. Los extremos cefálico y caudal y los neuroporos respectivos comunican la luz del tubo con la cavidad amniótica. El extremo cefálico presenta 3 dilataciones: a) Prosencéfalo o cerebro anterior; b) Mesencéfalo o cerebro medio; y c) Romboencéfalo o cerebro posterior. Cuando el embrión tiene 5 semanas el prosencéfalo está formado por 2 porciones: 1) El telencéfalo o cerebro terminal constituido por los hemisferios laterales y 2) El diencéfalo que presenta las vesículas ópticas. El mesencéfalo está separado del romboencéfalo por el istmo de His. El romboencéfalo está formado por 2 partes: 1) El metencéfalo que originará a la protuberancia y al cerebelo; y 2) El mielencéfalo que dará origen al bulbo y la medula. En el 3° mes la medula se extiende y los nervios raquídeos atraviesan los agujeros de conjunción. Al aumentar la edad del embrión, el raquis y la duramadre se alargan más que el tubo neural y el extremo terminal de la medula se desplaza a niveles más altos. (LANGMAN, T. W. SADER, *Embriología Médica*, 7° Edición, 4° Reimpresión, enero de 1997, Editorial Médica Panamericana; ALDO

su falta de funcionamiento es la que determina la muerte de una persona para la ley. Entonces, a partir de las 12 a 14 semanas, esto es, aproximadamente al comenzar el tercer mes de embarazo, se termina de formar el sistema nervioso central, y en esta línea de argumentación, podría reputarse la vida "en términos jurídicos" siendo coherente con la Ley de Trasplantes al regular la interrupción voluntaria del embarazo sólo sujeta a la decisión de la mujer, para los restantes casos sí debieran establecerse algunas de las causales mencionadas en los proyectos.

Si bien la interrupción del embarazo no es la única alternativa posible, es necesario considerar que en muchos hospitales públicos se establecen requisitos de facto que tornan inaccesible la entrega de métodos anticonceptivos e insumos de prevención. A ello se suman las presiones contra la implementación de la Ley de Educación Sexual en las escuelas por parte de la Iglesia Católica. La mera despenalización del aborto entonces, solamente seguirá posibilitando la realización de esta práctica a personas de recursos medios o altos, por su costo en términos económicos. Si realmente se quiere evitar las consecuencias de los abortos clandestinos y mortalidad materna, el aborto no sólo debe ser no punible, sino legal, seguro y gratuito; y deberá contar con un sistema de contralor que efectivamente garantice su accesibilidad. Puesto que sólo de esta manera, conseguiremos brindar un efectivo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en condiciones de igualdad.

## 6 | *Excursus*<sup>(35)</sup>

"Para algunos, las cosas son simples; existe una ley represiva y sólo resta aplicarla. Otros se preguntan por qué el Parlamento debería zanjar ahora estas cuestiones; nadie ignora que desde principios de siglo la ley fue siempre rigurosa, pero que se la aplicó en contadas ocasiones. ¿En qué han cambiado las cosas? ¿Qué es lo que nos obliga a intervenir? (...) Por-

R. EYNARD, MIRTA A. VALENTICH, ROBERTO A. ROVASIO, *Histología y Embriología del Ser Humano, Bases Celulares y Moleculares*; 1º ed., Buenos Aires, Editorial Trunfar, abril de 2000.

(35) Palabras de la abogada Simone Veil al momento de pronunciar su discurso ante la Asamblea Nacional al momento de presentar el proyecto de interrupción voluntaria del embarazo durante el ejercicio de su cargo como Ministra de Salud francesa en el año 1974. SIMONE VEIL, *Una Vida*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Capital Intelectual, 2010.



que todo indica que el problema no se presenta en estos términos. ¿Creen ustedes que este gobierno y el que lo precedió hubiesen decidido elaborar un texto y presentarlo ante ustedes sino hubiese habido solución? Todo lo demuestra: los estudios, las investigaciones llevadas a cabo desde hace varios años, las audiciones de su comisión, la experiencia de otros países europeos. Y la mayoría de ustedes lo percibe, ya que saben que no se pueden impedir los abortos clandestinos y que no se les puede aplicar la ley penal a todas las mujeres que deberían ser juzgadas. ¿Por qué no seguir cerrando los ojos entonces? Porque la situación actual es mala, diría más, es desastrosa y dramática. Es mala porque la ley es infringida abiertamente, y peor todavía, es ridiculizada. Cuando la brecha entre las infracciones cometidas y aquellas que son penalizadas es tal que ya no existe ningún tipo de represión, es entonces el respeto de los ciudadanos por la ley, y en consecuencia, por la autoridad del Estado la que está siendo cuestionada. Pero, me dirán ustedes, ¿por qué dejamos que la situación se degrade de esta manera y por qué deberíamos tolerarla? ¿Por qué no hacer respetar la ley? Porque si los médicos, los asistentes sociales e incluso una cierta cantidad de ciudadanos participan de acciones ilegales, es seguramente porque se sienten obligados. En contra de sus convicciones personales, se ven confrontados a situaciones de hecho que no pueden desconocer. Porque frente a una mujer que decide interrumpir su embarazo saben que al negarse a aconsejarla y apoyarla la rechazan y la dejan en la soledad y la angustia de un acto realizado en las peores condiciones, y donde corre riesgo de quedar mutilada para siempre. Saben que esa misma mujer, si tiene dinero, irá a algún país vecino, o incluso a ciertas clínicas de Francia, donde podrá, sin correr ningún riesgo ni sufrir ninguna penalidad, poner fin a su embarazo. Y estas mujeres no son necesariamente inmorales o las más inconscientes. Son trescientas mil cada año. Son ellas las que vemos todos los días, las que tenemos al lado, y cuyos dramas y desesperación ignoramos la mayoría de las veces. Primero quisiera compartir con ustedes mi convicción de mujer —me disculpo por hacerlo frente a una Asamblea compuesta casi exclusivamente por hombres—: ninguna mujer recurre alegremente al aborto. Basta con oírlas. Es y será siempre un drama. ¿Quién se preocupa hoy por estas mujeres en dificultades? La ley las rechaza y las deja no sólo en el oprobio, la vergüenza y la soledad, sino también en el anonimato y el miedo a ser procesadas. Obligadas a esconder su situación, muchas veces no tienen a nadie que las escuche, las aconseje y les de apoyo y protección. Por eso, al ser cons-

ciente de la existencia de una situación intolerable para el Estado e injusta para la mayoría de la opinión, el gobierno renunció a la vía más fácil, que consistía en no intervenir. Ésa hubiese sido una actitud laxista. Al asumir sus responsabilidades, les somete un proyecto de ley con el fin de aportar una solución a la vez realista, humana y justa para este problema. Un examen riguroso de las modalidades y las consecuencias de la definición de posibles casos en los que sería autorizada la interrupción del embarazo muestra contradicciones insuperables. Si estas condiciones son definidas en términos precisos — por ejemplo, la existencia de graves amenazas para la salud física o mental de la mujer o, incluso, los casos de violación o incesto comprobados por un magistrado —, está claro que la modificación de la legislación no alcanzará su objetivo cuando estos criterios sean realmente respetados, ya que la proporción de interrupciones de embarazos por estos motivos es muy baja. Además, comprobar eventuales casos de violación o incesto generaría problemas de pruebas prácticamente insolubles en un plazo adaptado a la situación. Si, por el contrario, se da una definición amplia (...) la autorización para interrumpir el embarazo en la práctica sólo es otorgada en función de las concepciones personales de los médicos o de las comisión en materia de aborto, y lo que ocurrirá es que las mujeres menos hábiles a la hora de encontrar un médico comprensivo o una comisión indulgente, se encontrarían nuevamente frente a una situación sin salida. (...) Es por eso que, al renunciar a una fórmula más o menos ambigua o más o menos vaga, el gobierno ha considerado preferible enfrentar la realidad y reconocer que, en definitiva, la decisión final sólo debe ser tomada por la mujer. Como bien decía Montesquieu: 'La naturaleza de las leyes humanas es estar sometidas a todos los accidentes posibles y variar de acuerdo a la voluntad cambiante de los hombres. Por el contrario, la naturaleza de las leyes religiosas es no variar nunca. Las leyes humanas deciden sobre lo que está bien, la religión sobre lo que es mejor'".

---



# Resistencias al acceso al aborto (no punible): la objeción de conciencia

por **SONIA ARIZA NAVARRETE**<sup>(1)</sup>

A lo largo de la historia, los grupos de poder se han disputado el derecho sobre la vida y el cuerpo de las mujeres. La reproducción ha sido un tema central en esta disputa. Las resistencias al reconocimiento de agencia a las mujeres y, más recientemente, de un derecho a elegir respecto de su reproducción, han provenido de múltiples frentes. La iglesia, el Estado, el patriarcado, los monopolios del conocimiento —medicina, derecho, filosofía, ética—, entre otros, en cada etapa de la historia han encontrado una manera de disciplinar el cuerpo de las mujeres para modelar su sexualidad y reproducción según los modos convenientes a su lógica de poder.

En esta, la época de los derechos, algunos de esos grupos se han sabido apropiarse del lenguaje que hasta hace un tiempo únicamente era empleado por quienes pretendían ampliar las libertades humanas y equilibrar las desigualdades sociales, para continuar con el modelo de dominación existente. El lenguaje de los derechos ahora también construye un discurso reaccionario.

Un ejemplo de lo anterior se presenta en relación con el acceso al aborto, que como derecho se ha ido reconociendo paulatinamente desde principios del siglo XX. Por tratarse de un derecho que para su ejercicio seguro

.....

(1) Abogada de la Universidad Extenado de Colombia (Bogotá, 2008), actualmente desarrolla un Master en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo (Buenos Aires). Se desempeña como investigadora asistente en el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) en el área de salud, economía y sociedad, forma parte de proyectos de investigación sobre embarazo adolescente, implementación del aborto no punible, nuevas tecnologías para el aborto legal (aborto medicamentoso) y objeción de conciencia en las prácticas de salud sexual y reproductiva.

requería la intervención de profesionales de la salud<sup>(2)</sup> podía —y aún puede en muchos contextos— ser impedido o retardado con facilidad. La tradición de la profesión médica, y todas las relacionadas, hace que sus practicantes actúen como guardianes no sólo de la salud de sus pacientes, sino también de la moral y la buena conciencia. Es por esto que profesionales de la salud han empezado a utilizar un mecanismo de excepción al cumplimiento de los deberes legales como la objeción de conciencia, de manera muy extendida<sup>(3)</sup>. Tanto en contextos restrictivos como garantistas de los derechos de las mujeres, la objeción de conciencia se ha convertido en una barrera importante para el acceso al derecho al aborto. La motivación alegada tiene que ver, unas veces, con su religión o concepción ética, y otras, con el exceso de trabajo, o con el argumento de que esta prestación no hace parte de sus obligaciones laborales, con el fin de realizarlo únicamente en consulta privada, entre otras<sup>(4)</sup>. Razones que aunque sean verdaderas no todas ellas pueden hacerse valer como objeción de conciencia.

La urgencia del abordaje de la objeción de conciencia es manifiesta. Una perspectiva jurídica y una operativa dentro de los sistemas de salud es fundamental para la verdadera garantía del ejercicio libre de los derechos, especialmente los sexuales y reproductivos en donde se ha visto mayor resistencia en los últimos tiempos. Es verdad que el inicio y el final de la vida son los temas de mayor preocupación en relación con la objeción de conciencia (aborto, anticoncepción por un lado, y eutanasia y suicidio asistido por el otro), pero no podemos olvidarnos que el primero además de otros derechos como la salud y la vida, afecta el disfrute y el control de la sexualidad de cada persona y sobre todo de las mujeres.

En el presente artículo abordaré el tema de la objeción de conciencia en materia de salud sexual y reproductiva. Empezando por su definición y

(2) La aparición del misoprostol para la realización de abortos seguros fuera del sistema de salud, de manera privada por las mujeres, cambió este panorama. Ver. GROSSMA D. *Métodos médicos para el aborto en el primer trimestre: Comentario de la BSR*. La Biblioteca de Salud Reproductiva de la OMS; Ginebra: Organización Mundial de la Salud; Para información sobre uso seguro de misoprostol consultar la web de lesbianas y feministas por la descriminalización del aborto URL: <http://informacionaborto.blogspot.com.ar/2010/06/lesbianas-y-feministas-por-la.html>

(3) RAMÓN MICHEL, A., "Aproximación al fenómeno de inaccesibilidad del aborto no punible", en *Aborto y justicia reproductiva*, Paola Bergallo (comp.), Ed. Del Puerto, 2011.

(4) RAMOS, SILVINA; ROMERO, MARIANA, *Los médicos frente a la anticoncepción y el aborto: ¿una transición ideológica?*, CEDES, 2001.

características, pasaré a mencionar los usos abusivos que la experiencia ha mostrado, para terminar presentaré unas breves conclusiones.

## I | La objeción de conciencia en el campo de la salud sexual y reproductiva

La objeción de conciencia es un instrumento jurídico que habilita o permite el incumplimiento de un deber legal justificado en profundos motivos morales. Como lo define Alegre<sup>(5)</sup>, la objeción de conciencia consiste en el derecho a no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas muy profundas del individuo.

Esta habilitación deriva de derechos humanos fundamentales como la libertad de conciencia, la libertad de culto y la autonomía. En la Argentina, si bien no está reconocida explícitamente en la Constitución Nacional, la objeción de conciencia tiene sustento en el artículo 14 que consagra la libertad de conciencia y de culto, y en el artículo 19 sobre el derecho a la autonomía. Ambas disposiciones constitucionales deben ser interpretadas y aplicadas en concordancia con el resto del sistema jurídico, para enmarcar la objeción de conciencia y determinar su alcance.

Como ha entendido Nussbaum<sup>(6)</sup>, la protección de “la facultad de los seres humanos con la que buscan el sentido último de su vida” es de suma importancia y para ello permitirles seguir su propia conciencia es central. Sin embargo, es también un deber del Estado garantizar que este reconocimiento no privilegie a unos sobre otros, en virtud de sus creencias religiosas o morales; como la misma filósofa afirma “no todas las opiniones serán igualmente respetables”<sup>(7)</sup>.

Tradicionalmente la objeción de conciencia ha sido presentada en relación, con el servicio militar obligatorio o la realización de ritos —religiosos o civiles— en diferentes situaciones que no representan riesgo para los

(5) ALEGRE MARCELO, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva” en *Derecho y sexualidades*, SELA, 2009.

(6) NUSSBAUM, MARTHA; ALVAREZ, ALBERTO; BENÍTEZ, MAIRA, *Libertad de conciencia: en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, Barcelona, Tusquets, 2009.

(7) Nussbaum, Op. Cit.

derechos ajenos. En escenarios más complejos, como el caso de los profesionales de la salud, la validez de la objeción de conciencia debe someterse a un juicio estricto de proporcionalidad con relación a los derechos de terceras/os que se ven afectados<sup>(8)</sup>.

En el campo de la salud, el tema de la objeción de conciencia presenta características particulares que han provocado que la doctrina tome distintas posiciones.

Por un lado están quienes consideran que la objeción de conciencia en esta materia es inadmisibles. En primer lugar, indican que el derecho a la salud y a otros derechos de las/os pacientes tienen un efecto de veto frente a la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia. En segundo lugar, argumentan que el trabajo en salud involucra deberes especiales. Las y los profesionales de la salud no sólo tienen el monopolio de esta actividad, sino que eligieron libremente el ejercicio de esa profesión y/o especialidad conociendo de antemano las prestaciones que implica. En tercer lugar, aducen que se trata de una excepción que resulta discriminatoria, pues afecta de manera más gravosa a los sectores pobres y las minorías en situación de vulnerabilidad. El caso de la salud sexual y reproductiva es paradigmático en este sentido, ya que la objeción a estas prestaciones tiene el potencial de afectar de modo diferencial a las mujeres, y particularmente a las de bajos recursos.

En una posición opuesta, encontramos a los sectores más reaccionarios, que creen que la objeción de conciencia es un derecho fundamental, que no puede ser negado y su restricción debe ser excepcional, limitada y establecida por ley. Relacionan la objeción de conciencia con deberes religiosos y pretenden utilizarla como mecanismo de presión para desarticular las políticas públicas en relación a los derechos de las minorías (mujeres, los niños/as, las/os adolescentes, personas mayores, sexualidades diversas, personas viviendo con VIH, etc.).

Sin embargo, los sistemas internacionales tienden a reconocer la objeción de conciencia por derivación de los derechos de libertad de culto y conciencia. La jurisprudencia de la Comisión Interamericana ha determinado

---

(8) ALEGRE MARCELO, *Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva*. Hoja informativa N°10 2009. Disponible en [www.despenalizacion.org.ar](http://www.despenalizacion.org.ar)

que no existe como tal un derecho humano a la objeción de conciencia; no obstante, si este derecho se encuentra reconocido en la legislación interna debe ser garantizado sin que ello atente contra los derechos de los y las pacientes. En ese sentido ha sido enfática en afirmar que el establecimiento claro de los límites y deberes derivados de la objeción de conciencia debe ser una prioridad<sup>(9)</sup>.

Existen también posiciones alternativas que pretenden conciliar los derechos en tensión, considerando que tanto la libertad de conciencia y de culto, como los derechos de las y los pacientes, deben ser asegurados por el Estado. En este sentido, se acepta la existencia de la objeción de conciencia en materia de salud, siempre limitada por la garantía del acceso a las prestaciones legales de manera efectiva para las/os pacientes<sup>(10)</sup>. Entiende este sector, al que adhiero, que se trata de un mecanismo para gestionar las resistencias de quienes prestan los servicios de salud, a la vez que asegura las prestaciones puedan darse en las mejores condiciones de forma que los intereses y derechos en conflicto puedan ser protegidos. La doctrina más aceptada y extendida, entiende que el ejercicio de la objeción de conciencia, por parte del personal sanitario, debe obedecer a un estudio minucioso de los requisitos de esta institución jurídica, tanto a nivel doctrinal y filosófico, como a nivel jurídico y de política pública en el ordenamiento local.

En el campo de la salud sexual y reproductiva, la objeción de conciencia presenta notas características que deben ser precisadas y cumplidas cabalmente, para que los y las profesionales de la salud puedan invocar esta excepción válidamente:

- Debe tratarse de convicciones morales o éticas profundas. No se trata de meras opiniones o intereses personales o profesionales. Se debe tratar de aspectos centrales de la construcción moral del sujeto, que de no respetarse puedan llegar a afectarlo gravemente. Puede tratarse de creencias religiosas, pero no necesariamente de este tipo. En el caso en estudio se trata de creencias íntimas, determinantes de sus actuaciones en general

(9) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61 22 noviembre 2011.

(10) Corte Constitucional Colombiana, Sentencias: T-355/06 y T-388/09.



y que tengan impacto directo en su actividad profesional. Lo importante es que el/la objetor/a manifieste esta creencia de manera visible en su comportamiento habitual, de modo que si cumpliese lo ordenado por la ley, su vida se viera seriamente afectada en el terreno moral o ético.

Es por esto que no constituye objeción de conciencia la negativa a realizar una práctica de salud sexual y reproductiva por razones: profesionales (no es una práctica indicada para ese/a paciente), legales (la práctica es considerada ilegal por el ordenamiento, o el/la profesional desea que sea ilegal), de especialidad médica (no pertenece a la especialidad del/a profesional), competencia (no hace parte de las obligaciones profesionales para las que ha sido llamado/a), conveniencia (sobrecarga de trabajo), incomodidad (es una práctica que le resulta antipática al/a profesional), discriminatorias (no atender a personas de determinado origen nacional, étnico, socio-económico, sólo ejercer la objeción de conciencia en un sector de la práctica profesional y no los otros), entre otras.

- **Debe ser una excepción individual:** al tratarse de una prerrogativa derivada de la libertad individual no es posible realizar objeciones colectivas. En primer lugar porque los fundamentos son profundas convicciones éticas o morales que sólo pueden ser profesadas por una persona en su fuero más íntimo y no admite socialización o colectivización. Por otro lado, la objeción únicamente pretende que el/la objetor/a se exima de la realización de una práctica, pero no puede dirigirse a desarticular una política pública o evitar el cumplimiento de una ley. Este último objetivo mencionado constituye la denominada “desobediencia civil”, que si bien es posible en una democracia moderna, tiene consecuencias y fundamentos diferentes a la objeción de conciencia y no pueden ser alegada simultáneamente.
- **Debe ser interpuesta de manera directa:** sólo las personas involucradas directamente en las prestaciones de salud pueden objetar su práctica. Las posiciones más sólidas del último tiempo, han sostenido que sólo quienes tiene una participa-

ción de propia mano en la realización de la práctica en sí y no en las etapas previas o posteriores, pueden objetar. En este sentido, por ejemplo, las/os enfermeras/os no podrían objetar respecto de los cuidados posoperatorios de una interrupción del embarazo, o frente a la preparación para la intervención de la paciente, asimismo el/a bacteriólogo/a no podría negarse a realizar los exámenes pre operatorios de una intervención de ligadura tubaria.

Por esta razón es muy importante delimitar para cada prestación quiénes pueden ser objetores/as, y cuáles serán las implicancias de esa objeción. En caso de permitir objeciones de manera amplia a todo el personal sanitario, es muy importante establecer diferente alcance para cada nivel de participación en las mismas, con el fin de que el servicio se preste en las mejores condiciones.

- **Debe comprender los distintos sectores donde se desarrolle la actividad profesional:** se refiere a que la objeción se presenta con relación a la actividad profesional en general y no a un centro o institución prestadora de servicios de salud específicamente. Por esta razón es inadmisibles la objeción presentada de modo selectivo, por ejemplo, en el sector público y no en el privado, o en una institución y no en otra. Si bien la objeción puede ser retirada o modificada por el/profesional, es necesario, que mientras exista, se extienda a toda la actividad profesional.
- **Debe tener carácter pasivo:** es decir, se trata de una excepción que pretende únicamente retirarse de la realización de la práctica pero no desarticular o desmontar el orden jurídico vigente. No se trata de una rebelión contra el sistema, sino de una abstención que responde a mandatos ineludibles de la esfera íntima de la persona, que no pretende tener repercusiones en la esfera pública o colectiva.

La presentación de objeción de conciencia frente a determinada práctica, no exime al/a objetor/ de cualquier relación con la misma. Por el contrario, supone obligaciones para garantizar el acceso de las/os pacientes. Estos deberes son:

- **Deber de presentación previa:** los/as objetores/as se obligan a informar previamente tanto al servicio de salud, como a sus pacientes de su condición de tal, para garantizar la posibilidad de elección libre e informada sobre el/a profesional con la cual se desean atender. A su vez las instituciones están obligadas a organizar la planta de profesionales de manera de garantizar la disponibilidad de los servicios y prestaciones.
- **Deber de información:** las/os objetoras/es están obligados a proporcionar información completa, actualizada y verdadera sobre la prestación objetada. Este deber incluye las alternativas disponibles, para que el/a paciente pueda decidir sobre la realización de la práctica de manera informada, y los profesionales de la salud disponibles para la realización de la práctica. El deber de información es una obligación legal y un deber ético profesional básico, y no se suspende en el caso de objeción de conciencia, revistiendo carácter absoluto e ineludible. El personal sanitario encargado de tareas adyacentes a la práctica, en los casos en que su objeción sea aceptada, tampoco podrán negarse a suministrar la información conducente a la efectiva prestación del servicio objetado.
- **Deber de referencia a un/a profesional no objetor/a:** en todos los casos es obligación de quien objeta asegurarse de que el/a paciente obtenga consulta en tiempo y forma para la realización de la práctica o prestación objetada. Los/as objetores/as deben tener a su disposición un listado de profesionales no objetores/as que presten sus servicios en la misma institución y resulten alternativas viables y efectivas para su práctica. De no existir otra persona que pueda llevar a cabo la práctica, la objeción no puede ser válida y el/a objetor/a deberá realizarla, so pena de ser procesado por incumplimiento legal y bajo el régimen disciplinario correspondiente.
- **Deber de atención de emergencia:** los casos urgentes que requieran atención inmediata no pueden ser objetados, aunque exista otra/o profesional no objetora disponible en la institución. La emergencia, para este caso, se entiende como cualquier situación que de no ser atendida a la brevedad pueda

generar perjuicio en las/os pacientes. Es ejemplo de esto la atención posaborto, en la que, si bien, en pocos casos implica un riesgo inmediato de vida, la dilación de la atención puede generar consecuencias en la salud de las pacientes, con secuelas permanentes o transitorias, y evitables de acuerdo con la celeridad del tratamiento.

Por su parte el Estado también tiene deberes relacionados con el personal sanitario, derivados de la habilitación de la objeción de conciencia. El sistema, de salud debe frente a las prestaciones objetadas:

- Garantizar que la nómina de no objetores sea suficiente para atender a los/as pacientes en cada institución. Es necesario que exista al menos un profesional no objetor/a en todos los turnos de atención. Aclarando que de no ser así la objeción presentada no tendrá validez.
- Impartir instrucción suficiente y actualizada a las/os profesionales sobre cuestiones legales y científicas respecto de las prácticas sujetas a objeción de conciencia. Es deber del Estado garantizar que las/os profesionales tengan las herramientas necesarias para decidir sobre la objeción de conciencia y asumir los deberes que ésta conlleva.
- Reglamentar, evaluar y gestionar las objeciones de conciencia de cada profesional, para que los derechos en tensión puedan ser ejercidos por ambos extremos, sin dilación ni retrasos.

La falta de claridad por parte tanto de los/as profesionales de la salud como de los servicios de salud de las anteriores características de la objeción de conciencia, genera una serie de usos abusivos, que generan la vulneración de los derechos de las/os pacientes. Entre ellos podemos destacar:

- **Objeción institucional:** Esta clase atípica de objeción de conciencia, permite a las entidades prestadoras de servicios de salud, eximirse de una prestación determinada. Su aceptación no es muy extendidas en el mundo, ya que se reconoce la conciencia como una característica exclusivamente humana.

Sin embargo, unos pocos países de forma limitada y con requisitos muy estrictos, permiten a algunas entidades basadas en su configuración institucional, confesional por ejemplo, eximirse de algunas prestaciones específicas, conservando las obligaciones propias de ser objetoras de conciencia. En la Argentina, en el ámbito nacional, se permite únicamente para instituciones privadas de carácter confesional, que deberán informarlo por anticipado a las autoridades sanitarias, y únicamente respecto de las prestaciones establecidas en el literal b, del art.6 de la ley 25.673, que se refiere a prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos. Las demás prestaciones del programa de salud sexual y procreación responsable no son pasibles de esta modalidad de objeción de conciencia y deben ser prestadas en todos los efectores de salud del país.

- Desobediencia civil que se hace pasar por objeción de conciencia: tomando la definición de Adam Bedau, se configura en situaciones en las que una persona o un grupo de ellas, despliega/n actos que son ilegales —por contrariar leyes vigentes—, públicos, no violentos, conscientes, realizados con la intención de frustrar una o varias leyes, programas o decisiones del gobierno de turno<sup>(11)</sup>. Se trata entonces de una protesta pacífica, que tiene por objetivo conseguir la actuación de terceros —las autoridades o el gobierno— que dismantelen o remuevan las disposiciones o programas contra los que se manifiesta el desobediente civil. Es una expresión de inconformidad moralmente fundamentada<sup>(12)</sup>, frente a un aspecto particular del orden jurídico o político. No se pretende acabar con el orden existente, sólo impulsar un cambio particular; tiene una pretensión correctiva. En todo caso, se trata de un acto ilegal, que no está justificado legalmente y por tanto acarrea consecuencias

---

(11) RAWLS, JOHN, *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

(12) HABERMAS, JÜRGEN; GARCÍA COTARELO, RAMÓN; *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1997.

jurídicas, tanto en el ámbito penal, como en los otros que resulten afectados<sup>(13)</sup>.

Vemos claramente que la objeción de conciencia y la desobediencia civil sólo se tocan en relación con su fundamento, sin embargo el mecanismo y la pretensión distan considerablemente. La primera consiste en una abstención personal, la o el objetor/a no realizará una conducta que constituye un deber legal con el fin de seguir sus mandatos morales —religiosos o no— más profundos. En el segundo la o el desobediente realizará —sola/o o en conjunto— una acción u omisión que desafía una norma o programa de gobierno con el fin de que éste sea modificado o derogado por las autoridades correspondientes.

En el caso que nos ocupa, existen situaciones que exceden las dos figuras mencionadas. Los/as profesionales realizan un uso abusivo de la objeción de conciencia cuando la invocan porque consideran que las leyes, por ejemplo, de salud sexual y reproductiva, no son adecuadas y en consecuencia pretenden que éstas no sean aplicadas. En muchos casos, estos/as profesionales no solamente alegan abusivamente la objeción sino que además incumplen los deberes que ésta supone, con el fin de que las/os pacientes no puedan recibir la prestación de salud que consideran inmoral. Es el caso del aborto, estamos en presencia, incluso, de un exceso que no podría encuadrar en la desobediencia civil, ya que uno de sus presupuestos es que se realice la protesta de manera pacífica, y en este caso se configuraría, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, una violencia institucional en contra de quienes se presentan en busca del servicio.

- **Estrategias de grupos religiosos para cooptar profesionales:** Como ejemplo traigo el caso de la provincia de Santa Fe, en donde la implementación de estrategias de acceso al aborto no punible ha comenzado a darse progresivamente, especial-

(13) Para una visión restrictiva de la desobediencia civil, ver: JOSEPH RAZ, *La autoridad del Derecho, ensayos sobre derecho y moral*, versión castellana: Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.

mente después de la afortunada sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en marzo de 2012<sup>(14)</sup>. Pero como reacción a la política garantista de la provincia, los grupos más reaccionarios se han organizado para crear lo que han llamado “médicos por la vida”. Se trata de una organización impulsada por El jefe del área de Ginecología del HECA, el Dr. Rafael Pineda, junto con su equipo de 17 médicos<sup>(15)</sup>, que se identifican como en contra del aborto. Han generado una movilización social, aunque menor, que da cuenta de la incitación que se genera para el ejercicio abusivo de la objeción de conciencia. Mediante volantes, manifestaciones públicas, acordadas en diarios locales, entre otras, buscan convocar profesionales de la salud para que se declaren objetores/as de conciencia.

El uso abusivo que propone este grupo excede la objeción por tratarse de una actuación colectiva y no personal, por referirse a la ilegitimidad de la prestación legal, en este caso el aborto, y no al deseo de eximirse de su realización de propia mano. Deja ver la estrategia elaborada una finalidad restrictiva del acceso de las mujeres al derecho que les fue reconocido desde 1921. Algunos podrían decir que se trata de un acto de desobediencia civil por sus características, sin embargo, si pensamos que en el extremo contrario de la relación afectada, se encuentran las pacientes que ven el acceso a la prestación gravemente lesionado, podríamos decir que este acto colectivo es violento. Hablamos de violencia institucional y violencia obstétrica, dependiendo del caso. Por lo tanto incluso la desobediencia civil se ve superada, no puede encuadrarse tampoco en esta figura.

La objeción de conciencia, como se vio a lo largo de este trabajo, es una institución jurídica que como tal requiere definición, limitación y regulación expresa. Especialmente, en ámbitos tan sensibles como la salud, dejar librado al azar y a la conciencia, valga la redundancia, de las/os profesionales

(14) CSJN, 13/03/2012, “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”.

(15) *Diario Argentinos Alerta*, Jueves, 02 de Febrero de 2012 02:03, consultada por última vez el 13/07/2012, disponible en URL: [http://www.argentinosalerta.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1861:rosario-manifestacion-frente-al-hospital-heca-en-apoyo-a-medicos-que-defienden-la-vida&catid=1:familia-y-vida](http://www.argentinosalerta.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1861:rosario-manifestacion-frente-al-hospital-heca-en-apoyo-a-medicos-que-defienden-la-vida&catid=1:familia-y-vida)

tanto el uso de la objeción de conciencia como la garantía de los derechos de las/os usuarias del sistema de salud, resulta en extremo peligroso.

Es por las razones expuestas que es necesario impulsar la reglamentación clara para garantizar el uso legítimo de la objeción de conciencia. Las estrategias de regulación han sido múltiples en el mundo. Algunos países han permitido que sean las asociaciones profesionales las que determinen como garantizar el uso apropiado, en otros se ha dejado que cada servicio gestione las objeciones y disponga de los mecanismos para garantizar que se respetarán los derechos de las/os usuarias. Algunos otros han implementado desde la autoridad central un registro de objetores/as que es administrado directamente en ese nivel para desarrollar una política tanto estructural como administrativa acorde con el número, profesión y características tanto de los objetores como de lo/as usuarias/as del sistema de salud.

Cuando se opta por implementar un sistema de registro público en el que los/as profesionales consignan su objeción de conciencia su legalidad está en relación con la manifestación previa de la condición de objetor, y con la exposición de los motivos en que la objeción se fundamenta. Su legitimidad debe estar probada de modo que no pueda ser cuestionada por su posible falsedad; debe ser coherente con la actitud y el comportamiento habitual del objetor, y tiene que ser consistente con otras decisiones morales que el objetor toma habitualmente. El registro puede ser público o confidencial. En el primer caso los datos de las/os objetoras/es estarán disponibles para la consulta pública de modo que quienes se atiendan con la/el profesional sabrán de antemano si la objeción podrá afectar la prestación de servicios que solicitarán del/a mismo/a. En el segundo serán las autoridades sanitarias y el/a propio/a profesional quienes administrarán la objeción.

## 2 | Breve conclusión

La objeción de conciencia en materia de salud y especialmente de salud sexual y reproductiva puede ser una barrera importante para el acceso a las prestaciones legales. Por las características de la relación entre médicas/os y pacientes es necesario que la objeción de conciencia sea regula-



da, y su uso vigilado de manera estricta, para que no resulte un reconocimiento discriminatorio.

Los derechos sexuales y reproductivos se han conseguido tras importantes luchas, han sido una conquista especialmente del movimiento de mujeres. Las resistencias que históricamente se plantaron en su contra generan que la defensa y protección del acceso a las prestaciones que los hacen efectivos sea una prioridad.

Sea cual fuere la estrategia de regulación que se adopte, a pesar de que existen unas mejores que otras, lo importante es, que no se deje en la indeterminación el alcance y formalidades necesarias, para que el uso de la objeción de conciencia sea legítimo y pueda cumplir con finalidad, esto es la protección de la autodeterminación y la conciencia de los/as profesionales, al tiempo que se respete en todo sentido, el derecho de quienes acuden a los servicios.

---

# Los dilemas al final de la vida: el paradigma bioético frente al paradigma penal

por **MARÍA SUSANA CIRUZZI**<sup>(1)</sup>

*No creo que lo importante sea si una sociedad puede funcionar sin culpabilidad sino, más bien, si una sociedad puede hacer funcionar la culpabilidad como principio organizador y fundador de derecho.*

**Michel Foucault**<sup>(2)</sup>

## I | Introducción

Nos encontramos frente a un tema complejo. Su abordaje puede realizarse desde distintos aspectos conceptuales, tanto en el ámbito bioético como en otras disciplinas, cuyas aristas pueden modificarse según la posición personal que asuma quien estudie esta problemática y por lo tanto la respuesta al interrogante acerca de si mantenernos vivos debe ser considerado un derecho o una obligación, será diferente. Y si nuestro derecho a morir debe ser respetado aún cuando hayamos fallado en nuestro objetivo y .....

(1) Abogada (UBA), Posgraduada en Derecho Penal (UBA), Diplomada en Bioética (FLAC-SO), Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Área Derecho Penal. Docente de grado, posgrado y doctorado (UBA). Miembro del Comité de Ética del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Directora Académica del Área de Bioética del Observatorio de Salud (UBA). Investigadora Instituto Luis Ambrosio Gioja (UBA). E mail: msciruzzi@cpacf.org.ar msciruzzi@gmail.com msciruzzi@garrahan.gov.ar

(2) FOUCAULT MICHEL. "La vida de los hombres infames". Ed. Altamira. Buenos Aires. 2002.

pretendamos que los terceros sólo nos presten asistencia para tener un final sin dolor ni sufrimiento, distinto a como hemos sentido nuestra propia vida.

Partimos de considerar que el estudio de temas relacionados con nuestra propia vida, con nuestra existencialidad, involucran necesariamente a la muerte. Hablar de la vida, del derecho a la vida, del derecho a la salud, del derecho a la dignidad, del derecho a la libertad, del derecho a elegir, tiene que ver con nuestro presente, pero también con nuestro futuro y con nuestro pasado. Con aquello que aprendimos para vivir, para ser dignos, para ser libres, para elegir y con estos valores sin los cuales nuestra vida no merece ser vivida. Y este es un juicio de valor indelegable que nos corresponde a cada uno de nosotros en tanto seamos humanos, en todo el sentido de su expresión.

Para hacer aún más complejas las decisiones que nos tocan asumir en este marco, debemos sumar la disponibilidad de medios que los avances tecnológicos, día a día, van poniendo a nuestro alcance en el ámbito de la ciencia médica, capaces de prolongar, mediante soportes vitales, de manera casi indefinida, nuestra vida y también nuestra agonía. Por eso proponemos enfocar este aspecto en particular desde la mirada de la calidad de vida que estos días pueden ir agregando a la etapa final de la enfermedad de un paciente, o en aquellos casos en que el paciente —aún sin encontrarse en terminalidad ni enfermo físicamente— no desea seguir viviendo.

Nuestra intención es contrastar la mirada bioética frente al enfoque criminal, en base a dos casos reales: uno pediátrico (que sucedió en nuestro país en el Hospital de Pediatría Garrahan) y el otro de un paciente adulto joven (que ocurrió en Inglaterra).

## 2 | Los casos

### 2.1 | El Caso M. El derecho a no ser consciente de la propia muerte

M. era una joven de 19 años con diagnóstico de Neurofibromatosis Tipo I y Cifoescoliosis severa, que fue diagnosticada a los 3 años, y operada en 6 oportunidades. Desde junio de 2008 presentó insuficiencia respiratoria severa y en noviembre de 2009, se le diagnosticó Schwannoma maligno por lo que fue intervenida quirúrgicamente, lográndose exéresis del 85% del

tumor. En ese momento, había redactado una directiva médica anticipada por la cual dejaba asentado expresamente qué solo toleraría la colocación de respirador artificial mientras estuviera cumpliendo el posoperatorio en terapia intensiva, pero que si esta situación se prolongaba, no quería que se la mantuviera conectada al respirador. Tal directiva fue incorporada a la historia clínica de la paciente y respetada a rajatabla. Posteriormente realizó quimioterapia y radioterapia con buena evolución clínica.

Se trataba de una joven que —a pesar de su patología— había desarrollado una vida normal, mostrándose independiente, interaccionando con sus amigas, y realizando diversas actividades que le reportaban mucho placer.

El 19 de enero de 2011 se internó nuevamente para el control de síntomas, y fue valorada por Unidad de Patología Espinal, quienes consideraron que dado el estado clínico de M., no había tratamiento de la especialidad para ofrecerle. Previamente a esta internación redactó un documento donde expresaba su voluntad anticipada de donar sus órganos para trasplante, y en caso de no poder ser utilizados con este fin, los donaba para investigación. Se le otorgó el egreso hospitalario el 21 de enero.

El 28 de enero de 2011 reingresa al hospital manifestando dolor intenso y paraplejia aguda, y ante la irreversibilidad del cuadro clínico pidió textualmente que “la ayudaran a morir”. Este pedido fue ratificado por la madre, y luego por ambos hermanos de M., haciendo hincapié en que lo que se le estaba ofreciendo era “un calvario”, que se la estaba “blasfemando”. Solicitaba alivio del dolor físico y psíquico, manifestando un gran sufrimiento personal ya que se sentía sin fuerzas, y dijo que “se cansó de luchar”. El equipo tratante, junto al equipo de Cuidados Paliativos venían trabajando desde hacía meses en el control de síntomas y manejo del dolor, respetando los deseos de M. y sus opiniones con respecto a su tratamiento. Se manejaba la medicación por vía oral, ya que la joven no quería que se le colocara una vía endovenosa.

La mamá de M. le dijo a los médicos de la sala “que no la entienden, que lo que pide M. es que la duerman para siempre”.

Cuando se le preguntó a M. qué quería decir exactamente con “dormir para siempre” contó que cuando era chica tenía una perrita (Lola) que había enfermado gravemente por lo que vino el veterinario y “la durmió”.

En principio se acordó darle una sedación de respiro, de manera de permitirle descansar y poder ser mejor asistida con los cuidados de enfermería. Pero constantemente manifestaba su deseo de morir. Deseo que, sin embargo, aparecía contradictorio con actitudes personales que revelaban un intenso deseo vital, como conocer al bebé recién nacido de su mejor amiga, asegurarse que la cuenta del celular y de internet estuvieran pagas, entrevistarse con diputados y periodistas para hacer conocer su caso, charlas personales que mantuvo con algunos de los profesionales involucrados en su atención en las cuales exploraba las emociones y sentimientos de su interlocutor acerca de la vida en una silla de ruedas o qué consideraba digno o mejor calidad de vida, etc.

Los dilemas que al equipo de salud se presentaron, fueron principalmente los siguientes:

1.- la exposición pública del caso "M." dividió aguas en el equipo tratante, produciendo malestar y discomfort. Se pensaba en la necesidad de salir públicamente a clarificar las erróneas informaciones que se manejaban en los medios, ponderándola con la obligación de proteger al paciente, preservando la confidencialidad y su intimidad, aún cuando ello significara el menoscabo de la honra profesional.

2.- M. no tenía ningún soporte vital. Comía y se hidrataba cuando y cuanto quería. No recibía antibióticos. No tenía respirador. Por lo que no se trataba de una situación de limitación de tratamiento. Tampoco era un ensañamiento terapéutico: no se instauraban tratamientos fútiles ni invasivos. No se realizaba ningún tipo de procedimiento, técnica o medicación que impidiera o retrasara su muerte. Sólo se procuraba el alivio del dolor, a través de un tratamiento sintomático y de confort, pero sin acelerar intencionalmente el proceso de muerte.

3.- M. había desarrollado una gran resistencia a la medicación de sedación. Las dosis que se usaban para la sedación de respiro eran altísimas, y aún así no se conseguía que durmiera.

4.- Existían dudas acerca de los verdaderos deseos de M.: resultaba muy dificultoso determinar si se trataba de la expresión de su voluntad autónoma o la forma de complacer a su madre, de modo de dejar de sentirse una carga para su familia. En este punto, frases como "Basta, M., ya comiste el

yogur no puede ser que ahora quieras el flan”, dichas por su madre, o las actitudes familiares de nula expresión de emociones o inclusive ausencias personales de los hermanos, que parecían dar prioridad a un discurso racionalizado del deseo de morir por sobre las emociones y sentimientos, producían confusión y aprehensión en el equipo tratante, acostumbrado a lidiar con la enfermedad de pacientes pediátricos donde el involucramiento familiar es constante, y la desesperación frente a la proximidad de la muerte del niño es fuente de angustia y sufrimiento. A este panorama se sumaba la necesidad de salir de la situación de sufrimiento intenso de la paciente, de modo de garantizar su decisión autónoma.

5.- Las expresiones críticas de la madre de M. y de la misma paciente hacia el equipo de salud, a partir del momento en que estos se negaron a cumplir con el deseo de M. de “dormirla”, contrastaban claramente con la actitud de permanecer en el hospital y no exigir una segunda opinión.

6.- El temor del equipo de salud de tomar una decisión que pudiera acelerar el proceso de muerte, en una paciente que —al momento de su último ingreso— se encontraba libre de tumor, y si bien era una paciente muriendo, no estaba en estado terminal ni mucho menos en fase agónica.

7.- La frustración del equipo de salud por sentir que no se estaba respondiendo a las expectativas de la paciente.

8.- La confrontación al interior del equipo de salud: médicos enfrentados con las enfermeras, quienes se sentían más proclives a aceptar la petición de la paciente y su familia y consideraban que los médicos “prolongaban su sufrimiento innecesariamente”.

9.- La sedación que la paciente exigía suponía contrariar otros deseos expresados por ella en su directiva médica: posible ingreso a terapia intensiva, nutrición y alimentación artificial, etc.

## 2.2 | El Caso W. El derecho a no seguir viviendo y a morir acompañada

La Sra. W., 26 años, quien sufría de depresión por no poder quedar embarazada, bebió veneno en su domicilio y llamó a una ambulancia. Estaba

consciente y entregó a los médicos una carta afirmando que deseaba que el equipo de salud solamente la mantuviera confortable y no tratara de salvarle la vida. Los médicos relataron que sus deseos fueron remarcados claramente por la paciente y aún cuando pudiera resultar un hecho horripilante no existía otra alternativa que dejarla morir. Los médicos temían ser acusados de agresión si la trataban porque consideraron que la paciente entendía perfectamente su decisión y era mentalmente capaz de rechazar el tratamiento. La familia de la paciente ha criticado a los médicos afirmando que debieron intervenir para salvar su vida.

El caso reavivó en Gran Bretaña el debate sobre el “derecho a morir”, sobre todo porque días después se emitió una guía acerca del suicidio asistido, en la cual se estipulaba que aquellos que ayudaran a un paciente gravemente enfermo y terminal a morir no sufrirían persecución legal a menos que hubieran estado motivados por obtener una ganancia financiera. El Consejo General Médico advirtió a los profesionales que no respetar un testamento vital o directiva anticipada podía hacerlos pasible de responsabilidad profesional. Muchos profesionales afirmaron que la historia de enfermedad mental de esta paciente podría haber producido serias dudas acerca de su capacidad para rechazar tratamientos. Algunos arguyeron que no resultaba infrecuente que las personas que tentaban un suicidio rechazaran tratamientos, para inmediatamente aceptarlos después. Hay quienes consideran que los testamentos vitales no han sido diseñados para los pacientes que quieren suicidarse y cuestionan seriamente la capacidad de las personas que reiteradamente han intentado suicidarse, para rechazar un tratamiento. La HC de la paciente mostraba que la misma había bebido veneno hasta 9 veces durante el año anterior a su muerte y en cada una de esas oportunidades los médicos limpiaron de toxinas su cuerpo.

La Sra. W. redactó su directiva el 15/9/07, sosteniendo en ese documento que ella estaba “100 % al tanto de las consecuencias” de sus acciones y que no deseaba ser sometida a ningún tratamiento que le salvara la vida. Tres días después, llamó a una ambulancia después de haber bebido el veneno en su departamento de Norwich. Fue llevada a la guardia del Hospital donde entregó su carta y expresó sus deseos claramente en forma verbal, en el sentido de no ser sometida a ningún tratamiento. La carta que entregó afirmaba que si llamaba a una ambulancia no era para solicitar tratamiento, sino porque no quería morir sola y con dolor. Después de ello entró en coma y murió al día siguiente. El médico forense sostuvo que

ningún profesional del hospital debía ser culpado por su muerte. En este sentido afirmó que “la paciente era capaz para brindar su consentimiento para la aceptación o rechazo de tratamiento que podría salvarle la vida. Ella rechazó tal tratamiento en pleno conocimiento de las consecuencias y murió como resultado de ello”.

### 3 | El bien jurídico vida: ¿derecho o deber?

Ambos casos nos enfrentan, principalmente, al drama humano expuesto de la manera más descarnada y desnuda: podrán las religiones hablarnos de “sacralidad de la vida” o las legislaciones acentuar el valor primordial de la vida como derecho fundante y basal de todo el ordenamiento jurídico. Pero existen personas que no quieren seguir viviendo, que no sólo se niegan a vivir sino que exigen ayuda para lograr su objetivo, cuya conducta se rebela contra el “instinto” que indica que uno valora la vida aún en las peores situaciones, porque sin “vida” todos los otros derechos carecen de sentido y operatividad. Para estas personas, la dignidad, su dignidad, pasa a ser el derecho fundamental que reivindican como último acto humano: decidir cómo morir, decidir cuándo morir.

La complejidad de las situaciones relatadas hacen técnicamente infructuosa la intervención del Derecho Penal, ya que no pueden ser comprendidas, aprehendidas ni reguladas desde un mero enfoque punitivista y criminal de la conducta humana.

El caso de M. ciertamente planteaba un gran desafío: estaba reclamando su derecho a no ver lo que le estaba pasando, a no asistir a su propia muerte. Algo que interpelaba a la propia esencia del morir: se muere porque uno está vivo, la muerte es una experiencia vital y los Cuidados Paliativos nos han enseñado que —además— es una etapa trascendente en el enfermo, que debe ser transitada de su mano, para permitirle dotarla de un verdadero significado personal y espiritual (que no necesariamente religioso). Pero M. no veía, o no se permitía ver, ninguna dignidad en su proceso de muerte. Y consideraba que los médicos se ensañaban con ella, aún cuando el único tratamiento que se estaba implementando era sintomático, de control de síntomas y de confort.



Inclusive, llamaba la atención a todo el equipo tratante la refractariedad al dolor, a pesar de la medicación analgésica que se le estaba suministrando. En una apreciación personal de la situación vital de M., se entendió que aquello que no tenía paliación alguna, aquello que no podía controlarse ni disimularse ni minimizarse en su gravedad, era su sufrimiento existencial, el saber que su vida se estaba terminando, el (re)conocer su propia finitud. Y aún hoy en día, no existe medicación alguna para tratarlo.

Ahora bien, este “ser inconsciente frente a la propia finitud”, podía constituir un derecho que necesariamente —y por propia definición— acarrea un deber jurídico al equipo de salud de no sólo respetarlo sino —fundamentalmente— garantizar su ejercicio y concreción. ¿O se trataba —sólo— de la expresión de un deseo? Es verdad que los intereses son siempre intereses de alguna persona. Empero, Ernesto Garzón Valdés<sup>(3)</sup> nos ilustra que existe una diferencia entre “cumplimiento de un deseo” y “satisfacción de un deseo”: uno puede cumplir un deseo sin quedar por ello satisfecho y uno puede estar satisfecho sin que el deseo se haya cumplido.

La filosofía de los Cuidados Paliativos consiste en ocuparse del paciente de manera holística, trabajando sobre los síntomas de disconfort y angustia, sin postergar la muerte pero tampoco sin acelerar intencionalmente su llegada. La referencia a tiempo del paciente a cuidados paliativos puede mejorar la calidad de vida del enfermo muriente y aliviar la experiencia del proceso de muerte, tanto para los pacientes como para sus familiares que deberán experimentar el duelo posterior. Generalmente, fallar en la provisión de la paliación adecuada en los primeros momentos motiva a los pacientes y sus familias a procurar intervenciones que acorten la vida de manera de evitar la incertidumbre que se genera frente a la posibilidad de soportar un sufrimiento intolerable a posteriori. Estas intervenciones incluyen sedación continua profunda, autodeshidratación y negativa a tomar alimentos hasta que ocurra la muerte, eutanasia, suicidio médicamente asistido.

La sedación es parte inescindible del acto médico cuando tratamos a pacientes murientes. Sin embargo, no es lo mismo desde el punto de vista

---

(3) GARZÓN VALDÉS ERNESTO. “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”. *Perspectivas Bioéticas*, Año N° 9, N° 17, Segundo semestre de 2004.

médico ni ético, la sedación de respiro, la sedación paliativa (terminal) y la sedación continua profunda.

La expresión "sedación terminal" fue usada por primera vez en 1991<sup>(4)</sup>. En la actualidad se sigue empleando porque la naturaleza descriptiva del adjetivo "terminal" se refiere tanto a la condición del paciente como al objetivo del tratamiento, si bien muchos autores se refieren a ella como "sedación paliativa". Ha sido definida como un tipo específico de sedación que es continua, profunda y sostenida hasta la muerte. Este tipo de sedación presenta efectos potencialmente mortales y, en consecuencia, difiere de las "prácticas normales de sedación" clínica, que se usan para proveer confort y descanso temporario en un paciente muriente pero consciente y alerta. En la práctica clínica diaria, los objetivos de la terapia sedativa son reducir el estrés, permitir un buen sueño a la noche, facilitar el despertar para asegurar una adecuada comunicación durante el día y, en la fase agónica, "permitir morir en un sueño profundo".

Por su parte, la sedación continua profunda es farmacéuticamente inducida y mantenida hasta la muerte y ha sido descripta como una forma de "eutanasia lenta"<sup>(5)</sup>. De hecho, en los Países Bajos, la sedación continua profunda hasta la muerte es cada vez más usada como una alternativa relevante de eutanasia frente a solicitudes particulares de muerte<sup>(6)</sup>. Los medicamentos administrados en dosis suficientes para inducir sedación profunda o coma pueden directamente deprimir las funciones vitales y acelerar el proceso de muerte. Por su parte, los medicamentos administrados en dosis suficientes para aliviar los síntomas físicos tales como el dolor pero sin inducir a la sedación profunda, no deprimen el sistema nervioso central y no tienen efectos abreviatorios de la vida<sup>(7)</sup>.

(4) ENCK R.E. "Drug-induced terminal sedation for symptom control". *Am. J. Hosp. Palliat. Care*, 5ta. ed. 1991; vol. 8 pp. 3/5.

(5) DOUGLAS C., KERRIDGE IAN ANKENY R. "Managing intentions: the end of life administration of analgesics and sedatives, and the possibility of slow euthanasia". *Bioethics*. 2008;22(7): pp. 388/396.

(6) RIETJENS J., VAN DELDEN J., ONWUTEAKA-PHILIPSEN B., BUITING H., VAN DER MAAS P., VAN DER HEIDE A. "Continuous deep sedation for patients nearing death in The Netherlands: descriptive study". *BMJ* 2008; 336 (7648): pp. 810-813.

(7) TREECE P.D., ENGELBERG R.A., CROWLEY L., et al. "Evaluation of a standardized order form for the withdrawal of life support in the intensive care unit". *Crit. Care. Med.* 2004; 332 (5): pp. 1141/1148.

En este sentido, la sedación terminal es considerada una opción válida de cuidado para pacientes terminales. Se ha enfatizado sobre la importancia ética fundamental del pronóstico basado en la patología subyacente, la proximidad a la última etapa de la muerte y el consentimiento informado antes de instaurar la sedación continua profunda hasta la muerte. De todos modos, se han ampliado las razones o circunstancias que permiten recurrir a la sedación terminal, más allá del manejo de los síntomas físicos, para incluir síntomas actuales o futuros de sufrimiento psicológico, social y existencial durante las últimas etapas de la vida. Este tipo de sedación se emplea usualmente en pacientes que solicitan selectivamente la muerte y desean discontinuar la ventilación mecánica crónica o desactivar el soporte circulatorio mecánico como un marcapasos o un corazón artificial. Los pacientes que se encuentran bajo asistencia respiratoria o circulatoria mecánica no pueden tener, por definición, una muerte natural. Pueden optar por requerir una muerte selectiva debido al temor de padecer en el futuro grandes sufrimientos o dependencia, o por un sentimiento de inutilidad del sufrimiento, o cansados de "vivir" en esas condiciones, pérdida de dignidad o deseo de morir con dignidad, deseando determinar el momento de sus propias muertes, o para evitar convertirse en una carga económica para otros, o por la preocupación respecto a la claudicación familiar, etc. Este tipo de razones son similares a las contempladas para los pacientes que solicitan eutanasia o suicidio asistido en los Países Bajos<sup>(8)</sup>.

Una de las cuestiones más desafiantes en cuanto a incorporar la sedación continua profunda en aquellos casos no previstos en pacientes murientes, y que constituye una verdadera ironía, es que el 96 % de los pacientes terminalmente enfermos y un 65 % de los médicos en EEUU consideran la alerta mental como un importante atributo en los momentos finales de la vida. La alerta mental y la interacción social de los pacientes murientes con sus familias y el equipo de salud son considerados muy importantes en la etapa final<sup>(9)</sup>. Por el contrario, cuando se trata de sedación continua profunda, el salir y entrar en forma permanente de los estados de conciencia termina poniendo en entredicho seriamente la libertad individual y consti-

---

(8) ABARSHI E., ONWUTEAKA-PHILIPSEN B.D., VAN DER WAL G. "Euthanasia requests and cancer types in The Netherlands: is there a relationship?". *Health Policy*. 2<sup>o</sup> ed., 2009, vol. 89 pp. 168/173.

(9) STEINHAUSER K.E., CHRISTAKIS N.A., CLIPP E.C., MCNEILLY M., MCINTYRE L., TULSKY J.A. "Factors considered important at the end of life by patients, family, physicians and other care providers". *JAMA*. 2000; 284 (19) pp. 2476/2482.

tuye el cierre o la finalización de la vida social del paciente. En ese estado, los pacientes ya no pueden realizar decisiones autónomas o interactuar con su mundo circundante, ni pueden ya tener contacto alguno con sus seres queridos. La vida del paciente se transforma, así, en puramente biológica. Están vivos pero socialmente muertos<sup>(10)</sup>.

La sedación terminal para tratar el sufrimiento psicológico y el distrés existencial ha sido éticamente justificada al permitir el inicio de este tipo de intervención en un punto temporal específico a lo largo de la trayectoria de una enfermedad aguda terminal o una patología crónica incurable. Por ello se ha afirmado que el concepto de "proximidad de la muerte" resulta mucho más útil que el concepto de "terminalidad de la enfermedad" para sopesar los beneficios y cargas de la sedación continua profunda. Cuando la muerte de un paciente resulta inminente o inevitable dentro de las 2 semanas, la sedación continua profunda está justificada para aliviar al sufrimiento asociado con el distrés agudo existencial. Los pacientes que parecerían sobrevivir más de 2 semanas, independientemente del tratamiento, son considerados como experimentando un distrés crónico existencial. En este sentido, se ha discutido que la mayoría de los médicos no pueden predecir con suficiente exactitud la hora exacta de la futura muerte natural de un paciente o su sobrevida de menos de 2 semanas. Consecuencia de ello es que una predicción errónea puede acortar la vida en días o años<sup>(11)</sup>.

La sedación continua profunda ha sido admitida éticamente como una intervención al final de la vida solamente cuando el paciente sufre una enfermedad crónica incurable y presenta síntomas físicos refractarios en los estadios finales. Las guías han recomendado su uso también para aliviar el sufrimiento existencial en las siguientes condiciones:

- 1) debe haberse agotado la posibilidad de todo tratamiento paliativo, incluyendo el tratamiento para la depresión, el delirio, la ansiedad;
- 2) debe realizarse una evaluación psicológica completa por un clínico experto;

(10) LO, BERNARD, RUBENFELD, GORDON; "Palliative sedation in dying patients: we turn to it when everything else hasn't worked", JAMA, 2005; 294(14), pp.1810/1816.

(11) HALLENBECK JAMES .L, "Terminal sedation: ethical implications in different situations", eJ.Palliat.Med. 2000, vol. 3 (3), pp. 313/320.

3) debe también realizarse una evaluación completa de las cuestiones espirituales del paciente;

4) deberá iniciarse una seria discusión acerca de los beneficios y cargas de la hidratación y alimentación artificial teniendo en cuenta que estas medidas suelen ser una consecuencia necesaria de la sedación continua profunda;

5) deberá obtenerse el consentimiento informado del paciente y/o su subrogante. Resulta también aconsejable, mientras se evalúa la procedencia de la sedación continua profunda, dar una sedación de respiro al paciente, de manera que se encuentre en condiciones adecuadas de tomar la decisión que mejor respete sus intereses. Debido a que la medicación sedante se administra continuamente o intermitentemente, deberá comenzarse con las dosis adecuadas más bajas posibles para controlar los síntomas y signos vitales. La dosis sedante deberá reducirse cuando la respiración se vuelve agónica y la medicación se convierte en la causa próxima de muerte<sup>(12)</sup>.

En relación a la aplicación de la doctrina del "doble efecto" y la aplicación de la sedación continua profunda, se deben realizar las siguientes precisiones. El principio de doble efecto se predica de los siguientes principios: 1) la intención es un punto ético crítico y 2) la distinción entre causación e intención respecto del efecto colateral producido es éticamente significativa. Debido a que la sedación continua profunda puede confundirse con situaciones como eutanasia o suicidio asistido, la intención del facultativo es determinante. En este sentido, las intenciones clínicas pueden resultar a veces más complicadas y ambiguas cuando la sedación continua profunda se basa en interpretaciones subjetivas acerca de la intención de aliviar el sufrimiento o de procurar una muerte con dignidad.

Cherny y Portenoy<sup>(13)</sup> han defendido la distinción entre causar y procurar un efecto adverso inevitable para fundamentar la validez ética de la sedación continua profunda. Contrabalancean la intención terapéutica primaria (ali-

---

(12) NATIONAL ETHICS COMMITTEE VETERANS HEALTH ADMINISTRATION. "The ethics of palliative sedation as a therapy of last resort". *Anm.J.Hosp.Palliat. Care.* 2007;23(6):483-491.

(13) CHERNEY N.I. - PORTENOY R.K. "Sedation in the management of refractory symptoms: guidelines for evaluation and treatment". *J. Palliat. Care.* 1994, vol. 10 pp. 31-38.

viar el sufrimiento) contra las consecuencias inevitables (acortamiento de la vida y aceleración de la muerte) con los siguientes 4 argumentos:

- 1) la sedación continua profunda es cuanto menos neutra (si no beneficiosa);
- 2) el médico procura el efecto beneficioso (aliviar el sufrimiento), pero la consecuencia prevista resulta inevitable (acortamiento de la vida);
- 3) el efecto no querido no es el medio a través del cual se procura obtener el efecto beneficioso;
- 4) el adecuado alivio de los síntomas de sufrimiento refractarios es una razón suficientemente poderosa para colocar al paciente en riesgo de sufrir el efecto no querido.

La sedación continua profunda está asociada con la deshidratación y falta de alimentación intencional. Además, la inducción farmacológica de una inconciencia permanente es vista como convirtiendo al paciente en un "muerto viviente", en tanto el paciente está viviendo en términos de funciones vitales básicas pero muerto como persona que es incapaz de una interacción social<sup>(14)</sup>.

Muchos profesionales se cuestionan si inducir un coma permanente es un prerequisite para el alivio del sufrimiento y cuál debería ser la proporcionalidad entre la duración de la sedación continua profunda y su efecto de abreviación de la vida.

La Asociación Española de Bioética y Ética Médica<sup>(15)</sup> ha pretendido clarificar los términos entre limitación del esfuerzo terapéutico y sedación terminal.

Así, ha afirmado que por "limitación del esfuerzo terapéutico (LET) se entiende la decisión prudencial de restringir o cancelar algún tipo de medidas cuando se percibe una desproporción entre los fines y los medios del tratamiento, con el objetivo de no caer en la obstinación terapéutica. La

(14) MASTERSTVEDT L.J., BOSSHARD G. "Deep and continuous palliative sedation (terminal sedation): clinical-ethical and philosophical aspects", *Lancet Oncol*, 2009, vol.10 (6) pp. 622/627.

(15) Comunicado de AEBI con ocasión de la futura Ley de Cuidados Paliativos. Abril 2011.

justificación ética se basa en tres condiciones que sólo competen al médico: 1) el proceso de la enfermedad está en fase terminal; 2) no existe ninguna medida terapéutica con esperanza de éxito; 3) un nuevo intento podría tener efectos secundarios dañinos o reducir la calidad de vida del paciente.

La sedación en la agonía o sedación terminal será indicada por el médico y su justificación ética precisa de los siguientes elementos: 1) dentro de una correcta y competente asistencia, haber fracasado los tratamientos disponibles para el alivio de síntomas que se vuelven refractarios en la esfera biológica, emocional o existencial del enfermo. Siendo la sedación el tratamiento adecuado a sus intolerables sufrimientos. 2) una situación clínica de muerte inminente o muy próxima. 3) que el enfermo haya otorgado su consentimiento libre y bien informado a la sedación en la agonía. La sedación implica la renuncia a experimentar concientemente la propia muerte. 4) que el enfermo haya tenido la oportunidad de satisfacer sus necesidades familiares, sociales y espirituales.

La sedación, en sí misma, no es buena ni mala, lo que puede hacerla éticamente aceptable o reprochable es lo que se elija al hacerla —control de un síntoma refractario o acabar con la vida del enfermo—, en el contexto en que ella se aplica. El enfermo adecuadamente sedado no sufre. En contraste con lo que puede suceder a sus familiares o a los cuidadores. El enfermo sedado no tiene prisa alguna para que su vida termine pronto. Es por ello necesario evitar, en la intención, en la palabra y en la acción, el más remoto indicio de que la sedación en la agonía se instaura para aliviar la pena de los familiares o la carga laboral de las personas que le atienden. No podrá convertírsela en un recurso que, en vez de servir a los mejores intereses del enfermo, sirva para reducir el esfuerzo del médico o a criterios economicistas”.

En base a todo lo expresado, no hay duda de que existe una diferencia sustancial entre la sedación continua profunda (por ejemplo, morir en un sueño profundo) y la práctica más común de la sedación terapéutica (para aliviar la ansiedad o el distrés).

Ahora bien, en este contexto doctrinario, debemos analizar si la petición de M. podía tener algún viso de razonabilidad y podía justificarse en algún principio bioético. Si admitimos que la autonomía supone la facultad de autodeterminación del paciente, de manera de ser él mismo el árbitro

de la toma de decisiones que conciernen a su salud, necesariamente debemos concluir que el propio paciente puede renunciar, por sí mismo, a todo o parte de esa autonomía. Si el sufrimiento intenso en etapa no agónica justifica —*per sé*— la sedación continua profunda permitiendo que la muerte acontezca en un total estado de inconciencia, aún cuando la misma no resulte del todo próxima como evento esperable, ¿podemos afirmar que existe un “derecho a dimitir a la vida”?<sup>(16)</sup>

Conforme Gisela Farías<sup>(17)</sup>, “bajo particulares circunstancias, sólo es posible salir de la captura que produce el deseo del Otro, de la alienación, “recortándose”, diciéndole un no a la ley del Otro. Aunque el único modo sea con la propia muerte. Esta decisión produce horror. No sólo por testimoniar la elección de la muerte, sino porque en esa elección el sujeto muestra que es capaz de abandonar, de sustraerse a la demanda de los otros. Se aparta de los que le exigen que luche, que siga viviendo, que acepte una ley ajena y elige la muerte en defensa de su libertad, ese Otro puede tomar variados nombres: la medicina, la familia, el Otro social, etc. La condición humana —según Lacan— supone la libertad de morir; hablar de libertad implica una responsabilidad ética, en tanto que es hablar, necesariamente, de la condición humana en relación con la muerte”.

Y agrega “La idea de que la vida debe estar por encima de cualquier otro bien o de que es un valor intrínseco, en el modelo de construcción de la subjetividad que se viene desarrollando, expresa el grado de sujeción de un individuo al discurso de los padres, de la cultura o de la religión”.

Estas situaciones nos enfrentan con el dilema de decidir cuál es el criterio más justo para legitimar el derecho a la eutanasia o al suicidio asistido. ¿Es sólo el sufrimiento asociado a enfermedades terminales o incurables, o se incluirá también al sufrimiento intratable en sí mismo (físico, psíquico o existencial), independientemente de la patología en la cual se presente? ¿Cómo articular los principios bioéticos en las cuestiones al final de la vida frente a conductas que el mismo derecho penal sanciona como ilícitas? No debe olvidarse que la eutanasia es el homicidio piadoso consentido, esto

(16) THEVOZ, MICHEL y JACCARD, ROLAND, Manifiesto *Por una muerte digna* (prólogo de Salvador Pániker) Barcelona, Ed. Kairós, 1993.

(17) FARIAS GISELA. *Muerte Voluntaria*, Bs. As., Ed. Astrea.2007.



es el procurar la muerte del paciente, a su propia requisitoria y con su consentimiento, con la finalidad de evitarle el sufrimiento para él intolerable. Tipifica para nosotros un homicidio simple, previsto por el art. 79 CP. El suicidio médicamente asistido refiere al acto intencional de ayudar a un paciente a poder producir su propia muerte, a su pedido; conducta prevista por el art. 83 CP. Sin perjuicio de la posibilidad de merituar la existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad en estos casos particulares, en tanto inexigibilidad de otra conducta, lo cierto es que la amenaza penal aparece en el horizonte médico como disruptiva, paraliza e inhibe la toma de decisiones por el temor legal a las repercusiones jurídicas de su conducta.

Según John Stuart Mill<sup>(18)</sup> "el hombre que permite al mundo elegir por él su plan de vida, no tiene más necesidad que de la facultad de imitación de los simios. Pero aquél que escoge por sí mismo pone en juego todas sus facultades. Debe emplear la observación para ver, el raciocinio y el juicio para prever, la actividad para reunir los elementos de la decisión, el discernimiento para decidir y, una vez que haya decidido, la fortaleza y el dominio de sí para mantenerse en su ya deliberada decisión".

Por su parte, Feinberg<sup>(19)</sup> expone esta paradoja del siguiente modo. "Si el individuo que solicita que lo dejen morir goza obteniendo lo que desea, entonces no está deprimido y por lo tanto no tiene razón para morir. Si no se alegra, entonces es que tanto no quería morir. Ergo: no puede querer morir en ningún caso".

En nuestro país, ni la eutanasia ni el suicidio asistido están autorizados legalmente. Sin perjuicio de ello, entendemos que sería socialmente conveniente su regulación de manera de evitar los abusos que la ilegalidad implica. Una regulación legal podría hacer mucho para garantizar que la decisión no sea tomada con desesperación. El paciente tiene derecho a interrumpir su tratamiento o incluso a terminar con su vida, pero la ley deberá garantizar que tome la decisión lo más autónomamente posible.

Reflexionando sobre esto cabe preguntarse cuál es el papel de la ley en una sociedad: la ley es creada por el hombre para su beneficio, para lo-

---

(18) MILL JOHN STUART. "Sobre la libertad. El utilitarismo".

(19) FEINBERG, "Voluntary euthanasia and the inalienable right to life". En *Philosophy and Public Affairs*. N° 2. Winter. 1978.

gar una convivencia armónica en sociedad, protegiendo a los individuos ya sea colectiva o individualmente, garantizando un sustrato mínimo que proteja la convivencia social. Por lo tanto parecería ilógico sostener que la misma ley puede ir en contra de la voluntad de un individuo que en determinadas circunstancias quiere poner fin a su propia vida, ya sea por mano propia o permitiendo a otro que lo mate o ayude a concretar la muerte, o quien simplemente no quiere ser actor consciente de su propia muerte.

Las prácticas relacionadas al fin de la vida de pacientes terminales se han ejercido por miles de años y existen fuertes argumentos que apoyan o se oponen a las mismas. Los que las defienden sostienen que un paciente terminal tiene derecho a imponer su autonomía para eximirse de sufrimientos extremos provenientes de una enfermedad terminal. Los que se oponen dicen que provocar la muerte de un paciente terminal no es ético ya que esto se contrapone con los principios fundacionales de toda sociedad y también con los de la práctica de la profesión médica. En los últimos años la discusión se ha intensificado en muchas partes del mundo luego de la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido en algunos países (como Holanda, Bruselas, Suiza). En la Argentina estas prácticas son ilegales aunque existe evidencia de que las mismas se llevan a cabo “en las sombras”. No obstante lo previo, la discusión pública de las prácticas relacionadas al fin de la vida de pacientes terminales es muy escasa en nuestro país. Es necesario comenzar un profundo debate acerca de cuáles deben ser las respuestas de la sociedad y de los médicos ante pacientes terminales que piden la muerte<sup>(20)</sup>. Los que se oponen a las prácticas relacionadas al fin de la vida de pacientes terminales aducen que ayudar a un paciente a morir es una forma de abandono; insisten en que el médico debe transitar la última parte de la vida del paciente como un testigo, no como un verdugo. El establecimiento de normas para la eutanasia significaría, según sus opositores, la legalización de una forma de homicidio y la violación de los preceptos básicos del juramento hipocrático. Es sabido que el manejo inadecuado de síntomas, principalmente el dolor, induce a muchos pacientes a desear la muerte; y —además— el tratamiento del dolor en los pacientes hospitalizados es muchas veces inadecuado. Se sabe también que la depresión es altamente prevalente en el enfermo muriente; mu-

(20) PRZYGODA PABLO. “La eutanasia y el suicidio asistido en la Argentina y en otros países”. Artículo especial medicina, Bs. As., Servicio de Clínica Médica, Hospital Italiano, 1999, pp. 195/200.

chos pacientes que expresaron deseos de morir, dejan de hacerlo luego de algún tiempo de tratamiento con fármacos antidepresivos o con apoyo psicoterapéutico. Los opositores a la eutanasia sostienen que la verdadera solución no radica en acelerar la muerte sino, principalmente, en mejorar sustancialmente la calidad de vida de los enfermos terminales mediante intervenciones médicas racionales. Por otro lado, existe el temor a que ciertos pacientes conocedores de la legalidad de la eutanasia, especialmente los grupos más vulnerables, se muestren reticentes a recibir tratamiento o soliciten eutanasia por el miedo a que los médicos aceleraran su muerte sin su consentimiento<sup>(21)</sup>. Estos serían, principalmente, los más pobres, los ancianos, las minorías raciales, los discapacitados, los adictos, los alcohólicos y los portadores de HIV. De este modo, muchos autores comparan la eutanasia con una "pendiente resbaladiza", con consecuencias indeseables tales como la devaluación misma de la vida humana, la cual sería selectiva para los más desprotegidos. Asimismo, la legalización de la eutanasia colocaría a los pacientes en una situación difícil ya que podrían verse presionados a solicitar la misma para aliviar el sufrimiento de su propia familia. De este modo, se plantean fuertes razones ético-morales en contra de la eutanasia.

Conforme la visión kantiana, los seres racionales son fines en sí mismos, por lo tanto, no puede privárseles de su vida excepto en defensa propia. Además, la decisión eutanásica es irreversible, elimina las posibilidades de que el paciente mejore, o de que un descubrimiento imprevisto pudiera salvar la vida de un paciente considerado hasta ese momento terminal. Al matar se cierra automáticamente esta opción. Si bien cada individuo es dueño de su propia vida, los opositores a la legalización de la eutanasia sostienen que el derecho a ser matado se contrapone con principios éticos superiores de la sociedad. Así, la limitación de la autodeterminación de los pacientes, sería el costo necesario para asegurar la protección de la vida del hombre, y por lo tanto, el interés público (o de la mayoría) se impone sobre el particular, en una clara visión utilitarista que entiende que el Bien Común se realiza en la medida que la sociedad proteja la vida de todos los individuos, independientemente del deseo personal de cada uno, o aún más, a pesar del deseo personal en contrario. En esta línea argumentativa, la posición de la Iglesia Católica tiene gran peso en nuestra sociedad. Ésta sustenta el dogma que los seres humanos no poseen sus vidas sino que las

---

(21) 198 Medicina - Volumen 59 - N° 2, 1999.

tienen confiadas por Dios: el principio de santidad o sacralidad de la vida humana entiende que matar es destruir lo que esencialmente le pertenece al Creador y no al hombre. La defensa de la vida por sobre cualquier otro valor social, económico, psicológico y sanitario es una verdad fundamental para la Iglesia Católica; matar a una persona dejándola morir por falta de cuidados elementales es ilícito y criminal, y si los cuidados elementales se niegan no se deja morir en paz, sino que sencillamente se mata.

Por su parte, los argumentos que enarbolan los que están a favor de la eutanasia son principalmente dos. El primer argumento que surge es el de respeto a la autonomía o autodeterminación de cada individuo; todo ser humano capaz y racional tiene derecho a tomar decisiones relativas a su vida basándose en sus propios valores y creencias, aun cuando ellas impliquen atentar contra su propia vida. El segundo argumento es el de la eliminación del sufrimiento; a pesar de que muchos síntomas (dolor, disnea, vómitos) pueden ser eficazmente aliviados con dosis convencionales de fármacos, en ciertos casos esto resulta imposible. Cuando no existe esperanza alguna de recuperación el paciente tiene derecho a morir dignamente y evitarse penurias e indignidades innecesarias. A ello cabe agregar que no puede supeditarse la decisión autónoma de un enfermo a futuras evoluciones de la ciencia médica y del conocimiento científico. La decisión siempre se corresponde a una circunstancia orteguiana, a un yo circunstanciado, emplazado en un aquí y ahora específico y particular de un ser humano. No se nos permite, en consecuencia, oponerle el arte de la adivinación o hacer futurología. A estos argumentos, se añade un elemento más: si públicamente se aplaude y se honra al mártir, a aquél que da su vida por los demás o por su patria, si tales muertes voluntarias son alabadas y encomiadas: ¿por qué razón debería considerarse negativa la opción por la propia muerte cuando ya no se desea vivir?

En la Argentina la discusión sobre las prácticas relacionadas al fin de la vida de pacientes terminales es muy limitada. Sin embargo, existe cierta evidencia que muestra que las mismas se encontrarían difundidas por más que no exista marco jurídico que las avale. Esto implica que, por ejemplo, ante una solicitud de eutanasia la respuesta podría ser diferente según la escala de valores y propia convicción del médico que la reciba.

Es indudable que el primordial derecho que puede asistir hoy a todo ser humano es el de la vida, pero cuando se ve afectado por unas condiciones

de salud lamentables, que llevan a quien las padece a verse en una situación en la cual se ve recluso en una unidad de cuidados intensivos, de la cual no se sabe si saldrá, donde su existencia está en la cuerda floja, donde puede existir una salida irreversible, donde la existencia dependerá en el futuro de medios extraordinarios, conectado a máquinas como el respirador artificial, cabe preguntarse si se está cuidando la vida o prolongando la agonía que nos puede llevar a la muerte. O aún más, si el paciente ya no desea vivir, aún cuando la ciencia le pueda brindar chances ciertas de momentánea mejoría, o porque la vida ha perdido todo valor y significado para él, ¿debemos obligarlo a continuar con esa vida que él considera disvaliosa, sufriente, insignificante? Sin embargo, este derecho a que se le reconozca a la persona la posibilidad de disponer de su propia vida en situaciones especiales simplemente por la dignidad que éste puede tener, y más allá de la polisemia, entendemos por dignidad el respeto y consideración hacia el otro por el simple hecho de ser persona; el reconocerle a un ser humano la posibilidad de definir qué hacer con su vida es respetar la humanidad del otro (su humanidad), es el respeto de la libertad y de la vida propia, y esto nos ayuda a definir qué se entiende por una vida y muerte dignas. En este sentido, se puede argumentar desde el punto de vista de la dignidad humana, la exigencia de instaurar la eutanasia (bajo ciertas condiciones) como una lucha por el reconocimiento del derecho a la muerte digna, entendiendo por muerte indigna aquella que prolonga inmisericordemente la vida por medios artificiales, en la que la vida se escapa lentamente y se da un apego puramente al cuerpo físico. O tal vez pueda entenderse por muerte digna aquella que procurada y ejecutada por el propio sujeto, mira su necesidad de cuidado y compañía en esos momentos finales, evitando el dolor no sólo físico, sino principalmente espiritual de una muerte en soledad y con sufrimiento.

Observando al paciente cerca de la muerte, se puede ver la dignidad del mismo desde distintos puntos de vista: a) El derecho a morir es más una exigencia ética más que un derecho en toda la extensión de la palabra, y no se refiere al morir en sí, sino a la forma y razones de y para morir. b) Los derechos del paciente son reconocidos por la ley, y se pueden tomar como criterio moral de la ética del morir. Y el contenido que tiene esta resolución, supone una serie de exigencias que han de ser realizadas por parte de la sociedad: atención al moribundo para aliviar el dolor y prolongar una buena calidad de vida; estar verídicamente informado sobre

su enfermedad; conocer y recibir explicaciones sobre costos de su tratamiento; derecho a que su voluntad personal sea respetada, todo a través de un Comité de Ética Hospitalario. En este marco, el morir dignamente sería entonces el morir libre de dolor, con los analgésicos y tranquilizantes necesarios para el desasosiego y con el suministro de medicamentos que se requieran contra las incomodidades que se puedan presentar, eliminando en lo posible el sufrimiento de toda índole, siendo respetado y tratado como ser humano, cumpliendo con las condiciones planteadas en el punto anterior. Aunque no solamente reduciendo el dolor, lo que vale es una vida con cierta autonomía y libertad. El morir dignamente es que se respete la dignidad del moribundo, ya que existen procesos de fallecimiento en que medidas de obstinación médica entran en conflicto con la dignidad de la persona, no se debe, entonces, anteponer el tratamiento médico a la dignidad del enfermo, hay casos en que el paciente anhela de alguna manera la muerte, pero por causa de la intromisión médica, escudada en un deber moral, el paciente debe soportar una degradación tan grande que no la iguala lo terrible que podría ser el camino hacia la muerte, destruyéndose su dignidad, por lo cual estas medidas ya no conservan un ser humano, sino lo que consideramos más apropiado referir como "el cuerpo de lo que alguna vez fue un ser humano". Lo que debe preservar el médico es al ser humano integral y no solamente una mera existencia sin ninguna importancia ni valor para el propio sujeto. Esto sucede no solamente cuando se verifica una enfermedad grave e incurable, sino también en aquellos casos en los cuales la decisión es adoptada frente a la disponibilidad del sujeto para seleccionar varios proyectos alternativos de vida, para lo cual el Estado debe prever la disposición de esos "proyectos alternativos" cuando el individuo carece de los medios para hacerlo. Esto quiere decir que, quien pese a tener todas las posibilidades a su alcance, considera que su vida sigue careciendo de sentido, el derecho no puede ir más allá de su decisión individual y hasta ese punto no llega la protección penal de la vida. Para decirlo más claramente a través de un ejemplo, el Estado tiene el deber de auxiliar al suicida, pero no puede prohibirle el suicidio.

En el caso de W., ya sea que el forense se haya enfocado sobre la negativa al tratamiento, la directiva anticipada o la consistencia entre ambas opciones, el caso presenta una línea divisoria desafiante. ¿Debería considerarse inválida la decisión de W. porque formaría parte del acto de tentativa de

suicidio? ¿O debe ser considerada como una legítima negativa a recibir tratamiento, que debe ser apropiadamente respetada por el equipo médico?

No es éste el ámbito donde analizar la etiología, naturaleza y comprensión del acto suicida. Baste decir que existen distintas corrientes doctrinarias que han discutido (y siguen debatiendo) si el suicidio es un problema, una enfermedad, una solución o una expresión de la autonomía del sujeto. Si el comportamiento suicida es una conducta anormal, normal, anómica o desviada.

Para responder a los interrogantes planteados, y a falta de antecedentes en nuestro país, tomaré en cuenta los abordajes dados en el sistema anglosajón, complementado con los principios bioéticos en juego (autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia). Tanto la jurisprudencia norteamericana como su legislación han distinguido la negativa al tratamiento del suicidio empleando los conceptos de "causación" e "intención". La Suprema Corte Norteamericana, en el caso "Vacco vs Quill"<sup>(22)</sup>, estableció que los pacientes tienen un derecho constitucional a rechazar un tratamiento que prolongue la vida pero no un derecho al suicidio médicamente asistido. Así, se sostuvo que "cuando un paciente rechaza un tratamiento, fallece por la condición fatal de la enfermedad subyacente; pero si un paciente ingiere una medicina letal prescrita por el médico, fallece por esa medicación". En consecuencia, en el suicidio hay una causa independiente de muerte, pero en el retiro o abstención del tratamiento, el paciente muere por su condición patológica. En ese mismo precedente, se hizo hincapié en el estado mental del paciente. Al respecto, afirmó que la gente que comete suicidio actúa con el objetivo fundamental de terminar con sus vidas. Por el contrario, aquellos que rechazan un tratamiento pretenden la protección de la integridad o de su dignidad. También se señaló la diferencia en el estado mental del médico: el profesional que suspende el tratamiento, u honra la negativa del paciente, sólo pretende respetar los deseos de su paciente y cesar de emplear tratamientos fútiles o inútiles o degradantes cuando el paciente ya no se beneficiará de ellos. Por el contrario, cuando el galeno asiste en el suicidio su intención primordial es hacer que el paciente muera. En otras palabras, los pacientes que

---

(22) Vacco vs. Quill, 521 U.S. 793 (1997).

rechazan los tratamientos no han escogido encontrarse en esa precaria situación, mientras que los individuos que intentan el suicidio han tomado la decisión de poner voluntariamente en riesgo sus vidas.

Si tales principios se hubieran aplicado al caso W., la solución hubiera variado radicalmente. La necesidad de un tratamiento para salvar su vida fue creada voluntariamente por W. a través de la ingesta de veneno, más que por una condición patológica subyacente. El veneno fue la causa de su muerte, y el análisis comúnmente causal del mismo habría determinado que su muerte se produjo por ingesta de veneno. A través de este incidente, W. ha actuado con la intención de terminar con su vida. Al haber bebido el veneno y negarse a recibir el tratamiento, ha procurado su muerte, más que cualquier otro objetivo como la preservación de su integridad o dignidad. Por el contrario, la decisión médica de no intervenir fue determinada por el objetivo de respetar los deseos del paciente, más que a ayudarlo a acabar con su vida. Desde este punto de vista, el caso de W. ha sido un caso de suicidio, pero no de suicidio asistido, ni mucho menos de abandono de persona. Sin embargo, y siguiendo la jurisprudencia norteamericana, como la necesidad de tratamiento fue originada en su propia conducta suicida, algún tribunal podría haber ordenado la realización de tratamiento compulsivo, ya que habría podido clasificar su negativa como integrante de su conducta suicida y haber permitido el sometimiento a tratamiento para salvar su vida aún contra su propia voluntad.

Sin embargo, en el caso *Thor vs Supreme Court*<sup>(23)</sup>, un prisionero se negó a comer y a permitir una intervención quirúrgica para implantar un tubo de alimentación para nutrirlo. El prisionero se había vuelto cuadrapléjico luego de haber saltado desde una pared mientras se encontraba en prisión. Unos cuatro meses después, comenzó a negarse a alimentarse y unas semanas después se negó a ser sometido a cirugía. Empero, la Corte de California trató este caso como una situación de negativa al tratamiento. El tribunal omitió considerar que la condición médica subyacente del prisionero había sido provocada por una tentativa de suicidio, por lo que también evitó ponderar que la negativa a aceptar un tubo de alimentación era una continuación del acto suicida. Aparentemente, el tribunal tuvo en

(23) 21 Cal.Rptr.2d 357 (Cal. 1993).



consideración el tiempo transcurrido entre uno y otro hecho para deslindar ambos y evaluarlos de diferente manera.

Ambos precedentes jurisprudenciales referidos presentan graves dificultades si se intenta mantener una línea divisoria demasiado estricta entre las negativas permisibles y la conducta suicida que podría justificar la implementación de tratamientos obligatorios. Resulta relativamente sencillo clasificar como suicidio los casos en los cuales una persona físicamente sana con problemas psiquiátricos se involucra en actos autodestructivos, como ingerir veneno y luego, inmediatamente, rechazar un tratamiento que podría salvarle la vida. Pero no resulta tan sencillo clasificar los casos en los que una persona en un pobre estado físico de salud, se involucra en conductas suicidas y luego rechaza un tratamiento que permitiría contrarrestar los efectos letales de tal acto. Una decisión judicial que prohibiera a los médicos intervenir en tales casos, implicaría reconocer el derecho del paciente a ser dejado a solas cuando comete suicidio. Pero una decisión de permitir la instauración de tratamientos compulsivos también presentaría problemas, particularmente si la tentativa de suicidio ha provocado una creciente necesidad de suministrar tratamientos intervencionistas. ¿En cuál punto el tratamiento compulsivo comenzará a violar al derecho del paciente a negarse? Por otro lado, tanto el principio de autonomía, como los principios de beneficencia y no maleficencia, y el de justicia, acuden a dar una “vuelta de tuerca” al dilema así planteado. Como ya hemos afirmado, el paciente es quien mejor se encuentra en situación de valorar su propia vida y de actuar en consecuencia, y es por ello que el derecho a la vida no puede transformarse en una obligación de vivir, cuando la conducta autorreferente no afecta derechos de terceros (y no me refiero aquí a las relaciones afectivas o emocionales que se tejen, y que ciertamente la conducta suicida afecta). “Vivir” para esa persona puede ser una carga, ya no un derecho, y esto provocarle discomfort, angustia y ansiedad. El médico no estaría ocasionando un daño al paciente cuando acepta su voluntad de no recibir tratamiento, aún cuando tal negativa tenga por objeto concretar un suicidio, porque no se puede exigir al médico que garantice el bien jurídico contra la voluntad expresa y manifiesta de su titular. Por otro lado, la equitativa asignación de recursos (que, por propia esencia, son escasos) podría verse seriamente cuestionada si se destinan medios tecnológicos para asistir a un paciente que no desea vivir. Es claro que en el caso en cuestión la paciente deseaba su muerte, pero también deseaba

no sufrir mientras ésta acontecía y no morir en soledad, por ello llamó a la emergencia, y no porque su conducta fuera contradictoria ni expresara sus ansias de vivir.

Por cierto no escapa a este análisis el claro cuestionamiento que Kant realizaba a las conductas suicidas como violatorias de la dignidad de la persona, en tanto el suicida se consideraba a sí mismo un instrumento y no un fin en sí mismo. Frente a este panorama, resulta necesario destacar una visión desde la ética del cuidado, en tanto entendida como aquella que toma en cuenta al individuo en toda su real complejidad, fundamentalmente en lo que hace a sus emociones, necesidades y sentimientos. ¿Podría justificarse un “dejar morir” al suicida, omitir intervenir para evitar el desenlace, en base al respeto de las emociones y sentimientos del sujeto? Morir, ¿es en su propio beneficio? Ponerse en el lugar del otro significa entender su propio dolor, dimensionarlo desde su exclusiva visión, aceptándola. El rechazo al tratamiento de W. no fue un acto impensado, impulsivo, reactivo. Fue una decisión analizada y evaluada. No es éste el lugar dónde indagar acerca de las diferencias entre capacidad jurídica y competencia bioética, ni ponderar si una persona con problemas de salud mental es o no competente, o si la depresión es una entidad suficiente para quitar la competencia a un sujeto. Tampoco podemos merituar si los motivos de W. eran importantes o no, si su dolor y depresión por no haber podido quedar embarazada fue adecuadamente tratado y si se le presentaron otras alternativas. Lo desconocemos. Pero el dato con el que contamos nos habla de una mujer que quería morir—cualquiera haya sido el motivo, trascendente o banal— y que lo único que deseaba claramente era que ese último acto de disposición no fuera en soledad y con sufrimiento.

## 4 | El rol del médico

La discusión contemporánea en este tema se centra en el papel del médico como responsable potencial de administrar eutanasia o aconsejar o ayudar en el suicidio asistido. Este hecho podría desviar la atención de otros dos puntos centrales. El primero, es si tiene un enfermo terminal derecho a decidir sobre su propia muerte; el segundo, si puede un Estado administrar la muerte en esos casos. Sin embargo, el médico se enfrenta con un gran compromiso moral. Nadie duda que la vida humana es un

bien único y constituye la célula fundamental de la sociedad. Desde lo más antiguo de la profesión, el deber de todo galeno ha sido el de no hacer daño ("Primum non nocere"); tempranamente, desde la ceremonia de graduación, los médicos juran respetar dos principios básicos, el de beneficencia y el de no maleficencia. La legalización de las prácticas relacionadas al fin de la vida de pacientes terminales, desde un punto de vista ético, implicaría un cambio de fondo en la concepción del deber profesional del médico.

La relación médico-paciente se sustenta en valores éticos y morales caros a nuestra tradición humanista y personalista. Se construye en el día a día, con avances y retrocesos, con dudas, temores, sinsabores, alegrías y muy pocas certezas. A ello debe sumarse que el equilibrio entre los intereses, derechos y obligaciones en juego usualmente es precario e inestable, tanto es así que cualquier intervención ajena en esa relación, puede desencadenar una reacción que finalmente pulverice ese delicado equilibrio.

Es por ello que entendemos que los derechos en juego requieren de todos nosotros, como sociedad y desde el ámbito propio de participación, una actitud responsable y comprometida, un esfuerzo adicional que tienda a la realización armónica de todos los intereses presentes de cada uno de los sujetos involucrados en la relación asistencial, tanto directa como indirectamente.

La objeción más relevante a la participación médica en estas situaciones descansa en su inconsistencia con los objetivos moralmente legítimos de la medicina, en especial, la obligación del médico de ayudar y no dañar al paciente. El argumento es que los médicos nunca deben intencional y directamente privar de la vida humana o asistir a alguien en ese cometido. De cualquier forma, la validez de este argumento ha sido seriamente cuestionada por importante literatura bioética que defiende a los médicos que, bajo ciertas circunstancias, asisten en el suicidio de una persona o ejecutan eutanasia voluntaria. Otros autores afirman que el punto de vista convencional en la ética médica que prohíbe a los médicos intencionalmente causar la muerte o acortar la vida descansa sobre una ficción moral insostenible.

La base ética para la aceptación de la participación del médico en el suicidio asistido o en la eutanasia voluntaria se encuentra tanto en el principio que los médicos deben intervenir en las vidas de las personas solo si cuen-

tan con su consentimiento y en el hecho de que la persona involucrada ha aceptado voluntariamente que el médico participe en la finalización de su vida.

Una crítica fundamental se centra en que si los médicos son vistos como facilitadores de la muerte, los pacientes podrían creer que sus médicos no siempre actúan en su mejor interés.

Los ciudadanos de Oregon y Washington que votaron para legalizar el suicidio asistido aparentemente no estuvieron preocupados por la pérdida de confianza en sus médicos. No existe evidencia empírica que demuestre que la gente en cada uno de esos estados perdió confianza en los médicos que han indicado medicación letal, o en la profesión en general. Más aún, no existe evidencia que la gente haya perdido confianza en los veterinarios para el cuidado de sus mascotas, aún cuando rutinariamente practican la eutanasia.

Finalmente, otros oponentes han considerado que la participación médica es moralmente objetable porque llevaría a la participación de los médicos en otro tipo de muertes incorrectas. No existe evidencia que una a médicos que han participado en asistencia al suicidio o eutanasia con otro tipo de prácticas ilícitas.

El interés público (en la autonomía, la libertad, la privacidad, la ausencia del sufrimiento y la pérdida de una vida significativa) en la participación de los médicos en el suicidio asistido y en la eutanasia requiere que estos profesionales sean protegidos de cualquier reclamo judicial que pudiera originarse en este tipo de actos.

Sin embargo, existe —desde el marco jurídico argentino— un serio impedimento legal para aceptar la solución que propicio: la ley 17.132, de Ejercicio de la Medicina, cuando en su art. 19 regula la negativa al tratamiento, expresamente dispone que la misma no podrá ser tenida en cuenta en aquellos casos de “inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos”; mientras que la Ley 26.529 de los Derechos de los Pacientes, en su art. 11 —al regular las directivas médicas anticipadas— dispone que “Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”. Razón por la

cual, en nuestro ordenamiento jurídico, los casos planteados tienen necesariamente otra solución: en el caso de M. no pudo accederse a su pedido porque éste suponía suministrar una sedación continua profunda cuando la paciente aún no se hallaba en faz agónica, lo que implicaba una forma lenta de eutanasia; en el caso de W. o bien los médicos rechazaban la directiva médica anticipada o —si la aceptaban— hubieran sido pasibles de responsabilidad legal.

## 5 | Conclusiones

*“Mátame, sino, serás un asesino”*

**Franz Kafka<sup>(24)</sup>**

Dentro de la asistencia médica, las cuestiones al final de la vida ocupan un rol preponderante y altamente desafiante. Muchas de las medidas que pueden tomarse (o suspenderse o evitarse) suelen tener una consecuencia inmediata en el tiempo de duración de la vida biológica, en la calidad de vida y en la posibilidad de interacción del paciente con sus seres queridos y semejantes. Generalmente, el dilema siempre se presenta entre dos o más opciones ambas con consecuencias seriamente disvaliosas, y el balance riesgo/beneficio pendula de un extremo a otro. La toma de decisiones se complejiza, porque el paciente y la familia generalmente se encuentran claudicados, muchas veces los deseos de unos y otros se confunden, oponen y/o entremezclan; asimismo, el equipo de salud también se siente muchas veces superado e incapaz de dar la respuesta que el paciente desea escuchar, incapacidad que no es personal o por falta de experticia, sino porque los límites entre lo permitido y lo prohibido, entre la intención, el deseo, los medios y el objetivo son difusos y poco claros.

Los avances tecnológicos, dentro del ámbito de la salud, han permitido mejorar nuestra calidad de vida y servirán, sin duda, para permitir la continuidad de muchas vidas. Pero la obstinación ilimitada del esfuerzo terapéutico puede, en algunos casos, ser considerada “fútil” y merece de una

---

(24) Frase que Franz Kafka le dijo a su amigo y médico, el Dr. Klopstock, cuando se encontraba internado en los últimos momentos de su vida en el Sanatorio Hoffmann, en Kierling cerca de Austria. Su amigo había prometido inyectarle una dosis mortal de morfina cuando Kafka ya no pudiera soportar el dolor y se lo pidiera. Sin embargo, el Dr. Klopstock dudó a último instante, y fue cuando Kafka lo interpeló con esta frase.

profunda reflexión para determinar cuáles son los límites de la vida y la intervención médica frente a la muerte. Asimismo, el deseo del paciente en cuanto valorar su propia vida y hasta cuándo continuar con la misma, bajo qué condiciones y requisitos, parece ser un nuevo derecho que despunta como derivado del principio de autonomía. La implementación de medidas desproporcionadas para prolongar la vida de manera artificial y deshumanizada producen una desnaturalización de la actividad médica y dan lugar al denominado “encarnizamiento o empecinamiento terapéutico”.

Es cierto que reconocer derechos vinculados a la decisión de la propia muerte supone revisar las concepciones hegemónicas acerca del sentido de la muerte en la condición humana y examinar el alcance de las libertades individuales. Ello debería conducir a reformar e instituir nuevos órdenes legales que reflejen, entre otras cosas, el grado de legitimidad, de aceptación social, que pueden tener ciertas conductas controvertidas y optativas.

El mayor obstáculo está dado por la misma experiencia histórica: el nacionalsocialismo aplicó un sistema selectivo de eliminación de aquellos sujetos que —por diversas razones— no encajaban en su concepción de “raza superior” y que constituían para la sociedad ya una carga, ya una molestia. Pero, a mi modesto entender, esto no tiene que ver con la eutanasia y el concepto que hemos propuesto. Eutanasia en tanto “buena muerte” conforme su etimología griega, implica la participación voluntaria del propio sujeto solicitante de su muerte y la actuación de un tercero que facilite la misma motivado por la intención de acabar con los sufrimientos intolerables de esa persona. Nada había de voluntario en las ejecuciones nazis, nada había de piadoso en su motivación.

Los aportes de la Bioética han modificado radicalmente el panorama y dominio de las legislaciones nacionales, introduciendo una visión que interpela crudamente a la ley, como expresión general, perenne y universal. La particularidad de los principios bioéticos y la singularidad de su análisis imponen un cambio de prisma en las conductas individuales referidas al cuidado de la salud y la vida. La voluntad del paciente debe considerarse soberana en cuanto a su libre determinación de someterse o no a determinado acto médico. El paciente es el árbitro único e irremplazable de la situación, aun cuando medie amenaza de vida, en función de su derecho personalísimo a disponer sobre su propio cuerpo, que debe ser respetado. En razón de ello, nos hemos interrogado profundamente acerca de si

es correcto, ética, moral y profesionalmente imponer obligatoriamente a una persona un determinado tratamiento, invadiendo sus aspectos más íntimos y personalísimos ligados a su intimidad, sus deseos, sus proyectos de vida, su forma de pensar en sí mismo y en los otros. Frente a ello pareciera que la única salida médica es mantener la vida a cualquier costo, sin tener presente cuál es la verdadera dimensión de la vida, y aún en contra de la propia voluntad del sujeto titular de esa vida. Entendemos primordial y fundante garantizar el respeto por el ser humano, de su dignidad y también creemos que cada vida resulta valiosa *per sé*. Pero ello no significa que podamos imponer la obligación de conservar la vida aún contra la propia decisión del paciente. La opción no es “muera sin tratamiento médico” por haber rechazado una terapéutica determinada, sino elegir humanizar la historia de cada persona, en su calidad de ser único e irrepetible, y ello involucra necesariamente su final. El dilema no consiste en permitir o no el suicidio, sino en garantizar al sujeto que, si conforme su propia experiencia vital, sus propios valores y creencias, su vida carece de todo sentido y se ha vuelto una carga para él mismo más que un derecho, poder tener un fin digno, sin mayor dolor, sin aislamiento, sin soledad.

Consideramos que la vida es un derecho, no una obligación. La vida, como tal, presenta un significado esencial sólo para su titular, quien lo dota de contenido y valor. Tal significado resulta intransferible y la experiencia vital sólo puede referenciarse al propio sujeto. Aquello que resulta tolerable o no, aquello que constituye un valor, sólo puede ser aprehendido en toda su dimensión por el propio individuo. Entiendo que el Estado no puede imponer la vida, no puede exigir a la persona que “viva a pesar de ella”, ni mucho menos exigirle que tolere aquello que le resulta intolerable. Tal ha sido el concepto que nuestro sistema jurídico ha receptado: el suicidio no es un delito, la autolesión tampoco, porque se entiende que —más allá de la reprochabilidad religiosa o personal que tales conductas pueden originar— jurídicamente el Estado debe garantizar las decisiones personales que no afecten derechos de terceros, aún cuando las mismas puedan resultar disvaliosas, incomprensibles o francamente “irracionales”. El art. 19 de nuestra Constitución Nacional es claro al respecto, garantizando el principio de autonomía jurídica —mucho más amplio, inclusive, que el principio bioético de autonomía y temporalmente anterior— que supone respetar “el derecho a ser dejado a solas” (*the right to be let alone*, del derecho anglosajón) en la elección y ejecución de ese proyecto de vida único y

personal. Es indiscutible que toda decisión personal repercute en terceros: nuestros afectos, la misma sociedad se ven conmocionados frente a la opción de uno de sus integrantes que decide ya no seguir viviendo, que reivindica la muerte como último acto de libertad y dignidad. Pero nuestra norma constitucional no limita nuestras conductas autorreferentes en base a sus repercusiones sino sólo cuando conculcan derechos de terceros o interfieren arbitrariamente con el proyecto de vida ajeno.

La Bioética adjetiva el bien jurídico vida: la relevancia de la protección está dada por la dignidad de esa vida, no por su expresión meramente biológica. Y la dignidad es un concepto que, si bien polisémico, refiere al respeto y consideración del otro en tanto y por el solo hecho de ser persona. Dignidad que, en palabras de la UNESCO, refiere al “derecho a ser hombre”, derecho cuyo contenido será dado, principalmente, por el propio hombre en su singularidad.

Debemos interrogarnos acerca de cuáles son los límites de la protección jurídica del bien vida y cuál será la intensidad de esa protección. Debemos analizar si existe para el médico un deber jurídico de garantizar el bien vida más allá de la propia voluntad y libre decisión de su titular.

En este sentido, las Directivas Médicas Anticipadas no intentan imponer decisiones, pero sí procuran otorgar un marco legal y ético adecuado para que aquellas personas, seres únicos, dueñas de sus vidas y sus muertes, que pretendan finalizar un proceso terminal doloroso, degradante e indigno, puedan hacerlo de conformidad con sus propios valores. Para ello debemos comenzar, como sociedad, a entender que la muerte es parte del proceso de la vida, y que el valor vida es personalísimo e intransferible, aún cuando la misma sociedad esté interesada en cada uno de sus integrantes y en la conservación y protección de la vida de cada uno de ellos, ya que esto no puede lograrse a través de una imposición ni de una obligación.

A mi criterio, la autodeterminación y libertad individual de la persona sólo deben retroceder en tanto y en cuanto se pudiera ver vulnerada la dignidad humana con la renuncia al bien jurídico efectuada; por lo tanto corresponde al Estado ser el guardián último de aquélla, siempre debiendo respetarse el principio de intervención mínima del derecho. El Derecho, en ningún caso, debe actuar de forma puramente paternalista en orden a



la protección de bienes jurídicos, sino que ha de flexibilizar el marco de los objetos de tutela en tal forma que, mediante su consentimiento, el individuo pueda plenamente disponer sobre sus bienes jurídicos individuales, en aras de configurar a la libertad y a la dignidad humana en el núcleo básico e irreductible para la existencia de una sociedad adecuada a los principios constitucionales propios de un Estado de Derecho.

Desde nuestra visión, se trata de dotar de una cuota de sensatez y racionalidad a las decisiones que sobre la vida del otro en su etapa final los médicos a veces se ven impuestos de asumir, en muchas oportunidades sin ninguna otra referencia que no sea su propia moralidad y que en el caso concreto, pasan por alejarse de todo vitalismo obsesivo, a partir de la propia definición que el paciente en su más absoluta lucidez ha madurado, ponderado y así decidido.

Bien se ha escrito que atender a las voluntades anticipadas “significa una aceptación serena de las limitaciones del organismo, de la ciencia y de la técnica, en contra de actitudes prometéicas y fáusticas o de un respeto sacral a la vida no razonable”<sup>(25)</sup>.

El deseo del paciente en cuanto valorar su propia vida y hasta cuándo y cómo continuar viviendo es una expresión clara e indubitable del principio de autonomía. Debe recordarse que la vida es un derecho, no una obligación, y que elemento esencial de la misma es la posibilidad de disponibilidad respecto del bien jurídico. No existe un deber jurídico ni ético de vivir aún a pesar de nuestro propio deseo. La vida, si bien es uno de los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, al punto tal que el suicidio no está penado y el mismo Código Penal valora de muy distinta manera el bien jurídico vida, conforme las condiciones que rodean al acto (vgr: homicidio simple, aborto, homicidio justificado, homicidio en emoción violenta, etc.).

Desde la óptica que propongo, la vida —en su expresión meramente biológica— no es un bien ontológicamente absoluto. Frente a la cantidad de vida, el propio sujeto podrá ponderar otros derechos e intereses para él mucho más relevantes y merecedores de protección, como pueden ser la calidad de vida, su libertad y dignidad.

---

(25) ELIZARI BASTERRA, J.; *Bioética*, Madrid, Paulinas, 1991, p. 191.

El verdadero dilema, al decir de Camus en el "Mito de Sísifo", no es cuándo comienza o termina la vida, o si existe un derecho a morir, sino si "la vida vale la pena ser vivida". Y éste es un interrogante que sólo puede ser respondido en un aquí y ahora circunstanciado propio e intransferible de cada sujeto. La experiencia vital supone no sólo el vivir (cómo, cuándo, cuánto), sino también el empoderarse de la propia muerte y reivindicarla como personal. Cuánto de carga intolerable, cuánto de infructuoso es ese "vivir" es una cuestión que sólo puede ser merituada en toda su magnífica complejidad por el propio sujeto.

Pero también es cierto que abrir el juego a este derecho personalísimo implica rediscutir el rol del médico, no ya como "sanador" o como "dador de vida" sino como "garante y proveedor de la muerte".

En este orden de ideas debemos preguntarnos si el Derecho Penal puede inmiscuirse en la esfera de libertad de una persona de manera de tipificar como ilícito aquello que el propio sujeto entiende como su mejor (o única) opción.

La Bioética interpela al Derecho en general y al Derecho Penal en particular, cuestionando su propia función como regulador de las conductas humanas y su idoneidad para la resolución de los conflictos de derechos que surgen, por un lado, en la interrelación médico/paciente y, por el otro, en las relaciones personales amparadas —específicamente— por el derecho a la intimidad. Por ello se entiende a la Bioética como superadora del Derecho Penal, modificando su enfoque y sustrayendo de su dominio aquellas conductas que comprenden un ámbito de libre autodeterminación, de privacidad (en el sentido constitucional del término) pero que confrontan —mas no conculcan— con derechos de terceros, para dotarlas de un marco más respetuoso de los derechos e intereses en juego, intentando conciliar aquello que —en principio— se presenta como contrapuesto y adverso. De ello resulta la obligación de redimensionar el rol del Derecho Penal en cuanto regulador de las conductas personales que implican la propia autolimitación de derechos y que —necesariamente— requieren la participación coadyuvante de terceros para poder garantizar la disponibilidad del bien jurídico. Entendemos que, desde este punto de vista que propiciamos, la función del Derecho Penal debería limitarse a impedir la violación del bien jurídico en aquellos casos en que, arbitrariamente, un tercero intente suprimir la vida del titular contra su expresa voluntad. En

las situaciones de libre decisión del titular del bien jurídico, el Derecho Penal debería ceder su lugar —fundamentalmente— a la Bioética para que, en su caso a través mismo de la participación de un comité de ética y dentro del marco asistencial, se acompañe al médico y al paciente en el proceso de toma de decisiones que mejor respete la dignidad de la persona, lo cual implica —por propia definición— aquello que el mismo paciente considera responde a su mejor interés.

Frente a ello, surge entonces la necesidad de considerar a las cuestiones al final de la vida como competencia propia del campo de la salud pública, el cual debe ser regulado primordialmente por normas científicas que faciliten el proceso de toma de decisiones, en un marco de intimidad y respeto de los derechos de todos los involucrados.ss

En el mientras tanto, esto es mientras nuestra sociedad se interpela y discute estas cuestiones, casos como el de M. no pueden tener una solución distinta a esperar que llegue la etapa agónica de la enfermedad, y entonces sí, el sufrimiento existencial podrá ser calmado a través de la sedación continua profunda el paciente dejará de ser persona (en tanto conciencia y autoconciencia, interacción con el medio circundante) para ceder paso a la muerte que lentamente se apropiará de su cuerpo y su conciencia inerte; mientras que W. verá su propio cuerpo sometido a un tratamiento que ella no desea, pretendiendo salvar aquella vida a la que ella misma ha renunciado voluntariamente.

Muerte Digna. La dignidad de la muerte parece estar en el acto de reivindicación de esa muerte como propia, en el empoderamiento que el sujeto realiza de su propia muerte. Rilke<sup>(26)</sup> afirmaba “yo quiero morir de mi propia muerte, no de la muerte de los médicos”. La dificultad de definir esta expresión, es que hay tantos conceptos de “muerte digna” como personas hay en la tierra. Y el verdadero desafío es aceptar que el otro, tal vez no nosotros, puede no querer seguir viviendo, puede querer ignorar el proceso de deterioro y muerte, de manera de no ser consciente de su realidad. Y que quizás los médicos deberán ajustar su rol a esta nueva exigencia: el paciente que no sólo no quiere morir solo, no sólo no quiere ver su final, sino que requiere que le garanticen su derecho a morir sin sufrimiento, aún cuando ello implique que su vida biológica se verá acortada.

---

(26) RILKE RAINER MARÍA. En Thomas, 1993.

Para el Derecho Penal significa, ni más ni menos, no sólo redefinir su función en un Estado de Derecho, personalista y humanista, donde imperan los principios de dignidad , *pro homine* y *pro libertate*, sino —fundamentalmente— reconocer sus propios límites.

## Bibliografía

- ABARSHI EBUN; ONWUTEAKA -PHILIPSEN BREJGE; VAN DER WAL G. "Euthanasia requests and cancer types in The Netherlands: is there a relationship?" *Health Policy*, 2º ed., 2009, vol.89 pp.168/173.
- ANDORNO, ROBERTO, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Temos 1998.
- BEAUCHAMP, TOM and CHILDRESS, JAMES F., "Principlism and its alleged competitors", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 3º ed. Vol. 5, September 1995.
- BEAUCHAMP, TOM and CHILDRESS, JAMES F., *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Ed. Masson, 1998.
- BIDART CAMPOS, GERMAN, "La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático". En ED 165-360.
- CASSIRER ERNST. *Antropología Filosófica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- CHERNY N.I., COYLE N., FOLEY K.M. "The treatment of suffering when patients request elective death. 1994, vol.10 pp.71/79.
- CHERNEY N.I., PORTENOY R.K. "Sedation in the management of refractory syntoms: guidelines for evaluation and treatment", *J.Palliat. Care*. 1994, vol. 10 pp.31/38.
- DOUGLAS, C.; KERRIDGE IAN, ANKENY R. "Managing intentions: the end of life administration of analgesics and sedatives, and the possibility of slow euthanasia". *Bioethics*. 2008; 22(7), pp.388/396.
- DRANE, JAMES F. "El cuidado del enfermo terminal". Publicación científica N° 573, *Organización Panamericana de la Salud* (OPS). 1999.
- DURKHEIM, EMILIE, *El suicidio*, Madrid, Ediciones Akal SA, 2008.
- ELIZARI, FRANCISCO J. "Dignidad en el morir", *Moralia*, 2002, vol.XXV pp. 410/411.
- ENCK, ROBERT E., "Drug induced terminal sedation for symptom control", *Am.J.Hosp.Palliat.Care*, 5ta.ed, 1991,vol.8 pp.3/5.
- FARÍAS, GISELA, *Muerte voluntaria*, Bs. As., Ed. Astrea, 2007.
- FOUCAULT, MICHEL, *La vida de los hombres infames*, Bs. As., Ed. Altamira 2002.
- FEINBERG, JOEL, "Voluntary euthanasia and the inalienable right to life", *Philosophy and public affair*, N° 2, winter, 1978.
- GARAY OSCAR E. (coord.) "Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética. Bioética y Jurídica: Civil y Penal". La Ley, Buenos Aires, 2007.
- GARAY OSCAR E. (coord.), *Bioética en Medicina*, Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2008.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos", *Perspectivas Bioéticas*, Año N° 9, N° 17, Segundo semestre de 2004.

- GUERRA LÓPEZ, RODRIGO, "La persona es fin y no medio. El fundamento normativo de la bioética personalista", *Bioética Personalista: Ciencias y controversias*, Gloria María Tomás y Garrido y Elena Postigo Solana (Editoras), Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007, colección Tribuna Siglo XXI.
- HALLENBECK JAMES .L, "Terminal sedation: ethical implications in different situations", *eJ.Palliat.Med.* 2000, vol. 3 (3), pp. 313/320.
- KANT, IMMANUEL, *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres* II, AKIV, pp.434/435.
- LICHTER I., HUNT E. "The last 48 hours of life", *J.Palliat.Care.* 1990, vol.6(4).pp. 7/15.
- LO, BERNARD, RUBENFELD, GORDON; "Palliative sedation in dying patients: we turn to it when everything else hasn't worked", *JAMA*, 2005; 294(14), pp.1810/1816.
- MASTERSTVEDT L.J., BOSSHARD G. "Deep and continuous palliative sedation (terminal sedation): clinical-ethical and philosophical aspects", *Lancet Oncol*, 2009, vol.10 (6)pp. 622/627.
- MATHEU,LENOH B., "Ler normes internationales de la bioéthique", PUF. París, 1998.
- NATIONAL ETHICS Committee Veterans Health Administration, "The ethics of palliative sedation as a therapy of last resort", *Am.J.Hosp. Palliat.Care.* 2007, vol. 23 (6) pp. 483/491.
- PRIEUR STEPHAN, *La disposition par l'individu de son corps*, Ed. Les Études Hospitalières. Bordeaux, 1999. N° 444.
- PRZYCODA PABLO. "La eutanasia y el suicidio asistido en la Argentina y en otros países". Artículo especial medicina, Bs. As., Servicio de Clínica Médica, Hospital Italiano, 1999, pp. 195/200.
- QUILL T.E., "The ambiguity of clinical intentions", *N.Engl.J.Med.* 1993, vol.329(14)1039-1040.
- RADY M.Y., VERHEIJDE J., «Continuous deep sedation until death: palliation or physician-assisted death?», *A. J. Hosp.Palliat. Med.* 2010; 27; 205.
- RIETJENS JUDITH, VAN DELDEN JOHANNES, ONWUTEAK-PHILIPSEN BREGJE, BUITING HILDE, VAN DER MAAS PAUL, VAN DER HEIDE AGNES, "Continuous deep sedation for patients nearing death in The Netherlands: descriptive study",*BMJ* 2008; 336(7648) pp. 810/813.
- SIMON JÜRGE, "La dignidad del hombre como principio regulador en la bioética",*Revista de Derecho y Genoma Humano*. 13(2000)29.
- SINGER PETER, *Desacralizar la vida humana. Ensayo de Ética*, Madrid, Cátedra,2003.
- STEINHAUSER K.E., CHRISTAKIS N.A., CLIPP E.C., MCNEILLY M., MCINTYRE L., TULSKY J.A. "Factors considered important at the end of life by patients, family, physicians and other care providers". *JAMA*. 2000; 284 (19), pp. 2476/2482.
- STUART MILL, JOHN, *Sobre la libertad*.
- STUART MILL, JOHN, *El utilitarismo*.
- THEVOZ, MICHEL y JACCARD, ROLAND, *Manifiesto Por una muerte digna* (prólogo de Salvador Pániker) Barcelona, Ed. Kairós, 1993.
- TORRALBA ROSELLÓ FRANCESC, "¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo T. Engelhardt y John Harris", Herder, Barcelona, 2005.
- TREECE P.D., ENGELBERG R.A., CROWLEY L., et al. "Evaluation of a standardized order form for the withdrawal of life support in the intensive care unit", *Crit. Care. Med.* 2004; 332 (5) pp.1141/1148).
- VERSPIEREN PATRICK. "La dignidad en los debates políticos y bioéticos", *Concilium*, N° 300, Año 2003, 198.

# El problema de la eutanasia y la participación en el suicidio: el caso español. Una aproximación<sup>(1)</sup>

por **MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**<sup>(2)</sup>  
y **SOLEDAD BARBER BURUSCO**<sup>(3)</sup>

## I | Introducción

El tratamiento jurídico-penal de la participación en el suicidio y de la eutanasia es de una notable complejidad, porque, sin duda, en la adopción de cualquier solución que se proponga para la determinación de los límites en esta clase de intervenciones relacionadas con el fin de la vida, entrarán o pretenderán entrar en juego perspectivas éticas, religiosas, antropológicas, médicas, ideológicas, junto a fuertes sentimientos, temores difusos, el tabú que rodea la muerte, etc.

Al cúmulo de perspectivas que pretenden influir en la adopción de soluciones en este ámbito debe sumarse un factor que añade confusión (tal

.....

(1) El presente trabajo se enmarca en los proyectos de investigación DER2010-16558, Ministerio español de Ciencia e Innovación, ahora de Economía y Competitividad, en parte con fondos FEDER) y LE066A11-1 (Junta de Castilla y León), cuyo investigador principal es Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador forma parte Soledad Barber Burusco.

(2) Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León (España).

(3) Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra (España).

vez debido a la multiplicidad de aportaciones, de origen y fines diversos), el de que las nociones, tanto de suicidio como de eutanasia, no son nada pacíficas, circunstancia que ayuda a complicar el entendimiento de muchas de las cuestiones, como veremos.

Actualmente, las soluciones legales que se dan a la cuestión en nuestro entorno pueden agruparse de la siguiente manera: a) algunas regulaciones dan una muy escasa relevancia al consentimiento, con lo que las conductas de participación en el suicidio ajeno se sancionan con notable severidad<sup>(4)</sup>; b) otras legislaciones, como la italiana (de manera muy genérica rebaja la pena establecida para el homicidio al que ocasiona la muerte de otro con su consentimiento, exceptuando supuestos de incapacidad y consentimiento viciado), la alemana (regula el homicidio a petición de forma atenuada, castigándolo con hasta cinco años de prisión y no castiga la inducción y el auxilio al suicidio), o la española (que veremos con más detalle), otorgan al consentimiento un papel lo suficientemente relevante como para atenuar de forma notable el castigo de determinados supuestos si lo comparamos con el previsto para el homicidio o el asesinato; y, finalmente, nos encontramos con c) ordenamientos legales que, bajo la exigencia de determinadas cautelas y para supuestos estrictamente determinados, se deciden por la no punición de algunas conductas<sup>(5)</sup>.

(4) Por ejemplo, en el Reino Unido la asistencia al suicidio puede castigarse con una pena de hasta 14 años de prisión.

(5) Así, la ley holandesa (del año 2001) establece en el art. 293 de su CP que el que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con la pena de prisión de hasta doce años o con pena de multa de la categoría quinta, pero añade un segundo inciso en el que dispone: "El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2 de la ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y el auxilio a suicidio se haya comunicado al forense municipal conforme al artículo 7, párrafo segundo de la ley reguladora de los funerales". A su vez, el art. 294 castiga la inducción al suicidio y el auxilio al suicidio con la pena de prisión de hasta tres años o multa de la categoría cuarta. Se aplicará por analogía el art. 293, párr. 2. La práctica, en Holanda, es objeto de serias críticas (*Eutanasia y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, pp. 46 y ss.). También Bélgica, en el año 2002, aprobó una ley relativa a la eutanasia cuando es el médico el que controla todo el proceso. En 2009 Luxemburgo aprobó una ley que despenaliza la eutanasia y el suicidio médicamente asistido cuando lo solicita reiteradamente un sujeto mayor de edad o menor emancipado con pronóstico irreversible y graves sufrimientos sin esperanza de mejoría, debiéndose consultar el diagnóstico a otro médico. En EE.UU, en el Estado de Oregón, se permiten estas conductas en caso de enfermedad terminal que previsiblemente lleve a la muerte en un plazo no superior a seis meses, debiendo prestar la asistencia un médico acompañado de un segundo médico consultor. El Estado de Washington se ha sumado a este último modelo

En nuestro país, desde los años ochenta del siglo pasado, la evolución del pensamiento jurídico-penal en relación con el castigo (y el alcance del mismo) de la participación en el suicidio y la eutanasia ha estado estrechamente relacionada con el intento de interpretación de la legislación penal proveniente del Código Penal (CPE) 1944/73<sup>(6)</sup> y en vigor hasta 1996, a la luz de las disposiciones de nuestra Constitución (CE) de 1978 relativas a los derechos fundamentales<sup>(7)</sup>; aunque las diversas posiciones desarrolladas, en buena medida, pueden sustentarse respecto de los preceptos que sobre el tema prevé el vigente CPE (en el que algunos supuestos como la mera complicidad han quedado sin castigo, las penas previstas para la inducción, cooperación y cooperación ejecutiva —y homicidio consentido según se interprete— se han moderado y se prevén atenuaciones especiales para determinados supuestos eutanásicos).

Entre las cuestiones debatidas (respecto de las que existen posiciones diversas y con múltiples matices imposibles de detallar y analizar en este reducido espacio) se encuentra la de si puede encontrarse en el marco constitucional español un fundamento sólido relativo a un derecho a la disponibilidad de la propia vida.

Así, junto a posiciones que siguen sustentando que nuestro ordenamiento jurídico considera a la vida humana como un bien jurídico indisponible<sup>(8)</sup>,

.....  
en el año 2009. Peculiar es la solución suiza, donde la eutanasia está prohibida pero no la asistencia al suicidio practicada por cualquiera que actúe por motivos desinteresados, "no egoístas", según dispone el art. 115 del CP suizo, entendiéndose por tales los casos en los que el suicidio no reporta beneficios materiales ni de satisfacción de sentimientos de odio o venganza. No se prevé el derecho a exigir a las autoridades el auxilio al suicidio, pero existen organizaciones que realizan la tarea de acompañar a la persona que quiere suicidarse y proporcionarle la sustancia letal.

(6) Ver ampliamente respecto a las distintas clasificaciones, entre otros, ROMEO CASABONA, CARLOS M., *Derecho y bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, pp. 421 y ss.; NÚÑEZ PAZ, MIGUEL Á., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 31 y ss., el mismo en *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 89 y ss.; MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, Granada, Comares, 2009, pp. 267 y ss.

(7) Ver más extensamente, DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, "El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España", en José L. Díez Ripollés y Juan Muñoz Sánchez (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 43 y ss.

(8) Ver MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 61; LUZÓN PEÑA, DIEGO M., "El consentimiento en Derecho penal: causa de ati-



de la puesta en relación de los preceptos constitucionales relativos al reconocimiento del derecho a la vida, a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 15), a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10), a la libertad ideológica y religiosa (art. 16) y al valor libertad (art. 1.1)<sup>(9)</sup>, otro sector de la doctrina penal llega a conclusiones variadas en cuanto al alcance constitucional de la protección de la vida y su disponibilidad. Para algunos la disponibilidad de la propia vida, que puede derivarse de la Constitución, forma parte del propio bien jurídico vida<sup>(10)</sup>. Otro sector (con múltiples matices y variadas

.....  
 picidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad", en *Homenaje al Prof. Dr. Rodrigo Suárez Montes* (en prensa); MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. a cargo de Víctor Gómez Martín, Barcelona, Reppertor, 2011, n. 11, p. 320, considera que nuestro derecho concibe el derecho a la vida como "irrenunciable", y señala que esta concepción acogida por el CPE está perdiendo terreno en la conciencia social, que parece evolucionar hacia una consideración de la vida como un bien personal del que ha de poder disponer libremente su titular.

(9) REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Eutanasia y derechos fundamentales*, 2007, pp. 83 y ss., sostiene que de nuestra Constitución se pueden deducir cuatro modelos diferentes de interpretación jurídica de la eutanasia activa directa: 1) el de la eutanasia prohibida, si se entiende la protección jurídica de la vida del art. 15 en sentido absoluto, pudiendo resultar inconstitucional la eventual despenalización de la misma. 2) El de la eutanasia como derecho fundamental, si el derecho fundamental a la vida sólo o en relación con otros derechos y principios constitucionales incluye en su contenido el derecho a disponer de la propia vida por su titular. No existe un deber de vivir. De ahí que tanto el suicidio como la eutanasia activa directa serían manifestaciones de un legítimo ejercicio de ese derecho fundamental y la incriminación penal de ambas conductas, sería inconstitucional, el art. 143.4 CPE sería contrario (en todo o en parte) a la Constitución. 3) El modelo de la eutanasia como manifestación del principio de libertad constitucional, legislativamente limitable (variante técnicamente más rigurosa del modelo anterior), desde donde se sostiene que de la Constitución no se deduce un derecho fundamental a terminar con la propia vida de manera activa, pero la cláusula general de libertad del art. 1.1 CE ampara muchas conductas e impide a los poderes públicos imponer limitaciones no razonables, arbitrarias y desproporcionadas. Consecuencia de ello, una prohibición del suicidio resultaría inconstitucional, pero una prohibición de la eutanasia como la del 143.4 CPE no sería una restricción arbitraria de la libertad porque perseguiría evitar riesgos de abusos, pero también se podrían despenalizar tales conductas bajo ciertas condiciones. 4) Y, por último, se podría considerar a la eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de vida, interpretación que propone como más plausible, que, al igual que el modelo anterior entendería conforme a la Constitución, bajo ciertas condiciones, una despenalización legislativa de la eutanasia y/o el suicidio asistido, pero se aparta del modelo anterior en que, una eventual despenalización es una excepción que debe interpretarse restrictivamente, sujetándose al principio de proporcionalidad como límite de límites de los derechos fundamentales, a diferencia del modelo de la libertad limitable, que puede tener una tendencia expansiva.

(10) CARBONELL MATEU, JUAN C., "Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto", en *Cuadernos de Política Criminal* 45, 1991, pp. 661/672, integra los derechos constitucionales a la vida y a la libertad, interpretándolos a la luz del libre desarrollo de la personalidad, lo que le lleva a considerar que: "solo la vida libremente

combinaciones) reconoce que puede derivarse de la Constitución la disponibilidad de la propia vida por parte de su titular<sup>(11)</sup> y establece distintos efectos, en cuanto a responsabilidad penal, a la contribución de terceras personas, limitando o negando, según los casos, tal responsabilidad. También se sostiene que la Constitución se refiere exclusivamente al ejercicio del derecho en su vertiente positiva, la de vivir y no la negativa, la de morir, y, en consecuencia, el derecho a prescindir de la propia vida no forma parte, en un primer análisis, del contenido del derecho fundamental. Pero la prohibición de tratos inhumanos o degradantes contenida en el mismo

deseada puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido". Una posición cercana sustenta CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, "La regulación legal de la eutanasia en el CP español. Propuestas de reformas legislativas", en Blanca Mendoza Buergo (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 299/322, cuando afirma que los derechos fundamentales de la persona deben ser protegidos por los poderes públicos (respecto del Estado, la Constitución no le otorga un derecho sobre esos bienes jurídicos fundamentales, sino exclusivamente un deber de protegerlos), por lo que debería entenderse que ese deber de protección no existe cuando el titular no quiere ejercer ese derecho sino que, por el contrario, renuncia a él, esto determina que el propio titular del derecho es el único que tiene capacidad de decisión sobre cómo y en qué forma quiere ejercer ese derecho, porque "no se protege la vida en sí misma sino el interés que por la vida tiene su titular".

(11) DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, "La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 73/97, pp. 85 y ss. El mismo, también en: *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, 1996, pp. 63 s. considera que de la Constitución (arts. 10.1 y 15) se puede deducir, sin grandes inconvenientes el derecho a disponer de la propia vida, pero considera que se pueden legitimar determinadas prohibiciones de comportamientos de terceros; MUÑAGORRI LAGUA, IGNACIO, *Eutanasia y Derecho penal*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1994, pp. 44 y ss., entiende que una interpretación integradora de los preceptos constitucionales permite hablar de la disponibilidad de la propia vida por parte de su titular, mientras que las intervenciones de terceros sólo podrán alcanzar la licitud en situaciones inequívocas de conflicto; DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1995, pp. 91 y ss., afirma la existencia de un derecho fundamental a la autodeterminación de la vida por su titular, pero no faculta a la intervención de terceros; TOLEDANO TOLEDANO, JESÚS, *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida*, Barcelona, Atelier, 1999, pp. 166 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 36 y ss., deriva de un principio general de libertad la prohibición a los poderes públicos de imponer restricciones no razonables, por lo que resultaría contraria a la Constitución la prohibición del suicidio en sí mismo, pero no considera sencillo calificar de arbitrarios o no razonables los motivos de la prohibición de las conductas de colaboración en el suicidio ajeno; VALLE MUÑOZ, JOSÉ M., en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2009, pp. 70 y ss., afirma que "si el texto constitucional no permite una interpretación del derecho a la vida incompatible con la dignidad humana, y si ésta supone el rechazo de cualquier intento de instrumentalización, en aras de salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, es indudable que el sujeto puede disponer libremente de su vida, es indudable que el acto del suicidio es expresión del ejercicio de un derecho constitucionalmente amparado".

artículo 15 hace que las obligaciones de no hacer y hacer deban ser moduladas en el sentido de que en ningún caso su cumplimiento conlleve mantener la vida humana con procedimientos o en condiciones inhumanas o degradantes<sup>(12)</sup>.

Consideramos que la vida tiene una protección fragmentaria, no absoluta, como sucede con todo derecho fundamental. Y que, si bien de los preceptos constitucionales pueden efectuarse múltiples lecturas (con mayor o menor peso argumental), nos parece más acertada la afirmación de que el derecho a la vida en nuestra Constitución se encuentra configurado como un derecho de garantía en su vertiente positiva, que nada se desprende "directamente" de ella respecto de su posible vertiente negativa (derecho constitucional a morir, derecho a exigir que terceros auxilien o ejecuten la muerte de otro en determinadas circunstancias). Sí participamos de la idea de que la vida es un bien jurídico disponible para su titular, en el sentido de que no existe el deber de vivir contra la propia voluntad y nada faculta a que el Estado pueda imponer seguir viviendo contra una decisión individual (a la inversa, podría afirmarse la inconstitucionalidad, por ejemplo, del castigo de la tentativa de suicidio). Como auxilio a la afirmación de la vida como bien jurídico disponible para su titular en nuestro ordenamiento, sirve la constatación de que el suicidio realizado por el interesado es un hecho lícito, esto es, no antijurídico, en la medida en que en nuestro Derecho positivo no se encuentra ninguna consecuencia jurídica negativa para quien se suicide o intente suicidarse por sus propios medios.

Pero la afirmación de la licitud del suicidio respecto de la propia vida no implica que, en el plano de la legalidad ordinaria, el legislador no pueda

(12) Díez Ripollés, José L., "Eutanasia y Derecho", op. cit., pp. 509/546, pp. 519 y ss.; el mismo, en José L. Díez Ripollés, y Luis Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código Penal*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 164/266, pp. 177 y ss. Una posición cercana mantiene Romeo Casabona, Carlos, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, Comares, 2004, p. 94, para quien no existe un derecho a la disponibilidad de la propia vida, o un derecho a la muerte, sustentado en el art. 15 CE o en otros preceptos de la misma, sino una libertad o facultad, no exigible constitucionalmente (es decir, ni a los poderes públicos ni a terceros) de disponer de ella por uno mismo. Sin embargo, tampoco existe el deber de vivir contra la propia voluntad, y, por tanto, al ser un derecho de garantía, no faculta a los particulares ni al Estado para imponer seguir viviendo contra la decisión individual. Sí considera compatible con la CE que se involucre a un tercero en la decisión de quitarse uno la propia vida, siempre que el titular del derecho conserve un control sobre el proceso, pero no se puede inferir de ello que se sustente en un derecho constitucional.

intervenir frente a personas que participan en él con el objeto de prevenir abusos que podrían cometerse en el contexto del suicidio, circunstancia que permite justificar la tipificación de la inducción y de la cooperación necesaria al suicidio, aunque también puedan no inculparse estas conductas. Ambas decisiones, de carácter político-criminal, resultan compatibles con las disposiciones constitucionales, como también resulta compatible con nuestra Constitución una regulación de la eutanasia para supuestos precisos y con determinadas garantías de procedimiento.

## 2 | Los conceptos de suicidio y eutanasia

Ya anticipamos que en nuestra doctrina penal no existe un concepto pacífico de suicidio. La primera discrepancia se relaciona con el hecho de que el suicidio sea un acto eminentemente personal que realiza el propio suicida en el sentido de "quitarse uno mismo la vida", lo que implica que es necesario que el suicida controle en todo momento el proceso de producción de la muerte (que mantenga el dominio del hecho), o, por el contrario, baste para calificarlo como tal la manifestación de la voluntad de morir<sup>(13)</sup>. La segunda gira en torno a si el comportamiento suicida abarca conductas sólo activas por parte del sujeto activo (el suicida) o también omisivas<sup>(14)</sup>.

(13) Exigen el dominio del hecho o similar, entre otros: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., "Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 451/477, pp. 456 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Homicidio consentido, participación en el suicidio y eutanasia", en Diego M. Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2002, pp. 764/782; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La disponibilidad de la propia vida en el la Derecho Penal*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, n. 6, p. 397; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143)*, op. cit., p. 54; ROMEO CASABONA, CARLOS, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 98 y ss.; MÉNDEZ DE CARVALHO, GISELE: *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, Comares, Granada, 2009, n.1, p.223. Considera que basta la voluntad de morir: TORIO LÓPEZ, ÁNGEL: "La noción jurídica de suicidio" en *Estudios de Derecho Público y Privado. Homenaje a D. Ignacio Serrano y Serrano*, I, Valladolid, 1965, pp. 653/668, quien define al suicidio como "muerte querida por una persona imputable".

(14) En el sentido de equiparar ambas se pronuncian, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., op. cit., pp. 454 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 191; ROMEO CASABONA, CARLOS, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 99. De opinión contraria, BUENO ARÚS, FRANCISCO: "Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal", en *PODER JUDICIAL*, núm. 15, 1985, pp. 11 y ss.

La tercera se encuentra relacionada con la capacidad requerida al sujeto activo (al suicida) para caracterizar su acto como suicidio<sup>(15)</sup>. Y, finalmente, existen también diferencias a la hora de exigir una voluntad directa o eventual de perseguir la muerte<sup>(16)</sup>. Las consecuencias de la adopción de una u otra posición dan como resultado un concepto más amplio o restringido de lo que se entiende por suicidio e impacta en la caracterización jurídica que se realice de la intervención de terceros en estas conductas.

En cuanto a la eutanasia, existen múltiples conceptos y clasificaciones imposibles de detallar aquí<sup>(17)</sup>, pero, a fin de evitar su confusión con otras figuras, reservaremos el término eutanasia (buena muerte) para los casos en que se da muerte a o no se evita la muerte de un sujeto que sufre una enfermedad o un deterioro grave e incurable (o permanente) y, según una parte de las opiniones al respecto, conducentes a la muerte o, al menos,

(15) Exigen que no sea inimputable TORIO LÓPEZ, ÁNGEL, *Homenaje a D. Ignacio Serrano y Serrano*, 1965, p. 663; le sigue: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143)*, op. cit., p. 42; ÁLVAREZ GARCÍA, F. JAVIER (dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 97, parte de las estructuras de la imputabilidad y sobre ello exige la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la resolución de la voluntad en relación con el bien jurídico protegido; OLMEDO CARDENTE, MIGUEL: "Eutanasia, suicidio y Derecho penal en España. Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido" en: *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada, Comares, 2001, pp. 105/154, al requisito de la imputabilidad, que en su opinión debe ser plena, añade que el suicida no puede ser menor de 18 años. Otro sector exige la capacidad natural de entendimiento o de juicio, es decir la capacidad de comprender la trascendencia de su comportamiento: Díez RIPOLLÉS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 187 y ss.; JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, en Gonzalo Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 411; ROMEO CASABONA, CARLOS, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 103; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU y GALLEGO SOLER, JOSÉ I., "Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana", en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007, pp. 220/272; MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, op. cit., p. 233; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., p. 76. Finalmente, también, y sin diferenciarse excesivamente de la posición anterior, exigen la capacidad para consentir en la lesión de bienes jurídicos, BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, *PE*, I, 1991, p. 91; GONZÁLEZ RUS, JUAN J., *PE*, 2005, p. 107.

(16) Exige dolo directo, entre otros, JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 412; admiten también la posibilidad del dolo eventual, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., op. cit., pp. 656 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Homicidio consentido, participación en el suicidio y eutanasia", op. cit., p. 765; y, finalmente, incluye el dolo directo y de las consecuencias necesarias pero excluye el eventual JUANATEY DORADO, CARMEN, en Javier Boix Reig (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, I, Iustel, 2010, p. 68.

(17) Ver supra, nota (6).

generadores de sufrimientos difíciles de soportar o un calidad de vida ínfima, existiendo, según algunos, consentimiento, y, según otros, petición libre y responsable de quien va a morir. Si no existiera consentimiento (y, naturalmente, en los casos en que el sujeto pasivo no pueda prestarlo, se plantea el difícil problema de quién y en qué situaciones puede hacerlo), nos hallaríamos ante un homicidio (en sentido amplio), que podría estar atenuado en ocasiones cuando el sujeto activo es motivado por móviles positivos (piedad, evitación de sufrimientos, etc.). No serán generadores de responsabilidad penal los supuestos de ortotanasia (muerte recta), si por tales se entiende (aunque el término es usado en diferentes sentidos) aquellos en que se ayuda a "bien morir", es decir, se dan al enfermo medios paliativos de sus sufrimientos que no acortan (o no se puede probar que acorten) sensiblemente su vida (es más, los médicos tienen el deber, como mínimo deontológico, pero seguramente jurídico, de procurar el alivio del enfermo, no pudiendo descartarse que, al menos en algunos casos, la negativa pueda llegar a constituir un delito de omisión de socorro).

Se distingue básicamente entre dos clases de eutanasia. Por un lado, la eutanasia pasiva es aquella en que el sujeto no produce (ni siquiera acelerándola) en modo alguno la muerte del enfermo, sino que deja que este muera, no impide esa muerte, no prolonga, pudiendo hacerlo (manteniéndola mediante medios técnicos, farmacológicos, médicos en sentido amplio, etc.), su vida. Por eutanasia activa se entiende el supuesto en que un sujeto, de una forma u otra, realiza conductas de matar (en sentido naturalístico y, al menos en la eutanasia activa directa, también en sentido jurídico, sobre el enfermo), no tratándose simplemente de dejarle morir. Se puede distinguir entre eutanasia activa directa, en la que se utilizan medios directamente encaminados a provocar la muerte del enfermo, y eutanasia activa indirecta, en la que, a consecuencia de un tratamiento paliativo del sufrimiento se produce un acortamiento relevante y constatable del tiempo de vida o, si se prefiere, una aceleración del proceso de muerte<sup>(18)</sup>.

(18) En relación a esta caracterización y clasificación de la eutanasia, que es la aceptada (aunque con matices) por la mayoría de la doctrina penal, Díez Ripollés, José L., en José L. Díez Ripollés y Juan Muñoz Sánchez (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, op.cit., pp. 514 y ss., la considera poco útil para profundizar en lo que sea la eutanasia. Sirve, a su criterio, para determinar lo que sería el "delito eutanásico", es decir, que el análisis detallado está condicionado por las características que resultan relevantes para decidir sobre la responsabilidad jurídico-penal de la persona que incide sobre

En la distinción entre eutanasia activa y pasiva y las consecuencias que conlleva, la terminología es fuente de frecuentes confusiones, incluso entre los especialistas y mucho más entre los profanos. Por ello es importante aclarar que no debe identificarse eutanasia pasiva con no hacer, ni con mera pasividad, con lo que suele entenderse como modalidad omisiva de conducta, ni la activa con comisión activa, hacer, actuar positivamente. Ésta identificación lleva a criticar la distinción entre eutanasia pasiva y activa, señalando que no suponen una diferencia sustancial en cuanto a gravedad. Sin embargo, creemos que la diferencia real existe y es material y valorativa (no meramente naturalística), y viene a coincidir con la distinción general en el derecho penal entre omisión pura o propia (incluyendo los supuestos de omisión por hacer), que se correspondería con la eutanasia pasiva, y la comisión (incluida la comisión por omisión), que se correspondería con la activa. Si bien bastantes supuestos de eutanasia pasiva se llevarán a cabo mediante abstenciones de actuar, habrá casos bastante frecuentes en que se realizarán conductas activas (por ejemplo, desconexión de un aparato previamente conectado para el tratamiento<sup>(19)</sup>) que, sin embargo, equivalgan a una mera no actuación (por ejemplo, en los casos en que el aparato que se desconecta no haya logrado mejorar en absoluto la situación del paciente ni lo logrará, situación en que la desconexión del aparato equivale a la no conexión inicial); en ellos estaremos también ante omisiones puras (lo que se conoce como omisión por hacer). Y, a la inversa, aunque la eutanasia activa se realice a menudo mediante conductas activas (por ejemplo, la administración de una inyección letal), es posible que ciertas conductas de abstención de actuar equivalgan material y valorativamente a ese hacer positivo. Simplificadamente, entre eutanasia pasiva y activa habrá la misma diferencia que entre dejar morir y matar.

la situación conflictiva intentando, correcta o incorrectamente, resolverla. Entiende que corresponde, como tarea previa, diferenciar las diversas situaciones eutanásicas y ponerlas en relación con las diferentes secuencias temporales conducentes a la muerte, a fin de recuperar la claridad y la neutralidad conceptuales en la definición de la eutanasia antes de realizar cualquier valoración jurídica. Propone una clasificación de los supuestos eutanásicos en tres grandes grupos: eutanasia terminal, paliativa y cualitativa que estructura combinando determinadas situaciones clínicas desfavorables con la secuencia temporal por medio de la cual se produce la muerte.

(19) Extensamente, sobre el carácter activo u omisivo de las conductas de desconexión, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143)*, op. cit., pp. 113/124.

### 3 | Las conductas típicas: algunas cuestiones comunes

El CP español castiga expresamente algunos actos de participación en el suicidio, no excluye de la tipicidad el homicidio consentido, y matiza la responsabilidad penal en ciertos supuestos de eutanasia.

El art. 143 CPE, último del Título I del Libro II, dedicado al “Homicidio y sus formas” —nos hallamos ante delitos contra la vida—, reza así: “1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años./ 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona./ 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte./ 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

Las figuras de los números 1 y 2 son, sin duda, formas de participación en un hecho atípico, el suicidio; en concreto se trata respectivamente de inducción y de cooperación necesaria, que han sido elevadas a la categoría de tipo autónomo por la ley. La naturaleza de la figura del número 3 resulta más discutible, pues puede sostenerse que se trata de un homicidio consentido, de una participación ejecutiva en el suicidio (en cuyo caso el homicidio consentido estaría castigado en el tipo general de homicidio del art. 168 CPE), o de ambas cosas. Finalmente, el número 4 tipifica (privilegiándolas, al menos teóricamente) algunas conductas relacionadas con la eutanasia activa<sup>(20)</sup>.

(20) Las novedades que el art. 143 CPE presenta respecto a su predecesor en el CPE 1944/73, el art. 409 de ese Código, son relevantes. Se destacan las siguientes: se excluyen claramente de la tipicidad las conductas de complicidad (cooperación no necesaria) en el suicidio, que antes encajaban literalmente en el tipo; es totalmente novedosa la referencia a las conductas relacionadas con la eutanasia recogidas en el número 4 del art. 143 CPE; respecto del resto de las conductas se observa una suavización general de las penas, especialmente en comparación con la del homicidio, pues en el CPE 1944/73 la figura (de discutida naturaleza) de



Como, sin duda, las conductas de los números 1 y 2 del art. 143 CPE tienen como referencia el suicidio, la del número 3, en alguna de las interpretaciones posibles, y parcialmente el número 4 podría también englobar casos de cooperación necesaria “eutanásica” al suicidio, conviene señalar brevemente qué se entiende por “suicidio”, a los efectos de iniciar el análisis de las conductas típicas. Aunque la cuestión es debatida desde diversos prismas, creemos que, a los efectos que aquí interesan y sin entrar en matices, hay que entender por suicidio<sup>(21)</sup> la muerte que se da a sí misma una persona determinando positivamente la muerte —si se prefiere, con dominio del hecho—, o sea, con una conducta de autoría y sin ser utilizado, a su vez, por otra persona como instrumento, pues, en este último caso, aunque en ocasiones quizá cupiera hablar de suicidio, la persona que utiliza a la víctima como instrumento será autor mediato de un homicidio y no partícipe en un suicidio (en este sentido, se puede decir que el hecho del suicida ha de ser libre y responsable<sup>(22)</sup> para que las conductas de

lo que hoy es el número 3 del art. 143 CPE se castigaba con idéntica pena a la del homicidio (reclusión menor), mientras que hoy se castiga con una pena notablemente inferior, que no se solapa siquiera con la del homicidio; las penas de la inducción y la cooperación o auxilio al suicidio eran en la anterior legislación iguales entre sí (prisión mayor) y siempre inferiores a la del auxilio ejecutivo al suicidio, mientras que hoy son diferentes, superior para la inducción (prisión de cuatro a ocho años) que para la cooperación necesaria al suicidio (prisión de dos a cinco años), aunque solapadas entre sí (de manera que puede haber supuestos de concretos de cooperación necesaria que se castiguen con pena superior que otros de inducción), y, a su vez, en ambos casos inferiores a las de la figura del art. 143.3 CPE, si bien el caso de la inducción se solapa con ella (de modo que también puede haber supuestos concretos de inducción al suicidio que resulten más penados que otros del art. 143.3 CPE). Para un análisis más detallado de la regulación anterior, ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Homicidio consentido y participación en el suicidio”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 3331/3335.

(21) De igual forma en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Homicidio consentido, participación en el suicidio y eutanasia”, op. cit., pp. 764-782, p. 765; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., op. cit., pp. 451 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN: *Disponibilidad de la propia vida*, 1999, n. 6, p. 397; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*, op. cit., p. 54; ROMEO CASABONA, CARLOS, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 98 y ss.; MÉNDEZ DE CARVALHO, GISELE: *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, op. cit., p. 223.

(22) Los criterios que la doctrina propone a fin de distinguir el comportamiento libre y responsable del que no lo es, difieren: TORIO LÓPEZ, ÁNGEL, *Homenaje a D. Ignacio Serrano y Serrano*, op. cit., p. 663, considera que no puede considerarse suicida la conducta de las personas inimputables, le sigue: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*, op. cit., p. 42; ÁLVAREZ GARCÍA, F. JAVIER (dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, op. cit., p. 97; OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, *Eutanasia y suicidio*, 2001, p. 115, al requisito de la imputabilidad, que en su opinión debe ser plena, añade que el suicida no puede ser menor de 18 años. Otro sector exige la capacidad natural de entendimiento

terceros intervinientes sean de participación en él). A ello hay que añadir la nota de que la propia muerte se realice al menos con dolo eventual<sup>(23)</sup>. Como consecuencia de esta caracterización, la participación en el suicidio se diferencia de otras figuras como el homicidio consentido o incluso a petición de la víctima, en que en éstas quien, determina positivamente la muerte —quien posee el dominio del hecho, quien es autor de la muerte, quien mata— es el tercero y no el que muere.

Todas las figuras del artículo 143 CPE requieren dolo y no es típica la comisión por imprudencia. La razón fundamental para afirmarlo es que no se tipifica expresamente la modalidad imprudente (art. 12 CPE). E incluso, si pudiera caber la duda de si algunas de las figuras del art. 143 CPE (en concreto, las que no sean de participación en el suicidio, sino de autoría de la muerte), podrían encajar en el tenor literal del art. 142 CPE, cuyo número 1 dispone que: “el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años” (o en la correspondiente falta de homicidio por imprudencia leve del art. 621.2 CPE), la propia ubicación de este artículo en el Título I del Libro II CPE, detrás de la regulación del homicidio doloso y el asesinato y antes del artículo 143 CPE indica a las claras que la comisión imprudente (si es posible) de las conductas descritas en este último artículo cae fuera del alcance del artículo 142 (y consecuentemente, también del art. 621.2) CPE y resulta atípica. Naturalmente, cabe aportar otros argumentos, como la propia naturaleza y estructura de las figuras del art. 143 CPE o el hecho de que, en los supuestos (si fueran posibles) de comisión de éstas por imprudencia grave, de aplicar el art. 142 CPE se produciría una desproporción de

o de juicio, es decir, la capacidad de comprender la trascendencia de su comportamiento: DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 187 y ss.; JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 411; ROMEO CASABONA, CARLOS, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 103; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU Y GALLEGU SOLER, JOSÉ I., *Política criminal y reforma penal*, 2007, p. 227; MÉNDEZ DE CARVALHO, GISELE: *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, op. cit., p. 233; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., p. 76. Finalmente, también y sin diferenciarse excesivamente de la posición anterior, exigen la capacidad para consentir en la lesión de bienes jurídicos, BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, *PE*, op. cit., p. 91; GONZÁLEZ RUS, JUAN J., *PE*, op. cit., p. 107.

(23) Tampoco es pacífica la doctrina en la exigencia de este requisito. Exige dolo directo: JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 412; admiten también la posibilidad del dolo eventual, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., op. cit. y, finalmente, incluye el dolo directo y de las consecuencias necesarias pero excluye el eventual JUANATEY DORADO, CARMEN, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 68.

la penalidad en comparación con la del delito doloso y, sobre todo, en la comparación entre las penas de los delitos del art. 143 CPE y el homicidio cuando fueran dolosos y cuando fueran imprudentes.

Tampoco son punibles los actos preparatorios de las figuras del art. 143. Ello resulta absolutamente claro, por no tipificarse expresamente la conspiración, proposición y provocación (ni la apología como forma de esta última)<sup>(24)</sup> para estos delitos. Sin embargo, sí consideramos punible la tentativa de los delitos del art. 143 CPE y volveremos a referirnos a esta cuestión en el apartado siguiente.

### 3.1 | La inducción y la cooperación necesaria al suicidio

En los números 1 y 2 respectivamente del art. 143 CPE se castiga la inducción y la cooperación necesaria al suicidio. Por tanto, de las tres formas de participación en sentido estricto, que expresamente conoce el CPE español en relación con la intervención en un delito (aquí se participa en un hecho atípico, el suicidio), sólo queda excluida la complicidad o cooperación no necesaria<sup>(25)</sup>. Esta selección se debe a que la ley sólo ha considerado merecedoras y necesitadas de pena las intervenciones en un suicidio que resulten de especial importancia para la producción de éste: la inducción crea en el sujeto la decisión de suicidarse, y la cooperación necesaria contribuye al suicidio “con un acto sin el cual no se habría efectuado”, si seguimos la definición de la letra b) de la segunda parte del art. 28 CPE. En definitiva, ambas conductas determinan, no del modo positivo propio de la autoría<sup>(26)</sup>, pero sí de un modo negativo, el hecho.

(24) Definidas en los arts. 17 y 18 CPE.

(25) Prevista en el art. 29 CPE: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”. Crítica radicalmente esta decisión del legislador TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*, op. cit., pp. 50 y ss., por considerar inadecuado que la frontera de la punibilidad venga marcada por la mayor o menor entidad de la colaboración aportada sin precisar previamente el legislador el concepto jurídico de suicidio.

(26) Conforme al concepto de autoría que se sustenta, v., resumidamente y entre otros muchos trabajos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Autoría”, en *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., pp. 139/153.

La inducción y la cooperación necesaria de las letras a) y b) de la segunda parte del art. 28 CPE dan lugar a un marco penal idéntico entre sí y, a su vez, idéntico al de la autoría, en concreto, para el delito consumado, la que establezca el correspondiente tipo de la Parte especial. Sin embargo, en los números 1 y 2 del art. 143, el CPE no aplica la misma lógica. Naturalmente la pena no puede ser la del autor del hecho al que se induce o coopera, pues el suicidio es atípico (y por ello se tipifican expresamente la inducción y la cooperación necesaria al mismo, que serían atípicas según las reglas generales de la participación). Pero lo llamativo es que el CPE no establece el mismo marco penal para la inducción y para la cooperación necesaria al suicidio, sino uno superior para la primera de estas figuras (art. 143.1: prisión de cuatro a ocho años, para la inducción; art. 143.2: prisión de dos a cinco años para la cooperación necesaria). Ello indica que se ha seguido la idea (minoritariamente postulada también en ocasiones en materia de participación) de que, con carácter general, la inducción supone un hecho más grave que las otras formas de participación (incluida la cooperación necesaria), precisamente por hacer nacer en el sujeto *ex novo* la decisión, en este caso, de suicidarse, poniendo en marcha una cadena causal cuyo control se deja en manos de otro (el suicida), mientras que en la cooperación, aunque sea necesaria, el acontecer que desemboca en el suicidio de la persona (y por tanto, el peligro para la vida) ya está en cierta manera en marcha<sup>(27)</sup>. No obstante, la ley ha tenido en cuenta que, aun desde esa perspectiva, puede haber cooperaciones tan importantes que influyan en el suicidio tanto o más que la propia inducción (o, más precisamente, que algunos supuestos de ella), aunque ello no suceda con carácter general; por ello, los marcos penales de las dos figuras se solapan (entre los cuatro y los cinco años de prisión) atemperando la idea de la mayor gravedad de la inducción y posibilitando cierta flexibilidad.

(27) Se pronuncian a favor de considerar más grave la inducción que la cooperación necesaria JUANATEY DORADO, CARMEN, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., pp. 70 y ss.; TOLEDANO TOLEDANO, JESÚS, *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida*, op. cit., pp. 179 y 181. En sentido contrario, critica el apartamiento en el caso de la cooperación al suicidio de las reglas generales de la participación OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, *Eutanasia y suicidio*, op. cit., pp. 129 y ss., argumentando que ha sido la imagen que históricamente se posee del inductor como auténtico autor moral o espiritual del hecho (y no su moderna concepción como forma de participación accesoria) la que ha influido en la previsión de una mayor penalidad para la instigación al suicidio.

### 3.1.1. Caracterización de la inducción

La inducción al suicidio (art. 143. 1 CPE) ha de reunir los caracteres que normalmente se predicen de la inducción al delito (salvo que, naturalmente, el suicidio no es delito). Así, ha de crear *ex novo* en la persona la decisión de suicidarse. La inducción debe producirse, en nuestra opinión, incitando a las claras, abiertamente (sentido que para nosotros posee la exigencia del carácter directo de la inducción como forma de participación en el CPE<sup>(28)</sup>), requisito que no viene expresamente recogido en el art. 143.1 CPE. Se plantea, en relación con esta característica, qué sucede cuando la inducción no es directa; así, por ejemplo, cuando a un sujeto con fuertes tendencias depresivas se le dice que padece una enfermedad incurable de la que fallecerá al cabo de un año con intensos dolores, con la intención de que se suicide, pero sin incitarle directamente a ello (y no reuniendo el supuesto los caracteres de la autoría mediata de homicidio, que se darán en algunos casos). Una primera interpretación posible sería, con un argumento sistemático *a contrario*, sostener que, como en el art. 28 CPE se menciona expresamente el carácter directo de la inducción y en el art. 143.1 CPE no, en este cabe tanto la inducción directa como la indirecta. Pero sistemática y teleológicamente resulta muy discutible establecer menores requisitos para la inducción a un hecho atípico (el suicidio) que para la inducción a un delito, por lo que creemos que esta interpretación debe ser descartada. Tampoco parece posible seguir la vía, aceptable, pero no pacífica en materia de inducción al delito, de castigarla como un acto preparatorio de proposición, puesto que no se castigan, como sabemos, los actos preparatorios de los delitos del art. 143 CPE, no constituyendo además este supuesto una proposición a un hecho del art. 143, CPE, sino a un hecho atípico, el suicidio: los casos de proposición punible se refieren siempre a la proposición a un delito y, además, su castigo ha de estar expresamente previsto por la ley (art. 17.3 CPE). La última posibilidad para castigar esta forma de inducción indirecta al delito será la de incluirla en el art. 143.2 CPE (con un marco penal menos severo, aunque solapado con el de la inducción del número 1 del mismo artículo) como cooperación necesaria al suicidio, pero sólo en los casos en que concurra el requisito de ser necesaria, cosa que no tiene por qué suceder siempre (cuando así no sea, la inducción indirecta al suicidio será impune por atípica).

(28) Ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Inducción", *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., pp. 826/831.

De este modo se consigue seguramente una solución flexible, que permite el castigo de los casos más graves de inducción indirecta, si bien teniendo en cuenta las diferencias de intensidad de la influencia en la resolución de suicidarse en comparación con la inducción directa (que normalmente estará más penada, salvo casos excepcionales que podrán reflejarse gracias al solapamiento de marcos penales anteriormente mencionado) y también comparando el grado de influencia real entre unas formas de inducción indirecta y otras (las necesarias, punibles, y las no necesarias, impunes)<sup>(29)</sup>.

La inducción al suicidio ya deja de ser tal ("por arriba"), y no se castigará por el art. 143.1 CPE, sino más gravemente, en aquellos casos en que, con una conducta inductora, el sujeto que induce pase a ejercitar la determinación positiva de la muerte del que se quita la vida (si se prefiere, domine positivamente el hecho), por producirse una instrumentalización de este último. Estos serán casos de autoría mediata<sup>(30)</sup> de homicidio o, en su caso, de asesinato.

### 3.1.2. Delimitación de la cooperación

Para que resulte punible, la cooperación al suicidio ha de ser necesaria. Aunque la terminología del art. 143.2 ("coopere con actos necesarios") y la segunda parte del art. 28 CPE ("cooperan a su ejecución —*scil.* del hecho— con un acto sin el cual no se habría efectuado") no son coincidentes, parece claro el paralelismo de las dos figuras, que resultan idénticas, salvo en que (al margen de las peculiaridades penológicas señaladas) en la primera se coopera a un hecho atípico, el suicidio, y, en la segunda, a un hecho típicamente antijurídico (delito o falta). Por ello, parece que, con las matizaciones que procedan por esta peculiaridad, para la caracterización de la cooperación necesaria al suicidio valen los criterios que normalmente se manejan en relación con la cooperación necesaria como forma de participación en el delito.

En la cooperación al suicidio resulta, por tanto, especialmente relevante determinar si se trata de cooperación necesaria o no necesaria o complicidad, pues la no necesaria o complicidad es impune por atípica (en la teoría gene-

(29) En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., p. 768.

(30) De acuerdo a lo dispuesto en el art. 28 CPE, primera parte, *in fine*: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirve como instrumento".

ral de la participación también es importante la distinción, aunque la complicidad también es punible, pues la cooperación necesaria se castiga con la misma pena de la autoría —arts. 61 y 62 en relación con el art. 28 CPE—, mientras que la no necesaria o complicidad se castiga con la pena inferior en grado a la que corresponde a la autoría —art. 63 en relación con el art. 29 CPE; se ha de tener en todo caso en cuenta la excepción del art. 64 CPE—. Los criterios para distinguir cooperación necesaria y complicidad vienen a coincidir en nuestro caso con los que generalmente se utilizan en la distinción; entre ellos, nos inclinamos por utilizar una combinación (en todo caso abierta y con detalles que aquí no se pueden matizar) de la teoría de los bienes y actividades escasos y del dominio funcional del hecho, sacado este último criterio (que supone un dominio meramente negativo) del ámbito de la autoría (que requiere, en nuestra opinión, dominio positivo) y llevado al terreno de la distinción entre dos formas de participación<sup>(31)</sup>.

Además de los supuestos de cooperación no necesaria o complicidad, que son atípicos, quedan también fuera del alcance del art. 143.2 CPE aquellos casos de cooperación al suicidio que, aun siendo necesaria, reúnen los requisitos exigidos por el número 4 del art. 143 CPE, donde se sancionan de modo más benigno algunas “conductas eutanásicas”.

Si la frontera inferior de la cooperación necesaria al suicidio del art. 143.2 CPE viene marcada por los actos de cooperación necesaria “eutanásica” al suicidio (más levemente penados) y por la cooperación no necesaria o complicidad al suicidio (impune), la superior vendría constituida por los supuestos de inducción (directa) al suicidio que podrían considerarse también “actos necesarios”, pero que revisten una especial configuración y están sancionados (en general con pena más severa) en el número 1 del art. 143 CPE, pero también y sobre todo (pues con la inducción se plantean menores problemas de delimitación) con los supuestos de autoría (de la clase que sea) de la muerte, es decir, de autoría de homicidio o, en su

(31) Ver una explicación más detallada en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Cooperación necesaria y complicidad”, en *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., pp. 311/318. Ampliamente sobre la figura de la cooperación necesaria, su distinción de la coautoría y de la complicidad o cooperación no necesaria, y defendiendo la conveniencia de su mantenimiento, aunque con otra formulación, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, en *Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Comares, Granada, 2002, pp. 645/669, publicado en Argentina en: *Revista de Derecho Penal 2005-2. Autoría y participación – II*, Buenos Aires, pp. 125/160.

caso, asesinato. Los criterios para decidir si estamos ante un supuesto de autoría son los manejados con carácter general en la teoría de la autoría y la participación, siendo, en nuestra opinión, el más correcto el de la determinación positiva (o dominio positivo) del hecho<sup>(32)</sup>.

### 3.1.3. Relevancia de la conducta omisiva en la cooperación

Se discute si cabe cooperación omisiva al suicidio, existiendo diversas opiniones<sup>(33)</sup>. Creemos que la solución no debe diferir de la general que se mantenga para determinar cuándo existe participación por omisión, entendemos que tanto la doctrina mayoritaria de la posición de garante, como la que compartimos<sup>(34)</sup> de que la omisión equivale a la acción positiva cuando es la propia omisión la que crea o aumenta (o hace que un riesgo controlado deje de estarlo) de forma decisiva o determinante el riesgo para el bien jurídico piensan en los supuestos de autoría; por tanto, de producirse lo anterior, estaríamos ante un supuesto de autoría de homicidio. En realidad, tanto para la autoría como para la participación, lo que tiene que suceder es que la omisión equivalga materialmente, desde un punto de vista normativo, a la comisión positiva. En la participación por omisión, ello significa que ésta ha de suponer un favorecimiento, un levantamiento

(32) Ver resumidamente, entre otros muchos trabajos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., pp. 145 y ss.

(33) Admiten las formas omisivas de cooperación: MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, op. cit., pp. 64 y ss.; JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 414; CARBONELL MATEU, JUAN C., en Tomás Vives Antón y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 101; GÓMEZ RIVERO, CARMEN, "La intervención omisiva en el suicidio de un tercero", en *Actualidad Penal* 45, 1998, p. 902; OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, *Eutanasia y suicidio*, op. cit., p. 140; JUANATEY DORADO, CARMEN, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., pp. 71 y ss. Otro sector propugna la atipicidad de las formas omisivas en la actual redacción del CPE con un argumento de orden gramatical, atendiendo a que el precepto tipifica expresamente tan sólo la conducta del tercero que coopere a través de actos necesarios al suicidio de una persona (art. 143.2) y la del que causa o coopera *activamente* con actos necesarios y directos a la muerte de otro en los supuestos de homicidio eutanásico (art. 143.4) y también atendiendo a la propia coherencia interna del precepto: DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 217; ROMEO CASABONA, CARLOS, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 105; entiende que el reconocimiento constitucional de la disponibilidad de la propia vida por uno mismo comporta ya la inexistencia o desaparición de la posición de garante por parte de terceros, cuando el interesado ha manifestado a esos terceros la decisión en ese sentido.

(34) Más ampliamente en LUZÓN PEÑA, DIEGO M., "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS", en: Diego M. Luzón Peña, *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 225/249.



de obstáculos (no una mera no interposición de éstos) a la comisión del hecho (un hecho atípico, el suicidio) por el autor. Así, es difícil encontrar supuestos de cooperación por omisión al suicidio, máxime cuando, para que ésta sea punible, ha de tratarse de cooperación necesaria.

Podría pensarse en castigar al que no impide el suicidio como autor de un delito de omisión de socorro, pero, en los casos de suicidio libre y responsable que aquí nos interesan, va a faltar el requisito de que el suicida sea una persona desamparada, por lo que la omisión será impune<sup>(35)</sup>. Si se impide el suicidio, sin embargo, el posible delito de coacciones que podría parecer cometido, estaría justificado por estado de necesidad. Y, aunque tampoco esto se aceptara, en los casos normales las reglas del error conducirían igualmente a la impunidad del que evita el suicidio<sup>(36)</sup>.

Si una persona induce al suicidio de otra y además coopera de manera necesaria en él, sólo será castigado, por regla general, como inductor (art. 143.1 CPE), debiendo considerarse la cooperación necesaria como un acto posterior copenado o impune. Si quien induce al suicidio o coopera necesariamente en él realiza además una de las conductas del art. 143.3 CPE, la calificación por este último delito será siempre preferente a la de cooperador necesario en el suicidio y, en principio, también a la del inductor de este. Pero, dado el solapamiento de penas que se produce entre los números 1 y 2, por un lado, y 1 y 3, por otro, del art. 143 CPE, puede suceder que en el caso concreto el acto de cooperación necesaria se considere más grave que el de inducción o que éste resulte más grave que el encuadrable en el número 3 del artículo; en tales casos, habrá que optar por la calificación que implique mayor gravedad de la conducta (y, por tanto, de la pena)<sup>(37)</sup>.

(35) En igual sentido, JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 414. De opinión contraria: MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, op. cit., p. 66; OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, *Eutanasia y suicidio*, op. cit., p. 145, quien sostiene que si se concibe al suicidio (como efectivamente hace) como un acto que, por regla general, puede considerarse como un comportamiento psíquicamente patológico y producto de un grave conflicto emocional interno, entonces cabrá defender también para estos casos la presencia de un deber genérico de auxilio y la correlativa responsabilidad por el art. 195 CPE si se infringe el mismo, circunstancia que correlativamente obliga a negar la responsabilidad criminal por el delito o falta de coacciones, por parte de quien impide al suicida la causación de su propia muerte.

(36) Ver un tratamiento detallado de las distintas alternativas en MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, op. cit., pp. 257/267.

(37) En este sentido, ya en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., pp. 769 y ss.

### 3.1.4. El resultado “muerte” del suicida y la tentativa

En cuanto al papel que desempeña la muerte del suicida en estos delitos, la doctrina se halla dividida. Un grupo minoritario cree que la muerte no desempeña papel alguno y que el delito se consuma cuando se induce o coopera, con independencia de que el sujeto logre matarse o al menos lo intente. La doctrina mayoritaria<sup>(38)</sup> y la jurisprudencia<sup>(39)</sup> dan, sin embargo, relevancia a la muerte (o al intento) del suicida. Consideramos acertada esta segunda posición, por diversas razones, entre las que destacaremos que el adelanto de la consumación a fases previas a la producción del resultado (en los delitos de resultado) es excepcional en el CPE; que, para que la participación sea punible como tal (con carácter general), es necesario que el autor dé comienzo a la ejecución del hecho; y que, de seguirse la otra postura, resultaría penada la inducción o cooperación necesaria a un suicidio ni siquiera intentado, mientras que la cooperación necesaria a un homicidio ni siquiera intentado será impune (salvo que constituya algún caso de conspiración) y la inducción a un homicidio intentado sólo podrá castigarse como proposición (para quienes lo admiten)<sup>(40)</sup>; y, además, la inducción a un suicidio meramente intentado podría llegar a castigarse, en algunos casos, con pena superior (prisión de cuatro a ocho años) a la que corresponde a la inducción a un homicidio que queda en grado de tentativa (la inferior en uno o dos grados a la del delito consumado, dependiendo de ciertas circunstancias —art. 62 CPE—, o sea, prisión de cinco a diez años si se rebaja la pena en un grado, pero prisión de dos años y seis meses a cinco años si se rebaja en dos).

Pero también esta posición mayoritaria se divide a la hora de considerar la naturaleza de la muerte: para unos se trata de una condición objetiva de punibilidad<sup>(41)</sup>, por lo que no necesitaría ser abarcada por el dolo del

(38) V. por muchos, DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 199; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, op. cit., pp. 64 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*, op. cit., pp. 54 y ss.

(39) Un análisis de la escasa jurisprudencia existente acerca de las conductas relacionadas con el suicidio, en TOLEDANO TOLEDANO, JESÚS, *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida*, op. cit., pp. 230/243.

(40) Más detalladamente en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Conspiración, proposición y provocación”, en *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., pp. 299/310; BARBER BURUSCO, SOLEDAD, *Los actos preparatorios del delito*, Granada, Comares, 2004, pp. 201 ss.

(41) TORIO LÓPEZ, ÁNGEL, *Homenaje a D. Ignacio Serrano y Serrano*, op. cit., pp. 653 y ss.; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO Y SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Madrid, Dykinson, 2011, p. 52.

partícipe en el suicidio y por lo que, si no se da, excluiría totalmente la punibilidad de la conducta, aun cuando el suicidio se hubiera intentado. Para otro sector doctrinal, en nuestra opinión más acertado (pues la conducta inductora o auxiliadora tiene influencia en la muerte y los elementos del tipo se refieren a menudo a hechos no prohibidos, como es en este caso el suicidio, para describir la conducta penalmente prohibida), la muerte del suicida es un elemento típico del delito y, como tal, ha de ser abarcado por el dolo del inductor o auxiliador y, de no producirse, pero haberse intentado el suicidio, daría lugar a responsabilidad del inductor o auxiliador por tentativa del delito del correspondiente número del art. 143 CPE<sup>(42)</sup>.

### 3.1.5. Participación en la inducción y en la cooperación al suicidio

Consideramos que cabe participación punible<sup>(43)</sup> (siempre que sea dolosa y reúna ciertas características) en la inducción o la cooperación necesaria al suicidio, lo que se puede fundamentar, al menos, de dos modos. Una primera fundamentación aduciría que en los números 1 y 2 del art. 143 CPE nos hallamos ante formas de participación convertidas en tipo autónomo o, si se quiere, de autoría, aplicándose por tanto las reglas generales de la

(42) La admisibilidad de la tentativa se encuentra debatida, no sólo por quienes entienden que la muerte es una condición objetiva de punibilidad, sino también por quienes acudiendo a argumentos teleológicos y político-criminales sostienen que la excepcionalidad que supone el castigo autónomo de actos de participación en un hecho principal impune debe compensarse con una interpretación estricta del ámbito de la punición respecto de unas conductas que no son más que participación en el ejercicio del libre desarrollo personal del autor principal: DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, "La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal", op. cit., pp. 92/94. Estima admisible sólo la tentativa acabada JUANATEY DORADO, CARMEN, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 70; para Díez RIPOLLÉS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 211, razones teleológicas permiten concluir la impunidad de la tentativa acabada e inacabada de inducción al suicidio. Admiten la punibilidad de la tentativa tanto en los supuestos de inducción como de cooperación ROMEO CASABONA, CARLOS, *Los delitos contra la vida*, op. cit., p. 117; JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 415, CARBONELL MATEU, JUAN C., *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 94; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, op. cit., p. 68. TOLEDANO TOLEDANO, JESÚS, *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida*, op. cit., pp. 180 y ss.

(43) También, como en las formas imperfectas de ejecución, la admisibilidad de la participación se discute, resultando rechazada por un amplio sector; así, por ejemplo, para Díez RIPOLLÉS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 212, razones teleológicas similares a las que le conducen a descartar el castigo de la tentativa: la naturaleza excepcional del castigo autónomo de formas de participación, unida a que tales participaciones acaban en una contribución a un hecho vinculado al ejercicio por uno mismo del derecho a la disponibilidad de la propia vida, aconsejan hacer una interpretación restrictiva y declarar la impunidad.

participación a quienes intervienen en el hecho del inductor o cooperador necesario al suicidio. Esta primera solución supondría que, en principio, sería punible (aunque con la pena inferior en grado a la del inductor o el cooperador necesario —art. 63 CPE—) incluso la complicidad con el inductor o cooperador necesario al suicidio, y que la pena del partícipe dependerá de si colabora con un inductor o con un cooperador necesario y no de la influencia de su colaboración en el propio suicidio.

Todo ello se podría sostener sobre la base de que el fundamento del castigo del partícipe es el fomento del hecho principal delictivo, o sea, (desde esta perspectiva) el hecho de inducción o cooperación necesaria al suicidio. Pero, aun así, entendemos que el castigo de la participación en el suicidio constituye un supuesto especial que ni es idéntico a otras formas de participación (pues no lo es en un hecho típico) ni tampoco a las de autoría (porque su *modus operandi* es el de la participación); en definitiva, la finalidad de la ley parece ser castigar ciertas formas especialmente graves (y dependiendo además de su influencia en la decisión del suicida) de fomento de un hecho atípico como es el suicidio, y el castigo de la participación en esas formas de fomento no debería suponer la ampliación de la punición a supuestos que, en definitiva, no suponen a su vez el mismo grado de fomento del suicidio que las primeras. Es decir que la excepcionalidad del supuesto da a entender que lo fundamental es la influencia de cualquier conducta en el suicidio para determinar su castigo o impunidad. Por ello entendemos que, incluso desde la primera argumentación que hemos visto, se debería realizar una interpretación restrictiva que excluyera de la punición las formas de complicidad (cooperación no necesaria) con el inductor o el cooperador necesario en el suicidio. Sin embargo, otra posibilidad interpretativa en el sentido de excluir del castigo toda forma de participación en la inducción o cooperación necesaria en el suicidio tampoco nos parece convincente, pues dejaría impunes algunas intervenciones de influencia decisiva (aunque no directamente ejercidas sobre el suicida) en el suicidio.

Por todo lo dicho, nos parece preferible una segunda vía de fundamentación de la punibilidad de ciertas formas de participación en la inducción y la cooperación necesaria al suicidio: esas formas de participación sólo serán punibles en cuanto a su vez constituyan inducción (cosa difícil, si no imposible de imaginar) o cooperación necesaria al suicidio (en definitiva, se está aplicando la idea de que la participación en cadena debe castigar-

se en cuanto participación en el hecho principal y no en el del partícipe, si bien es verdad que aquí, si se identifica el “hecho principal” con el suicidio, estaríamos llamando hecho principal a un hecho atípico; pero, pese a todo, se puede decir que el suicidio es el hecho central en estos delitos en tanto en cuanto es el suicida el que domina o determina el suceso). De este modo se atiende mejor al *telos* de la ley cuando castiga la participación en el suicidio, quedando excluida la punición de la complicidad con el inductor o el cooperador necesario (que, a lo sumo, constituirá complicidad —impune— en el suicidio). Por otro lado, como no parece posible pensar en conductas que supongan inducción al suicidio, las formas de participación en la inducción o la cooperación necesaria al suicidio se castigarán, cuando resulten necesarias para el suicidio, a través del art. 143.2 CPE, que prevé una pena inferior (salvo excepciones en el caso concreto) a la del art. 143.1 (esto es importante, pues, por ejemplo, la inducción a la inducción al suicidio no se castigará como inducción al suicidio —en la primera fundamentación vista al inductor del inductor al suicidio le correspondía un marco penal igual al de éste—, sino como cooperación necesaria a él, y, por tanto, con una pena inferior a la del inductor al suicidio)<sup>(44)</sup>.

### 3.2 | El homicidio consentido y la cooperación ejecutiva al suicidio

El inciso 3 del art. 143 dispone que: “Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte”<sup>(45)</sup>. La palabra “cooperación”, empleada en el texto legal, evoca la idea de participación y, sobre todo, parece que hay que relacionarla con

(44) En este sentido, ya puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., pp. 771 y ss.

(45) El precedente inmediato en la legislación española de este precepto es el párrafo final del art. 409 CPE 1944/73. Un sector importante entendía que la figura, denominada también homicidio-suicidio, contenida en este precepto era la del homicidio consentido, que la ley castigaba con la misma pena que el homicidio, aunque suponía un privilegio (por la existencia de consentimiento) frente a los tipos más graves del hoy inexistente parricidio y del asesinato. Otro sector sostenía que seguía habiendo suicidio y una intervención especialmente grave en él (casos de dominio compartido entre el suicida y el interviniente, o, casos de cooperación ejecutiva al suicidio, ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., p. 3332). En cualquier caso, la polémica no tenía excesiva trascendencia práctica, al castigarse la figura con la misma pena del homicidio.

la utilizada en el número 2 del mismo art. 143 que habla del “que coopere con actos necesarios *al suicidio* de otra persona”. Por lo tanto, tendría que haber suicidio, es decir, que el autor de la muerte fuera la propia persona que va a morir (y el mero consentir su muerte no supone, en nuestra opinión, autoría de la misma y suicidio)<sup>(46)</sup>, siendo partícipe en ella el cooperador ejecutivo (y pudiendo incluirse en el art. 143.3 también al tercero que compartiera el dominio del hecho con el suicida en este precepto, pues, aunque encajaría en la coautoría de un homicidio consentido, también supondría cooperación ejecutiva en la conducta del suicida, resolviéndose el concurso de leyes o de normas a favor de esta última calificación). Incluso podría sostenerse que el art. 143.3 es un subtipo más grave que el del art. 143.2; este castigaría la cooperación necesaria al suicidio y aquel —más gravemente— la cooperación necesaria al suicidio prestada mediante actos ejecutivos. El homicidio consentido se castigaría como homicidio en el art. 138 CPE, teniendo la existencia de consentimiento probablemente la virtualidad fundamental de excluir (al menos en la mayoría de los casos) la aplicación del tipo más grave de asesinato (pudiendo apreciarse en su caso circunstancias modificativas genéricas). A toda esta argumentación podría oponérsele que en el vigente CPE la cooperación ejecutiva no se menciona como forma general de participación en los arts. 28 o 29 (al contrario de lo que, para un sector doctrinal, sucedía en el anterior CPE, cuyo art. 14.1 la recogía). Se argumentaría que se inventa una forma de participación, inexistente en el CPE, para explicar esta figura del art. 143.3 CPE. Pero esta consideración carece de peso, pues que el CPE no se refiera a la cooperación ejecutiva específicamente en los preceptos generales sobre autoría y participación no hace que la misma desaparezca de la realidad como una forma más de cooperación (seguramente siempre necesaria) de aquella a la que el CPE sí se refiere en esos preceptos. Y es perfectamente posible (aunque pueda no compartirse la idea) que en materia de participación en el suicidio el CPE distinga, a la hora de castigar con menor o mayor severidad, entre diversas formas de cooperación (necesaria no ejecutiva y ejecutiva), aunque no lo haga en los preceptos generales relativos a la participación en el delito, del mismo modo que en ellos iguala la pena de la inducción y la cooperación necesaria y no lo hace en el caso de la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, o del mismo modo que

(46) Aunque, como ya hemos expresado, otro sector de la doctrina define el suicidio de forma diferente, ver en el texto, apartado II.

considera punible con carácter general la complicidad al delito e impone la complicidad al suicidio<sup>(47)</sup>.

Pero, si la anterior fuera la única posibilidad interpretativa, se producirían importantes consecuencias prácticas. El art. 143.3 CPE prevé una pena de prisión de seis a diez años, mientras que el art. 138 CPE establece para el homicidio (donde encajaría el consentido) una pena de prisión de diez a quince años. Quizá podría sostenerse que la presencia del consentimiento conducirá en la práctica a la imposición del mínimo de esta pena y, por tanto, la diferencia no sería tan grande; pero, aparte de que la pena sigue siendo muy diferente (el límite mínimo del art. 143.3 CPE es de seis años), la referencia a la imposición del mínimo en la práctica es insegura. Como la cuestión de qué es lo que se castiga en el art. 143.3 CPE es muy discutida<sup>(48)</sup> y no está claro que el homicidio consentido resulte merecedor de una pena mucho más severa que la cooperación ejecutiva al suicidio, conviene indagar la posibilidad interpretativa de incluir en el art. 143.3 CPE el homicidio consentido.

Desde luego, el tenor literal no facilita esa interpretación, si bien se podría intentar leer ampliamente la palabra “cooperación” e incluso “suicidio” (palabra que, por otro lado, no se emplea en el número 3 del art. 143 CPE, aunque hay una bastante clara referencia a su uso en el número anterior), teniendo en cuenta que se trata de una interpretación *pro libertate*, que favorece a los posibles autores de homicidios consentidos. Pero es que, además, existe un argumento sistemático que favorece esa interpretación: el número 4 del art. 143 CPE, referente a ciertas conductas eutanásicas, pese a sus defectos de redacción parece claramente referirse a supuestos de homicidio eutanásico (eutanasia activa directa), junto a otros de cooperación necesaria, y hace referencia expresa, al establecer la pena, a los números 2 y 3 del mismo artículo, es decir, también al que ahora analizamos. Podría argumentarse que se trata de una mera referencia penológica y no de que la propia ley parte (en el número 4) de la idea de que en el número 3 se contienen homicidios consentidos (aunque probablemente lo hace); pero, aun así, resultaría extraño desde un punto de vista valorativo

(47) En este sentido, ya puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., p. 773.

(48) Ver una exposición del debate en: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143)*, op. cit., pp. 91/100.

que la ley entienda que es mucho más grave un homicidio consentido (art. 138 CPE) que una cooperación ejecutiva en un suicidio (art. 143.3 CPE) y, sin embargo los iguale cuando se dan las condiciones (propias de la eutanasia) del art. 143.4 CPE (que, sin embargo, sigue distinguiéndolos de los actos de cooperación necesaria).

En consecuencia, dadas las dudas interpretativas que suscita el art. 143.3 CPE y los argumentos que se acaban de exponer, parece preferible, pese a las dificultades que plantea su tenor literal, optar por una interpretación más benigna que incluya en él el homicidio consentido<sup>(49)</sup>, aunque también la cooperación ejecutiva al suicidio<sup>(50)</sup> (que, de no aceptarse su inclusión aquí, habría que entender comprendida en el número 2 del artículo que nos ocupa). Quedan entonces incluidos en ese precepto los supuestos de dominio compartido o conjunto (o, en nuestra terminología, determinación compartida o conjunta) del hecho entre el tercero y el suicida y los supuestos de homicidio a petición de la víctima, siempre y cuando, en estos y en los demás casos de homicidio consentido y cooperación ejecutiva al suicidio, no concurren las características propias de la eutanasia que recoge el art. 143.4 CPE<sup>(51)</sup>.

(49) Considera que no estamos ante una modalidad de homicidio consentido JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 415. En el sentido de incluir el homicidio consentido, pero sólo este supuesto, se pronuncia DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 196 y ss., quien sostiene que lo que da unidad al art. 143 es el concepto suicida, implícito en todos los párrafos, pero no la noción de suicidio que sólo está presente en el art. 143. 1 y 3. GONZÁLEZ RUS, JUAN J., *PE*, op. cit., p. 101, considera incluido el homicidio solicitado o a petición; NÚÑEZ PAZ, MIGUEL Á., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 385 y ss; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143)*, op. cit., p. 100; ROMEO CASABONA, CARLOS, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 113, considera que el inciso acoge hipótesis diversas y dogmáticamente apenas compatibles entre sí. Se superpone y sucede temporalmente en la cooperación ejecutiva al suicidio un complejo entramado de verdaderos elementos de autoría —y, ocasionalmente, de coautoría— y de participación. Considera relevante retener que la acción típica del art. 143.3 se enmarca en el suicidio de otro, y el suicida se pone en manos del ejecutor para que dé cumplimiento a su designio de quitarse la vida. ÁLVAREZ GARCÍA, F. JAMIER (dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, op. cit., p. 100, afirma que este precepto recoge un supuesto de homicidio atendiendo, fundamentalmente, a que la sanción prevista claramente se aleja de la que amenaza a la cooperación.

(50) Incluye solamente la cooperación ejecutiva al suicidio MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, op. cit., p. 68, pero no efectúa mayores precisiones.

(51) En este sentido, ya puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., p. 774.



Por lo demás, la inclusión del homicidio consentido en el número 3 del art. 143 CPE (en vez de en el 138), podría tener relevancia en cuanto a determinar si ese homicidio consentido es susceptible de encubrimiento o favorecimiento personal del art. 451.3º a) CPE.

### 3.3 | La eutanasia

El CPE establece en su art. 143.4 que: “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

Requisito esencial es la situación de enfermedad que se señala (y que se aproxima bastante a la descripción general de la situación propia de la eutanasia antes realizada) y la existencia de una petición expresa, seria e inequívoca del que quiere morir (que deberá desde luego poseer una capacidad suficiente para realizarla). La gravedad de la enfermedad y de los padecimientos permanentes y la dificultad de soportarlos suponen conceptos bastante indeterminados, en los que habrá que tener en cuenta ciertos estándares y dictámenes concretos médicos, no olvidando que el dolor y la capacidad de soportarlo son en buena medida subjetivos (aunque parece claro que el CPE no pretende una subjetivización total de esos conceptos). Por tanto, se produce cierta inseguridad, pero la finalidad de la ley parece ser restringir bastante los supuestos<sup>(52)</sup>.

La exigencia de que la petición sea expresa e inequívoca es restrictiva<sup>(53)</sup>; quizá hubiera sido suficiente con exigir lo segundo (además de que sea se-

(52) Críticos con la imprecisión de los términos empleados por el legislador pueden encontrarse en: JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 418; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., p. 776. Por el contrario, BARQUÍN SANZ, JESÚS, “La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro”, en *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada, Comares, 2001, pp. 155 y ss., la considera un acierto, atendiendo a la variedad de supuestos en los que el sufrimiento de una persona impedida puede resultar insostenible para ella misma, es incompatible con el empleo de una fórmula cerrada en su regulación.

(53) Valora positivamente que se añadan cautelas especiales a la exigencia del consentimiento, BARQUÍN SANZ, JESÚS, “La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro”, op. cit., p. 172.

ria y emitida por persona capaz), pues si una petición es inequívoca no se ve qué importancia tiene que sea expresa; en cualquier caso, se muestra aquí el celo —para algunos “recelo”— del legislador por evitar el privilegio en situaciones de duda en una cuestión muy delicada y que puede prestarse a abusos.

La redacción del precepto es poco clara porque admite diversas interpretaciones: dado que “causare” puede referirse a la realización de la muerte como autor (aunque en puridad también otros intervinientes, partícipes causan), el adjetivo los “actos necesarios” parece claramente referido sólo a la cooperación, pareciendo por tanto que también el “directos” está sólo referido a ésta, sin entenderse muy bien su sentido (¿sólo actos ejecutivos?, ¿inmediatos?)<sup>(54)</sup>. La expresión “activamente”, que podría ir referida tanto a la conducta de causar como a la de cooperar, podría interpretarse como exclusión de las conductas omisivas, también las de comisión por omisión (y sin abarcar las de omisión por hacer). Probablemente esta falta de claridad se deriva de la adopción por el CPE (eso sí, sin hablar abiertamente de eutanasia) de la terminología comúnmente empleada en la clasificación de la eutanasia, a cuyo carácter equívoco ya hemos aludido anteriormente.

Por ello, en una interpretación teleológica que nos parece la más sensata posible y, en este caso casi coincidente con la voluntad del legislador histórico, conviene interpretar que con la introducción del adverbio “activamente” se ha querido excluir de este tipo el castigo de la eutanasia pasiva (en la cual han de incluirse también los supuestos de omisión por hacer) y abarcar los de eutanasia activa (en los que deberían incluirse posibles supuestos de comisión por omisión). Ello es además un claro indicio de que el CPE se pronuncia por la impunidad de la eutanasia pasiva; está claro que no deja fuera de este precepto esa forma de eutanasia para excluirla del privilegio (resultaría absurdo), aunque tampoco se pronuncia expresamente sobre si esa modalidad de eutanasia podría constituir omisión de socorro (art. 195 CPE), si bien en una eutanasia pasiva faltará el elemento típico de tratarse de una persona desamparada. Siguiendo esta línea de

(54) CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Autonomía personal*, 2010, p. 313, considera que la exigencia podría estar relacionada con los problemas político-criminales que suscita la prueba de la existencia de un consentimiento en estos supuestos, pareciendo que debe entenderse que el legislador trata de obligar al titular del derecho a que ejercite personalmente su derecho a disponer de él, sin que pueda trasladar la decisión última a un tercero.

interpretación, el adjetivo “directos” seguramente intenta dejar fuera del ámbito del derecho penal la eutanasia activa indirecta, que también resultaría atípica (no nos pronunciamos sobre la cuestión de la posible responsabilidad —tampoco sobre su índole— que pudiera generar la negativa de un tratamiento paliativo cuando se acorta sensiblemente la vida). Por tanto, de una forma algo enrevesada y confusa, en sus resultados de impunidad de la eutanasia pasiva y la activa indirecta viene a coincidir con la interpretación propugnada cuando en la legislación española no se había incorporado aún este precepto<sup>(55)</sup>.

El privilegio que supone (por tratarse de casos relacionados con la eutanasia) el art. 143.4 CPE se extiende a dos supuestos. El primero es el de la causación de la muerte, que parece ir referido al homicidio a petición (en las condiciones vistas) —los supuestos claros de eutanasia activa directa—, aunque, si la cooperación ejecutiva en el suicidio (como algo distinto al homicidio consentido) se entiende incluida en el número 3 del art. 143 CPE, también alcanzaría a ésta, cuando se realice a petición de la víctima y en las condiciones que conocemos. En estos casos corresponderá la pena inferior en uno (prisión de tres a seis años) o dos (prisión de un año y seis meses a tres años; en este caso, cuando la pena resulte inferior a dos años, podrá plantearse la suspensión de su ejecución) grados a la señalada en el art. 143.3 CPE, sin que se apunten criterios específicos para decidir el *quantum* de la rebaja.

El segundo supuesto es el de la cooperación necesaria a petición. El texto del precepto no aclara si se refiere a la cooperación necesaria en un suicidio (en que se da la situación eutanásica vista) a petición del suicida o a la cooperación necesaria con quien realiza la eutanasia activa, aunque la remisión al fijar la pena al número 2 del art. 143 CPE parece apuntar más a la primera situación. No obstante, creemos que debe entenderse comprendida también la segunda, dado el carácter amplio de la redacción legal (“cooperar con actos necesarios (...) a la muerte de otro”); de lo contrario, el cooperador necesario con quien practica la eutanasia activa directa debería responder, según las reglas generales, con la misma pena que este, es decir, con la inferior en uno o dos grados a la del art. 143.3 CPE (y no, como consideramos preferible, con la inferior en uno o dos grados a la del

(55) Ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., p. 3335.

143.2 CPE). Aunque sólo fuera por lo dudoso de la cuestión (aunque también por razones de la teleología del precepto), creemos que debería optarse por la solución más benigna señalada. La pena correspondiente es la inferior en uno (prisión de uno a dos años) o dos (prisión de seis meses a un año) grados a la del número 2 del art. 143 CPE, sin que tampoco se expresen criterios específicos para determinar la rebaja. En este supuesto es especialmente importante la posibilidad de suspender la ejecución de la pena o, cuando no exceda de un año, la de sustituirla por otra.

En cuanto a la complicidad (cooperación no necesaria) a petición (y en las condiciones señaladas) en un suicidio, no cabe duda de su atipicidad, pues, aparte de no mencionarse en el número 4 que analizamos, sabemos que la complicidad en el suicidio, aun sin los requisitos del tipo privilegiado, es atípica. Se podría plantear si esta atipicidad alcanza también al cómplice de quien practica como autor una eutanasia activa directa (a petición y con todos los requisitos conocidos). Aunque podría apoyarse con algún argumento su responsabilidad conforme a las normas generales (es decir, pena inferior en un grado a la del autor, que a su vez es inferior en uno o dos grados a la del art. 143.3 CPE), el *telos* del precepto analizado y, en general, de todo el art. 143 CPE nos inclina a interpretar que la complicidad en este caso resulta impune. Esta solución es además la única sistemática y valorativamente coherente con la también realizada de que la cooperación necesaria a que se refiere el tipo privilegiado es también la cooperación necesaria con el autor del homicidio eutanásico a petición, pues, de lo contrario, al cómplice le correspondería una pena superior a la de este cooperador necesario.

Sin embargo, no es impune, sino que simplemente no le alcanza el privilegio del art. 143.4 CPE y será castigada conforme al número 1 de ese artículo, la inducción al suicidio de una persona que se encuentre en la situación de enfermedad y padecimiento descrita en el tipo privilegiado, pues la inducción al suicidio es incompatible con la petición del que quiere morir y, en todo caso, la ley no privilegia ninguna conducta que haga surgir en el enfermo la decisión de morir (matándose o matándolo un tercero). Distinta es la cuestión de la responsabilidad de quien induce a un tercero a matar a un enfermo de las características vistas cuando éste lo solicita (el caso puede resultar extraño, pero no lo es tanto: un enfermo de las características vistas le pide expresa, seria e inequívocamente a un

amigo que le quite la vida o consiga que alguien se la quite; el amigo acude a un médico conocido suyo y le pide que practique la eutanasia, como efectivamente hace). En este caso, creemos que el inductor responderá según las reglas generales, es decir, con la misma pena del autor, o sea, la del tipo privilegiado, en concreto la inferior en uno o dos grados a la del art. 143.3 CPE. De este modo, le alcanza el privilegio, lo cual es lógico, pues él no ha hecho surgir en el enfermo la resolución de quitarse o que le quiten la vida; es más, cabría, forzando la argumentación, incluso una solución más generosa (aunque más dudosa) para este inductor: entender que ha actuado como cooperador necesario a petición en la muerte, con lo que, según lo dicho anteriormente, respondería con la pena inferior en uno o dos grados a la del art. 143.2 CPE. Esta pena es la que, en todo caso, corresponderá al inductor de un cooperador necesario en un suicidio o en un homicidio eutanásicos.

Entendemos que en cualquiera de los supuestos típicos del art. 143.4 cabrá apreciar además, en su caso, la atenuación en virtud de los móviles que guían al sujeto.

La técnica del art. 143.4 CPE no es, como se ha visto, demasiado depurada, se echa de menos una mayor claridad y, en este sentido, se puede criticar el precepto.

En cuanto a las consecuencias a que conduce en relación con el castigo de la eutanasia entendemos que los resultados no distan demasiado de los que se podían obtener con la anterior legislación mediante la aplicación de las figuras generales, en especial, para la eutanasia activa directa, el estado de necesidad incompleto (también coincidía el resultado de impunidad de la eutanasia pasiva y la activa indirecta)<sup>(56)</sup>. Probablemente, la contemplación expresa en el CPE de estas conductas evita la duda y el rechazo que algún autor pueda manifestar frente a las construcciones restrictivas del castigo con las categorías generales y aclara (en el sentido de que no nos encontramos ante un homicidio común y, ni siquiera, ante cualquier homicidio consentido, ni ante cualquier cooperación necesaria al suicidio) la cuestión para la jurisprudencia.

---

(56) Ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., p. 3335.

Un importante sector doctrinal considera que con la incorporación de la regulación de la eutanasia activa directa al CPE con una pena atenuada, el legislador ha adoptado una posición definitiva con respecto a la posibilidad de aplicación de una eximente completa por estado de necesidad, porque, al optar por la previsión de una mera atenuación de la pena para los supuestos de eutanasia regulados en el art. 143.4 CPE, ha querido indicar que la posibilidad de despenalización total ha quedado negativamente saldada por la nueva regulación<sup>(57)</sup>. Aun sin pronunciarnos definitivamente acerca de que pueda entenderse que la ley recoge (como afirma la mayoría de la doctrina<sup>(58)</sup>) supuestos de justificación incompleta (un caso específico de estado de necesidad incompleto), consideramos que nada impide que en supuestos excepcionales (como lo son, por otra parte, todos los que pueden terminar enmarcándose en una causa de justificación completa o incompleta), dados los requisitos típicos previstos en el art. 143.4 CPE, se presente, para el autor del hecho, un conflicto de intereses que permita justificar parcialmente o, incluso, totalmente

(57) GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Prólogo a la segunda edición del Código Penal*, 17ª, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 61 y ss., afirma que el CPE al describir expresamente supuestos eutanásicos, no para descriminalizarlos, sino para aclarar que son punibles (castigando expresamente la eutanasia activa) supone una regresión frente a la situación anterior, atendiendo al hecho de que la ciencia española había aportado argumentos muy sólidos para fundamentar que esa clase de "homicidio piadoso" era impune, sin que hasta el momento los tribunales hubieran tenido ocasión de pronunciarse sobre esa opinión doctrinal. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*, op. cit., p. 105, más contundentemente afirma que la previsión expresa de una causa de justificación incompleta en el art. 143.4 CP precluye la aplicabilidad de la causa de justificación genérica del estado de necesidad porque el legislador ya se ha planteado el específico conflicto de intereses inherente a las situaciones objeto del art. 143.4 y ha optado por resolverlo en el sentido de que no pasa por la plena justificación y la consecución de esta última merced a la apreciación de un estado de necesidad genérico supone desvirtuar la decisión expresamente adoptada por el legislador democrático. JUANATEY DORADO, CARMEN, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 74, en el mismo sentido, afirma que "el problema es que al castigar expresamente estos supuestos, el legislador impide la apreciación de la justificación de los mismos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 CP, conforme se venía propugnando por un importante sector de la doctrina española". MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, op. cit., pp. 305 y ss., recoge exhaustivamente las opiniones de estos y otros autores y también sostiene que "al menos, de *lege lata* la despenalización total ha quedado negativamente saldada por la nueva regulación".

(58) Se aleja de esta opinión ROMEO CASABONA, CARLOS, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 126. Considera que el tratamiento privilegiado de este tipo se basa sobre todo en el menor reproche de la conducta del sujeto que actúa bajo los presupuestos típicos que menciona el art. 143.4 CP.

la conducta eutanásica<sup>(59)</sup>. No es el legislador el que ha vedado la posibilidad de aplicar una causa de justificación al legislar tal y como lo hizo (esto no lo dice en ningún sitio); lo que veda esta posible aplicación es la consecuencia asignada a una interpretación doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del nuevo precepto. De generalizar la lógica contenida en esa interpretación, cada vez que el legislador privilegie una conducta respecto de la cual pudiéramos interpretar que ha efectuado una ponderación de intereses, deberíamos sostener que determinadas causas de justificación no resultan aplicables si se realizan conductas que encajen en esos preceptos. Cuestión distinta, y que resulta aceptable, es la afirmación de que si la jurisprudencia se tuviera que enfrentar con hechos que hoy deben subsumirse en el art. 143.4 CPE, de no existir este, tal vez, hubiera resuelto la cuestión aplicando una causa de justificación completa o incompleta. Entendemos que nada impide tampoco que, dadas determinadas circunstancias o condiciones en el autor del hecho, se admita la concurrencia de una inexigibilidad individual que disminuya o le exima de culpabilidad.

### 3.3.1. Algunas propuestas de regulación

De todos modos, la incorporación legislativa relativa a la eutanasia que acabamos de analizar no ha acallado el debate que (al igual que en otros muchos países) existe sobre la misma. Tanto antes como con posterioridad a la incorporación del art. 143.4 CPE se han presentado en nuestro país propuestas para despenalizar ciertos supuestos eutanásicos. Ya en el año 1993 el Grupo de Política Criminal<sup>(60)</sup> presentó una propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida, que contenía una propuesta de reforma de la Ley General de Sanidad, de la Ley de Regulación del Contrato de Seguro y del CPE 1994/73 entonces vigente, en la que, además de ciertas modificaciones relacionadas con la atenuación de la pena relacionadas

(59) Aluden a la posible aplicación de una causa de justificación: DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 244; NUÑEZ PAZ, MIGUEL Á., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 436; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, op. cit., ver también los argumentos de LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Estudios Penales*, op. cit., pp. 329 y ss., en relación a las indicaciones en el aborto.

(60) Integrado por un importante número de profesores, jueces y fiscales, ver A.A.V.V., *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Grupo de Estudios de Política Criminal, 1993.

con la inducción, la cooperación y la ejecución activa de la muerte de otro (exigiendo que quien lo solicite sea mayor de 18 años y con capacidad natural de juicio), proponía la impunidad de la muerte de otro por parte de un médico o de cualquier otra persona bajo su dirección, dadas ciertas condiciones<sup>(61)</sup>.

También con posterioridad a la entrada en vigor del CPE, de 1995, se han seguido efectuando propuestas que resulta imposible detallar en este espacio. Entre las que más concreción han alcanzado se encuentra la de una conocida autora<sup>(62)</sup> que propone, entre otras modificaciones<sup>(63)</sup>, el mantenimiento de la vigencia del art. 143.4 CPE, introduciendo la referencia a los documentos de voluntades anticipadas y la creación de un nuevo apartado en el que se prevea expresamente la permisión de la eutanasia en sus tres modalidades, activa, activa indirecta y pasiva, incluso sin concurrir la petición seria y expresa ni el documento de voluntades anticipadas, siempre que se lleve a efecto tras haberse cumplido con un procedimiento en el que se valore cuál es el mejor interés del paciente. En este procedimiento propone que intervengan dos facultativos, uno, el responsable del paciente, y otro que no lo haya tratado, así como los familiares y el Comité de ética del hospital, pudiendo requerirse incluso una resolución judicial para casos dudosos. Opta por incluir la eutanasia pasiva porque, cuando el paciente no puede consentir, incluso esa modalidad debe ser objeto de una decisión consensuada. De esta forma considera que, además, se disminuye la carga emocional que para el responsable del tratamiento supone una decisión de esta naturaleza.

(61) Que medie la solicitud expresa, libre y seria de una persona mayor de 18 años que tenga capacidad natural de juicio, siempre que esta padezca graves sufrimientos no evitables ni notoriamente atenuables de otro modo y que se deriven de una afección incurable que le conducirá próximamente a la muerte o que, siendo permanente le incapacita de manera generalizada para valerse por sí misma.

(62) CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Autonomía personal*, op. cit., pp. 320 y ss.

(63) La de la ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, en lo relativo a los documentos de voluntades anticipadas y al consentimiento con representación, considera que se debería concretar lo prescrito en el art. 9.5, en relación con la necesidad de atender siempre al mejor interés del paciente y al respeto de su dignidad personal, en los casos en que el consentimiento sea por representación. Concreción que pasaría por determinar quién y cómo se valora qué tratamiento o no-tratamiento es el mejor y más respetuoso con la dignidad. Y, además, desarrollar una legislación que establezca un procedimiento para determinar con la máxima seguridad jurídica si concurren los requisitos en cada caso concreto para realizar la práctica de la eutanasia.



### 3.3.2. Consideraciones finales

Entendemos que la eutanasia es un problema pendiente de una más amplia discusión, y pendiente de regulación. Las peticiones de ayuda a morir en situaciones límite constituyen un drama que debería ser abordado, pero con importantes cautelas.

Porque no parece que deban trivializarse las consideraciones con las que se pretende ponerle límites. Así, los riesgos de abusos como consecuencia de no articular adecuados controles que limiten la práctica real a los supuestos que se prevean, ya porque se consiga someter al enfermo a variadas clases de presión incluso muy sutiles de familiares, etc., o porque la permisión pueda llevar a la generalización de prácticas eutanásicas como alternativa más económica que la de las terapias paliativas (supuestos fácticos de lo que se ha dado en llamar los argumentos —político-criminales— de la pendiente resbaladiza<sup>(64)</sup>) deben ser tenidos muy en cuenta si se aborda esta tarea. Se sostiene, además, como obstáculo para la posible regulación, si es necesario dar tal paso en el que el médico, que hasta ahora únicamente estaba obligado a curar y a mitigar el dolor, se convierta en ejecutor de muertes cuasi oficiales y con ello cambiar drásticamente su imagen profesional, cuando, de acuerdo con la información que suministran los médicos, los pacientes raras veces solicitan su muerte y que tales deseos de morir pueden reducirse con una eficaz terapia para el dolor que haga desaparecer los motivos para la petición de una muerte anticipada<sup>(65)</sup>.

(64) Ver extensamente, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, op. cit., pp. 124/151; REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Eutanasia y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 175 y ss.

(65) ROXÍN, CLAUS, "Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia", trad. de Miguel Olmedo Cardenete, en *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada, Comares, 2001, pp. 3/38., atribuye esta advertencia a los adversarios de la eutanasia activa, pero sostiene que "no puede discutirse seriamente que la combinación entre una muerte asistida en la que se prestan mayores atenciones humanas y una terapia del dolor más eficaz no constituye, frente al homicidio a petición, un mejor camino para el tratamiento de quien está sufriendo en el umbral de la muerte. Tampoco resulta descabellado el temor a que una aceptación (limitada) del homicidio a petición pudiera constituir el potencial desmantelamiento tanto de una terapia paliativa, que de todos modos está atrasada en Alemania, como de importantes exigencias humanas de una muerte asistida más intensiva, porque está a disposición un camino aparentemente más sencillo. Eso no sería una solución humanitaria", asumiendo así uno de los supuestos que integran los argumentos de la llamada pendiente resbaladiza.

No cabe duda de que cualquier regulación que se intente en la materia debería estar avalada por un exhaustivo conocimiento del sistema sanitario de cada país y desarrollarse en relación con él, y que resulta prioritario impulsar y extender (como derecho de toda la población) el acceso a terapias paliativas que permitan reducir el sufrimiento, circunstancia que muy probablemente produciría como consecuencia una reducción en las peticiones de ayuda a morir (aunque nos parece absolutamente incorrecto plantear la cuestión cuidados paliativos/eutanasia en relación de alternativa<sup>(66)</sup>); pero también sabemos que los conocimientos médicos conseguidos hasta el momento no permiten, en algunos casos, paliar enormes sufrimientos, y rechazar toda posibilidad de auxilio a estas personas (cuando lo pidan, en muy limitados supuestos, con estrictos procedimientos de control y en el ámbito sanitario) por los riesgos que el auxilio pueda traer aparejado es adoptar la decisión de dejarlas abandonadas.

Resulta significativo que en España, ni estando vigente la anterior legislación ni con la surgida del CPE de 1995 (que regula los supuestos eutanásicos analizados), haya ninguna sentencia condenatoria en casos de cooperación o ejecución de la muerte de otro en un contexto eutanásico. Al respecto, se ha sostenido que aunque parezca que no hay un modelo público de respuesta al problema de la eutanasia, sí lo hay, y es el que remite la cuestión de las decisiones sobre el final de la vida a la penumbra de acto médico concreto, reconociendo que esta situación genera inseguridad y desigualdad<sup>(67)</sup>. Si bien podría considerarse que esta escasa o inexistente voluntad político-criminal de perseguir las conductas que en este ámbito pudieran producirse<sup>(68)</sup> puede resultar menos mala que los riesgos de una regulación, tal pensamiento no convence, porque de existir estas prácticas estarían produciendo como consecuencia tratos desiguales injustificables y situarían al médico que las realizase en una situación de inseguridad poco tolerable, situación de inseguridad que se ha producido, no ya por la posible realización de una práctica

(66) En igual sentido, REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Eutanasia y derechos fundamentales*, op. cit., p. 192.

(67) REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Eutanasia y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 190 y ss., aunque considera que el rendimiento global del sistema parece razonable.

(68) No existe ningún dato fiable que dé cuenta del alcance de la posible cifra negra en el ámbito de la eutanasia.

delictiva (como lo es la eutanasia activa directa en nuestro país), sino por extender la sedación terminal a los enfermos que la requirieran (supuestos que, en todo caso, se enmarcarían en la denominada eutanasia activa indirecta, conducta impune de acuerdo a nuestra legislación)<sup>(69)</sup>.

---

---

(69) En el llamado "Caso Leganés" en el año 2005 se denunció como sospechosos de homicidio a un grupo de médicos del Hospital Severo Ochoa, de Leganés, Madrid. Tras tres años de proceso, la Audiencia Provincial de Madrid (Auto 47/2008, de 21 de enero) confirmó (en una resolución definitiva) el sobreseimiento provisional dictado por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Leganés, pero debiendo tener por suprimida de su fundamentación jurídica toda mención realizada en el auto recurrido respecto a la mala *praxis* médica por parte de los querrellados.

# La Corte aclaró las viejas discusiones sobre los abortos no punibles<sup>(1)</sup>

por FRANCISCO FIGUEROA<sup>(2)</sup>

## I | Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación unos meses atrás dictó el fallo F., A. L.<sup>(3)</sup> mediante el cual vino a despejar toda duda sobre la correcta interpretación del artículo 86 del Código Penal de la Nación, en concreto, del inciso segundo<sup>(4)</sup>.

La problemática interpretativa de esa norma viene arrastrada desde su sanción original, allá por 1922. Con posterioridad, durante los gobiernos de facto, fue modificada<sup>(5)</sup>, mas luego, en 1984, se volvió a su redacción original<sup>(6)</sup>.

.....

(1) El borrador del presente trabajo fue expuesto en el “seminario editorial” que se viene desarrollando mensualmente y donde se abordan los temas que se tratan en cada número de la revista de Derecho Penal del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos de la Nación (co-dirigida por los Dres. Javier A. De Luca, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar). Allí obtuve valiosos aportes de los asistentes (a quienes agradezco) los que dieron lugar a esta versión definitiva.

(2) Abogado (UBA). Empleado judicial. Docente en la cátedra a cargo del Prof. Dr. Javier A. De Luca en la Facultad de Derecho, UBA. Miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal y de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

(3) Resuelto el 13 de marzo de 2012, F., A. L. s/ medida autosatisfactiva (F. 259. XLVI).

(4) Párrafo 3° y 4° del considerando 24 del voto de la mayoría.

(5) Leyes 17.567 y 23.338. Allí, se redactó el Art. 86. Inc. 2 de la siguiente manera: “Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor de edad o una mujer idiota o demente será necesario el consentimiento de su representante legal”. Aquí queda zanjada la cuestión de la interpretación, mas se exige que se haya hecho la denuncia.

(6) Ley 23.077, que derogó varias disposiciones, retomando la vieja redacción del art. 86 C.P.

Pues bien, durante esos noventa años que transcurrieron desde la aprobación de los abortos no punibles, se discutió el alcance que debe darse al segundo inciso del Art. 86 del digesto de fondo, es decir, si debe preponderar una interpretación amplia o restringida.

Pese a la intención de la Corte —como máximo intérprete de la letra de la ley— de dilucidar la cuestión, el fallo no fue bien recibido por parte de la doctrina. Da cuenta de ello el suplemento de La Ley<sup>(7)</sup> que contenía varios artículos cuyos autores se manifestaron de manera enérgica en disconformidad con lo resuelto.

En virtud de lo cual, además de analizar el fallo, nos veremos obligados a hacer hincapié en algunas viejas discusiones que a nuestro entender resultan relevantes.

## 2 | Dos fallos de importancia sobre el tema

### 2.1 | Un viejo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Durante el 2001, más precisamente el 11 de enero, nuestro más alto Tribunal, con una conformación distinta a la actual, discutió si se debía autorizar la inducción de un parto o practicar una intervención quirúrgica de cesárea a una mujer en estado avanzado de embarazo de un feto anencefálico, enfermedad, por cierto, que excluye la vida extrauterina o, como máximo, podrá gozarla por unas pocas horas, no más de doce<sup>(8)</sup>.

Aquí la Corte eludió la interpretación del Art. 86 del C.P., por entender que mediante el amparo intentado no se pretendía una autorización para practicar un aborto, sino realizarse un parto prematuro o inducción al parto. A nuestro entender el caso encuadraba, sin demasiada hesitación, en el primer párrafo del artículo mencionado.

---

(7) La Ley, dirigido por Jorge Horacio Alterini, año LXXVI n° 55, del 21/3/12 (Tomo La ley 2012-B).

(8) T. 421. XXXVI "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo".

Ahora bien, independientemente del nombre que se le dio a la conducta (adelantamiento de parto, inducción de parto, parto prematuro, cesárea o aborto), lo cierto es que se ha interrumpido el embarazo y, con ello, causado la muerte de la persona por nacer. En otras palabras, no es el parto lo que produce la muerte de *nasciturus* sino la propia patología del bebé que no le permitirá vivir fuera del vientre materno más de unas pocas horas. En esa línea argumental, si el adelanto del alumbramiento no existiera la persona por nacer continuaría con vida unos meses más. Por ende, es el parto lo que determina la producción de la muerte del feto, pero esa condición es lícita y, en definitiva, no debería derivar en imputación penal.<sup>(9)</sup>

## 2.2 | El reciente fallo de nuestro máximo Tribunal<sup>(10)</sup>

En primer lugar la Corte Suprema de Justicia hace referencia a porqué se va a expedir sobre la cuestión, pese a haberse tornado abstracta. En ese sentido, destaca que el tiempo que demanda el proceso judicial hasta que llegue a conocimiento de la Corte, siempre este tipo de cuestión deviene abstracta. Pues, por ello, destaca la importancia de que el máximo Tribunal, como último interprete de la ley, dé a conocer su criterio para futuros casos análogos<sup>(11)</sup>. Más que un fallo, es una declaración sobre la interpretación correcta del artículo 86, Inc. 2° del C.P., de acuerdo con lo establecido en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, con igual jerarquía<sup>(12)</sup>.

(9) DE LUCA, JAVIER A. "Abortos justificados. El fallo de la Corte y las mismas viejas discusiones", (comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", del 13 de marzo de 2012), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año II, Núm. 4, Mayo de 2012, p. 23.

(10) Se recomienda su lectura conjunta con el dictamen del 29/10/10 presentado por la Defensoría General de la Nación en el marco de la causa F., A. L. s/ medida autosatisfactiva (F. 259. XLVI). Vale la pena recomendar su lectura conjunta con el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de esas actuaciones. El Dr. Julián H. Langevin (Defensor oficial ante la CSJN) y la Dra. Stella Maris Martínez (Defensora General de la Nación) hicieron un minucioso análisis de los tratados internacionales, normas constitucionales y jurisprudencia sobre el tema.

(11) Considerando 5° del voto de la mayoría.

(12) Considerando 7° del voto de la mayoría.

Luego, en el considerando 8° del voto mayoritario hacen referencia a la interpretación amplia que se debe dar en virtud de lo dispuesto por el art. 19 CN, por lo que los abortos no punibles no deben estar supeditados al cumplimiento de ningún trámite judicial.

Inmediatamente, se adentran a hacer un análisis pormenorizado de las disposiciones de la Constitución Nacional, como así también de los siguientes tratados internacionales con jerarquía constitucional: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, sin perjuicio de hacer mención a otros tratados. A su vez, considera lo dichos de los Comités de Derechos Humanos y de los Derechos del Niño. Acto seguido examinan los principios de dignidad humana, legalidad, *pro homine* y de última ratio del derecho penal<sup>(13)</sup>.

Es en el apartado 18° del voto que lidera el acuerdo donde se establece la interpretación amplia del artículo 86 del Código Penal de la Nación.

En ese sentido interpreta que dicha norma contempla los siguientes abortos no punibles: 1. en caso de peligro para la vida o salud —física o psíquica— de la mujer; 2. en caso de violación de una mujer sana; 3. en caso de atentado al pudor de una mujer idiota o demente<sup>(14)</sup>.

En los siguientes considerandos razonan las consecuencias de la judicialización de los abortos no punibles y las consecuencias que trae aparejado no dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 86 C.P. También explican el fin buscado con el fallo, es decir, clarificar una situación adversa que data de años. Además despejan toda duda acerca de las exigencias burocráticas para llevar a cabo un aborto no punible.

.....

(13) Para ampliar al respecto ver considerandos del 9° al 17°, incluidos del voto mayoritario.

(14) El Dr. De Luca, en su Op. cit. nota 8, dice que la norma contempla los siguientes supuestos: 1) en caso de peligro para la vida o salud —física o psíquica— de la mujer; 2) en un supuesto de violación de una mujer sana mentalmente; 3) en caso de atentado al pudor de una mujer idiota o demente, que no haya podido consentir el acto sexual; 4) cuando se tratare de un abuso sexual con acceso carnal de una menor de trece años; y 5) casos de otros “atentados al pudor” que no son violaciones. Se trata de los casos donde el embarazo no es producto de acceso carnal, sino de cualquier otra acción no consentida por la mujer (Ej.: inseminación artificial).

Establece que una declaración jurada de la mujer embarazada producto de una violación o de su representante legal, es suficiente para llevar adelante la intervención. En ese sentido, advierte el riesgo de que se inventen casos, lo que denominan “casos fabricados” y explica el porqué de asumir el riesgo, prevaleciendo el aborto no punible.

Por último, dice la manera actuar frente a casos de abortos no punibles y como deben ser los protocolos de actuación.<sup>(15)</sup>

Resta señalar, que el Dr. Enrique Santiago Petracchi y la Dra. Carmen M. Argibay, concuerdan con la mayoría según sus votos.

## 2.3 | Críticas formuladas a la última sentencia

Lo resuelto recibió las más diversas críticas, muchas de ellas vienen de viejas discusiones. En resumidas cuentas, se le refutó desde los clásicos argumentos brindados por quienes se enrojan en la interpretación restringida (que expondremos más adelante), pasando por cuestiones de índole religiosa<sup>(16)</sup>; que el derecho a la vida tiene un valor absoluto, por lo que posee protección constitucional y de los tratados internacionales con esa jerarquía; hasta el punto de analizar la responsabilidad penal del médico que emerge en caso de negarse a llevar a cabo un aborto no punible.

Corresponde, entonces, hacer una breve síntesis —en razón a la brevedad— de los argumentos centrales de la discrepancia con lo resuelto por la Corte.

En ese sentido Alberto B. Bianchi<sup>(17)</sup> diverge con el fallo en que la Constitución Nacional y los tratados internacionales son claros en cuanto a la

(15) En algunas provincias ya se puso en práctica: [http://www.pensamientopenal.org.ar/aborto-no-punible-neuquen-aplica-un-protocolo-rio-negro-no-avanza/?utm\\_source=twitterfeed&utm\\_medium=facebook](http://www.pensamientopenal.org.ar/aborto-no-punible-neuquen-aplica-un-protocolo-rio-negro-no-avanza/?utm_source=twitterfeed&utm_medium=facebook)

(16) Al respecto es dable señalar que el Obispo de Oberá (Misiones) el 6/4/12 calificó de “genocidas” a quienes están a favor del aborto y propuso echarlos de la patria. Ver: <http://www.lanacion.com.ar/1463069-el-obispo-de-obera-califico-de-genocidas-a-quienes-apoyan-el-aborto>. También, se pueden apreciar los dichos del cura Baigorria, ver: [http://www.pensamientopenal.org.ar/cura-baigorria-el-congreso-no-penaliza-al-aborto-pero-no-se-atreveria-con-la-pena-de-muerte-al-violador/?utm\\_source=twitterfeed&utm\\_medium=facebook](http://www.pensamientopenal.org.ar/cura-baigorria-el-congreso-no-penaliza-al-aborto-pero-no-se-atreveria-con-la-pena-de-muerte-al-violador/?utm_source=twitterfeed&utm_medium=facebook)

(17) “Un avance preocupante en la legalización del aborto” La Ley, op. cit. nota 6, p. 1/4.



prohibición del aborto y que sólo una interpretación forzada permitiría arribar a lo mismo que concluyó la Corte. No concuerda tampoco con que baste una simple declaración jurada para “probar” una violación y que ello permita la práctica de un aborto. En último lugar, se pregunta si aquellos médicos que tienen objeción de conciencia para practicar un aborto pueden oponerla sin afrontar un proceso penal.

Por su parte, Jorge Nicolás Lafferrière<sup>(18)</sup> centra su postura en que el derecho a la vida es absoluto y no puede ser restringido bajo ningún punto de vista. Advierte, a su vez, que la persona por nacer goza de tal derecho motivo por el cual no son válidos los abortos no punibles. Asimismo, realiza un análisis de la carta magna, de los tratados internacionales con raigambre constitucional y de jurisprudencia del máximo Tribunal que avalarían su postura. Concluye que el artículo 86, Inc. 2º es inconstitucional.

En último lugar, expondremos sucintamente los argumentos esgrimidos por Eduardo A. Sambrizzi<sup>(19)</sup> quien primeramente señala que la figura bajo examen se encuentra virtualmente derogada desde 1994, al conferírsele jerarquía constitucional a los Tratados y Convenciones internacionales que protegen la vida desde la concepción. También sostiene que el derecho a la vida es absoluto y reitera los argumentos que se analizarán posteriormente en el punto 3.1 del presente trabajo. Además hace hincapié en la exigencia, para llevar a cabo un aborto no punible, de una simple declaración jurada en la que conste que el embarazo es producto de una violación, en lugar de exigírsele que inicie la acción penal, porque en caso de mentir sobre aquella circunstancia no podría incurrir en el delito de falsa denuncia y, párrafo siguiente, sostuvo que la Corte nada dijo respecto del límite temporal que debe tener la práctica del aborto no punible. A su vez, en sus conclusiones pone de resalto *“que resulta inadmisibile que un Tribunal de justicia —más aún, si se quiere, por tratarse del más alto Tribunal del país—, pretenda intimidar a los profesionales de la salud, como resulta de las amenazas de aplicación de consecuencias penales y de otra índole contra los mismos, que surgen del contenido del Considerando 24 del fallo”*.

(18) *“Retrosceso del derecho humano a la vida en un fallo de la CSJN sobre aborto”*.

(19) *“El fallo de la CSJN sobre aborto”*.

He aquí un breve resumen de algunos de los argumentos que descalifican el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre los cuales, en el apartado siguiente, haremos algunas referencias.

## 2.4 | Breves observaciones sobre las críticas enunciadas

En cuanto a los argumentos religiosos esgrimidos por los representantes de la Iglesia Católica<sup>(20)</sup> cabe aclarar que nos limitaremos estrictamente a lo jurídico, sin entrar a analizar en particular las exageradas manifestaciones del Obispo de Oberá, Misiones, para evitar mechar una cuestión política en el trabajo. En ese sentido “[c]omo enseñara Carrara, la moral y la religión ponen un límite a los legisladores, en tanto el derecho positivo no puede prohibir aquello que la moral manda hacer ni obligar a hacer aquello que la moral prohíbe, pero de ello no se deriva que el derecho positivo esté obligado a prohibir lo que la moral o la religión prohíben. Eso sería transformar los pecados en delitos.”<sup>(21)</sup> Es decir, el sistema es secular, el derecho no se enreda con la moral, ni la religión. El derecho penal se encuentra limitado por aquellas y la autoridad puede prohibir actos que la moral y/o la religión toleran, como así también puede dejar sin castigo actos que aquellas prohíben.

Además, el artículo 86 en su parte pertinente, no obliga a la mujer a someterse a un aborto en las circunstancias señaladas, sino que la faculta a practicarlo, ya que previo a ello debe manifestar su consentimiento o, en su caso, el representante legal y, de no hacerlo, el aborto tampoco se hace.

Dejando de lado el terreno religioso y adentrándonos en el resto de las críticas, se sostuvo también que la Corte debió establecer el límite máximo de semanas para poder practicarse el aborto. Pues bien, si establecía ese límite hubiese cambiado el ímpetu de la norma, hubiera creado una nueva, es decir, se hubiese arrogado funciones legislativas, lo que le está vedado por mandato constitucional. Sólo se debe limitar a aplicar e interpretar las normas conforme le son dadas y, como última *ratio*, declarar su inconstitucionalidad. En ese sentido, la Corte se limitó a cumplir con su

(20) Ver nota al pie n° 12

(21) DE LUCA, JAVIER A., op. cit. nota 8.

función e hizo conocer su postura frente a la interpretación del Inc. 2° del artículo 86 del C.P.

Con relación a la alegada responsabilidad de los médicos hay que mencionar su situación previa al fallo. En ese orden, los profesionales de la medicina no practicaban un aborto de los previstos por la ley sin contar con una autorización judicial que así lo determine, pese a que ello no estaba establecido en la norma, para así evitarse la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal<sup>(22)</sup>.

La Corte se encargó de encarrilar la cuestión y estableció que para practicar alguno de los abortos no punibles no hace falta autorización judicial<sup>(23)</sup>, haciéndoles saber a los médicos qué sucede en caso de negarse a realizarlo<sup>(24)</sup>, salvo que posean objeción de conciencia, en cuyo caso no estarán obligados a practicar el aborto, pero sí es responsabilidad del hospital velar para que la intervención se lleve a cabo. Es decir, se deberá prever que en cada turno/guardia médica haya algún facultativo que pueda practicar la intervención sin poseer objeción de conciencia al respecto<sup>(25)</sup>.

En síntesis, la Corte no hizo más que aclarar en qué responsabilidades pueden incurrir los profesionales, no para amedrentarlos, sino para que conozcan y sepan lo que dispone la ley y, sobre todo, la Constitución Nacional en su Art. 19 in fine: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de la que ella no prohíbe” —el destacado me pertenece—. De allí se desprende no sólo la obligación del médico, sino la de todos los habitantes de la Nación. En esa línea argumental, somos libres de hacer o dejar de hacer lo que queramos, salvo aquello que la ley nos prohíbe o manda a hacer<sup>(26)</sup>.

.....

(22) La Corte despeja esas dudas en el considerando 24° (mayoría) párrafos 3 y 4, en su inicio.

(23) Ver considerando 8°, 21° y 22° del voto de la mayoría.

(24) Ver considerando 24° del voto que lidera el acuerdo.

(25) Ver considerando 29° del voto mayoritario.

(26) FIGUEROA, FRANCISCO, “*El regreso al Derecho Penal Inquisitivo*” *eldial.com* DC1648 publicado el 19/7/11. En la conclusión de ese trabajo se analizó el Art. 19 CN con un poco más de desarrollo.

Ahora bien, no escapó al máximo Tribunal la posibilidad de que se generen “casos fabricados” frente a la sola exigencia de una declaración jurada de parte de la mujer o su representante legal, en la que conste que el embarazo es producto de una violación, situación que consideró hipotética y que, de suceder, podría constituir un ilícito penal. Ahora, consideró también que ello no es razón suficiente para vedar a una mujer víctima de un ilícito, violación, de ejercer y gozar de sus derechos<sup>(27)</sup>. Añaden otros la imposibilidad de juzgar penalmente a la mujer encinta en caso de que sea falaz su declaración jurada, porque no se le podría imputar una falsa denuncia. A lo dicho por el más alto Tribunal, debe agregarse que si la mujer miente en su declaración jurada, se encuentra frente a un ilícito penal, el de aborto, independientemente de que el médico pudo haber obrado con o sin error invencible<sup>(28)</sup>. Ello es así, toda vez que la declaración jurada releva de consecuencias penales siempre y cuando se trate de un embarazo producto de una violación. Si miente, la violación no existió, ergo el aborto es punible. Además, no se puede exigir que se pruebe la violación, ya que la determinación de ello por vía judicial (sentencia firme que así lo determine) demandará mucho más que los nueve meses que lleva un embarazo; a través de otros tipos de prueba sólo se produce una dilación en el tiempo con el riesgo para la salud de la madre que ello trae aparejado. Además, de pretender el legislador que se exijan otros requisitos sólo debía incluirlos en la norma, cosa que no hizo.

Para finalizar con este apartado nos queda analizar si los derechos fundamentales son o no relativos, un tema que no es menor.

En la actualidad es difícil sostener que los derechos fundamentales contemplados en la constitución y/o en los tratados internacionales —con igual jerarquía— son absolutos, por el contrario son relativos, incluso la vida. Es decir, en determinadas ocasiones, cuando hay colisión de derechos, uno debe ceder frente al otro y no necesariamente por ser uno más importante que el otro. En ese sentido, el artículo 34 de nuestro ordenamiento penal, establece que no son punibles quienes actúan mediando legítima defensa<sup>(29)</sup>

(27) Para ampliar al respecto ver considerando 28° del voto que lidera el acuerdo.

(28) DE LUCA, JAVIER A. op. cit. nota 8.

(29) Por ej.: A intenta robar con un arma apta para el disparo y cargada, apuntándole en la cabeza a B, quien se encontraba junto a su padre, C. Este último, un experto tirador, con

o estado de necesidad exculpante<sup>(30)</sup>, entre otros eximentes dispuestos en los distintos ordenamientos. Pues de allí que si la vida fuera absoluta jamás podría ser restringida ni quiera mediando legítima defensa o estado de necesidad exculpante. Además, ya sostuvo nuestro máximo Tribunal en diversos precedentes<sup>(31)</sup> que los derechos fundamentales consagrados no son absolutos, sino relativos. Como si ello fuera poco, tampoco son considerados absolutos por los tratados con jerarquía constitucional<sup>(32)</sup>. Como corolario, recientemente se sancionó la ley de muerte digna<sup>(33)</sup> que permite a los sujetos (en determinadas situaciones) disponer acerca de su propia vida, es decir, optar por morir en lugar de seguir viviendo. De allí, que los derechos fundamentales no son absolutos, sino relativos.

El artículo 86 —Inc. 2°— del código de fondo, tiene una función similar a la del artículo 34 de ese digesto, es decir, eximir de responsabilidad penal (evitar la aplicación de los Arts. 86, primer párrafo y 88 del CP), dicho de otra manera, evitar la imposición de una pena por realizar un aborto justificado.

En síntesis se puede decir que no es que la vida de la persona por nacer no se encuentra “protegida penalmente” (excede el marco del presente adentrarnos en la discusión sobre sí el derecho penal protege o no a los

.....  
autorización legal para tener y portar armas, le quita la vida a A, en defensa suya y de su hijo, Claro está que B actúa en legítima defensa propia o de un tercero, da igual.

(30) El clásico ejemplo: A y B se encuentran sobre una balsa a la deriva en un río. La balsa no aguanta el peso de ambos sujetos y de seguir ambos sobre ella, la misma se hundirá. Por tal motivo A arroja al río a B, quien muere ahogado. No se le puede exigir a A que sea un héroe y se arroje al río (se suicide) para salvarle la vida a B.

(31) 199:483; 304:319; 304:1293; 312:318; causa R. 320. XLII. “*Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria*” rta.: 15/3/07; causa D. 346. XXIV. “*Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus*” rta.: 19/10/95; causa A. 891. XLIV. “*Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080*”; causa H. 90. XXXIV. “*Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*” rta.: 13/3/01; del dictamen del Procurador General en la causa P.1156, L. XLIII “*Pagano, Walter Salvador Dionisio s/causa n° 7737*”; entre muchos otros.

(32) Ver al respecto la resolución 23/81, rta. 6/3/81 en el caso Baby Boy de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También los propios tratados reconocen limitaciones a los derechos fundamentales, en ese sentido ver: Arts. 22.3, 22.4, 32 de la Convención Americana de DDHH; 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.2 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

(33) Ley 26.742, sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada de hecho y publicada en el boletín oficial el 24 de mayo de ese año.

bienes jurídicos, en virtud de que actúa una vez que aquél ya fue lesionado o estuvo frente a un peligro concreto de serlo) sino que por el contrario lo está, sólo que el legislador, con buen tino, estableció en qué casos el aborto no es punible.

A fin de mejor comprender lo hasta aquí expuesto resulta necesario exponer las posturas sobre la interpretación del alcance del permiso penal.

## 3 | Tesis interpretativas del Art. 86, 2º párrafo del CP

### 3.1 | Tesis restrictiva

Según destaca Luis Jiménez de Asúa<sup>(34)</sup>, José Peco ha sido el máximo exponente de la tesis restrictiva, la que se puede sintetizar en cuatro puntos:

A) El proyecto Suizo concierne al embarazo que proviene de una violación, o de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente, el Código Argentino, atañe al embarazo que proviene de una violación o atentado al pudor, sin la coma después de violación. De allí que el legislador estableció un único supuesto, cuando el acto ilícito se produce sobre una mujer idiota o demente.

B) Por el espíritu del artículo, de la exposición de motivos se desprende que la Comisión del Senado expuso que no se encuentra fundado en motivos de escrúpulo personal a favor de la abortante, sino en razones de selección eugenésica a favor de la sociedad. La sociedad puede tener "interés en destruir el germen de una vida procedente de una idiota o demente, pero no de una mujer rozagante y lozana, víctima de la lujuria de un desenfrenado". Como bien se dijo en la frase transcrita la intención del legislador era mejorar o mantener la raza<sup>(35)</sup> y de la única persona que podría salir un ser

(34) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS "El aborto y su impunidad" La Ley, 1942, Tomo 26, p. 986/7.

(35) Ese mismo fundamento —entre otros— se utilizó en el Nazismo, que trajo aparejadas consecuencias aberrantes.

humano que la “empeora” es de una mujer idiota o demente, no así de una mujer sana mentalmente.<sup>(36)</sup>

C) A su vez, la exposición de motivos hace referencia exclusivamente a la violación sufrida por una mujer demente o idiota, sin decir nada de las violaciones sufridas por las mujeres de doce años que han consentido el acto o de las mayores de doce años que han sido forzadas.

D) Carece de sentido la frase “en este caso se requiere el consentimiento del representante legal”, si el artículo contemplara el supuesto de violación a una mujer sana mentalmente<sup>(37)</sup>. En esa línea argumental, al hacer hincapié en que por la falta de la coma se contempla un sólo supuesto, esa frase menos puede hacer alusión a dos supuestos, sino al único previsto.

Esa postura es compartida por Ricardo C. Núñez<sup>(38)</sup>, Zulita Fellini<sup>(39)</sup>, Jorge Eduardo Buompadre<sup>(40)</sup>, Alberto B. Bianchi<sup>(41)</sup>, Jorge Nicolás Lafferrière<sup>(42)</sup> y Eduardo A. Sambrizzi<sup>(43)</sup>.

(36) Esos argumentos en la actualidad no se encuentran vigentes en primer lugar porque se ha comprobado que no existe relación entre la incapacidad de la mujer y alguna deficiencia que pueda tener la persona por nacer. Además, sostener ese discurso legitimante vigente implica violar varios de los tratados internacionales que se oponen a la discriminación, entre ellos la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre muchos otros.

(37) Op. cit. nota 32, p. 986/7.

(38) “*Tratado de derecho penal. Parte general*”, Bs. As., ed. Lerner, 1976, T. I, pp. 390/2 y “*Tratado de derecho penal. Parte especial*”, Bs. As., Ed. Lerner, 1977, T III, pp. 182/3.

(39) “*Interrupción del embarazo*”, publicado en la Revista de Derecho Penal. Delitos contra las personas II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, vol. 2003-2, p. 141. La autora si bien interpreta de manera restrictiva el Art. 86 CP, insta a una modificación legislativa a efectos de que se contemplen otros supuestos de abortos no punibles y con ello evitar la vigencia de las viejas discusiones.

(40) “*Tratado de derecho penal. Parte especial*”. T I, 3ra ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 2009, página 217 y ss,

(41) Op. cit. nota 16.

(42) Op. cit. nota 17.

(43) Op. cit. nota 18.

## 3.2 | Tesis amplia

Uno de los principales expositores de este modo de interpretar el artículo 86, Inc. 2° del CP, es Luis Jiménez de Asúa<sup>(44)</sup> quien se dedica a dar respuesta a los argumentos centrales de la tesis restrictiva, cuyo máximo referente —como vimos— fue Peco.

En ese sentido, al responder las explicaciones de aquél, destacó que el uso de la coma en general no debe anteceder a una conjunción copulativa “y” o disyuntiva “o”, salvo casos determinados.<sup>(45)</sup> Explica que en el proyecto de código Suizo se utilizaba la coma porque contemplaba tres supuestos, mas en el último de ellos, incesto, sólo estaba precedido por la conjunción disyuntiva “o”.

Con relación a los argumentos en base a la exposición de motivos del senado, hace alusión a que allí se basaron en palabras suyas. Recordemos que la ley tuvo su origen en un trabajo anterior de Jiménez de Asúa del cual se extrajo el texto del proyecto de código penal Suizo y, asimismo, se tuvieron en cuenta sus argumentos, pero olvidaron que en ese artículo se abocó al estudio de cuestiones eugenésicas<sup>(46)</sup>.

En cuanto a la frase final “[e]n este caso se requiere el consentimiento del representante legal” hace referencia al supuesto de la mujer idiota o demente, ya que la mujer sana manifiesta por sí sola su consentimiento<sup>(47)</sup>.

.....

(44) Op. cit. nota 32.

(45) Al respecto ver también BELLUSCIO, AUGUSTO C. “*Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias*” *Suplemento especial de la revista jurídica La Ley*, publicado en marzo de 2006. También, FUENTES DE LA CORTE, JUAN LUIS “*Práctico Larousse. Ortografía práctica*”, Bs. As., ed. Larousse, 4 ed., 1989, p. 59/61.

(46) Op. cit. nota 32, p. 988.

(47) Refuerza esta idea que el Art. 86, segundo párrafo comienza con una frase general a los dos incisos que le siguen: “*El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:*”. De allí que en ambos incisos el aborto debe ser practicado por un médico diplomado y debe mediar el consentimiento de la mujer embarazada. Por eso, en el Inc. 2° la frase final hace alusión únicamente al caso de la mujer idiota o demente, ya que el consentimiento de ella no es válido, distinto es el caso de la mujer sana violada, quien sí puede consentir libremente, como lo dispone la cláusula general inicial. Ese argumento fue utilizado por la Corte en el considerando 18°.



Luego de dar respuesta a los argumentos centrales de la tesis restrictiva expone nuevos que dan mayor sustento a su postura. En ese orden, dice que al legislador no le escapó el significado de la palabra "violación" y que para diferenciarla del sentido estricto de aquella que, además, es violenta, utilizó la frase "atentado al pudor". Dicho de otro modo, "violación" hace referencia al acceso carnal violento; "atentado al pudor" al acceso carnal sobre mujeres incapaces. Además, agrega, que ello tiene su origen en el problema vivido en Europa, en época de guerra, donde los soldados ebrios y desenfrenados violaron a numerosas mujeres Belgas. Eso fue expuesto por la comisión del senado.

Ellos son sólo algunos de los motivos que agregó a la refutación de la tesis opuesta, entre otros tantos argumentos que resultan de interés<sup>(48)</sup>.

Esa postura es compartida por Carlos Fontán Balestra<sup>(49)</sup>; Lucila Larrandart<sup>(50)</sup>; Javier Augusto De Luca<sup>(51)</sup>; la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal<sup>(52)</sup>; Stella Maris Martínez y Julián Horacio Langevin<sup>(53)</sup>; Andrés Gil Domínguez<sup>(54)</sup>; Ricardo Alberto Grisetti<sup>(55)</sup>; y por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual conformación.

En ese sentido también se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante el informe 21/07 del 9/3/07 (Petición 161-02)

(48) Con relación aclara De Luca, con buen tino, que por el momento los argumentos de Jiménez de Asúa no han sido refutados, ver nota al pie n° 8, op. cit. 8.

(49) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *"Tratado de derecho penal. Parte especial"*, 2° ed. actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1983, T IV, p. 254.

(50) En su comentario a los artículos 85/88 en el *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"* dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, coordinado por Marco Antonio Terragni. T III, parte especial. 2° ed. actualizada y ampliada, Ed. Hammutabi, Bs. As., 2010, p. 857 y ss.

(51) Op. cit. nota 8 y *"Aborto: otra vez sobre viejas discusiones"*, conferencia brindada en el Colegio Público de Abogados de la Ciudad Autónoma de Bs. As., el 10/11/11.

(52) Asociación que efectuó una declaración el 2/9/10 en el mismo sentido que lo hizo ahora nuestro máximo Tribunal. Ver: <http://www.aapdp.com.ar/declaraciones.html>

(53) Dictamen cit. nota 9.

(54) *"La CSJN establece que el aborto voluntario no punible es constitucional y convencional"*, La Ley, cit. nota 6, p. 7/8.

(55) GRISETTI, RICARDO ALBERTO, *Aborto derivado de violación*, LL, 2012, pp. 9/10.

"Solución amistosa. Paulina del Carmen Ramírez Jacinto c/ México", entre otros casos que citan en sus respectivos artículos Andrés Gil Domínguez y Ricardo Alberto Grisetti; y en su correspondiente dictámen Stella Maris Martínez y Julián Horacio Langevin, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su fallo.

Por último, debe recomendarse la lectura informe elaborado por diez organizaciones (Asociación por los Derechos Civiles; Católicas por el Derecho a Decidir Argentina; Centro de Estudios de Estado y Sociedad; Centro de Estudios Legales y Sociales; Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer; Equipo Latinoamericano de Justicia y Género; Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos; Foro por los Derechos Reproductivos; Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer; e Instituto de Género, Derecho y Desarrollo) que fue presentado el 13 de abril de 2012 ante las Organización de Naciones Unidas, el que entre otras cuestiones aborda la situación del aborto<sup>(56)</sup>.

## 4 | Secreto profesional vs. Obligación de denunciar

Desde antaño se discute si el médico que presta servicio en un hospital público (es funcionario público), tiene que hacer prevalecer el secreto profesional por sobre su obligación de denunciar los delitos conocidos en el ejercicio de su profesión (Art. 177 CPPN). Ya nuestro máximo Tribunal y algunos de los tribunales inferiores se han expedido en diversas oportunidades al respecto<sup>(57)</sup>, por lo que no resulta de utilidad adentrarnos a analizar en profundidad la cuestión, máxime que en los supuestos de abortos no punibles no hay mucho que discutir.

En ese sentido, la madre que se somete a la realización de un aborto consiente la práctica amparada por una norma que la justifica, por lo que nada tiene que denunciar el facultativo médico, ya que no se ha cometido in-

(56) El documento completo podrá ser descargado de: [http://www.adc.org.ar/sw\\_contenido.php?id=870](http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=870)

(57) Como ejemplo de ello ver: 320:1717; CSJN causa B. 436. XL. "*Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733*"; CCC en pleno "*Natividad Frías*" (La Ley, 123-842-JA, 966-V-69); entre otros.

justo penal alguno. Asimismo, quien practica el aborto participa en esa causa de justificación, por ende si el autor está justificado, también lo está el partícipe, es decir, la conducta de médico resulta jurídica, al igual que la de la madre.

En síntesis, los profesionales de la medicina, en los casos de abortos no punibles, ya no tienen la dicotomía de denunciar un delito conocido durante el ejercicio de su profesión o guardar el secreto profesional, sólo van a tener velar por esto último.

Por último, el fallo puede generar que los médicos que prestan servicios en nosocomios públicos en cumplimiento con su obligación de denunciar lo haga respecto de la violación sufrida por la abortante, pues aquella denuncia no tiene asidero en tanto la mujer víctima no manifieste su voluntad en igual sentido. Además, no debemos perder de vista que el médico no es un policía o un funcionario judicial, por lo que no debería estar obligado a denunciar, sí a curar o salvar vidas. Dicho de otro modo, los conocimientos del médico están destinados a los fines señalados, no a ser un brazo de la justicia y contribuir con la persecución de delitos.

## 5 | Consideraciones finales

Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta plausible, no sólo por compartir la interpretación dada al Inc. 2º del artículo 86 del Código Penal de la Nación, sino también, por haber tratado el recurso para poner fin a una discusión de añares sobre el alcance que debe tener esa norma, cuando tranquilamente podría haber rechazado el recurso por versar sobre una cuestión abstracta.

Para concluir, parece acertado reiterar los supuestos de abortos no punibles contemplados por el artículo 86 del Código Penal de la Nación, a saber: 1) en caso de peligro para la vida o salud —física o psíquica— de la mujer; 2) en un supuesto de violación de una mujer sana mentalmente; 3) en caso de atentado al pudor de una mujer idiota o demente, que no haya podido consentir el acto sexual; y 4) cuando se trate de un abuso sexual con acceso carnal de una menor de trece años.

---

## Bibliografía

ALTERINI, JORGE H. (dir), suplemento especial de la revista jurídica Argentina *La Ley*, año LXXVI, n° 55, tomo La Ley 2012-B.

ASOCIACIÓN ARGENTINA de Profesores de Derecho Penal, declaración efectuada el 02/09/2010, texto disponible en [www.aapdp.com.ar](http://www.aapdp.com.ar)

BELLUSCIO, AUGUSTO C., “Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias”, suplemento *La Ley*, 2006.

BOUMPADRE, JORGE E., “Tratado de derecho penal. Parte especial”, 3° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, T. I.

DE LUCA, JAVIER A., “Abortos justificados. El fallo de la Corte y las mismas viejas discusiones” (comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, del 13/03/2012), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Ed. La Ley, Año II, n°. 4, Mayo de 2012, p. 23.

DE LUCA, JAVIER A., “Aborto: otra vez sobre viejas discusiones”, conferencia efectuada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal el 10/11/2006.

FELLINI, ZULITA, “Interrupción del embarazo”, *Revista de Derecho Penal*, Delitos contra las personas II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, vol. 2003-2.

FIGUEROA, FRANCISCO, “El regreso al Derecho Penal Inquisitivo”, texto disponible en [www.eldial.com](http://www.eldial.com), publicado el 19/07/2011.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS, “Tratado de derecho penal. Parte especial”, 2° ed. actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1983, T. IV.

FUENTES DE LA CORTE, JUAN L., “Práctico Larousse. Ortografía práctica”, 4° ed., Buenos Aires, Ed. Larousse, 1989.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, “El aborto y su impunidad”, *La Ley*, 1942, tomo 26, p. 977.

LARRANDART, LUCILA, Comentario a los artículos 85/88, en David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (dirs.), Marco A. Terragni (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, parte especial. 2° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Hammutabi, T III, 2010, pp. 760 /952.

NUÑEZ, RICARDO C., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1976, T. I.

NUÑEZ, RICARDO C., *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1977, T. III.



# Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate<sup>(1)</sup>

por **CECILIA M. HOPP**<sup>(2)</sup>

El objetivo del trabajo es analizar las alternativas de política criminal en relación con el aborto. Partiremos desde la observación del evidente fracaso de la finalidad declarada de la penalización: la protección de la vida intrauterina. La persistencia de la prohibición nos plantea varias preguntas: ¿Cuál es la verdadera función de la penalización?; ¿Cuáles son los resultados de esta política?; ¿Qué alternativas hay?

Analizaremos, en consecuencia, los discursos que sustentan la penalización y la despenalización; indagaremos en las razones dadas para sostener una u otra regulación, las finalidades que proponen y buscaremos los resultados que producen.

La hipótesis del trabajo es que los discursos más difundidos que proponen la despenalización no contienen un quiebre argumentativo sustancial ni postulan la consecución de finalidades diferentes de los discursos criminalizantes: proponen los mismos objetivos y generarán iguales resultados; se trata, por tanto, de un mero cambio de estrategias.

.....

(1) Una primera versión de este trabajo fue expuesta en el Seminario "Cuestiones actuales del Saber Penal" del Departamento Penal de la Facultad de Derecho de la UBA, dirigido por los profesores Alejandro Alagia, Javier De Luca y Alejandro Slokar.

(2) Abogada y docente UBA, Prosecretaria de Cámara de la Cámara Federal de Casación Penal.

Estos discursos y estas prácticas contribuyen a la consecución de otros objetivos no declarados: promueven y refuerzan un estereotipo de mujer<sup>(3)</sup>, cuya función social es la de ser madre y controlan la sexualidad femenina.

Por otro lado, a partir del análisis de los diversos discursos producidos por las distintas corrientes teóricas feministas podremos acercarnos al significado simbólico y práctico de la penalización del aborto. Así veremos la necesidad de modificar las leyes y los discursos en torno a la interrupción de embarazos para modificar las implicancias que supone la penalización. La crítica feminista denuncia los discursos que predominan en la discusión del aborto y ponen al descubierto que tales normas y prácticas suponen el tratamiento de las mujeres como seres disminuidos que deben ser tutelados, asimismo, sostienen que la penalización del aborto refuerza los estereotipos de género que destinan a todas las mujeres a ser madres<sup>(4)</sup> e implican un impedimento para el ejercicio de la libertad sexual<sup>(5)</sup>.

## I | Discursos a favor de la penalización

El Código Penal argentino contempla el tipo penal del aborto dentro de los delitos contra la vida, tal enunciado implica una defensa de la prohibición del aborto en razón de que se debe proteger la vida humana. Se

(3) Esta premisa supone que el lenguaje tiene una función simbólica que construye la realidad y las relaciones de poder (performatividad del lenguaje). VAN DIJK, TEUN A., "El análisis crítico del discurso", *Anthropos*, 186, Barcelona, septiembre-octubre 1999, pp. 23/36.

BUTLER, JUDITH, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2001. El Derecho es, desde este punto de vista, un discurso y como tal, tiene la virtualidad de modificar la realidad, no sólo, ni principalmente, a través de su coercibilidad, sino como un fuerte emisor de enunciados que reproducen y refuerzan determinados símbolos y prácticas. Es en este sentido que el objetivo de incidir en la modificación de las normas jurídicas forma parte de la batalla cultural que hay que librar para deconstruir estereotipos perjudiciales para los y las más débiles, para permitir el habla de quienes son nombrados, de modo tal que se nombren a sí mismos.

(4) PITCH, TAMAR, *Un derecho para dos, la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pp. 99/100.

(5) LAURENZO COPELLO, PATRICIA, "Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para un viejo debate", en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona Grupo Antígona UAB, 2009, p. 234.

asume en la norma que hay vida antes del nacimiento y se la "protege" a través del derecho penal.

Quienes defienden la penalización del aborto entienden que se trata de proteger los derechos subjetivos de un ser humano, considerado jurídicamente como una persona, el feto sería la "víctima" del delito. Éste es el discurso más corriente en torno a la cuestión, al menos en Argentina<sup>(6)</sup>.

Sin embargo, no es la única forma de legitimar la penalización del aborto, puesto que otras lecturas referidas a la misma posición sostienen que un feto no puede ser considerado un sujeto de derecho, pero que el Estado tiene interés en la reproducción de los seres humanos<sup>(7)</sup>, un interés demográfico.

Tanto el discurso que supone proteger la vida como aquel que defiende un interés del Estado esconden e invisibilizan gran parte de lo que está involucrado en el problema: a la mujer.

Es especialmente llamativo que al defender los intereses del feto y, como contraposición, no considerar los derechos fundamentales de las mujeres, no se discute seriamente la injerencia que supone la imposición de proseguir embarazos no deseados y la carencia de alternativas.

El discurso que hace referencia a derechos tiene su raíz en la consideración de los seres humanos libres e iguales que deben ser respetados en razón de su dignidad humana, no se comprende, en tal sentido, por qué es que se enfatiza solamente en los derechos de uno de los "sujetos" y se desoyen las objeciones de las mujeres que son usadas como medios para la reproducción. Así podemos vislumbrar que estos discursos no tienen un interés genuino por los derechos. Esta versión parcial del debate deja ver, a través de sus intersticios, que debe haber detrás de esta postura alguna otra finalidad y una falta de compromiso con lo que se afirma: hay derechos humanos para todos, pero no para todas.

(6) BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, 2da ed. actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2006, tomo 1, pp. 511/514.

(7) DWORKIN, RONALD, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.



En los discursos que proponen una amplia penalización del aborto encontramos argumentos que se refieren al problema exactamente de la misma manera que si se refirieran a un homicidio o que si la gestación no sucediera dentro del cuerpo de una mujer. Este olvido respecto de los intereses de las mujeres embarazadas que no quieren estarlo crea y refuerza el estereotipo referido a que la función social de las mujeres es la reproducción y que es contrario a la naturaleza, no es normal, no desear la maternidad<sup>(8)</sup>. La prohibición de abortar supone la obligación de ser madre<sup>(9)</sup>.

En este sentido, es interesante mencionar el concepto de "madre" que se tiene en la sociedad, podemos citar una investigación empírica en la que se concluyó que: "Para las personas entrevistadas, **madre** es una categoría existencial de las mujeres que abarca desde el momento en que se quedan embarazadas hasta que se mueren. Constituye la máxima realización como mujer y no puede competir con ningún otro objetivo vital, porque entonces sería una mala madre, una mala mujer. Obviamente se percibe la maternidad como una característica inherente de la condición femenina, lo que lleva a pensar que su deseo de ser madres responde a una inclinación natural por el simple hecho de ser mujer. Además a lo largo de las entrevistas, se destaca la función de pilar primordial de la madre en la constitución de la familia, y de sus definiciones de madre se desprende que ellas son quienes llevan la mayor responsabilidad en el cuidado y educación de los hijos/as"<sup>(10)</sup>.

Esta asimilación de los conceptos de mujer, madre y familia, tienen su reflejo explícito en las normas, a modo de ejemplo, tenemos el art. 86 del Código Penal: "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

(8) LAURENZO COPELLO, PATRICIA, Op. cit., p. 231.

(9) BERGALLO, PAOLA, "De la Libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción", en Paola Bergallo (comp.), *Justicia, género y reproducción*, Bs. As., Librería, 2010, p. 11.

(10) GONZÁLEZ, NOELIA I., "El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad", en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona, Grupo Antígona UAB, 2009. Disponible en: <http://158.109.129.18/centreantigona/docs/VOL1.pdf>, pp. 212/213.

otros medios (...)" . Como puede verse, la norma usa de manera intercambiable la palabra "mujer" y "madre", como si fueran sinónimos.

En el mismo sentido, tenemos el art. 63 del Código Civil: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". Asimismo el art. 65 del mismo Código nos dice: "Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella o del marido". Podemos observar en estas normas que la definición biologicizada de maternidad es adelantada a un momento anterior al nacimiento, justamente porque lo que se sugiere es que la mujer tiene una tendencia natural hacia la maternidad. Asimismo es particularmente interesante que el art. 65 del Código Civil habla de "la madre" (que ya lo es porque está embarazada) y "su marido", quien aún no es padre, porque no tiene responsabilidad alguna hasta luego del nacimiento<sup>(11)</sup>.

Las normas que prohíben el aborto y que abiertamente destinan a la mujer a ser madre conviven, aparentemente de manera *armoniosa*, con la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que dice expresamente que las mujeres tienen derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos" (art. 16.e CEDAW). Y con los principios fundamentales del Estado de Derecho y de los derechos humanos que imponen el tratamiento igualitario de todos los seres humanos y el respeto de la autonomía ética, que incluye la autodeterminación sexual (art. 19, CN) y de la dignidad humana.

Un interesante ejemplo discursivo sobre la invisibilización de la mujer en las cuestiones referidas a la protección de la vida intrauterina es el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Portal de Belén" (Fallos 325:292) donde se toman discursos científicos, sobre medicina y biología en los que se afirma que la vida comienza desde la *concepción* y por ello cualquier procedimiento, en el caso, cualquier medicamento, que impida las condiciones necesarias para que la gestación comience resulta violatoria de la vida y por ello, impermisible. De esta manera los jueces de la CSJN han trasladado la decisión valorativa

(11) Nótese que el Código Civil tiene una presunción de paternidad fuerte en razón del matrimonio entre la mujer que ha parido y un hombre, estrictamente, desde el punto de vista jurídico, se puede hablar de maternidad solamente a partir del parto y es en tal momento en el que, también jurídicamente, el marido de esa mujer es padre. Pero, asistemática y reveladoramente, la ley habla de madre, embarazada y mujer, como si no hubiera diferencia alguna.

referida a cuándo comienza la vida y con qué intensidad se la debe proteger, a la decisión de ciertos científicos (y omitiendo las opiniones divergentes desde esas mismas disciplinas y desde otras) y lo hacen sin tomar en cuenta a las mujeres, como si no formaran parte de la situación.

Se puede añadir que la postura a favor de la penalización del aborto plantea un problema social o colectivo complejo desde el punto de vista fáctico y valorativo, como si fuera un problema individual de confrontación entre una mujer “mala” (desnaturalizada, rebelde, subversiva, arrogante y egoísta) frente a la debilidad del feto e incluso adversa a los derechos del otro progenitor. Plantear la cuestión de esta manera no solamente es reduccionista, sino que omite las diferencias relevantes entre la posición de las mujeres y los varones en torno a la reproducción (diferencias, éstas sí, naturales e ineludibles, porque solamente las mujeres pueden estar embarazadas). Plantea al feto como un ente independiente de la mujer (lo cual es ontológicamente falso)<sup>(12)</sup> y a las mujeres y varones como sujetos neutros, desvinculados de sus circunstancias y de su sexo, valora las situaciones como si fueran iguales cuando no puede haber igualdad<sup>(13)</sup>. Es a partir de éste planteo reduccionista que se logra esconder el dominio sobre el cuerpo, la sexualidad y la función de las mujeres. Se sostiene la defensa de derechos de fetos y varones que tienen como ineludible consecuencia la subordinación del uso del cuerpo y el plan de vida de las mujeres (pero esto último no es declarado).

## 2 | Discursos no pronunciados y efectos no reconocidos en torno a la penalización del aborto

Si bien el embarazo es algo que sucede naturalmente, es el Estado el que valora en forma negativa su interrupción; esta decisión no tiene nada de natural, ni de científico. En este sentido, la biologización de la discusión sobre el aborto esconde la asignación social del rol de madres a las mujeres, la atribución de

---

(12) La separación es ficcional y valorativa, ya que los fetos o embriones se encuentran dentro del cuerpo de la mujer, conectados a ella y dependen físicamente de la mujer. Desde un punto de vista fáctico el feto no es un ente distinto de quien lo gesta, ni siquiera el feto viable, mientras se encuentre dentro del cuerpo de la mujer.

(13) PITCH, TAMAR, Op. cit., pp. 93/95

una función y finalidad a la sexualidad femenina que no es libremente determinada y la intervención en la definición de la relación de la mujer con su propio cuerpo, con su sexualidad y con su feto.

Resulta más o menos obvio en una sociedad liberal que la relación de una persona con su cuerpo y su sexualidad no pueden ser impuestas ni definidas coercitivamente. De manera inconsecuente con este razonamiento, penalizando la interrupción de embarazos, se imponen ciertas relaciones de una persona con las consecuencias de su propia sexualidad. No carece de significado, en este sentido, que solamente se intervenga en la relación de las mujeres con el producto de sus sexualidades y que la sociedad intervenga en la atribución de valor a esa relación, que se imponga un significado al vínculo entre la mujer, su sexualidad, el embarazo y el feto. Resulta, sin embargo, contraintuitivo (para una mente liberal) pensar que un tercero (la sociedad) pueda entender y valorar algo tan íntimo y ligado inseparablemente al cuerpo y la subjetividad de otra persona; se traiciona así el principio liberal por excelencia referido a que cada persona es quien mejor puede juzgar sobre sus propios intereses. Es por ello que cualquier individuo puede decidir si acepta tratamientos invasivos sobre su cuerpo cuando tiene una enfermedad, y puede rechazarlos<sup>(14)</sup>. Lo mismo debería suceder con el embarazo<sup>(15)</sup>.

Otro punto que no se puede soslayar es el resultado de la penalización del aborto. La persecución penal en estos casos es absolutamente ineficaz. Este tipo penal dice proteger la vida, sin embargo, es inútil a tales fines<sup>(16)</sup>: el resultado de la amenaza penal es que en Argentina se realizan entre 460.000 y 600.000 abortos por año<sup>(17)</sup> y lo cierto es que ninguna mujer que desea abortar se ve fácticamente impedida de hacerlo y un número extremadamente pequeño de abortos tienen alguna consecuencia penal<sup>(18)</sup>.

(14) Sobre ello ver el reciente fallo de la CSJN A. 523. XLVIII "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias".

(15) PITCH, TAMAR, op. cit., pp. 93/95

(16) BERGALLO, PAOLA, op. cit., p. 11.

(17) CARBAJAL, MARIANA, *El aborto en debate (aportes para una discusión)*, Bs. As., Paidós, 2009, p. 34.

(18) Si bien no existen datos oficiales, se han registrado 22 condenas por aborto entre los años 2002 y 2008. No obstante, se debe considerar que el proceso penal representa ya una pena, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, 4ta ed., Madrid, Trotta,

En cuanto a las consecuencias reales de la penalización del aborto, encontramos que aproximadamente 100 mujeres mueren por año en Argentina<sup>(19)</sup>, mujeres pobres. Asimismo, los pocos abortos que son denunciados son aquellos que se practican en malas condiciones sobre mujeres pobres que han intentado abortar y debieron asistir a hospitales públicos debido a complicaciones relacionadas con los altos riesgos que corre su salud y su vida al someterse a un aborto inseguro<sup>(20)</sup>.

Es hoy indiscutible que la prevención de embarazos no deseados es la mejor estrategia para evitar abortos y es todo lo que se puede hacer para proteger la vida intrauterina. Hoy hay mujeres informadas que tienen ciertas posibilidades de prevenir embarazos no deseados<sup>(21)</sup> y hay muchas más mujeres que no acceden a información para planificar embarazos ni a los métodos necesarios para prevenirlos<sup>(22)</sup>. El Estado es consciente de que la información acerca de la salud reproductiva, anticoncepción, educación sexual y planificación de embarazos es necesaria para que las mujeres podamos decidir sobre nuestras sexualidades y prevenir consecuencias no deseadas, tales como embarazos y enfermedades. Se declara que existen políticas públicas en este sentido, pero ellas en la práctica no llegan a las mujeres más pobres.

.....

2000. Los procesos penales por aborto parecen ser bastante más numerosos, BERGALLO, PAOLA, op. cit. p. 12.

(19) Se trata del promedio muertes por aborto desde el regreso a la democracia hasta 2008. Más impresionante aún es la cifra de egresos hospitalarios por complicaciones derivadas de abortos realizados en condiciones insalubres y clandestinas, sobre esto ver Carbajal, Mariana, 2010, op. cit.

(20) BERGALLO, PAOLA, op. cit., p. 12.

(21) La cuestión de que una mujer quiera abortar es mucho más compleja que si desea o no ser madre, querer o no querer la maternidad es solamente un aspecto del asunto, de hecho, es un error con consecuencias graves asimilar el sexo al embarazo y el embarazo a la maternidad, estas tres cuestiones tienen una relación de causalidad, pero no es una relación necesaria. Por otro lado, se cuestiona la efectiva libertad de elegir, aún disponiendo de información necesaria, acerca de la posibilidad de tener sexo sin riesgos de embarazo, MACKINNON, CATHERINE, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Valencia, Ed. Cátedra, 1995.

(22) Es interesante que los métodos anticonceptivos más accesibles, fáciles de usar y seguros son de uso masculino. Federici relata que hacia fines del siglo XV las mujeres comenzaron a perder el saber acerca de la anticoncepción, debido a la prohibición de la anticoncepción y que luego, al reaparecer el control de natalidad, los medios para conseguirla fueron de uso masculino, FEDERICI, SILVIA, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Bs. As., Tinta limón, 2004, p. 156.

.....

Tanto la presencia como la ausencia de estos recursos son una clara representación del biopoder del Estado, que ya no se sostiene por dejar vivir o hacer morir, sino que debe hacer vivir o dejar morir<sup>(23)</sup>, la mayor medicalización de unas mujeres, el mayor acceso a salud de un sector de la población y el menor acceso a prevención de otras mujeres, quienes por ello o bien se reproducirán más, o bien morirán más frecuentemente, supone el ejercicio de un poder y un control científico sobre las poblaciones: habrá políticas que fomenten la vida y otras que fomenten la muerte. La política criminal argentina acerca del aborto parece favorecer la muerte<sup>(24)</sup>, contrariamente a lo que dice el Código Penal, y aquellos discursos que proponen sostener la penalización.

La penalización del aborto medicaliza el cuerpo de las mujeres, quienes deben declarar su sexualidad, someterla a debate, para prevenir embarazos, y sacrifica cuerpos de quienes no lo someten a tales inspecciones. Acudir a un médico en relación con un aborto supone someter la decisión moral sobre el propio cuerpo al escrutinio de otro, a su evaluación moral<sup>(25)</sup>, no acudir al médico para abortar, muchas veces supone la muerte, y acudir al médico habiendo abortado puede suponer ir presa<sup>(26)</sup>.

.....

(23) FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, La Plata, Altamira, 1996, pp. 194/199.

(24) No solamente se fomenta la muerte por abortos inseguros, sino que la consecuencia de la penalización, la cárcel, también es un lugar de muerte. Parece bastante claro que la función actual del sistema penal es el de eliminar de la sociedad a los pobres, que representan un peligro para la sociedad de consumo y ya no son necesarios como ejército de reserva, BAUMAN, ZYGMUNT, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999 pp.113/120, se deposita a los pobres en la cárcel para dejarlos morir allí, es claro que actualmente la cárcel está cumpliendo una función punitivista y de terror, MELOSSI, DARIO y PAVARINI, MASSIMO, *Cárcel y Fábrica*, Bs. As., Siglo XXI, 2005.

(25) PITCH, TAMAR, op. cit., pp. 85/87.

(26) Esta situación enormemente conflictiva, que vulnera los derechos humanos de las mujeres referidos al acceso a servicios de salud adecuados, es resuelta correctamente en el plenario de la CNA Crim. y Corr. "Natividad Frías" (del 26 de agosto de 1966). La obligación de los médicos de los hospitales públicos de guardar secreto profesional debe prevalecer sobre el deber de funcionario público de denunciar los delitos sobre los que tome conocimiento en ocasión de la relación con una paciente que ha abortado. Tal interpretación es fundamental para preservar el derecho a la salud, a la vida y a la intimidad de las mujeres que acuden a hospitales públicos a causa de abortos complicados. Se debe destacar que el Estado no puede poner a una persona en la situación de elegir entre su vida y su libertad. En tal sentido, las consecuencias de la aceptación de las denuncias de los médicos serían también problemáticas porque es evidente que la "confesión" de la mujer no es libre y por eso no debería ser tomado en cuenta en un proceso penal, puesto que tal declaración sería claramente violatoria

Pero, ¿qué significa la imposición de ser madre?; ¿Es la prohibición del aborto el único dispositivo que provoca la maternalización de las mujeres?; ¿Es efectivamente la necesidad de producir más vidas la que sustenta la prohibición del aborto?

La maternalización de las mujeres a través de la penalización del aborto no tiene directamente que ver con producir más niños. La regulación del aborto interviene, regula y limita, en definitiva, la sexualidad femenina porque le impone consecuencias, a diferencia de la sexualidad masculina, que no las tiene<sup>(27)</sup> la sexualidad de los hombres es libre, la de las mujeres, que tienen prohibido abortar, tiene fuertes ataduras<sup>(28)</sup>.

La obligación de soportar embarazos, entre otras circunstancias, pone a las mujeres estructuralmente en una posición más débil frente a los hombres, puesto que no solamente se debe parir, sino cuidar a los niños, de modo tal que las mujeres somos menos elegibles en los empleos y cobramos menores salarios, pues los trabajos femeninos son valorados en menor medida<sup>(29)</sup> y porque tarde o temprano tendremos que parir y criar, quedarnos en casa y hacer la comida. Estas condiciones resultan en una menor elegibilidad en los puestos de trabajo y una menor posibilidad de tener ingresos económicos adecuados para lograr el sustento económico propio, de modo tal que se empuja a las mujeres al matrimonio o la prostitución<sup>(30)</sup>, las otras alternativas son considerablemente más difíciles de alcanzar para las mujeres que para los varones.

.....

del principio fundamental de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum prodere*), art 18, CN. Otra objeción importante a la posibilidad de que el médico del hospital público pueda denunciar abortos sobre los que conoció al atender a una paciente es que se generaría una desigualdad en el derecho a la intimidad de las mujeres que pueden pagar una consulta médica privada (con un médico que no es funcionario público y no tiene ese deber de denunciar) y aquellas que solamente pueden acudir a los servicios de salud pública y consultar a médicos- funcionarios. Un razonamiento así ha adoptado la CSJN en el reciente fallo "Baldivieso" (Fallos 333:405), referido al delito de transporte de estupefacientes.

(27) MACKINNON, CATHERINE, op. cit.

(28) Ataduras que deberíamos amar cuidar y ver como adorables, como nuestra consagración personal.

(29) FRUG, MARY J., "Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)", en *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006, pp.240/244 y FEDERICI, SILVIA, op. cit., pp. 156/163.

(30) FRUG, MARY J., op. cit., pp. 235/236.

### 3 | Fines no declarados del control sobre el aborto

Es interesante indagar ahora en las razones que podemos encontrar para el sometimiento de las sexualidades y las vidas femeninas. La reproducción necesaria para el capitalismo no es algo biológico solamente, se trata de la necesidad de que gran parte del trabajo humano no es ni puede ser remunerado. El trabajo reproductivo es también aquello necesario para que el trabajador pueda, al terminar la jornada de trabajo, comer, vestirse, y tener cierto ocio. Los niños deben ser educados y cuidados, pero los trabajadores no tienen tiempo para ello. Todo esto debe estar dado en las casas, es trabajo continuo y no remunerado, que es necesario para que el trabajador reponga todas sus fuerzas para entregarlas al empleador, se trata de un *plus* de plusvalía necesario para el sistema productivo<sup>(31)</sup>.

La prohibición del aborto, el poder diciendo que no se puede realizar determinada conducta, no puede provocar que efectivamente se produzcan más bebés, pero puede constituir un discurso acerca de lo que una mujer *debe ser*. La penalización del aborto nunca protegió ni protegerá la vida, es, más bien, un mecanismo de marginación<sup>(32)</sup> de modelos desviados de femineidad, que puede castigar a las disidentes o no hacerlo, pero no deja de constituir un poderoso dispositivo simbólico y material para ubicar a las mujeres donde es necesario que estén, dentro de la normalidad "heteroimpuesta"<sup>(33)</sup>, pero fuertemente internalizada<sup>(34)</sup>. La maternidad es un estereotipo que es valorado positivamente por casi todos los varones y

(31) RUBIN, GAYLE, "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo", *Nueva Antropología*, Vol. VIII, N°30, México, 1986. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuantv/cont/30/cnt/cnt7.pdf>, pp 98/100.

(32) Puede establecerse, en tal sentido, un paralelo con lo postulado por BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Bs. As., Siglo XXI, 2002, acerca de la cárcel.

(33) Impuesta por el sistema de producción y el patriarcado, íntimos aliados del Estado.

(34) En este sentido es interesante la cita de Bourdieu " (...) el fundamento de la violencia simbólica no reside en las conciencias engañadas que bastaría con iluminar, sino en unas inclinaciones modeladas por estructuras de dominación, que hacen posible la complicidad de las víctimas con los dominadores", la transformación de las condiciones sociales de producción de las inclinaciones es, por ello, muy difícil y solamente se producirá cuando las dominadas (toleradas) puedan adoptar sobre los dominadores (tolerantes) y sobre sí mismas



mujeres, parece ser como un estigma al revés (o positivo), ser “solterona” y sin hijos, o ser prostituta son estigmas, no entran dentro de las características que se espera que tengan las mujeres y por ello son desacreditadas<sup>(35)</sup>, discriminadas<sup>(36)</sup>.

## 4 | La discusión sobre los permisos para abortar

En la actualidad, y desde 1922, la ley argentina permite abortos en algunos casos; sin embargo, corrientemente se entiende que está totalmente prohibido abortar<sup>(37)</sup>, de modo tal que esa creencia favorece que, en la mayoría de los casos, los permisos dados por la ley no tengan efectiva implementación<sup>(38)</sup>.

Para comprender esto es particularmente interesante comparar las normas de diversos países que han sancionado leyes con indicaciones similares que las del Código Penal argentino, permitiendo la interrupción voluntaria de embarazos peligrosos para la vida o la salud de la mujer, o en casos de violación. En este sentido, podemos observar que España, Italia y Colombia presentan regulaciones similares y obtienen resultados distintos en la práctica y discursivamente, pues los permisos sí tienen implementación.

.....

un punto de vista diferente del que los dominadores establecen y definen sobre lo real o lo justo o lo natural. La violencia simbólica se realiza a través del acto de conocimiento y de reconocimiento, que se produce sin el conocimiento consciente y la voluntad del sujeto, lo que le confiere poder hipnótico, BOURDIEU, PIERRE, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 58.

(35) Ejemplos claros de esto son los insultos más comunes: para una mujer, “puta”, para un varón, “hijo de puta”.

(36) GOFFMAN, ERVING, *Estigma. La identidad deteriorada*, Bs. As., Ed. Amorrortu, 1993, p. 13.

(37) Es esperable que esta tendencia cambie a partir del reciente fallo de la CSJN “F., A.L. s./ medida autosatisfactiva”, del 13/3/2012, donde el Máximo Tribunal da claras directivas en orden a cómo se interpreta correctamente el art. 86 del Código Penal y de qué manera deben obrar los médicos al momento de recibir una solicitud de realización de un aborto no punible. Allí se enfatiza en que la interpretación restrictiva de los permisos para abortar resulta contraria al principio de legalidad en materia penal, ya que priva a las mujeres de un permiso y un derecho legalmente previstos, imponiendo cargas extra legales para ejercer aquel derecho, y extiende el ámbito de lo punible a circunstancias que se encuentran permitidas por la norma.

(38) BERGALLO, PAOLA, op. cit., p. 11.

En el caso de Argentina, los permisos aparecieron muy tempranamente y no resultan de un debate producto de la declarada necesidad de despenalización del aborto; por otro lado, esto es bastante obvio, teniendo en cuenta que es indudable que el art. 86 del Código Penal ha sido escrito por hombres para regular los cuerpos de las mujeres, dado que en 1922 las mujeres no votaban, eran consideradas jurídicamente como incapaces de hecho (conforme al código civil anterior a 1968) y mucho menos existía un movimiento feminista en Argentina que pudiera hacer oír la voz de las mujeres<sup>(39)</sup>. Justamente porque nunca se entendió que los permisos del art. 86 del Código Penal significaran verdaderamente la despenalización del aborto, no hubo planteos serios de inconstitucionalidad de esta norma y la Corte Suprema argentina nunca debió pronunciarse al respecto.

Por el contrario, la reforma de la prohibición absoluta del aborto en España fue en 1985, en el marco de un proceso de democratización que contó con un movimiento feminista considerable. En tal momento se habló explícitamente de la necesidad de despenalizar el aborto y se llegó a sancionar los permisos referidos a los casos en los que la salud física o psíquica o la vida de la mujer estuvieran en riesgo, o para casos de violación o graves malformaciones del feto (art. 417 bis del Código Penal español anterior a la reciente reforma que ha despenalizado totalmente el aborto en las primeras doce semanas). En este caso, la ley española se implementó de manera tal que prácticamente todos los abortos en ese país se realizan legalmente. Esta norma ha suscitado un planteo de inconstitucionalidad inmediatamente luego de la sanción de la ley, que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, en el sentido de la constitucionalidad de los permisos.

En el caso colombiano, se consiguió la despenalización parcial del aborto a partir de un planteo de inconstitucionalidad de la ley que prohibía de manera absoluta la interrupción de embarazos, realizado por una agrupación muy amplia de feministas (llamada LAICIA) formada específicamente para plantear el

(39) Becker explica la forma en que se establecen las normas y sostiene que los grupos con intereses contrapuestos pueden tener mayor o menor influencia en esa imposición. En este sentido, es posible establecer a un grupo como desviado sin su consentimiento, cuando ese colectivo no está organizado o no reacciona ante las proposiciones de leyes que desvaloran sus características, prácticas o intereses, BECKER, HOWARD, *Los extraños*, Bs. As., Ed. Tiempo contemporáneo, 1977, cap. 7.

litigio estratégico frente a los estrados del Tribunal Constitucional<sup>(40)</sup>. Se planteaba explícitamente la necesidad de despenalizar el aborto. En este sentido fue que el Tribunal Constitucional colombiano, en su sentencia C-355-2006, declaró inconstitucional la prohibición absoluta del aborto y sostuvo que era necesario que se dictara una ley que permitiera abortar en caso de riesgo para la salud o la vida de la mujer, en casos de violación, incesto o inseminación artificial no consentida y graves malformaciones del feto. Estos permisos fueron sancionados legalmente y tienen efectiva implementación.

Por último, Italia es otro país en el que se entiende que el aborto está permitido y, en líneas generales, lo está en la práctica. En la legislación italiana es posible interrumpir el embarazo dentro de los primeros 90 días, si representa serio peligro para la salud física o psíquica de la embarazada, teniendo en cuenta sus condiciones sociales, económicas o familiares, o por las circunstancias en las que se produjo la concepción, o debido a una anomalía o malformación del feto. Pasados los noventa días se permite abortar solamente si el embarazo o el parto ponen en riesgo la vida de la mujer o cuando existan malformaciones del feto que reporten peligro para la embarazada (ley 194/1978). Esta ley fue producto también de un amplio debate referido a la despenalización del aborto y los movimientos feministas fueron actores importantes que influyeron en el debate<sup>(41)</sup>.

Como puede verse, los permisos en los distintos países son similares, pero las consecuencias fácticas de estas normas son distintas. Esto parece tener que ver, no solamente con la voluntad política de implementar los permisos (redactar reglamentaciones, controlar el cumplimiento de las normas), sino con los discursos que sustentaron las normas al momento de su sanción y que las sustentan actualmente.

La situación en Argentina es la consecuencia de las prácticas sustentadas por los discursos que no avalan la despenalización del aborto y refleja que las mujeres, como grupo con intereses determinados, contrapuestos con los de otros grupos, como, por ejemplo, la iglesia y otros sectores conservadores, no tenemos aún suficiente poder para lograr la imposición de

(40) WOMEN'S LINK WORLDWIDE, "La liberalización del aborto en Colombia", *Hojas informativas*, n°2, mayo 2007. Disponible en: [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas\\_Informativas/02\\_WomensLinkWorldwide.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/02_WomensLinkWorldwide.pdf)

(41) PITCH, TAMAR, op. cit.

nuestros intereses a través de la fuerza de la ley, ni logramos modificar las interpretaciones de las normas, determinadas por grupos que, evidentemente, han tenido y siguen teniendo mayor capacidad de *lobby*<sup>(42)</sup>.

Según nuestras leyes, son los médicos quienes deben poner en práctica los permisos, pero ellos no tienen seguridad acerca de sus alcances y efectiva vigencia y acuden a los tribunales para que las interpreten, generando una situación incompatible con la finalidad (declarada) de la norma permisiva, pues en la mayoría de los casos judicializados el tiempo que transcurre es demasiado para evitar los peligros o el sufrimiento de las mujeres que lo solicitan<sup>(43)</sup>.

## 5 | Discursos por la despenalización

Quienes sostienen que el aborto no debería ser penado suelen poner énfasis en que se trata de un problema social, de salud pública, debido a la enorme cantidad de muertes *maternas* que se producen a causa del aborto clandestino.

Por otro lado, se sostiene que en cualquier caso la decisión entre abortar o no hacerlo es dramática y que la mujer que elige abortar lo hace asumién-

(42) Esta explicación puede darse a partir de la teoría del conflicto, PAVARINI, MASSIMO, op. cit., pp. 138/141. Es interesante ver cómo en Argentina el movimiento de diversidad sexual, representado especialmente por la CHA y la FAGLTB, han logrado instalar el debate público en torno al reconocimiento de sus sexualidades a través de una ley que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo y han obtenido el reconocimiento de estos derechos a través de litigios estratégicos que han culminado con sentencias que reconocen a parejas homosexuales el derecho a casarse. Es curioso que en Argentina hayamos logrado la ley que habilita el matrimonio igualitario, antes que la legalización del aborto. Esto se debe, a mi modo de ver, a que el movimiento de diversidad sexual ha logrado una posición de poder mayor que los movimientos de mujeres, las voces de quienes tienen sexualidades no heteronormativas han logrado ser oídas y han demostrado la legitimidad de sus discursos, cosa que las mujeres no hemos logrado, aún no hemos podido hablar nosotras mismas sobre nuestros cuerpos frente a la opinión pública.

(43) El fallo "F., A.L." tiene la clara finalidad de terminar con esta tendencia, aún así, se advierte que los grupos conservadores, muchas provincias y algunas corporaciones médicas siguen oponiéndose a la implementación de los permisos, a pesar del marco de seguridad jurídica que brinda la interpretación clara y explícita que realizó el Cíbero Tribunal, los resultados reales y simbólicos de esta nueva pugna por el significado de la ley y su implementación en la práctica se verán en algún tiempo.

dolo con gran dolor, se presenta al aborto como una tragedia existencial (individual) y social.

Se pone énfasis en el problema moral del aborto y en la falta de alternativas de la mujer al momento de tomar la decisión, se sostiene que por el enorme costo psicológico que supone el drama del aborto<sup>(44)</sup>, la mujer no decidirá irresponsablemente ni de manera caprichosa<sup>(45)</sup>.

Otra estrategia discursiva para la despenalización del aborto tiene que ver con resaltar las dificultades económicas y la falta de alternativas para llevar adelante la maternidad.

Todos estos discursos maternalizan a las mujeres y el modelo de despenalización que corresponde a tales perspectivas parece ser el de indicaciones: se permite abortar en razón de algunas dificultades, que deben ser sometidas al escrutinio social (en ambos casos, al juzgamiento del médico). Se propone, conforme a estas premisas, que se debe dar a la mujer una entrevista obligatoria con algún funcionario, generalmente un médico, que explique otras alternativas, donde se discutan las razones de la mujer para decidir abortar. El aborto no es, entonces, una cuestión de la mujer, sino un asunto de la sociedad, algo sometido a debate.

Por otro lado, los discursos de despenalización más corrientes también suelen sostener que lo que se busca es proteger la vida y a las mujeres<sup>(46)</sup>. El planteo de tales construcciones discursivas es, por tanto, muy similar al de los discursos criminalizantes: plantean al aborto como algo malo, como un problema<sup>(47)</sup>. En el caso de quienes sostienen que debe ser criminalizado, tal como dijimos anteriormente, se pone énfasis en la dimensión individual de la desviación de la mujer que no quiere cumplir con su cometido natural. En el caso de los discursos de despenalización, el enfoque del

---

(44) Sobre este tipo de discurso es interesante la declaración de la UBA a favor de la despenalización del aborto (Premat, Silvina, op. cit.).

(45) DWORKIN, RONALD, op.cit.

(46) PITCH, TAMAR, op. cit., pp. 88/93.

(47) WEIGEND, EWA y ZIELIŃSKA, ELEONORA, "Das neue polnische Recht des Schwangerschaftsabbruchs: politischer Kompromiß und juristisches Rätselspiel", ZStW 106 (1994) Heft 1, Berlín, Walter de Gruyter, 1994.

problema es más bien social, se encuentra la causa de la desviación respecto del rol natural en la incapacidad de la sociedad de darle a la mujer las condiciones necesarias para que lo ejerza con toda la alegría y amor que merece el cumplimiento del deber, es por ello que por piedad, o por el interés de la sociedad de que no se produzcan muertes por abortos, se les permite a las mujeres solucionar el dilema fatal lícitamente.

Los discursos despenalizadores plantean explicitar la tolerancia frente al aborto, tolerancia que se encuentra, sin lugar a dudas, también en las sociedades en las que la ley criminaliza el aborto, pues siempre la cifra negra es total en los casos en que las interrupciones de embarazos se producen en la esfera privada y no se hacen públicas (aquellos abortos que llegan a ser gestionados por el sistema penal lo son porque la mujer tiene complicaciones de salud derivadas del mismo, en casi todos los casos).

## 6 | La crítica feminista a los discursos de penalización y a algunos discursos de despenalización

La penalización no acepta la disposición de nuestros cuerpos como derivación de nuestro derecho de autodeterminación reproductiva y sexual. Los que defienden nuestro derecho a abortar han entendido que no dejaremos de hacerlo y quieren proteger nuestras vidas, al tiempo que promueven que no abortemos, proponen que “lo menos peor” es tolerar nuestra desviación, para tener oportunidad de controlar nuestros cuerpos, confrontar con nuestras razones y tomar nuestras decisiones<sup>(48)</sup>.

En este sentido, puede señalarse que es una constante en todos los permisos para abortar que la práctica sea realizada por un médico, lo cual saca al aborto de la esfera de estricta autodeterminación de la mujer y niega la posibilidad de un ejercicio libre del poder de decidir<sup>(49)</sup>. La cuestión de la intervención del médico debe ser repensada en el actual contexto, pues existen

(48) PITCH, TAMAR, op. cit., pp. 88/93.

(49) Respecto de esta cuestión, Pitch señala que la despenalización de algunos delitos sin víctimas supone el incremento del control social a través de su medicalización y menciona la existencia de movimientos liberales que prefieren devolver estos conflictos a la justicia para

que permiten su realización de manera completamente privada y en las condiciones elegidas por la mujer, sin que impliquen mayores riesgos para su salud; se trata del aborto con medicamentos, que resulta menos doloroso, menos riesgoso, menos traumático, más económico y da mayores posibilidades de realizarlo de manera autónoma (no controlada) por parte de la mujer<sup>(50)</sup>. Podría pensarse en un sistema de información pública acerca de los fármacos que provocan abortos y el acceso sencillo y libre a ellos, esto favorecería la posibilidad de ejercer la decisión autónomamente por parte de aquellas mujeres que no consideren necesaria ni deseable la consulta con el médico.

En la mayoría de los países, el permiso para abortar está supeditado a que concurran ciertos motivos. Estas circunstancias deben ser constatadas por alguien, que suele ser el mismo médico o una junta médica, en la cual se discute acerca de la incidencia del embarazo en la mujer, excluyendo a la interesada de dicha discusión<sup>(51)</sup>. Las mujeres no solamente no podemos abortar por cualquier razón que consideremos válida o suficiente, sino que además no decidiremos en definitiva acerca de si es permisible abortar o no. La ley argentina y la colombiana, a modo de ejemplo, no dejan en ningún caso la decisión de abortar a las mujeres, la mujer embarazada puede consentir o no el aborto, pero su consentimiento y la afirmación de que concurre una de las causas previstas en la ley para abortar legalmente no son suficientes para legitimar el aborto. Quien, en definitiva, decide si se realizará o no la práctica es el médico, que además de tal poder de decisión, tiene oportunidad de expresar e imponer sus concepciones morales respecto de lo que debe hacer la mujer con su embarazo; en este sentido, la reglamentación española, italiana y alemana imponen en la implementación del procedimiento para habilitar la interrupción de embarazos la discusión obligatoria referida a las opciones y ayudas que tiene la mujer para evitar el aborto; se trata de una medida muy común de paternalismo sobre la decisión de la mujer.

.....  
que se tome en cuenta la autonomía y los derechos individuales de quienes están involucrados, PITCH, TAMAR, *Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003b..

(50) GÓMEZ PONCE DE LEÓN, RODOLFO y RIZZI, RICARDO, "Misoprostol: su uso para los abortos no punibles", *Hojas informativas*, n°11, julio de 2009. Disponible en: [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas\\_Informativas/11\\_Ponce-de-Leon&Rizzi.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/11_Ponce-de-Leon&Rizzi.pdf)

(51) BRUCH, ATTORNEY, "Neue Entwicklung im Rect. Des Schwangerschaftsabbruchs in Kanada", ZStW 105 (1993) Heft 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1993, p. 644.

Otro método de control moral sobre el cuerpo de la mujer que tienen los médicos es la objeción de conciencia que<sup>(52)</sup>, en muchos casos, suele no estar regulada razonablemente, de tal manera que en algunos casos los abortos permitidos no puedan llevarse a cabo porque nadie quiere admitir que los realiza.

Las leyes que despenalizan el aborto; parecen fomentar, en cambio, la medicalización de los abortos imponiendo una situación de mayor estrés a las mujeres, que implican en general ciertas esperas y afrontar situaciones que podrían evitar si pudieran conseguir las píldoras y la información para abortar libremente, fomentan la mortificación moral de la mujer que no cumple su rol, generando mayor sufrimiento en ella<sup>(53)</sup>, que es quien experimenta el proceso de significación simbólica de la gestación que se desarrolla en su cuerpo; un aborto no reflexionado y sin riesgos suele ser la mejor forma de evitar sufrimientos a quien se lo practica<sup>(54)</sup>.

Sucede que las legislaciones que permiten el aborto resultan de la tolerancia de tal práctica y de una intención explícita de controlar las condiciones en las que se realiza. La tolerancia debe ser entendida como una alianza implícita y desigual entre los tolerantes y los tolerados. En un régimen como el argentino actual, de penalización legal y tolerancia en la práctica, la sociedad regularmente renuncia a ejercer violencia física contra las mujeres que abortan (la acción penal), siempre y cuando ellas mantengan estas prácticas y sus identidades<sup>(55)</sup> dentro de lo privado<sup>(56)</sup>. En las propuestas de despenalización que presentan la cuestión como la tolerancia de aquello que no se puede evitar, la condición es

(52) PITCH, TAMAR, 2003, Op. cit., p. 91 y ALEGRE, MARCELO, "Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en SELA, *Derecho y sexualidades*, Buenos Aires, Librería, 2009.

(53) Esto es factible cuando la persona que realiza un acto desviado se califica a sí misma como desviada, generándole un sentimiento de culpa y provocando que la persona se autocastigue (BECKER, HOWARD, op. cit., pp. 38/39).

(54) PITCH, TAMAR, 2003, Op. cit., p. 91

(55) En relación con el ocultamiento de la identidad de la mujer que se rebela frente a los mandatos culturales que le imponen ser madre, es interesante la observación de Becker, quien sostiene que el que es calificado socialmente como desviado puede tener otra opinión sobre sí mismo y creer que los desviados son aquellos que le imponen la regla (BECKER, HOWARD, op. cit., p. 24).

(56) JONES, DANIEL, "Estigmatización y discriminación a adolescentes varones homosexuales", en Mario Pecheny, Carlos Figari y Daniel Jones (comps.), *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, Bs. As., Libros del Zorzal, 2008, p. 55.



no reivindicar el aborto como una libertad, sino considerarlo como un remedio a un mal, tal como es interpretado por la sociedad patriarcal que maternaliza a las mujeres. La condición de la tolerancia es la invisibilidad<sup>(57)</sup>, toda mujer que abortó sabe que debe evitar que se sepa, no debe decirlo, pues es un estigma con el que es mejor cargar en privado, antes que ser anatemizada socialmente, juzgada por el cura, la familia o los médicos. El incumplimiento de tal condición, en el régimen de penalización, tiene implícita la consecuencia de la violencia penal. Si se cancelara la persecución penal, las formas de violencia no estarían ya institucionalizadas, pero se ejercerían a través de la opinión de aquellos que conozcan la decisión de la mujer, pues se considerará que todos y cada uno de los miembros de la sociedad y la sociedad misma, tendremos algo que decir, y tenemos derecho a hacerlo, ante la decisión de la mujer sobre su propio cuerpo.

Lograr la tolerancia frente a nuestras decisiones, tal como postulan los discursos sanitaristas de despenalización, es insuficiente pues ella lleva implícita la violencia simbólica que tiende a sostener y reproducir el *statu quo* estereotipante, maternalizante, que controla nuestras sexualidades, las juzga y pretende moldearlas, normalizarlas y ajustarnos a un rol heteroimpuesto.

La igual consideración de las mujeres como seres humanos autónomos supone la permisión del aborto y su legalización contribuiría a mejorar las condiciones materiales de vida de las mujeres. Nosotras necesitamos, entre otras cosas, poder abortar para poder tener una sexualidad libre y para poder construir un plan de vida que podamos llevar adelante libremente.

Asimismo, se sostiene desde el feminismo radical<sup>(58)</sup> que resulta inadecuado y peligroso tratar el aborto como un derecho derivado de la privacidad de las decisiones sobre el propio cuerpo porque es justamente en el ámbito privado en el que las mujeres son oprimidas. Las condiciones estructurales del sistema patriarcal de relaciones de poder entre los sexos produce la falta de dominio pleno de las mujeres sobre su sexualidad, la mujer no determina cuándo y cuánto sexo tener ni en qué condiciones, sino que son los hombres los que imponen sus deseos sexuales, de manera más o menos explícita y son ellos, en la relación con la mujer y por la posesión,

---

(57) MECCIA, ERNESTO, *La cuestión gay, un enfoque sociológico*, Bs. As., Ed. Gran Aldea, 2006, p. 53.

(58) MACKINNON, CATHERINE, op. cit.

regularmente, del acceso económico a la posibilidad de conseguir los métodos anticonceptivos, quienes determinan si se utilizarán o no<sup>(59)</sup>. Como contraposición a ese dominio, no son los hombres los que cargan con las consecuencias del sexo. Las mujeres son las que cargan con los embarazos y las que estarán atadas a los niños, no los hombres. Se postula, desde este enfoque, que las mujeres deberíamos tener la posibilidad de tener sexo sin consecuencias, de igual modo que lo hacen los hombres<sup>(60)</sup>.

La importancia de este enfoque consiste en denunciar que no es plausible dejar a las mujeres para que gestionen sus derechos en el ámbito de las relaciones sociales y con los hombres, pues existen condiciones estructurales que no permiten una negociación igualitaria; en este sentido, resulta de gran importancia el reconocimiento del derecho a abortar y a que el aborto sea completamente financiado por el Estado, puesto que si las mujeres debieran encontrar quién se los pague, deberían trasladar la decisión nuevamente a los hombres, que poseen el poder económico para pagarlo o no hacerlo<sup>(61)</sup>.

En cuanto a la cuestión de la maternalización, es interesante la cita de Frug<sup>(62)</sup>: “La maternalización (...) recompensa a las mujeres por asumir completamente la responsabilidad de los hijos después del parto y penaliza conductas que entren en conflicto con la maternidad. La maternalización se da también a través de las normas tales como las restricciones al aborto que obligan a las mujeres a convertirse en madres, y a través de normas del derecho de familia que favorecen a las madres por sobre los padres”.

La mujer es y debe ser madre, el aborto va en contra de su función social y natural y la mujer que aborta debe sufrir porque en tal acto se niega a sí misma, la mujer que aborta subvierte su rol negando que ella sea para ser madre<sup>(63)</sup>. La concepción del aborto como un drama no es la única cons-

.....

(59) Idem nota (57).

(60) Idem nota (57).

(61) MACKINNON, CATHERINE, op. cit., p. 342.

(62) FRUG, MARY J., op. cit., p. 228.

(63) CARTABIA, SABRINA, “Aborto: la vida o la libertad, la violencia de una falsa opción”, en *Filosofía del Derecho*, Año 1, número 1, Bs. As., Infojus, 2012, pp. 52/53..

trucción posible del suceso, se puede vivir el aborto como la expresión de un acto regular de autodeterminación, una mujer no maternalizada entendería su sexo y su cuerpo como algo independiente de la maternidad y por tanto, cada vez que la mujer esté embarazada deberá tener una alternativa.

## 7 | La política criminal en torno del aborto

Desde el punto de vista de la política criminal, podemos afirmar también que la penalización es claramente inadecuada para conseguir los fines que se propone: evitar abortos (entendidos como un daño) y proteger vidas (en el caso de los abortos criminalizados, las vidas de los fetos y en los no punibles, las de fetos y mujeres).

Si el aborto es un problema, el derecho penal difícilmente pueda darle alguna solución, muy por el contrario, el derecho penal tiende a profundizar los conflictos que pretende tratar y crea otros adicionales<sup>(64)</sup>.

No puede ser dejado de lado, teniendo en cuenta las especiales características que tiene la práctica de abortos, que puede ser realizada en privado, sin intervención de terceros. La interrupción de un embarazo suele ser un hecho verdaderamente no conflictivo<sup>(65)</sup>. La mayoría de los abortos son realizados en secreto, muy pocas personas, además de la mujer que aborta, se enteran del hecho, salvo que se produzcan complicaciones. Estas complicaciones para la salud de la mujer se dan por las malas condiciones en que se realiza el aborto quienes se realizan abortos inseguros son las que no pueden pagar los altos precios del mercado negro de abortos clandestinos y seguros, son las mujeres pobres las que ponen en riesgo sus vidas y las que deben ir a establecimientos públicos a exhibir las pruebas de su crimen a cambio de que se les salve la vida, es allí donde comienzan los procesos penales de aborto, de modo tal que se produce una extraordinaria selectivi-

---

(64) BARATTA, ALESSANDRO, "Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", en *Doctrina Penal*, año 10, N° 37 a 40, Bs. As, Depalma, 1987, p. 632.

(65) Tamar Pitch califica al aborto como un delito sin víctima (ver op. cit., 2003b, p.60)..

dad<sup>(66)</sup> que genera que solamente mujeres pobres sean acusadas por abortos, cuando es claro que las mujeres de todas las clases sociales lo hacen.

La criminalización secundaria, aunque muy excepcional, recae desproporcionadamente sobre las mujeres más débiles<sup>(67)</sup> y profundiza las diferencias sociales, generando más pobreza y estigmatización no solamente a las mujeres criminalizadas, sino también a sus familias<sup>(68)</sup>.

Por último, podemos afirmar que el proceso de criminalización secundaria del aborto responde a la misma lógica que la criminalización secundaria de cualquier delito. Esto explica que las seleccionadas sean mujeres pobres, que no accedieron a la información sobre anticoncepción, o no pudieron adquirir los métodos anticonceptivos, las que no pudieron elegir no tener relaciones sexuales, o las condiciones en que las tuvieron. Las mujeres encarceladas por abortar son aquellas que no tienen recursos por sí mismas ni tienen a quién acudir para que les pague un aborto seguro, son mujeres expuestas a la violencia y a las enfermedades. Mujeres cuyos hijos no tendrán lugar en la sociedad, esos hijos que ellas abortan no solamente no son queridos por ellas, sino que tampoco serán cuidados por el Estado. Son ésas mujeres, cuyos vientres ya no importan para producir fuerza de trabajo o el ejército de reserva<sup>(69)</sup>, las seleccionadas para ser criminalizadas.

## 8 | Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos analizado los discursos que justifican las distintas alternativas de política criminal en torno del aborto. Hemos podido reflexionar acerca de los que justifican su penalización y aquellos que promueven la despenalización.

A partir de estos discursos, podemos concluir que estas normas producen resultados muy distintos que los que proponen y declaran: ninguna

(66) Idem nota (63), p. 634.

(67) PAVARINI, MASSIMO, op. cit., pp. 147/148 y ZAFFARONI, EUGENIO R., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2005, p. 111.

(68) Idem nota (63), p. 633.

(69) BAUMAN, ZYGMUNT, op. cit.

de estas estrategias discursivas y prácticas se ocupan verdaderamente de proteger la vida intrauterina.

Ante tal evidencia, hemos querido indagar en los verdaderos resultados de estos discursos y podemos afirmar que las políticas que regulan el aborto y lo postulan como un problema moral tienen como finalidad encubierta, no declarada, la de formar, sostener y apoyar un modelo de mujer-madre y controlar las sexualidades femeninas.

La regulación del aborto en tales términos no es tanto ni principalmente una política criminal que pretenda prevenir daños o defender la sociedad, sino, antes bien, una medida de control social que atribuye a las mujeres una subjetividad, modelando nuestras aspiraciones, posibilidades de vida, conductas y sexualidades, a través del control de nuestros cuerpos.

---

## Bibliografía

- ALEGRE, MARCELO, "Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en SELA, *Derecho y sexualidades*, Buenos Aires, Librería, 2009.
- BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, 2da ed. actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2006, tomo 1.
- BARATTA, ALESSANDRO, "Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", en *Doctrina Penal*, año 10, N° 37 a 40, Bs. As., Depalma, 1987.
- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Bs. As., Siglo XXI, 2002.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- BECKER, HOWARD, *Los extraños*, Bs. As., Ed. Tiempo contemporáneo, 1977.
- BERGALLO, PAOLA, "De la Libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción", en Paola Bergallo (comp.), *Justicia, género y reproducción*, Bs. As., Librería, 2010.
- BOURDIEU, PIERRE, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000.
- BRUCH, ATTORNEY, "Neue Entwicklung im Rect. Des Schwangerschaftsabbruchs in Kanada", ZStW 105 (1993) Heft 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1993.
- BUTLER, JUDITH, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2001.
- CARBAJAL, MARIANA, *El aborto en debate (aportes para una discusión)*, Bs. As., Paidós, 2009.
- CARBAJAL, MARIANA, "El debate del aborto", nota publicada en el diario *Página 12*,

21/08/2010, Bs. As. *A la Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006.

GOFFMAN, ERVING, *Estigma. La identidad deteriorada*, Bs. As., Ed. Amorrortu, 1993.

GÓMEZ PONCE DE LEÓN, RODOLFO y RIZZI, RICARDO, “Misoprostol: su uso para los abortos no punibles”, *Hojas informativas*, n°11, julio de 2009. Disponible en: [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas\\_Informativas/11\\_Ponce-de-Leon&Rizzi.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/11_Ponce-de-Leon&Rizzi.pdf)

GONZÁLEZ, NOELIA I., “El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad”, en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona, Grupo Antígona UAB, 2009. Disponible en: <http://158.109.129.18/centreantigona/docs/VOL1.pdf>.

JONES, DANIEL, “Estigmatización y discriminación a adolescentes varones homosexuales”, en Mario Pecheny, Carlos Figari y Daniel Jones (comps.), *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, Bs. As., Libros del Zorzal, 2008.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para un viejo debate”, en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona Grupo Antígona UAB, 2009.

MACKINNON, CATHERINE, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Valencia, Ed. Cátedra, 1995.

MECCIA, ERNESTO, *La cuestión gay, un enfoque sociológico*, Bs. As., Ed. Gran Aldea, 2006.

MELOSSI, DARIO y PAVARINI, MASSIMO, *Cárcel y Fábrica*, Bs. As., Siglo XXI, 2005.

PAVARINI, MASSIMO, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1988.

PITCH, TAMAR, *Un derecho para dos, la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

PITCH, TAMAR, *Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003b.

PREMAT, SILVINA, “Apoya la UBA despenalizar el aborto”, publicado en el diario *La Nación*, 12/08/2010, Buenos Aires.

RUBIN, GAYLE, “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo”, *Nueva Antropología*, Vol. VIII, N°30, México, 1986. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/30/cnt/cnt7.pdf>

VAN DIJK, TEUN A., “El análisis crítico del discurso”, *Anthropos*, 186, Barcelona, septiembre-octubre 1999, pp. 23/36.

WEIGEND, EWA y ZIELŃSKA, ELEONORA, “*Das neue polnische Recht des Schwangerschaftsabbruchs: politischer Kompromiß und juristisches Rätselspiel*”, ZStW 106 (1994) Heft 1, Berlín, Walter de Gruyter, 1994.

WOMEN’S LINK WORLDWIDE, “La liberalización del aborto en Colombia”, *Hojas informativas*, n°2, mayo 2007. Disponible en: [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas\\_Informativas/02\\_WomensLinkWorldwide.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/02_WomensLinkWorldwide.pdf)

ZAFFARONI, EUGENIO R., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2005.



# Eutanasia, muerte asistida y retiro de soporte vital

## Tratamiento del tema en el derecho comparado y en el ordenamiento jurídico argentino

por **LUIS F. NIÑO**<sup>(1)</sup>

### I |

El título de esta aportación puede generar algún desconcierto al lector del compendio de mi tesis doctoral, consagrada al derecho a morir con dignidad en el ámbito médico y a las consecuencias jurídico-penales de su reconocimiento, cuya elaboración emprendí más de un cuarto de siglo atrás en la Universidad de Salamanca<sup>(2)</sup>.

En aquella actividad académica intenté despojar a la voz "eutanasia" del lastre peyorativo que un indebido uso había adosado a su expresión, etimológicamente asociada al buen morir; y reconducir su marco semántico a ese origen de estoico cuño. Luego, dejando atrás las incontables definiciones analizadas, apelé a una que permitiera excluir del horizonte de proyección de mi trabajo, manifestaciones perversas tales como las de las mal llamadas eutanasias eugenésica y económica, de las que configuró un

(1) Catedrático Derecho Penal y Procesal Penal (UBA) - Miembro de la Academia Argentina de Ética en Medicina.

(2) NIÑO, Luis F., *Eutanasia: Morir con Dignidad: Consecuencias jurídico-penales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994.



acabado paradigma el fatídico *Euthanasieprogramme*, implementado por el nacionalsocialismo alemán a partir del 1 de setiembre de 1939, así como otros comportamientos en los que la dimensión cuantitativa de la vida, angostada por grave enfermedad o accidente, no jugare un rol determinante. Hube de caracterizarla, pues, como la abreviación intencional del curso vital de otro, ante la inminencia de su deceso y en su propio interés.

A partir de tal precisión terminológica, ensayé una clasificación que distinguiera los procedimientos paliativos, calmantes o lenitivos que no inciden en las expectativas de supervivencia del paciente, relevantes en terreno jurídico tan sólo como deberes de quienes le asisten, de aquellos que alteran concretamente tal decurso, acortándolo. Limitando a estos últimos mi atención, diferencié la eutanasia activa directa como la única pasible de ser considerada un injusto penal<sup>(3)</sup>; calificué a la eutanasia activa indirecta o de doble enlace como un caso de atipicidad por conglobación<sup>(4)</sup>, y estimé justificada la eutanasia pasiva<sup>(5)</sup>, ubicando junto a ella, como igualmente justificada, la modalidad operativa llamada adistanasia o antidistanasia, consistente —específicamente— en la abstención o retiro del llamado soporte vital, representado por los modernos mecanismos artificiales de reanimación. En un artículo posterior, redactado en coautoría con Rodrigo Sanabria y aparecido en 2008, dentro de una obra colectiva sobre “Bioética en Medicina” compilada por Oscar Garay, insistíamos aun en distinguir, desde la óptica del Derecho Penal, los variados supuestos de lo que podría considerarse objetivamente una anticipación de la muerte de otro como acto médico, resaltando, obviamente, las muy distintas con-

(3) Tal modalidad encuadra en el tipo de homicidio —simple o agravado, según los casos— a título de dolo directo; y no cumple, por regla, con el requisito de causación del menor daño al bien que se sacrifica, que justificaría la conducta a tenor del art. 34, inc. 3 del Código Penal.

(4) En ella, el médico se mantiene en el rol de curar cuando es posible, aliviar a menudo, consolar siempre (“*guérir quelquefois, soulager souvent, consoler toujours*”), según la clásica síntesis del médico francés Adolphe Gubler, manteniendo hasta el final de la existencia de su paciente las proporciones entre calidad y cantidad de vida, al neutralizar el dolor y demás síntomas indeseables de un estado terminal, aunque tal paliación pudiere redundar, indirecta o eventualmente, en un debilitamiento general del cuadro de aquel a quien asiste.

(5) Abstención o retiro de abordajes terapéuticos dirigidos a enfrentar nuevas manifestaciones de una grave patología ya diagnosticada, o bien procesos patológicos intercurrentes, cuando aquellos aparecieren desproporcionados, tomando en cuenta las mortificaciones que pudieren producir frente a los escasos o nulos beneficios de cara al cuadro presentado por el paciente.

secuencias jurídicas asignables a unos u otros, mediante una meticulosa adjetivación del género eutanasia<sup>(6)</sup>.

La razón del desplazamiento de la adistanasia de dicho repertorio obedece, en mi caso, a nuevas reflexiones sobre el tópico, debidas en buena parte a oportunos cruces de ideas con el reconocido galeno especialista en terapia intensiva Dr. Carlos Gherardi<sup>(7)</sup>, que me condujeron a replantear el cuadro general anteriormente diseñado —adecuándolo a la realidad impuesta en el mundo de la Medicina por la naturalización del instrumental tecnológico incorporado a ella— y a simplificarlo, proporcionando caracteres propios a los comportamientos relacionados con el empleo de los diversos mecanismos artificiales de reanimación.

Si bien se mira, desde una perspectiva lingüística, y complementando una idea bosquejada por el propio Gherardi en el texto de referencia, la necesidad de anteponer dos prefijos “a” o “anti” y “dis”, respectivamente, para agrupar bajo el tronco común de la llamada “ortotanasia” a las conductas vinculadas al soporte vital denota hoy cierta extravagancia que era oportuno detectar y expurgar, tras más de medio siglo de puesta en marcha de las unidades de terapia intensiva. Luce, oportuna, paralelamente, la frase por él acuñada, aludiendo a la “muerte intervenida”, para mencionar específicamente las acciones médicas desplegadas en el ámbito de tales salas de cuidados intensivos con relación a la abstención, utilización o retiro de aquel soporte.

Sin desmedro de lo apuntado, valdrá apreciar, hacia el final de este recorrido, la posibilidad de estimar incluidas, en el derecho positivo vigente, las restantes situaciones contempladas en aquel cuadro general, con excepción de la única que continuamos estimando un injusto penal.

Completando la trilogía que da título a este trabajo, cuadra agregar que se denomina suicidio asistido a la autoeliminación del enfermo o accidentado en fase terminal a través de medios sugeridos o provistos por un

(6) NIÑO, LUIS F. y SANABRIA, RODRIGO L., “Eutanasia y suicidio asistido”, en Oscar E. Garay (comp.), *Bioética y Medicina*, Bs. As., Ad. Hoc, 2008, pp. 349/386.

(7) GHERARDI, CARLOS R., *Vida y muerte en Terapia Intensiva: Estrategias para conocer y participar en las decisiones*, Bs.As., Biblos, 2007.

médico que le asiste en el trance a su solicitud, sin actuación directa del profesional en el momento de su efectiva utilización. De cara a este último, valga apuntarlo desde ya, la conducta continúa encuadrada paradigmáticamente en el ámbito descrito en el art. 83 del CP, que reserva una pena atenuada al auxiliador o instigador al suicidio.

## 2 |

Definidos los supuestos de hecho, cuadrará mencionar, en primer lugar, el tratamiento legal proporcionado en el Derecho Comparado a la eutanasia y al suicidio asistido. Tras ello, daré cuenta de los relativos avances registrados en el área hispanoamericana respecto del retiro de soporte vital y finalizaré la labor glosando las variaciones más trascendentes introducidas al ordenamiento jurídico argentino por la sanción de la ley de los derechos del paciente, registrada bajo el n° 26.529, y de su reciente norma modificatoria, conocida como ley de muerte digna y registrada bajo el n° 26.742. Veremos, al término de ese recorrido, si es ajustada tal denominación, o bien si persisten falencias en el andamiaje jurídico estatuido respecto del universo de la «muerte intervenida».

Dos son los países que han legalizado hasta el momento la eutanasia y el suicidio asistido como actos médicos, Holanda y Bélgica. Veamos de qué manera han plasmado tales alternativas del tratamiento médico.

- a. Holanda la instituyó mediante la ley 26.691, titulada “Verificación (o comprobación) de la terminación de la vida a petición propia y de ayuda al suicidio”, del 28 de noviembre de 2000, que entró en vigor el 1° de abril de 2002.

Es interesante advertir, en primer lugar, que, en las variadas definiciones que proporciona en el art. 1, la ley no menciona la acción eutanásica propiamente dicha, esto es, la de provocación deliberada de la muerte del paciente, a su pedido y en su propio interés, englobando bajo la frase “auxilio al suicidio”, en el inciso b de dicho artículo, las conductas de “ayudar deliberadamente a una persona a suicidarse o facilitarle los medios necesarios a tal fin”.

Parecería que, aun en el país más vanguardista en la materia, existe cierto pudor por llamar a las cosas por su nombre, acudiendo entonces a un eufemismo —“ayudar deliberadamente a una persona a suicidarse”—, que

confunde la eutanasia propiamente dicha con el suicidio asistido, descrito con la frase subsiguiente: facilitarle los medios necesarios a tal fin.

De todas maneras, al brindar la definición de los protagonistas del acto eutanásico, el mismo precepto distingue las situaciones, al señalar, en el inc. c, como “el médico” a aquel facultativo que, según la notificación, ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o ha prestado auxilio al suicidio; y como “el asesor”, en el inc. d, al “médico al que se ha consultado sobre la intención de un médico de llevar a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o de prestar auxilio al suicidio”.

También es importante resaltar que la legislación holandesa mantiene como delito el homicidio consentido o a ruego. Así, en su artículo 293, el Código Penal de ese país prescribe: “1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la quinta categoría”.

Es en el segundo párrafo de ese mismo precepto donde se señala la excepción a esa regla punitiva. Reza así: “(e)l supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los ‘requisitos de cuidados’ recogidos en el artículo 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al artículo 7, párrafo segundo de la Ley Reguladora de los Funerales”<sup>(8)</sup>.

Como cabe apreciar, según la legislación holandesa en la materia, la situación excepcional del médico practicante de la eutanasia dependerá del oportuno cumplimiento de los “requisitos de cuidado”, que son los contemplados en el art. 2, párr. 1, de la ley especial antes mencionada.

(8) Repárese en que el caso del primer párrafo, un homicidio consentido o a ruego practicado por cualquier persona, no se halla contemplado en el Código Penal argentino, lo que conduce a encuadrarlo en el homicidio —simple o calificado, según las circunstancias— con una pena de ocho a veinticinco años de prisión para el primero y de prisión perpetua para el segundo. Por su parte, el Código Penal uruguayo mantiene desde la fecha de su sanción, en 1934, la cláusula prevista en su artículo 37 que faculta a los jueces para exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.

Tales requisitos implican que el médico se encuentre en la siguiente situación:

- a. que haya llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada,
- b. que haya llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora,
- c. que haya informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro,
- d. que haya llegado al convencimiento, junto con el paciente, de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra este último,
- e. que haya consultado, por lo menos, con un médico independiente, que haya visto al paciente y que haya emitido su dictamen por escrito sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a los que se refieren los apartados a. al d.
- f. que haya llevado a cabo la terminación de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles

Claro está que no acaban allí los recaudos de la ley de los Países Bajos. El médico podrá atender la petición de un paciente que ya no esté en condiciones de expresar su voluntad pero que haya estado en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto, antes de pasar a encontrarse en el citado estado de incapacidad, siempre que cuente, al menos, con dieciséis años de edad, y que haya redactado una declaración por escrito que contenga una petición de terminación de su vida, aplicándose, por analogía, los requisitos de cuidado antes mencionados.

En caso de tratarse de un paciente cuya edad esté comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, al que se pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses sobre el particular, el médico podrá atender igualmente su petición de terminación de su vida o su petición de auxilio al suicidio, después de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad, o la persona que tenga la tutela sobre el menor, haya(n) participado en la toma de la decisión.

Aun en el caso de que el paciente menor de edad tenga una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años, siempre que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus inte-

reses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o de auxilio al suicidio, en el caso de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, esté(n) de acuerdo con la terminación de la vida del paciente o con el auxilio al suicidio.

Como cabe apreciar, mientras en el caso del menor de edad de dieciséis a dieciocho años se requiere la mera participación de los padres o del tutor en la toma de decisión, en este último supuesto es condición que dichos adultos responsables hayan prestado su acuerdo con la petición del paciente.

Paralelamente, corresponde añadir que, además de la relevancia penal del homicidio consentido o a ruego, antes mencionada, mantiene vigencia en el ordenamiento penal holandés la punición genérica para lo que en nuestra doctrina penal conocemos como instigación o auxilio no ejecutivo al suicidio.

El primer párrafo del artículo 294 del Código Penal de aquel país establece lo siguiente: "El que de forma intencionada indujere a otro para que se suicide será castigado, en caso de que el suicidio se produzca, con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta", en tanto que el párrafo siguiente reprime con iguales sanciones al que "de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin".

Sentada la escala penal para ambas modalidades de suicidio asistido, el mismo texto del artículo 294 remite, por analogía, al artículo 293, párrafo segundo, concisa fórmula que reproduce, para estos casos, los requisitos de cuidado consignados para el caso de petición de terminación de la vida.

En este sentido, vale recordar que el recordado art. 83 del CP argentino prevé una pena privativa de libertad similar a la del Código holandés, prisión de uno a cuatro años, pero con una importante salvedad. La doctrina y la jurisprudencia han considerado pacíficamente que la acción consistente en "poner manos" sobre el suicida, vale decir, la comisión de cualquier acto de ejecución por parte del sujeto activo equivale inexorablemente a homicidio, postura que, por lo que quedó dicho, conduce a la tipificación de tal comportamiento como homicidio simple o calificado, al no estar

contemplada la morigeración existente en otros Códigos, originada en el consenso o la piedad, con el correlato de las fuertes respuestas punitivas contenidas en los art. 79 y 80, respectivamente, de nuestro cuerpo de leyes en la materia<sup>(9)</sup>.

Estimo importante dejar sentado, antes de continuar, que la ley holandesa 26.691, a la que venimos refiriéndonos, también ha instituido un severo sistema de control para la comprobación de las peticiones de eutanasia y suicidio asistido. Existen, así, conforme lo dispone en su art. 3, comisiones regionales para la comprobación de las notificaciones de casos en los que se haya llevado a cabo la terminación de la vida a petición propia y el auxilio al suicidio, a las que se refieren los art. 293 y 294, en sus respectivos segundos párrafos, del Código Penal. Dichas comisiones, compuestas por un número impar de miembros, deben contar en su integración con un jurista como presidente, un médico y un experto en cuestiones éticas o en problemas de aplicación de las normas al caso concreto, nombrados por los ministros de Justicia y de Sanidad, Bienestar y Deportes.

Por último, también merece destacarse que, conforme al art. 7, párr. 2, de esa ley, "(e)n caso de que el fallecimiento se haya producido como consecuencia de la aplicación de técnicas destinadas a la terminación de la vida a petición propia o al auxilio al suicidio, el médico que trató al paciente no expedirá ningún certificado de defunción e informará inmediatamente, mediante la cumplimentación [palabra altisonante pero existente en nuestra lengua] de un formulario y su remisión al forense municipal, referido a las causas de dicho fallecimiento. Además del formulario, el médico enviará un informe motivado sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a la comisión regional respectiva para el debido contralor del caso".

- b. En el caso de Bélgica, la ley fue aprobada por el Senado el 16 de mayo de 2002, promulgada el 28 de dicho mes y publicada en el *Moniteur Belge*, el boletín oficial de ese país, el 22 de junio, para entrar en vigor el 23 de setiembre de ese mismo año.

Se define en su art. 2 a la eutanasia como: "el acto practicado por un tercero, que pone fin intencionadamente a la vida de una persona a petición de ésta", escueta fórmula que, a juzgar por los informes emitidos por las

---

(9) Ver SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., TEA, 1992, T. III, p. 95.

autoridades de control, como veremos luego, engloba las prácticas de propia mano y los suicidios asistidos.

Varias, y de distinto signo, son las diferencias que cabe anotar entre esta norma y la que acabamos de analizar someramente.

Por un lado, a diferencia de la ley holandesa, se exige en la belga que el paciente sea mayor de edad, capaz y consciente en el momento de su petición, especificándose concretamente que su petición debe ser voluntaria, meditada y reiterada, y que no debe surgir como resultado de presiones externas, conforme lo exige el art. 3, párr. 1.

Además, la petición debe formularse por escrito, tal como lo ordena el mismo artículo en su párrafo segundo, con el añadido de que tendrá valor aquella redactada y certificada con anterioridad al momento en que se reúnan las condiciones para la práctica de la eutanasia, en previsión de futuras condiciones de incapacidad, contando dicha directiva anticipada con una vigencia de cinco años desde su emisión.

Es deber del médico informar al paciente acerca de su estado de salud y de su esperanza de vida, plantear las posibilidades terapéuticas, así como las que ofrecen los cuidados paliativos y sus consecuencias. Se exige —y en este punto las leyes holandesa y belga son casi idénticas— que, junto al paciente, el facultativo haya llegado a la convicción de que la eutanasia es la única solución razonable para la situación que aqueja a aquél, así como a la certeza con respecto a la voluntariedad de su petición.

Pero, además de las exigencias de la mayoría de edad y de la forma escrita, el médico actuante debe realizar una consulta con todo el equipo sanitario encargado de la atención del enfermo, si lo hubiere, y con un médico independiente y con competencia en la enfermedad del paciente.

Frente a los requisitos relevados hasta aquí, que apuntan a restringir el campo de aplicación de la ley belga frente a la del país vecino, otras dos cuestiones amplían su alcance, habiendo concitado, al momento de su sanción y promulgación, acerbos críticas de los partidos opositores.

De acuerdo con el texto legal que examinamos, el médico que recibe la petición debe verificar que el paciente se encuentre en una situación clínica



sin esperanza de recuperación y que comporte un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable, que no puede ser calmado, sea como consecuencia de un accidente o de un trastorno patológico grave e incurable.

Como puede advertirse, de una parte, se equipara el sufrimiento psíquico al físico, pues se emplea la conjunción disyuntiva “o” y no la copulativa “y”, lo que conlleva la mayor dificultad de mensurar ese tipo de padecimiento. De otra, si bien es cierto que se prevé que el médico debe asegurarse de la persistencia del sufrimiento físico o psíquico del paciente y de su voluntad reiterada, así como está obligado a consultar a otro médico en cuanto al carácter grave e incurable de la afección —el cual, por lo demás, tras examinar la historia clínica y al propio paciente, tendrá a su cargo asegurarse y constatar la existencia de dicho sufrimiento (físico o psíquico) y de su carácter constante, insoportable e imposible de aliviar—, la propia ley se encarga de sortear el virtual requisito de una inminencia o cercanía del deceso, al prescribir que, si el médico pronostica que la muerte no ocurrirá en breve plazo, ha de consultar a un segundo médico, psiquiatra o especialista de la patología en cuestión, y deberá dejar transcurrir un mes, al menos, de reflexión entre el momento de la petición de la eutanasia y su ejecución.

Aun cuando se entienda que, en casos como el recién citado, las consultas a colegas deban ser forzosamente dos, la del médico independiente antes mencionado y la del psiquiatra o especialista en la patología propia del caso, además de la dirigida al equipo sanitario actuante, si éste existiera, lo cierto es que el ejercicio de la eutanasia respecto de un paciente que no cursa la fase terminal de su patología o bien el serio compromiso vital derivado de un accidente grave, y a base de su mera afección psíquica, abre una brecha que ha recibido críticas contundentes en el país y en el extranjero, a las que presta asidero argumental la actual existencia de cuidados paliativos de reconocida eficacia.

Otra diferencia notoria, desde el punto de vista estrictamente jurídico, está dada por el hecho de que la ley belga no modificó al Código Penal, como sí ocurrió con la holandesa, como ya hemos visto, por lo que el incumplimiento de los llamados “requisitos de cuidado” no conduce automáticamente al marco de un homicidio consentido sino que el caso dependerá de que la comisión de evaluación, informada del suceso, estime que el profesional ha obrado indebidamente, dando parte a la justicia para su conocimiento y decisión.

Vale apuntar que, conforme al primer informe oportunamente redactado por las comisiones evaluadoras, se registraron 259 eutanasias en los primeros quince meses de vigencia de la ley, de las cuales sólo una obedeció a una directiva anticipada. En 237 de tales procedimientos, lo que equivale al 91,5% de los casos informados, era previsible a corto plazo la muerte del paciente, no así en los 22 restantes, el 8,5% del total, compuesto por personas aquejadas de degeneraciones neurológicas progresivas, trastornos neuromusculares no evolutivo postraumático o cáncer.

Otro dato de importancia lo proporciona la escasa cantidad de suicidios asistidos en dicho lapso inicial, operaciones que, como aclaré al comenzar la glosa de la ley belga, quedan incluidas en la breve definición del art. 2. Sólo fueron cinco los casos en que el paciente ingirió por sí el barbitúrico proporcionado por el médico tratante. En los 254 casos restantes, se trató de una eutanasia activa por parte del profesional.

### 3 |

Fuera de los dos regímenes legales reseñados, los restantes que aporta el panorama del Derecho Comparado de nuestra órbita cultural se remiten a permitir meramente el suicidio asistido, en el caso de los estados de Oregon y Washington, en los Estados Unidos de Norteamérica, o a tolerarlo, de manera similar a lo acontecido durante años en Holanda antes de la sanción de la ley que comentamos, en Estonia, Suecia y la Confederación Helvética.

La ley de Oregon que posibilita el suicidio asistido por un médico data de 1994, pero durante tres años se vio neutralizada por contiendas políticas y judiciales, hasta que en una consulta popular obtuvo su confirmación, en noviembre de 1997.

En el Estado de Washington, las alternativas en torno al tema fueron más complejas aun. Tras la declaración de inconstitucionalidad de una ley local que prohibía el suicidio asistido por parte del Tribunal del 9º Circuito de ese Estado, en el célebre caso "Washington v. Glucksberg", la Corte Suprema estadounidense declaró que dicha ley estadual no violaba la Ley Fundamental de ese país, diferenciando, precisamente, entre la libertad, constitucionalmente protegida, de rechazar los tratamientos sanitarios no

deseados, incluyendo los mecanismos de nutrición e hidratación, y la alegada existencia de un derecho a ser asistido en el suicidio, toda vez que, textualmente, aunque "la decisión de suicidarse con la ayuda de otra persona puede ser tan profunda y personal como el rechazo de los tratamientos sanitarios (...), no ha gozado jamás de una protección semejante"<sup>(10)</sup>. En el mismo año, el Fiscal General del Estado de Nueva York, Vacco, logró un pronunciamiento análogo en otro conocido caso, "Vacco vs. Quill"<sup>(11)</sup>. No obstante ello, una nueva iniciativa, aprobada el 4 de noviembre de 2008, legalizó el suicidio asistido, de manera análoga a la legislada en Oregon, consistiendo, básicamente, en la prescripción autorizada de dosis letales de medicamentos. Los pacientes deben ser mayores de edad y residentes permanentes en el Estado. Para obtener la correspondiente prescripción médica, el paciente deberá hacer dos peticiones orales seguidas por una tercera, formal y escrita, refrendada por dos testigos sin vínculos familiares o amistosos, y someterse a sendas revisiones médicas a cargo de diferentes profesionales, mediante las cuales se confirme que el cálculo de supervivencia respectivo no supera los seis meses.

En otros Estados de ese país, como California, las propuestas en tal sentido no lograron cristalizar.

## 4 |

En América Latina, no existe legislación que permita el suicidio asistido. Fuera del caso de Uruguay<sup>(12)</sup>, Bolivia, Brasil, Colombia, El Salvador, Paraguay y Perú incluyen en sus respectivos Códigos Penales meras atenuantes para tal situación.

No obstante ello, una decisión de la Corte Constitucional de Colombia, del 20 de mayo de 1997<sup>(13)</sup>, aunque declaró exequible, esto es, provisto de

(10) Identificado bajo el epígrafe 521 US 702. La sinopsis del caso reza: "*The 'liberty' protected by the Due Process Clause of the United States Constitution does not include the right to assist suicide*" ("La 'libertad' protegida por la cláusula del debido proceso de la Constitución de los Estados Unidos no incluye el derecho al suicidio asistido).

(11) 521 US 793 (1997).

(12) Ver nota 7.

(13) Caso identificado como "C - 239/97" en el nomenclador judicial de ese hermano país.

efecto jurídico, el art. 326 del Código Penal, que es el que pena, aunque en forma atenuada, el homicidio por piedad, lo hizo con la advertencia de que: “en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”.

Vale reproducir aquí algunos párrafos de la doctrina del fallo colombiano, porque no son frecuentes, diría que no existen, en la jurisprudencia de todo nuestro continente, declaraciones tan categóricas en este terreno.

Señaló ese Alto Tribunal que: “(l)a Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad”.

Añadió que: “(e)l mismo artículo 1º de la Constitución, en concordancia con el artículo 95, consagra la solidaridad como uno de los postulados básicos del Estado colombiano, principio que envuelve el deber positivo de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, con medidas humanitarias. Y no es difícil descubrir el móvil altruista y solidario de quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno, venciendo, seguramente, su propia inhibición y repugnancia frente a un acto encaminado a aniquilar una existencia cuya protección es justificativa de todo el ordenamiento, cuando las circunstancias que la dignifican la constituyen en el valor fundante de todas las demás”.

“La Constitución —prosigue el fallo— se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el ar-

gumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral. De nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción. Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad. Desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir. Quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos; sólo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias. Además, si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”.

En otro párrafo del resonante decisorio, se advierte, empero, la confusión entre el rechazo al tratamiento y el suicidio asistido. Se señala en él que: “(l)a Constitución no sólo protege la vida como un derecho sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. La Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales. Sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana. Y si los derechos no son absolutos, tampoco lo es el deber de garantizarlos,

que puede encontrar límites en la decisión de los individuos, respecto a aquellos asuntos que sólo a ellos les atañen”.

Sin perjuicio de ello, párrafos más adelante reubica la cuestión del suicidio asistido en su sitio, al indicar: “El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insostenibles, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico”.

Y como si con lo dicho fuera poco para distanciar este singular pronunciamiento de todo el material tribunalicio del continente, la Corte Constitucional especifica, acto seguido, proyectando prácticamente la legislación sobre el asunto, que, “(e)l consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren”<sup>(14)</sup>.

(14) Para no dejar dudas del camino señalado al Poder Legislativo sobre el tópico, el voto del magistrado ponente, al que adhirió la mayoría del Tribunal, hacia el final de su exposición apostrofa: “Los puntos esenciales de esa regulación serán sin duda: 1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; 2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso; 3. Circunstancias bajo las

De más está decir que esa resolución dio pie a la presentación de diversos proyectos de ley en los años siguientes, sin que ninguno haya logrado convertirse en derecho positivo hasta el presente.

## 5 |

Delineado el panorama en lo referente a la eutanasia y al suicidio asistido, pasaré a hacer mención a diversas disposiciones legales, reglamentarias o deontológicas atinentes a la abstención o retiro del soporte vital.

- a. En Brasil, país en el que, como ya se ha expresado aquí, el Código Penal reprime, aunque con pena menor, el homicidio impulsado por relevante valor moral (art. 121, parágrafo 1, identificado, conforme a la Exposición de Motivos del propio Código con la eutanasia, cuando ese valor es la compasión por el sufrimiento del enfermo, la doctrina pugna por distanciar plausiblemente de ese marco legal la conducta del profesional de la Medicina que se abstiene de implantar instrumentos de reanimación o que decide retirarlos una vez implantados, tras debatir la decisión con su equipo, con la familia del paciente y/o con este último, en caso de ausencia de perspectivas racionales de mejoría en el cuadro planteado.

Penalistas clásicos del vecino país alertaban ya, décadas atrás, acerca de que ninguna razón obliga al médico a hacer durar un poco más una vida que, natural e irremediablemente, se extingue, a no ser por una solicitud especial del paciente, acotando que, en tales casos, no existe omisión de socorro en sentido penal, pues el enfermo no se halla en situación de

.....

cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.; 4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico, y 5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones. Y, como colofón, resuelve: "La Corte considera que, mientras se regula el tema, en principio, todo homicidio por piedad de enfermos terminales debe dar lugar a la correspondiente investigación penal, a fin de que en ella, los funcionarios judiciales, tomando en consideración todos los aspectos relevantes para la determinación de la autenticidad y fiabilidad del consentimiento, establezcan si la conducta del médico ha sido o no antijurídica, en los términos señalados en esta sentencia. () En aras de la seguridad jurídica, la Corte exhortará al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna".

.....

abandono. En tal sentido, frente a casos incurables, en los que se hubiere realizado todo lo que fuera posible hacer, la obligación pasa a ser de cuidado, paliativa, reconfortante, no así de ejercitar tratamientos agresivos y nada promisorios<sup>(15)</sup>.

En esa misma línea, estudiosos del tema como Maria Elisa Villas-Bôas<sup>(16)</sup>, entienden que, aun con la legislación vigente en Brasil, la llamada ortotanasia, consistente, según la nomenclatura que ella adopta, en las conductas médicas restrictivas en punto al uso de mecanismos artificiales de reanimación, de ningún modo son ilícitas sino que constituyen la mera decisión de indicación o no indicación médica de tratamiento, propiciando, en definitiva, la edición de una norma específica que permita confirmar con mayor facilidad su atipicidad, tomando en cuenta los datos consignados en la historia clínica. Por lo demás, esa ha sido la tendencia de los anteproyectos de reforma de la Parte Especial del Código Penal brasileño a partir de 1984.

Las conductas médicas en las que ella concentra el término “ortotanasia”, han de ser debatidas con el paciente y su familia, y no representan abreviación del ciclo vital sino la evitación de su prolongación precaria y artificial. Luego, cuestionada la conducta médica y verificada la futilidad de la terapéutica suspendida, no es posible hablar de homicidio, siquiera privilegiado o atenuado, tratándose, por el contrario, de un acto en plena consonancia con el espíritu legal y constitucional vigentes.

En el orden civil, el art. 15 del Código Civil brasileño de 2002 ha consagrado, entre los derechos de la personalidad, el de rechazar el tratamiento. El hecho de que dicha norma aclare que se reconoce tal derecho en ausencia de riesgo de vida no puede ser interpretado rigurosamente, habida cuenta de que no existe procedimiento alguno exento de riesgos; y, por añadidura, de cara al paciente en fase terminal, el riesgo está dado por su patología o accidente grave y no por cualquier decisión que pueda adoptarse sobre su tratamiento.

(15) Ver BRUNO, ANIBAL, *Direito penal*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1972, vol. 4, p.124.

(16) VILLAS-BOÁS, ELISA, “A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro”, en *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, n° 16 (1), 2008, pp. 61/ 83.



En el terreno de la Deontología Médica, el Código de Ética del Hospital Brasileño prescribe, en su artículo 8 que: "(e)l derecho del paciente a la esperanza por la propia vida convierte en ilícita, independientemente de eventuales sanciones legales pasibles de aplicación, la interrupción de terapias que la sustenten. Exceptúanse, no obstante, los casos fundados en el criterio médico, suscritos por comisión especialmente designada para determinar la irreversibilidad del caso, en enfermedades terminales".

En el nivel estadual, a fines de la década de los noventa, la Secretaría de Salud de São Paulo publicó una *Cartilha dos Direitos do Paciente*, en la que se especifica que el enfermo tiene derecho a una muerte digna y serena, pudiendo optar él mismo, en la medida en que se hallare lúcido, o bien la familia o el responsable, por el lugar y la compañía y, aun, si desea o no el uso de tratamientos dolorosos y extraordinarios para prolongar la vida.

En el mismo Estado brasileño, el art. 20 de la ley 10.245 prevé que son derechos de los usuarios de los servicios de salud estatales los de consentir o rechazar, libre, voluntaria y esclarecidamente, mediando información adecuada, procedimientos diagnósticos o terapéuticos a serle realizados, así como rechazar tratamientos dolorosos o extraordinarios para intentar prolongar su vida, y optar por el lugar donde morir.

Por último, merece mención la resolución 1805, de noviembre de 2006, del Consejo Federal de Medicina de Brasil. Reza así: "En la fase terminal de enfermedades graves e incurables es permitido al médico limitar o suspender procedimientos y tratamientos que prolonguen la vida del paciente, garantizándole los cuidados necesarios para aliviar los síntomas que conducen al sufrimiento, en la perspectiva de una asistencia integral, respetada a voluntad del paciente o de su representante legal".

Dicha norma ha sido blanco de críticas por parte de ciertos sectores conservadores del mundo jurídico, faltas de fundamento científico, pero eficaces en cuanto a haber logrado su suspensión preventiva en el año 2007 y hasta la fecha.

b. En México, se encuentra vigente un Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

Conforme a su art. 80: "(e)n todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso autorización escrita y

firmada para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma. Esta autorización inicial no excluye la necesidad de recabar después la correspondiente a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente”.

Frente a tan lacónica e insuficiente normativa, ha venido a erigirse una Carta de los Derechos Generales del Paciente. Para su confección, fueron convocados líderes de opinión de la sociedad mexicana, expertos de las principales instituciones nacionales de salud, educación y organismos no gubernamentales de México, en procura de analizar y sistematizar los derechos de los pacientes. Se recabaron 1117 opiniones en total, y el resultado fue presentado a la sociedad ante el presidente de la República, en diciembre de 2001.

Los derechos planteados han sido: recibir atención médica adecuada; trato digno y respetuoso; información suficiente, clara, oportuna y veraz; decidir libremente sobre la atención; otorgar o no consentimiento válidamente informado; ser tratado con confidencialidad; contar con facilidades para obtener una segunda opinión; recibir atención médica en caso de urgencia y disponer de un expediente clínico.

En cuanto a decidir libremente sobre su atención, en el apartado 4° se señala lo siguiente: “El paciente o, en su caso, el responsable, tiene derecho a decidir con libertad, de manera personal y sin ninguna forma de presión, aceptar o rechazar cada procedimiento diagnóstico o terapéutico ofrecido, así como el uso de medidas extraordinarias de supervivencia en pacientes terminales”.

El apartado 5, complementario del anterior, señala: “(e)l paciente, o en su caso el responsable, en los supuestos que así lo señale la normativa, tiene derecho a expresar su consentimiento, siempre por escrito, cuando acepte sujetarse con fines de diagnóstico o terapéuticos, a procedimientos que impliquen un riesgo, para lo cual deberá ser informado en forma amplia y completa en qué consisten, de los beneficios que se esperan, así como de las complicaciones o eventos negativos que pudieran presentarse a consecuencia del acto médico. Lo anterior incluye las situaciones en las cuales

el paciente decida participar en estudios de investigación o en el caso de donación de órganos”.

- c. En Chile, un proyecto de ley destinado a regular los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, identificado bajo el número 4398-11, dio lugar a un encendido debate en el seno de la Comisión de Salud del Congreso Nacional. De resultados del mismo, el 20 de julio de 2007 se logró consenso en torno a un articulado del que me interesa relevar algunas disposiciones.

Conforme al art. 14 del proyecto revisado, “(t)oda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 17”, al que aludiremos enseguida. “Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible (...)”. “Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado (...)”.

Tal amplitud se ve limitada a partir del artículo subsiguiente, el número 15, que advierte: “No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:

- a. En caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el art. 14, supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.
- b. En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital y/o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y ésta no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.
- c. Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se deberán adoptar las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”.

En el art. 16 se prevé el caso de "personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, o que carezcan de capacidad para expresar su voluntad por causa de enfermedad mental, certificada por un médico cirujano. Respecto de ellos se establece que, "igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, sin perjuicio que la decisión temporal o definitiva, según corresponda, deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal o, en su defecto, por el apoderado designado para fines vinculados a su tratamiento y, en último caso, por la persona a cuyo cuidado se encuentre". En cuanto a "(l)os mayores de catorce años de edad y menores de dieciocho" se estatuye que "expresarán su voluntad personalmente. Por su parte, el médico deberá, con consentimiento del menor, consultar la opinión de los padres o representantes legales, o en su defecto, de quien lo tenga bajo su tuición o cuidado. En caso que el menor se oponga a que dicha opinión sea requerida, corresponderá al comité de ética decidir acerca de la pertinencia de que el médico efectúe la consulta. Asimismo, dicho comité deberá resolver, en caso de que exista discrepancia entre la voluntad expresada por el menor y la opinión de sus padres o representantes, cuál de los dos pareceres será tenido en cuenta. Igualmente, el médico consultará su opinión a los menores de catorce años de edad, atendiendo sus condiciones de desarrollo psíquico, su competencia cognitiva y su situación personal, sin perjuicio que la decisión definitiva corresponderá a los representantes legales".

Frente a tal saludable vanguardismo, el ya mentado art. 17 comienza por dar un alerta que, según como se lo interprete, puede desbaratar los avances registrados o significar un freno al avance en materia de derechos del paciente.

Conforme a su texto: "(e)n el caso que se trate de una situación en que la persona fuere informada por el profesional tratante de que su estado de salud es calificado como terminal, el rechazo de los tratamientos no podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte. Para los efectos de esta ley se entenderá que el estado de salud es terminal cuando la persona padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, y que los tratamientos que se le pueden ofrecer sólo tendrían por efecto retardar innecesariamente la muerte. El rechazo de tratamientos en estas circunstancias no podrá implicar la renuncia al derecho a recibir los cuidados paliativos que permitan a la persona hacer más soportables los efectos de su enferme-

dad, ni a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado, como tampoco a recibir, cuando lo requiera, asistencia espiritual. Sin perjuicio de lo anterior, podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo al inciso segundo del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente, conforme a dicha enumeración”.

Retomando la concepción amplia, el art. 18 consagra la facultad de toda persona de “manifestar anticipadamente su voluntad de someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. Dicha manifestación de voluntad deberá expresarse por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso. Mediante esta declaración anticipada una persona podrá manifestar su voluntad sobre los cuidados y tratamientos a los que desearía ser sometida en el evento de que se encuentre en una situación en la cual no esté en condiciones de expresar su consentimiento personalmente. En esta declaración también se podrá expresar la voluntad de donar órganos de acuerdo a lo establecido en la ley 19.451 [que es la ley de trasplantes del país trasandino]. También en ella podrá designarse un apoderado para las decisiones vinculadas a los tratamientos. Asimismo, podrá expresarse la voluntad de que todos o algunos de los antecedentes específicos de su salud y de su ficha clínica no sean comunicados a terceros. De la existencia de esta declaración se deberá dejar constancia en la ficha clínica de la persona”.

No obstante, a esa altura de la citada disposición, se introduce una nueva cortapisa, al señalarse: “(e)n esta declaración no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propios del arte médico. En caso de duda, su aplicación concreta deberá ser revisada por el comité de ética que corresponda al establecimiento de salud donde ésta sea atendida, el que velará especialmente por el cumplimiento de los supuestos de hecho en ella descritos. De lo anterior, deberá dejarse constancia en la ficha clínica de la persona (...)”<sup>(17)</sup>.

---

(17) Tras los debates surgidos por la presentación del proyecto chileno, tres estudiosos de la Bioética de ese país, Juan Pablo Beca, José Miguel Montes y Juan Abarca, dieron a la luz un artículo que bien podría erigirse en un clásico de la literatura especializada referida a ese tópico, titulado “Diez mitos sobre el retiro de la ventilación mecánica en enfermos terminales” (Revista Médica de Chile, v.138 n° 5, Santiago, mayo 2010, pp. 639/644), merecedor de

- d. En España, el derecho a la protección de la salud se encuentra reconocido globalmente por el artículo 43 de la Constitución de 1978, y por la Ley General de Sanidad 14/1986, del 25 de abril. Mas, en el aspecto que aquí nos convoca, el instrumento fundamental es la ley 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

extensa glosa. Después de caracterizar el panorama actual relativo al ámbito de las unidades de terapia intensiva, los expertos señalan textualmente: "La limitación de esfuerzos terapéuticos (LET), que algunos prefieren llamar adecuación, no se refiere a una sola decisión, sino a una amplia gama de tratamientos y procedimientos médicos que se pueden iniciar o no, y que una vez iniciados se pueden continuar o suspender, cuando el enfermo está ante una muerte inminente. Lo más difícil —puntualizan— no es la suspensión de tratamientos complementarios o de dudosa utilidad, sino el retiro de medidas de soporte vital, por cuanto esta acción probablemente se seguirá de la muerte del enfermo. Entre las diferentes medidas de soporte vital la que mayor dificultad produce a familiares, a médicos y otros miembros del equipo profesional es el retiro de la ventilación mecánica (VM). Las incertidumbres y temores son diversas, combinándose de diferente manera entre ellas. Frente a este tipo de decisión, muchos presentan una comprensible angustia, algunos tienen dudas o prejuicios morales, mientras otros manifiestan interrogantes legales o inseguridad acerca de cómo resolver los aspectos prácticos. El tema del retiro de la ventilación mecánica en enfermos terminales no ha sido suficientemente analizado entre especialistas y está abierto a diferentes opiniones. Con el propósito de contribuir a clarificar conceptos, en este artículo se presenta un análisis de esta decisión clínica, expresando algunas de las dudas y argumentos más frecuentes a modo de aseveraciones o "mitos" que se argumentan como aseveraciones incorrectas". Frente al mito consistente en creer que "retirar la ventilación mecánica produce la muerte del enfermo", enfatizan que (l)a causa de muerte no es la suspensión de medidas de soporte vital que, en esta situación, sólo prolongan la agonía, sino la enfermedad de base que ha llegado a una etapa final y ya no puede ser revertida. Desde el punto de vista ético "añaden" más bien se puede considerar que no suspender la VM en estas condiciones atenta contra el bienestar y la dignidad del enfermo, lo cual estaría contraindicado. La suspensión o retiro de la ventilación mecánica constituye una manera de permitir la muerte del enfermo y no de producirla. La intención del acto es evitar la prolongación del sufrimiento o agonía del enfermo y no acelerar su muerte que, a causa de la evolución de la enfermedad, ha llegado a ser inevitable". En segundo lugar, enfrentan la creencia consistente en considerar que retirar la ventilación mecánica es un acto de eutanasia. Parten de adoptar la propuesta de llamar eutanasia, exclusivamente, a la acción médica destinada a quitar intencionadamente la vida de un enfermo en fase terminal, cercana a la muerte, quien lo ha solicitado y presenta un sufrimiento insoportable e imposible de mitigar. De acuerdo con esta definición, estiman los autores, el retiro de la VM no es eutanasia porque no es un acto médico cuyo propósito sea producir la muerte del enfermo. También se alzan contra la opinión según la cual no iniciar y retirar la ventilación mecánica son actos moralmente diferentes. Tal como lo consideran, desde el punto de vista ético no hay diferencia entre la abstención y la suspensión de tratamientos. Ambas decisiones se fundamentan en un juicio de proporcionalidad y una estimación de futilidad del tratamiento en relación al posible beneficio para el enfermo. En este sentido, redundan en lo obvio pero, paradójicamente, tan malinterpretado, al consignar: "Desde el punto de vista clínico es frecuente que la suspensión de tratamientos de soporte vital se realice después de haber demostrado su fracaso, de manera que puede haber mayor fundamento que para no iniciarlo. Más aun resulta lógico considerar que cada vez que se inicia un tratamiento se debería estar preparado para suspenderlo si no se logra su objetivo. Y rematan con una conclusión que merece ser incorporada por los operadores de la Medicina y del

Se subraya en su exposición de motivos, además de la cláusula constitucional y de la ley general precedentemente aludidas, la relevancia especial

Derecho, a saber: "Por otra parte, desconocer que retirar la ventilación mecánica es moralmente equivalente a no iniciarla, puede llevar a no ventilar a algunos enfermos por temor a no poder suspender la VM, o a prolongar excesivamente su agonía y sufrimiento. Con análoga soltura, desbaratan la falacia según la cual sólo se puede retirar la ventilación mecánica si el enfermo lo ha pedido antes. Tal como lo definen, "(l)os enfermos deben ser considerados agentes claves en la toma de decisión acerca de sus tratamientos, de acuerdo a la doctrina del consentimiento informado y al principio de autonomía. Fuera de los casos excepcionales en los que los enfermos han firmado documentos de voluntad anticipada, expresando formalmente su voluntad de no ser tratados con medidas extraordinarias o invasivas como la ventilación mecánica, destacan que: "en la mayoría de las situaciones en las cuales se plantea el retiro de la VM, la decisión se toma conjuntamente por los médicos tratantes y los familiares del enfermo, quienes lo representan en base al conocimiento de sus criterios, sus valores o expresiones verbales de voluntad. A pesar de las dificultades emocionales, la subrogación familiar para la decisión de retirar la VM se acepta como válida ante la ausencia de directrices anticipadas explícitas". Desmienten, asimismo, la idea de que la legislación vigente sólo permite retirar la ventilación mecánica en caso de muerte cerebral. Distinguen, en tal sentido, entre esta última concepción, contenida en la ley de trasplantes y donación de órganos, 19.451, y la condición de un paciente que no ha llegado a esa instancia, pero a cuyo respecto se adopta la decisión clínica de suspender medidas de soporte vital cuando se las considere fútiles o desproporcionadas. También descartan el sofisma conforme al cual no se puede retirar la ventilación mecánica si el afectado no es donante de órganos. El hecho de que se mantenga ventilados a los hipotéticos donantes hasta tanto se verifique su muerte cerebral, a los efectos de la procuración de órganos, no permite arribar a la conclusión de que quienes no revisten esa condición deban permanecer indefinidamente ventilados. Por el contrario, la abstención o retiro del soporte vital se basará en la consideración de la futilidad y de la proporcionalidad, "considerando la enfermedad de base, la condición global y el pronóstico del paciente". Salen, seguidamente, al cruce de la aprensión generalizada en la clase médica en punto al riesgo de resultar demandados por el retiro de soporte vital, indicando que una decisión tomada por el equipo médico tratante y compartida con el paciente o con su familia, con el tiempo suficiente para su cabal comprensión, aleja sensiblemente el peligro de una demanda judicial. Descartan, por lo demás, la necesidad de recibir la autorización de un comité de ética, de un asesor legal o de una autoridad institucional para proceder a retirar la ventilación mecánica. En la medida en que se trata de "una decisión clínica basada en diagnósticos demostrados, irrecuperabilidad, pronóstico de sobrevida casi imposible y una estimación de proporcionalidad y futilidad terapéutica, bastará con que se adopte tras un proceso de deliberación, con participación de los médicos a cargo, del enfermo, si es posible, y de la familia. Ante dudas o incertidumbres, la consulta al comité de ética asistencial será oportuna y conveniente, pero su rol se habrá de ceñir a la formulación de recomendaciones debidamente fundamentadas, y no una pretendida autorización. En sus dos últimas posiciones, los especialistas chilenos rebaten, en primer término, la idea de que la modalidad del retiro del soporte vital deba realizarse de una manera determinada, limitándose a señalar generalidades, como la conveniencia de evitar la obstrucción de la vía aérea superior, la disnea o las sensaciones de angustia, mediante el suministro de sedantes y opiáceos, con la excepción de pacientes en coma profundo, y la oportunidad de proceder al retiro de tubos o monitores para permitir el contacto del paciente con sus seres queridos. Finalmente, en torno al hipotético sufrimiento familiar debido al retiro de la ventilación, ponen de relieve que lo esencial es dar a entender a los allegados al paciente que no se trata de abandonar al aquejado sino de una alternativa del tratamiento en la que se conjuga la necesaria sedación, el apoyo emocional y el cuidado espiritual del enfermo y de su grupo familiar.

del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (*Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina*), suscrito el 4 de abril de 1997, en vigor en el Reino de España desde el 1 de enero de 2000, con carácter vinculante para los países que lo suscriben.

Los principios básicos de la ley española están vertidos en el art. 2, tal vez el más importante de todo su texto. Son ellos la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad. Se establece en dicho precepto que: "(t)oda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito".

Como contrapartida, los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria. Por su parte, todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado, no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

En el artículo 3 se define como consentimiento informado: "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud". Y como "libre elección (...) la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso". Consecuentemente, en el artículo 4º se declara que "los pacientes tienen derecho a conocer, con



motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”.

En el mismo orden de ideas, se aclara en el art. 5 que “el titular del derecho a la información es el paciente”, sin perjuicio de lo cual “también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.

Al referirse al consentimiento informado, en el art. 8, la ley española es sumamente clara: “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Además, “(e)l paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

Entre las excepciones a esa regla, se contempla que los facultativos puedan llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en distintos casos, entre los que interesa destacar aquí el de la existencia de un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, cuando no fuere posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. No obstante ello, se reitera que “(e)l paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

Otra disposición de trascendencia es la del art. 10, que regula las condiciones de la información y consentimiento por escrito, puesto que pone en cabeza del médico responsable la ponderación: "en cada caso, que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente".

Se prevé la posibilidad de estatuir instrucciones previas, vale decir, directivas anticipadas. Sin embargo, una vez más aparecen las limitaciones y, una vez más, vertidas de manera poco clara: señala el art. 11 que no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.

Refiriéndose a esta ley de autonomía del paciente, voces autorizadas como la del profesor de Derecho Sanitario de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Miguel Fernández de Sevilla, responsable de la sección de Derecho Sanitario de la Revista de la Escuela de Medicina Legal, han destacado el reconocimiento claro del derecho del paciente a la autodeterminación, ampliando el que le había reconocido la Ley General de Sanidad, avanzando en el tema del consentimiento informado y reconociendo el derecho a las voluntades anticipadas y al acceso a la historia clínica<sup>(18)</sup>. No obstante, ello, se ha coincidido en señalar que la sanción de dicho instrumento no se vio acompañado por una adecuada campaña de difusión, lo que explica la exigua cantidad de directivas anticipadas que se labran, en parte por desconocimiento de los pacientes respecto de ese derecho, y en parte por la falta de conciencia de los propios facultativos en punto a su deber de instruir a aquellos sobre el particular.

## 6 |

Como se puede apreciar, los avances en torno a los derechos del paciente, a su protagonismo y el de su grupo familiar en la toma de decisiones y a la facultad de prever directivas anticipadas para el caso de no poder ejercer su autodeterminación en determinada etapa de su tratamiento son comparables a los que se registraron en nuestro país, a partir de la sanción

(18) En esos términos se ha expresado en el XV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, dictado en el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid del 16 al 18 de Octubre de 2008.

de la ley 26.529, promulgada el 18 de noviembre de 2008, bajo el epígrafe de Ley de Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud.

También son equiparables las oscuridades e indefiniciones que generaron cláusulas como las que hemos glosado puntualmente con referencia a las leyes chilena y española, con la que continúa figurando en el art. 9, inc. b, de nuestra ley, al incluir entre las excepciones para requerir el consentimiento informado, la configurada por una “situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente”; o la incluida en el art. 11 que, tras declarar la posibilidad de toda persona capaz mayor de edad de disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud y puntualizar el deber del médico a cargo de aceptarlas, introduce la críptica frase: “salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”, generando, en la *praxis*, una inacabable polémica, zozobra para los facultativos y cercenamiento de la autonomía para sus pacientes.

Empero, justo es reconocer que la reforma introducida en el cuerpo de la referida normativa por la ley 26.742 (B.O. 24/5/12) concurre a disipar gran parte de las dudas creadas por el texto original, merced —básicamente— a la inclusión de las situaciones de “muerte intervenida” entre las que posibilitan el rechazo o retiro de tratamientos terapéuticos extraordinarios o desproporcionados.

En primer lugar, el reemplazo de la mezquina redacción del crucial inciso «e» del art. 2 original, dedicado al principio de la autonomía de la voluntad, por el actualmente vigente innova en varios sentidos. Al explicitar, en el tercer párrafo de dicho inciso, los alcances de la cláusula general del primero, conjuga el requisito del consentimiento informado con la situación de pacientes aquejados por enfermedad irreversible o incurable o en estado terminal, a los que reconoce la potestad de rechazar tratamientos, entre los que nombra —junto a los clásicos procedimientos quirúrgicos— los de reanimación artificial y el retiro de medidas de soporte vital, colocando en su justo sitio a la facultad del paciente de evitar abordajes signados por la futilidad y proclives al encarnizamiento terapéutico; con un añadido de indudable trascendencia, consistente en la posibilidad de rechazo de pro-

cedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la continuidad de “aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

Vale consignar también que, a la par de esa clara ampliación de potestades en cabeza del paciente, se mantiene la cláusula que plasma el derecho de niñas, niños y adolescentes a intervenir a los fines de la toma de decisiones relativos a terapias y procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud, extremo compatible con una norma de jerarquía constitucional como es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (ley 23.849 y art. 75 inc. 22 CN), cuyo art. 12 es sumamente expresivo en torno al derecho de todo niño o niña de expresar su opinión —y de que ella se tenga en cuenta— en todos los asuntos que le afectan.

Estas auténticas novedades normativas se complementan con la nueva redacción del art. 5, alusivo al consentimiento informado, al incluirse, dentro de la “información clara, precisa y adecuada” a suministrar por el profesional interviniente a los pacientes involucrados en cualquiera de las hipótesis enunciadas precedentemente, elenco al que aquí se suma el caso de quien hubiere sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, la del derecho que les asiste de rechazar todos los procedimientos antes mencionados, incluyendo el retiro de medidas de soporte vital, cuando fueren extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o produjeran sufrimiento desmesurado, consignando por separado, para que no queden dudas sobre el tópico, el derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable (inc. g); todo ello, obviamente, sin perjuicio del derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento, conforme lo prevé el inc. h del mismo artículo.

Ambos incisos incorporados por la nueva norma implican un giro copernicano en la regulación de esta delicada realidad, que alcanza su más vasta proyección al preverse, en otra trascendente disposición, la del segundo

párrafo del art. 6, para el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, la posibilidad de su emisión por parte de las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido; sin perjuicio de lo cual, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, como se advierte en el tercero y último párrafo de ese precepto.

En lógico paralelo con tal amplitud conceptual, se prescribe la eminente revocabilidad de la decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados y la correlativa obligación del profesional actuante de "acatar tal decisión y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica", extendiéndose aquella potestad a las personas habilitadas para emitir el consentimiento informado, según la redacción del nuevo art. 10 de la ley 26.529.

Con relación a las directivas anticipadas, aunque —como ya se expresó— se mantuvo en el art. 11 la alusión a la veda de las "prácticas eutanásicas", la inclusión de un segundo párrafo referido a las formalidades que debe revestir su declaración y a la posibilidad de su eventual revocación, interpretado sistemáticamente con las innovaciones antes señaladas, brinda escaso margen a formulación de posiciones adversas a la abstención o retiro de los mecanismos artificiales de reanimación en los casos escrupulosamente descritos en la normativa actualmente en vigor.

Más aun, la redacción de los dispositivos legales reseñados ofrece al binomio médico-paciente la posibilidad de acordar tanto la plena operatividad cuanto la renuncia a la adopción de medidas terapéuticas de otro orden, en base al juicio compartido sobre su carácter ordinario o extraordinario y su proporcionalidad; por lo que cabe estimar incluidas en la ley aquellas situaciones oportunamente tipificadas como de eutanasia activa indirecta o de doble enlace, así como las calificadas de eutanasia pasiva, en la tesis doctoral referida al comienzo de esta contribución.

Como corolario de las considerables reformas instrumentadas, y a fin de colocar a buen resguardo a los facultativos involucrados en el tratamiento de cualquier paciente, mas con singular incidencia en el ámbito de las decisiones vinculadas a patologías o accidentes en fase terminal, la ley 26.742 añade un nuevo artículo —el 11 bis— al texto de su homóloga 26.529, mediante el cual se libera de cualquier responsabilidad civil, penal o administrativa a todo profesional que hubiere obrado de acuerdo con las nuevas disposiciones legales, por situaciones derivadas del cumplimiento de la misma.

Cierto es que hubiera resultado preferible la celebración de un debate integral de estos temas, con efectiva participación ciudadana, para apuntalar la admisión como meros actos médicos, carentes de cualquier repercusión judicial, de las decisiones en torno a la muerte intervenida y a todas aquellas distintas de la eutanasia activa directa. Sin perjuicio de ello, el texto legal analizado, vigente desde el 24 de mayo de 2012, es ponderable por la claridad formal de su articulado y por el equilibrio que exhibe su contenido, al definir las facultades y deberes del médico y de sus auxiliares así como los derechos del paciente quien, como todo individuo, demanda un trato digno, tanto en el vivir como en la etapa personalísima del morir, bajo el marco de una democracia liberal.



# En nombre de la ley

## Acerca de la figura de infanticidio y la penalización del aborto, dos asignaturas pendientes de la democracia

por **LUIS OHMAN**<sup>(1)</sup>

Romina Tejerina ha obtenido la libertad condicional y los beneficios que surgen de la progresividad de la pena en la aplicación de la Ley de Ejecución Penal. Ninguna decisión judicial reparo la atrocidad jurídica de este juicio y la desaparición del Código Penal de la figura del infanticidio de 1921. Seis proyectos han perdido estado parlamentario y han tenido la misma resistencia que los proyectos que intentan legislar sobre la despenalización del aborto.

La clínica psiquiátrica hace más de un siglo describió la semiología de un cuadro poco frecuente como el de psicosis puerperal y los cuadros confucionales agregados. El Derecho Penal pudo encontrar en la intersección con esta clínica el lugar para legislar sobre los atenuantes de un cuadro tan dramático y de graves consecuencias.

Con Romina Tejerina está allí la violencia originaria, instituyente “el martillo de las brujas para golpear a Las brujas y sus herejías con poderosa maza, la inquisición”. Está reemplazada y representada por un instituto

(1) Presidente del Capítulo de psiquiatría y Criminología. Coordinador Programa Nacional de Evaluación y Monitoreo del estado de Salud Mental de las personas alojadas en Unidades Penitenciarias. Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación.



del derecho penal, el Estado y la psiquiatría, la ciencia, el principio de peligrosidad, que pretende en la condena de este infanticidio el olvido de la violencia originaria.

Romina no es una bruja, ha sido demonizada y es en realidad una niña-mujer acorralada por la desesperación y la locura, por la exclusión y la pobreza extrema, y por los prejuicios de una sociedad jerarquizante y patriarcal en tiempo de sida y abortos sépticos penaliza al extremo la enfermedad y se opone al uso de preservativos.

No les importa esta tragedia, sólo importa la moral jerarquizante de la ley y el orden.

El infanticidio de Romina es una violencia demorada, un aborto tardío que estalló en forma ocasional y terrible, producto de una encerrona trágica, una acumulación de violencias y violaciones que la hicieron puro destino; perdió la libertad para elegir, como miles de niñas-madres, abusadas y prostitutas precozmente, a las que el Estado victimiza y abandona al desvalimiento y la intemperie, y después las condena como la inquisición.

La pericia psiquiátrica y psico-social dispuso de una soberanía de facto que sustancializa el acto de infanticidio pero no desentraña la historia de la tragedia y la lógica interna de la crisis de horror y violencia de Romina, en esta arbitrariedad y en esta soberanía del discurso médico-psiquiátrico se funda la condena del tribunal.

La palabra de esta pericia psiquiátrica tiene fuerza de ley, sobre todo fuerza, pues es un juicio determinante, genérico, y no es un juicio reflexionante sobre la historia singular de Romina. La crisis puerperal, el acontecimiento de locura y el propio comportamiento de Romina están excluidos.

La pericia es un texto moral, condenatorio, que no indaga sobre la violación ni discute la crisis puerperal en la cual se produce el infanticidio, no da lugar a Romina, es un informe que no escucha ni reflexiona.

El pretendido valor simbólico y moralizante del fallo es una canallada.

De las niñas-mujeres como Romina el Estado y la sociedad deben ocuparse antes; prevenir y cuidar por vulnerabilidad y desamparo, en vez de castigar y condenar ante un hecho atroz pero ocasional e irrepetible.

El infanticidio no tiene reincidencia, Romina no necesita cárcel, en todo caso necesita un tratamiento humano y digno que la rescate del lugar de muerte y destino en el que ha sido puesta.

"(...) Es posible que en las ciudades y entre mujeres de clase media esto no preocupe, pero no se puede olvidar que los casos de infanticidio, salvo excepciones, son supuestos penoso y tristes, con frecuencia producidos en baños y en el curso de partos sin asistencia, cometidos por mujeres muy humildes y jóvenes casi niñas, desconcertadas a veces con cierta debilidad mental, privadas de mayor contacto humano, abandonadas por sus compañeros y las que ahora, al suprimir el efecto simbólico negativo (deshonra y estado puerperal) que tiene algunos elementos de tipo privilegiado, se las enviará a la prisión o reclusión perpetua, con la pena similar al parricidio, es decir la más grave que contemple el Código Penal..."<sup>(2)</sup>.

Es necesario introducir reformas legales urgentes:

1. Despenalizar el aborto
2. Reincorporar el tipo privilegiado de infanticidio al Código Penal, eliminando elementos inaceptables.
3. Eliminar la causa de cancelación de la punibilidad del matrimonio con la víctima.

El caso de la penalización del aborto es interesante pues supera la primera contradicción entre igualdad formal de los individuos como sujetos jurídicos y desigualdad sustancial por el lugar que los individuos reales ocupan en las relaciones sociales de producción y sus condiciones de existencia; desigualdad de facto y desigualdad de clase. Digo que la supera pues la desigualdad es jurídica, es de jure; y de facto también al acumular desigualdades por otras formas de exclusión y pobreza.

Pero es la ley la que construye una zona de ajuricidad por la sola condición de género.

La mujer embarazada ante el Estado despótico, ya no es igual ante la ley, pierde su autonomía jurídica, tiene libertad condicional y está sitiada por

.....

(2) Raúl Zaffaroni, 1998.

la soberanía del Estado que la considera sólo objeto o reservorio del embrión, el sujeto a tutelar por el estado.

Un oxímoron éxtasis —pertenencia, estar fuera— y, sin embargo, pertenecer, esta es la estructura topológica del estado de excepción”; la penalización del aborto y la penalización del consumo de drogas son parte de esa legislación del derecho penal simbólico que introduce en el derecho una zona de anomia por la vía de la norma y la criminalización primaria; la psiquiatría no debería acompañar más con pericias, prácticas terapéuticas y discurso científico al derecho penal autoritario.

La psiquiatría le ha prestado fundamento médico al Estado para reprimir y culpabilizar cuando el derecho no encuentra discurso jurídico para sancionar y construir penas sin delitos como en el caso de consumo de drogas, o cuando no se lo puede sancionar por un delito pero deberá ser tratado, transformando los tratamientos en una sanción o sencillamente en el encierro de la institución disciplinaria.

En “El Martillo de las brujas”, texto central de la inquisición, se insiste en que “en la melancolía de las mujeres constitutiva de ese sexo, y presupuesto por ello a todos los vicios (...) la mujer es débil, vulnerable, se siente más tentada a acoplarse por los demonios incubos y por medio de ese pacto adquiere poderes maléficos.” Pero Bodín va más lejos, y dice que “el origen del pacto con Satán de las mujeres no es su debilidad, y que esto sólo sirve de excusa; sino que es la fuerza de su bestial concupiscencia. Toda mujer es bruja por naturaleza, su naturaleza es libidinosa y por lo tanto animal, el demonio se aloja en ellas como en cualquier otro animal y las brujas a su vez, pueden transformarse en gatos, serpientes, sapos (...)”.

Dice el Malleus “que siempre ha habido brujas, que sus depravadas obras han destilado numerosos males para los hombres, los animales y los frutos de la tierra y también que ha habido demonios íncubos y súcubos, no puede dudarlo quien quiera que recorra los libros de la historia. Las tradiciones de los cánones y de los santos doctores han transmitido acerca de esto muchas cosas (...) omitiendo lo que hizo nuestro colega el inquisidor, de cómo en el condado de Burbia, que en el espacio de un año el de 1485, hizo quemar a 41 brujas de las que todas afirmaban públicamente que se habían entregado a las torpezas diabólicas. Por tanto todas estas cosas han sido establecidas bien, a partir de la experiencia personal directa, o a

partir de las relaciones de testigos dignos de crédito. Respecto de la segunda cuestión, de si el origen de las brujas se encuentra en la práctica de estas torpezas, decimos con San Agustín, es cierto que el origen de todas las prácticas supersticiosas se encuentra en la asociación de los hombres y los demonios (...) y no se pueden entender estos textos donde se habla de ellos como si aquellos hombre hubiesen sido famosos por su virtud. Cuando se pregunta si esto se realiza siempre mediante la infusión de semen se responde que el demonio tiene mil caminos y mil medios de hacer daño desde el principio de su caída intenta romper la unidad de la Iglesia y alterar al género humano por todo tipo de medios.”

Es evidente que se trata de un discurso sistemático, cargado de certeza, que se construye desde la lógica de la Iglesia y del estado de peligro absoluto ilimitado, y elige a las mujeres como chivo expiatorio y como dispositivo de control y disciplinamiento del 50% de la población, después se ocupará del resto de otras formas. No importa el carácter delirante del texto, lo central es la construcción discursiva de certeza y cientificidad para legitimar el derecho a la persecución y al exterminio.

Sigue el Malleus “si alguno pregunta si puede recoger el semen emitido durante una polución nocturna, de la misma manera que lo hace durante el acto carnal, se le puede dar la opinión probable de quien afirma que no, incluso aunque a otros pueda parecerles probable lo contrario. La razón es que los demonios como se ha dicho más arriba, se interesan por la fuerza generativa del semen, y parece ser que ésta es mayor en el semen que proviene del acto carnal. El semen en la polución nocturna proviene de un humor superfluo que lógicamente no comporta una potencia generatriz tan grande. De aquí se puede creer que el demonio se emplea menos en procurar una generación por medio de ella, salvo en el caso en que sepa en que quizás reside en ella la potencia generativa suficiente. Pero nosotros tampoco podemos negar que en el caso de una bruja casada y preñada por su marido, el demonio puede infectar el feto por la mezcla de otro semen (...). En último lugar y como conclusión, puede decirse que los demonios incubos no quieren infecta únicamente a las mujeres nacidas de estas torpezas, sino que intentan con todas sus fuerzas, por medio de brujas, celestinas y prostitutas, seducir a todas las jóvenes más devotas de tal ciudad o de tal distrito. Esto nos lo ha enseñado la experiencia, maestra de vida: en la ciudad de Ratisbona, algunas brujas quemadas nos han confesado antes de la sentencia final, que sus

maestros les habían encargado trabajar con todas sus fuerzas en pervertir vírgenes y viudas piadosas.

Queda una cuestión: la de si la delectación venérea resulta ser mayor con los incubos por medio de los cuerpos asumidos de éstos con el resto de los hombres, siempre que todas las demás condiciones permanezcan estables. Parece que se debe decir lo siguiente: aunque el placer debería ser mayor de acuerdo con el orden natural, cuando dos semejantes se encuentran, empero este artífice, puede acoplar también los elementos activos y pasivos —no por causa del factor natural, sino por causa del calor de los humores— que parece excitar un menor grado de concupiscencia. Pero todo esto se volverá a discutir más ampliamente más abajo, al tratar la condición del sexo femenino.”

Estamos leyendo el texto oficial de la Inquisición, la obra de dos autores dominicos Jacobo Sprenger y Enrique Institoris, que es el texto oficial del santo Imperio Cristiano y el de las Cruzadas, el organizador de los tribunales del santo oficio, y el manual de los inquisidores. Es el papado el que les encarga su redacción y organizará la persecución desenfrenada constituyéndose en el más siniestro hito con su publicación en el siglo XV del manual del Perfecto cazador de brujas y a las que, además, invita a aplastar con maza poderosa.

El cuerpo de la mujer no molesta como cuerpo exhibido en la pornografía o en la prostitución, en la publicidad del mercado; si molesta como sujeto, por eso para el Estado inquisidor, el aborto es un delito, y necesita disociar el problema del aborto, de la condición de sujeto de la mujer, de sujeto de derecho. Se ocupará solo del embrión, y la mujer será considerada un fragmento o en un cuerpo receptor en el que se desarrolla el embrión.

La penalización del aborto se fundamenta en el discurso de la inquisición católica y protestante; presunción de pasividad, de no humanidad, ninguna condición moral o jurídica; sólo tiene un pacto con el diablo, y si lo dice la palabra oficial de la Iglesia, es verdadera e infalible.

“Predecir, evaluar, calcular, redactar pericias, validar, contar, medir; qué quieren decir todas estas palabras tratándose del sufrimiento psíquico y de las terapias que deberían curarlo, y más aún, de la clínica que debería describirlos” (Roudinesco).

Hasta 1994 el delito de Romina Tejerina entraba en la categoría de infanticidio, una figura jurídica incluida en el artículo 81, inciso 2 del Código Penal que establece una disminución de la condena para aquella madre que “para ocultar su deshonra matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal”, la pena prevista era de 1 a 6 años de prisión. Como ya hemos señalado, se derogó esta ley y la figura del infanticidio.

La penalización del aborto y la persecución moral de las jóvenes mujeres, es el telón de fondo de un fallo judicial que demoniza y condena a Romina. En la Argentina moderna y contemporánea, las mujeres son claramente discriminadas. Sus derechos están sitiados por una sociedad jerarquizante y patriarcal y por instituciones creencias que tienen un carácter preconciiliar, pre racional y pre científico; unida a una representación política que perdió su autonomía para pensar y legislar.

En nuestro país saqueado y devastado, dominado por la pobreza y un escenario urbano degradado, con miles de niñas víctimas del desvalimiento y el desamparo; donde se trafican y se prostituyen niñas y mujeres, y donde la causa de morbi-mortalidad adolescente es el aborto mal realizado; prevalece el discurso de muerte del Obispo Baseotto. Se calcula que en la Argentina se producen anualmente entre 350 y 500 mil abortos, cifra, esta última admitida recientemente por el ministro de salud, que por primera vez en la historia Argentina planteó un debate frontal desde el Estado sobre la cuestión de la despenalización del aborto. Si la estimación es correcta equivale a decir que cada tres mujeres que dan a luz en nuestro país, hay dos que abortan. O teniendo en cuenta el Censo del 2001, en el que se contabilizaban 7 millones de mujeres entre 15 y 39 años, esto significaría que cada año 7 de cada 100 mujeres argentinas, en edad fértil, se somete a un aborto.

Al plantear la cuestión, el ministro de salud ha tenido el mérito de plantear uno de los problemas de salud pública más graves, que sufren las mujeres argentinas.

Como lo señala la filósofa Diana Mafía el 60% de las mujeres que abortan en nuestro país se definen como católicas. “Como no pueden convencer en el púlpito, pretenden que el Estado se convierta en el brazo armado de la policía de la conciencia que la iglesia pretende ser, convirtiendo al

pecado, en un delito” dice Diana Mafia. Claro que el Código Penal no diferencia entre mujeres creyentes y no creyentes, y organiza alrededor de la idea moral del pecado, la ley para definir el delito, oponiéndose curiosamente a la noción del derecho.

El fallo que la condenó a Romina Tejerina es parte del llamado derecho penal simbólico; los legisladores que aprobaron la ley y los jueces que la aplican saben que el castigo y el encierro en Romina no repararán nada, y que tampoco previenen una situación que es parte de una tragedia personal y colectiva construida y facilitada socialmente.

El encierro en la cárcel, una institución sin alma, expresa un fallo inquisidor, moral, cínico; pero con mucho texto, y con un esfuerzo en la razón autista del derecho penal autoritario y de una psiquiatría racista y discriminatoria que la construye como criminal nato, sin cura, “condenada a la hoguera por un saber canalla que hace siglos produce una cultura de la crueldad, la tortura y la muerte”.

La mujer al quedar embarazada pierde la libertad y la autonomía, suspende sus derechos y el estado soberano e inmoral se apropia del embrión y la amenaza con la prohibición, la cárcel y el castigo.

¿Dónde están los pactos internacionales, los derechos de la mujer y el artículo 19 de la constitución? Es una zona de ajuricidad, que se construye con las leyes penales para perseguir a las más débiles, a las niñas y mujeres, por pobres, por jujeñas, por morenas, por desinformación e ignorancia, por la enfermedad que es demonizada y castigada. Sigue vigente el dominio jurídico, cultural y político de la inquisición.

Está claro que esta operación jurídica y teórica, es una acumulación histórica demoledora de exclusión y violencia cotidiana y estructural, pero también ideológica, que desconoce a la mujer como sujeto de derecho, y la deshumaniza para incrementar sobre ella los niveles de violencia social e institucional. No es sólo el retorno de la inquisición —no retorna lo que nunca se fue— es el idealismo penal retributivo y el organicismo social spenceriano; violencia fundadora, originaria, que está contenida en este fallo que la conserva y la perpetúa.

El estado de policía es fuerte y eficaz para perseguir y encerrar, y el Estado social es débil y olvidadizo si se trata de los verdaderos sujetos vulnerables,

LOS NIÑOS DE LA LEY DE PATRONATO, LOS JÓVENES DE LA LEY DE NARCOTRÁFICO Y ADICCIONES, Y LAS JÓVENES MUJERES CON LA LEY QUE PENALIZA EL ABORTO.

El estado social los descuida, para ser reencontrados como objeto del derecho penal por leyes represivas del derecho penal simbólico, y el fundamento jurídico del estado penitenciario.

Estas leyes no protegen, tutelan y confiscan el conflicto individual y social, para perseguir, estigmatizar, atemorizar y dominar.

El poder punitivo es un organizador del Estado disciplinario, y de una jerarquización verticalizante, que facilita y legitima otras discriminaciones y violaciones a la dignidad humana. La discriminación y el sometimiento de la mujer al poder patriarcal es esencial al poder punitivo, como lo es el antisemitismo en la razón de estado, y en la formulación del estado totalitario. El lenguaje que expresa los contenidos autoritarios y jerarquizantes de las sociedad no solo es machista, xenófobo, racista, homofóbico, macartista; es todo eso.

La inquisición y su texto del martillo de las brujas ha sido la expresión de una violencia originaria, fundadora de derecho, que sistematizó el poder disciplinante y el discurso moderno de la ciencia penal y la criminología; y la crueldad y la tortura como categorías políticas que hoy perduran en leyes, instituciones, creencias y valores como violencia conservadora.

El fenómeno de degradación e inferiorización de personas y grupos sociales es constitutivo de la concepción de los estados racistas y totalitarios. La minorización y la exclusión son parte de una violencia estructural y sistemática que construye el carácter de sujetos peligrosos “que amenazan a la sociedad y al Estado” para confiscarlos, deshumanizarlos, y finalmente encerrarlos o exterminarlos.

Como diría Sartre, la mirada del Estado homicida transforma a los más débiles en objeto, los bestializa como la inquisición para consumir después la persecución y el posterior exterminio genocida; las mujeres en la hoguera con la caza de brujas y los indígenas en la colonización españolas; con la siempre consagrada justificación histórica de científicos intelectuales del domino totalizador de una modernidad barbarizada.



“Estarás bajo el poder de tu marido y él te dominará” estipula el génesis, precisan los inquisidores del *Malleus Maleficarum*, de una costilla curva, es decir una costilla torcida y como puesta al hombre” por tanto hembra-animal, con función reproductora al servicio del hombre particular al que le debe obediencia y sumisión.

La mujer tiene argumentos desde la edad media a la modernidad para justificar su persecución el estatuto de animalidad, debilidad e imperfección; para el *Malleus* como ser viviente imperfecto (...) que siempre decepciona, o para Prudhón “por ese primer punto de la constitución física y sin necesidad de meterse en honduras inferior al hombre (...) blandura, molicie; (...) no es por casualidad que los latinos denominan a la mujer —mulier— que casi viene de la palabra molicie, que significa blandura.

Dice Shopenhauer en el siglo XIX sin lugar a dudas “como las mujeres han sido creadas únicamente para la propagación de la especie y toda su vocación se centra en ella, viven más para la especie que para los individuos, y se toman más a pecho los intereses de la especie que los intereses de los individuos. Las mujeres aceptarán con frecuencia este argumento. Un ejemplo de ello es lo que la independiente G. Sand sostenía, par ella la función de la mujer es ante todo dar a luz bellos y vigorosos bebés y juzgue las funciones públicas incompatibles con los deberes de la maternidad”.

“En las Euménides, Esquilo dice que no es la madre la que da a luz al ser que llama su hijo (...). Es la que alimenta un germen en su seno (...). El que da a luz es el hombre que fecunda; la madre, como una extraña a un extraño, protege la joven planta. Cerca de veinticinco siglos más tarde Proudhón no dice nada muy distinto: la naturaleza sólo ha dado al hombre esa virtud sembradora, mientras que ha hecho de la mujer un ser pasivo, un receptáculo para ese germen que sólo produce el hombre. Un lugar de incubación como la tierra para el grano de trigo”

“Como no puede ser un hombre la mujer intenta imitarle. Cuando sale de su sexo es una gallina que canta como un gallo, explica Proudhón. Pero no cambia de sexo, y la mujer que lo hace se vuelve fea, ramera, adefesio. Cuando quiere emular al hombre no es más que un mono.” Proudhón que no encuentra nombres de animales con los cuales designar a George Sand, la lleva a las más sórdidas funciones animales. “Esta mujer escribe como mea”, escupe con elegancia en sus cuadernos. Contenida por en-

tero en la materialidad de su cuerpo, la mujer es esa carne que la edad media asimila al mal, carne maldita de esa víscera que le es específica, de ese sexo que no sólo sirve para la reproducción, sino para un placer bestial que no puede reprimir por carecer de la suficiente razón. Esta mujer a la que tanto tiempo ha caracterizado su sangre fría, está siempre caliente. Pero hasta el renacimiento, ante todo se esgrime su exceso de humedad, que le daría capacidad ilimitada para el acto sexual.

Para Rousseau, la necesidad sexual no es física en el hombre, mientras que define a la mujer “no hay paridad entre ambos sexos, en lo que a consecución del sexo se refiere. El macho no es macho más que en determinados instantes, la hembra es hembra toda la vida, o al menos, toda su juventud; todo le recuerda sin cesar su sexo” Su inagotable deseo hace de los desbordamientos de su sexualidad una actividad devoradora, aunque, según la tradición Rousseau estime que el hombre tiene el papel activo en el acto sexual y la mujer es débil y pasiva. Ella, que desde la infancia sólo busca gustar no cesa de provocar al hombre, que siempre está amenazado. Su belleza incompatible con la razón, según Montesquieu, y que incrementa con la ropa y el maquillaje, hacen de ella un ser para la seducción. POR ESTA RAZÓN, LOS PADRES DE LA IGLESIA SEÑALAN QUE EL DEMONIO SEDUCTOR LE GUSTA DISFRAZARSE DE MUJER.

“Bajo este triángulo —físico, mental y moral, y sobre todo sexual— la mujer aparece en el discurso masculino, y por lo tanto dominante, como un ser animal, perteneciente al orden de la naturaleza. Asimilada a la serpiente por su capacidad para el mal y la seducción, a diferentes pájaros por su charla repetitiva, a la cerda por su fecundidad, a la yegua porque la monta el caballero, al mono porque imita al hombre (...) —y la lista no es exhaustiva— decididamente se parece poco a un ser humano.”

“En la práctica y aunque no se diga explícitamente, el nombre de su sexo va a tener lugar con motivo de la caza de brujas, (...) constituyó un auténtico genocidio por la amplitud que adquirió. Primero por su duración: duró cuatro siglos, del siglo XIV al siglo XVII, después por su extensión geográfica, afecta a toda Europa e incluso a EE. UU., con el tardío juicio a las brujas de Salem, en el que los protestantes no se mostraron más indulgentes que los católicos, en los que a diabluras se refiere. Y se oculta el hecho de que las víctimas fueron todas las mujeres, incluso las que no perecieron en la hoguera.

Para A. Comte “el hombre debe alimentar a la mujer: esa es la ley natural de nuestra especie en armonía con la existencia esencialmente domestica del sexo femenino. El trabajo es específico del hombre, del ser humano completo que es el macho. Y la actividad de la mujer queda reducida al hogar.”

Es notable que después de tantos siglos existan poco arrepentimiento y mucho olvido, y la persecución de la mujer siempre ha estado unida al racismo más desenfrenado. Los teóricos de la raza supieron incluir a los pueblos no europeos como inferiores, y además definidos como débiles, atrasados y femeninos, “un pueblo mujer” enuncia el caballero Ulrich Von Hutter en el siglo XIX, “es una tropa blanda, sin corazón, sin valor, sin virtud.”. Y como dice Armelle Le Bras-Chopard “el zoo se amplía y la humanidad encoge. Pues no basta con ser macho para acceder a lo humano, también es deseable ser blanco”.

El Malleus Malificarum está escrito en un período histórico de crisis, del pasaje de una formación económico social a otra, con cuestionamientos, y convulsiones sociales y culturales, levantamientos e insurrecciones que amenazaban al poder constituido, y como siempre ocurre, este poder construyó chivos expiatorios para sacrificarlos y conservar el orden social que se desmoronaba.

Han pasado siglos y nada ha cambiado.

---

## Bibliografía

AGAMBEN, GIORGIO; *El estado de excepción*, Ed. Hidalgo.

BIRGIN, HAYDEE; *Las trampas del poder punitivo*, Ed. Biblos.

DERRIDA, JAQUES; *Fuerza de ley*. Ed. Tecno.

KRAEMER, HEINRICH y SPRENGER, JAKOB; *El martillo de Las brujas*, Ed. FEMAR.

LE BRAS CHOPARD, ARMELL; *El zoo de los filósofos: de la bestielización a la exclusión*, Ed.Taurus.

ZAFFARONI, EUGENIO; *Manual de derecho penal*, Ed. Ediar.

# La eficacia eximente del consentimiento en la eutanasia<sup>(1)</sup>

por **MARTÍN OTERO**<sup>(2)</sup>

## I | Introducción y objetivos del trabajo

A pesar del tabú que se cierne en torno a la muerte<sup>(3)</sup>, la eutanasia ha estado presente desde antaño en la sociedad. En la Antigua Grecia se la consideraba algo deseable<sup>(4)</sup> y su práctica fue aceptada naturalmente en numerosas culturas; no obstante, diversos factores, entre los que se des-

(1) Una primera versión de este trabajo fue expuesta en el Seminario “Cuestiones actuales del Saber Penal” del Departamento Penal de la Facultad de Derecho de la UBA, dirigido por los profesores Alejandro Alagia, Javier De Luca y Alejandro Slokar.

(2) Abogado con orientación en Derecho Penal (U.B.A.). Auxiliar Docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho (U.B.A.), en la asignatura Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, cátedra del Dr. Alejandro Alagia. Funcionario de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Isidro.

(3) Niño señala que ni los médicos ni los pacientes —globalmente considerados— se encuentran preparados para enfrentarse con la muerte, y agrega: “Las fuentes bibliográficas consultadas fueron corroborando esa circunstancia, al denunciar, a escalas sociológicamente apreciables, una ocultación general de ese fenómeno, ocultación que contraría su prístina claridad”. Niño, Luis F. *Eutanasia. Morir con dignidad*, Ed. Universidad, 2005, p. 26.

(4) Fue en la Antigua Grecia donde se acuñó este término, que etimológicamente significa “buena muerte”. A mayor abundamiento: “El Estado ateniense proveía de cicuta al ciudadano que la solicitara. Posidoppos, el poeta, afirmaba: ‘Nada mejor puede el hombre pedir en suerte a los dioses, que una buena muerte’ (...). La práctica de la eutanasia fue recomendada por Platón, Aristóteles (...)”. Citado por Federico Ortiz Quesada, “Eutanasia”, publicado en *Eutanasia, Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 100.

taca la extensión por el mundo occidental de la religión judeo-cristiana, incidieron para que fuera repudiada.

En efecto, la religión ha sido la fuente principalísima del derecho europeo e iberoamericano<sup>(5)</sup>, y fue bajo este prisma moral, apoyado en el dogma que instituye la santidad de la vida y sitúa a los seres humanos en carácter de meros administradores de este don que sólo Dios da y quita<sup>(6)</sup>, que las legislaciones de los países occidentales prohibieron universalmente esta práctica.

En la actualidad, la secularización del derecho y el avance de la ciencia médica, que permite por un lado, realizar diagnósticos sumamente precisos; y por otro, remplazar funciones vitales por mecanismos artificiales, manteniendo con vida por tiempo indeterminado a personas con graves padecimientos y escasa o nula posibilidad de recuperación, obligan a replantearnos la cuestión, conjugando la protección penal de la vida con el principio de autodeterminación de las personas y otros bienes jurídicos de jerarquía constitucional, como la dignidad.

Con este trabajo, me propongo demostrar que la eficacia eximente de la aquiescencia, sólo debe retroceder en supuestos excepcionales, entre los que no se encuentran los casos de muerte digna<sup>(7)</sup>. Para ello, serán analizados los conceptos de eutanasia, aquiescencia y bien jurídico, con el fin de demostrar que la vida es disponible por su titular si concurren determinadas circunstancias. Finalmente, emitiré mi opinión sobre la reciente sanción de la ley 26.742 —modificatoria de la ley 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— y la conveniencia de regular más ampliamente la cuestión.

.....  
(5) NIÑO, LUIS F., op. cit., p. 38.

(6) "En el código ético básico de la religión judeocristiana, el Decálogo, así se manifiesta: 'No matarás' (Éxodo 20, 13). La Iglesia Católica Romana abunda: 'Todos son responsables de la vida que Dios les ha dado. Dios es el dueño de la vida. Estamos obligados a aceptarla y preservarla por su honor y salvación de nuestras almas. Somos los administradores, no los propietarios de la vida que Dios nos ha confiado. No es nuestra para disponer de ella'. El Corán expresa: 'No tomes la vida que Alá hizo sagrada (...)'"'. Citado por Federico Ortiz Quesada, op. cit., p. 100.

(7) A lo largo de este trabajo, utilizaré como sinónimos "muerte digna" y "eutanasia", tal cual lo hacen muchos de los autores que abordan la temática, en función de la estrecha vinculación que existe entre el derecho a la dignidad y el objeto de estudio de este análisis.

## 2 | Definición de eutanasia

Etimológicamente, la palabra deriva del griego: *eu* (bueno) y *θάνατος* *thanatos* (muerte). El Diccionario de la Lengua Española, refiere que “es la acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él” y brinda también una definición más amplia, señalando que “eutanasia es la muerte sin sufrimiento físico”<sup>(8)</sup>. Como puede apreciarse, si bien valen como una aproximación a la problemática, la amplitud de estos conceptos los vuelve inconducentes a efectos de precisar en qué supuestos el consentimiento exceptuará la responsabilidad penal, por incluir en la misma definición a situaciones diversas y hasta contrapuestas.

A fin de delimitar el objeto de estudio de este trabajo, circunscribiré el concepto a la práctica llevada a cabo por un médico, con la cual se pone fin en forma directa o indirecta, activa o pasiva, a la vida de un enfermo terminal que lo ha solicitado, para culminar con su sufrimiento<sup>(9)</sup>.

La *eutanasia directa* hace referencia a la aplicación de una dosis mortal de cualquier sustancia con el objeto de ocasionar la muerte; mientras que la *indirecta*, implica la utilización de medios para aliviar el dolor, pero cuyos efectos colaterales comprometen la vida del enfermo. A su vez, la *eutanasia activa* comprende los supuestos en que la culminación de la vida se obtiene a partir de una acción positiva que pretende lograr ese objetivo, mientras que la *pasiva*, consiste en la omisión de actuar o la suspensión de un tratamiento que viene siendo aplicado, de tal manera que se evita interferir en un proceso causal que finalizará con la muerte del paciente<sup>(10)</sup>.

La necesidad de que sea un médico quien lleve a cabo cualquiera de las modalidades incluidas en la definición, está presente en la mayoría de los trabajos que abordan la problemática, y también en las legislaciones que

(8) Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición.

(9) Si bien las distintas modalidades enunciadas presentan diferencias sustanciales que ameritarían el tratamiento pormenorizado de cada una de ellas, este análisis excedería el objetivo propuesto en este trabajo y como propondré una única solución para todas ellas, serán estudiadas en forma conjunta.

(10) NIÑO, LUIS F., op. cit., p. 84.

han regulado la eutanasia<sup>(11)</sup>, como un requisito imprescindible para verificar los restantes elementos de la definición, en particular el carácter terminal del padecimiento. Esta exigencia es razonable, toda vez que dejar la evaluación del cuadro clínico de quien requiere la finalización de su vida en manos de un profano en el arte médico, podría conducir a errores de diagnóstico que acarrearían gravísimas consecuencias. Asimismo, el cumplimiento de la voluntad del enfermo requiere de conocimientos propios de un galeno, para decir qué método es eficaz para acelerar la muerte causando el menor dolor posible.

En cuanto al término *sufrimiento*, entendido como la percepción de amenaza de daño a la integridad física, psíquica, intelectual y espiritual de la persona<sup>(12)</sup>, es dable señalar que debe interpretarse en la forma más amplia posible, comprensiva del dolor físico, pero también del padecimiento psíquico, que puede hallar su raíz en el mantenimiento de una existencia que ha perdido su sentido<sup>(13)</sup>.

Finalmente, la solicitud del enfermo es el elemento primordial de la definición ensayada, en tanto representa el consentimiento en la lesión al bien jurídico que determina la atipicidad, por lo que será tratada con mayor detenimiento en los párrafos siguientes.

Va de suyo que los supuestos de eutanasia involuntaria no quedan comprendidos en el concepto. Las denominadas eutanasia eugenésica o económica, son en realidad, homicidios, y emplear el término *eutanasia* para referirse a estos supuestos, genera importantes confusiones, al punto que algunos autores critican a quienes proponen la legalidad de la eutanasia haciendo referencia al *Euthanasieprogramm* alemán<sup>(14)</sup>, que no fue más que una masacre, que nada tiene que ver con el tema en estudio.

Tampoco se incluye la llamada *eutanasia autónoma*, que consiste en la provocación de la propia muerte, en contraposición a la *heterónoma*, pro-

---

(11) Entre otras, la ley de Holanda y Bélgica.

(12) FARIAS, GISELA, *Muerte Voluntaria*, Ed. Astrea. p. 63.

(13) FARIAS, GISELA, op. cit., p. 65. En esta obra podrá apreciarse un sintético pero profundo desarrollo de las nociones de dolor y sufrimiento.

(14) Sobre este tema, resulta de particular interés el trabajo que representó el esquema para esta masacre, editado recientemente en nuestro país. Binding, Karl y Hoche, Alfred, *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, Ediar, 2009.

vocada por otra persona. Esta no será analizada, toda vez que su aceptación no es conflictiva, al no ser punible en nuestra legislación el suicidio.

### 3 | La aquiescencia

La relevancia eximente de la aquiescencia ha sido considerada desde antaño por los juristas, pero sólo ha incidido relativamente en la práctica jurídica, en particular, cuando lo que se consiente es la propia muerte<sup>(15)</sup>. Esto responde, principalmente, a que se piensa que la vida no es un bien jurídico disponible, ni siquiera en el excepcional supuesto de la muerte digna.

La palabra consentimiento proviene del latín *consentire* y, en su acepción originaria, expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión<sup>(16)</sup>.

Su incidencia limitativa del poder punitivo ha estado presente desde el Derecho Romano<sup>(17)</sup> y siguiendo a Maurach, puede dividirse su evolución más reciente en tres etapas. El citado autor señala que hasta después de la Segunda Guerra Mundial, se consideraba unánimemente que el consentimiento constituía una causa de justificación y que el cambio fundamental se produjo con la tesis doctoral de Geerds (*Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*), quien dentro del complejo general del consentimiento, distingue un acuerdo eliminador del tipo (*Einverständnis*)

(15) Entre otros, Maurach: "No son disponibles para sus titulares los denominados bienes jurídicos irrenunciables. Entre éstos se cuenta la vida humana" (*Derecho Penal Parte General*, actualizado por Heinz Zipf, Bs. As., Ed. Astrea, 1994, traducido de la 7ª ed. alemana, Tomo I, §17, III, p. 292.). Welzel: "Para los delitos de homicidio, surge ya del 216 la ineficacia del consentimiento" (Depalma, Roque (ed.), *Derecho Penal Parte General*, Bs. As, 1956, pp. 98/99). Roxin: "Totalmente ineficaz es el consentimiento en el caso del bien jurídico individual vida humana" (*Derecho Penal, Parte General*, t 1, §2, núm. 2, p. 52)..

(16) PIERANGELI, JOSÉ H., *El consentimiento del ofendido. Una teoría del delito*, Editores del puerto, 1998, p. 61

(17) Ya en el Derecho Romano, a partir de un texto de Ulpiano en el Digesto, que versaba sobre la injuria como delito contra el honor en el que se expresó "(...) quia la injuria est, quae in volentem fiat" (porque no es injuria alguna la que se hace al que la quiere), se acuñó el aforismo *Valenti non fit injuria* (frente al que lo acepta, no tiene lugar ningún injusto). Digesto, Libro XLVII, Título X: "De las injurias y de los libelos infamatorios", Ley 1. Citado por José S. Caballero, "El consentimiento del ofendido (o del interesado)" en el *Derecho Penal Argentino*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1967, p. 13.



y un consentimiento justificante (*Einwilligung*)<sup>(18)</sup>. Agrega Maurach que en la actualidad, el consentimiento es reconocido por el derecho consuetudinario, pero en el derecho penal siguen siendo especialmente discutidos sus límites frente a determinados bienes jurídicos, así como su ubicación dogmática dentro de la estructura del delito, siendo la concepción actualmente dominante la que distingue entre acuerdo eliminador de la tipicidad y el consentimiento justificante<sup>(19)</sup>. Sin embargo, destaca que desde comienzos de los años '70 se ha venido desarrollando una fuerte tendencia, según la cual, el conjunto del consentimiento debe ser considerado como el problema de una lesión típica de un bien jurídico<sup>(20)</sup>.

De esta forma, es posible afirmar que la postura dominante continúa enrolada en la distinción entre acuerdo excluyente del tipo y consentimiento justificante; no obstante, en la actualidad se evoluciona hacia un concepto de aquiescencia que, íntimamente relacionado con la idea de bien jurídico, entiende que ante la concurrencia del consentimiento válidamente prestado por la víctima, la conducta en cuestión deviene atípica. En esta corriente se inscribe el presente trabajo, en tanto siguiendo a Zaffaroni, Alagia y Slokar, considero que esta última tesis es preferible por ser más limitativa del ejercicio del poder punitivo; y porque resulta difícil sostener la presencia de un conflicto cuando el titular del bien ha consentido<sup>(21)</sup>.

A continuación, analizaré sucintamente la opinión de Roxin y Zaffaroni, ambos exponentes de la corriente que entiende que, en todos los casos, la consecuencia de la aquiescencia es la atipicidad.

Roxin refiere que el argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo, radica en la teoría liberal del bien jurídico referido al individuo. Destaca que si los bienes jurídicos sirven para su libre desarrollo, no puede existir lesión alguna de estos cuando una acción se basa en una disposición del mismo por parte del portador que no lo

(18) MAURACH, REINHART, *Derecho Penal Parte General*, actualizado por Heinz Zipf, Bs. As., Ed. Astrea, 1994, traducido de la 7° ed. alemana, Tomo I, §17, III, Pág. 285.

(19) Maurach cita a Jescheck, Heinrich; Triffterer, Otto y Wessels, Johannes.

(20) MAURACH, REINHART, op. cit., p. 285.

(21) ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Ediar, 2da. ed., 2005, pp. 500/501.

menoscaba sino que, por el contrario, constituye su expresión<sup>(22)</sup>. Continúa afirmando que el efecto excluyente del tipo que tiene el consentimiento se infiere, no en primer lugar del Derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción apoyada en él, aunque ambas cosas sean ciertas, sino inmediatamente de la libertad de acción garantizada constitucionalmente. Esto se debe a que el ejercicio de la libertad amparada por la constitución, efectuada por quien consiente, imposibilita la lesión simultánea de un bien jurídico que a él le corresponde y con ello, una realización del tipo<sup>(23)</sup>.

Roxin reconoce que a esta postura se objeta que los bienes jurídicos pasarían a ser la voluntad de salvaguardarlos, y que ya no contarían con la protección del ordenamiento jurídico por sí mismos; no obstante, refuta este argumento señalando que no puede separarse al bien jurídico de la voluntad de su titular y ejemplifica: "La propiedad sólo puede ser ejercida mediante la voluntad del propietario y sin referencia a él es un concepto sin sentido; la libertad de movimiento presupone la voluntad (al menos latente) de quien quiere moverse; por sí mismo el cuerpo es objeto de protección no como conglomerado de carne y huesos, sino sólo en conjunción con el espíritu que vive en él y lo domina"<sup>(24)</sup>.

Zaffaroni, Alagia y Slokar también se encuentran entre los autores que ubican sistemáticamente a la aquiescencia en el tipo objetivo<sup>(25)</sup>, afirman

(22) ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, t 1 §13, núm. 12, p. 517. Cita como ejemplo el bien jurídico propiedad, señalando que: "Así, la propiedad no es precisamente una figura ideal de carácter cuasitangible, cuya lesión podría ser justificada mediante consentimiento. Es más bien, en el caso de propiedad de cosas, únicamente una designación colectiva para la facultad del portador del bien jurídico de aprovechar la cosa que le pertenece de modo que sirva para el libre desarrollo de su personalidad, con lo cual él 'puede proceder [...] a su antojo'. Si el propietario, en virtud de una decisión libre, consiente en el menoscabo o en la destrucción de su cosa, o incluso lo solicita, no existe en ello ninguna lesión de la posición de propietario, sino una cooperación en su ejercicio libremente tolerado".

(23) ROXIN, CLAUS, op. cit., t 1, §13, núm 14, p. 518.

(24) ROXIN, CLAUS, op. cit., t 1, §13, núm. 14, p. 518.

(25) Cabe aclarar que si bien los citados autores entienden que en todos los casos la aquiescencia opera como excluyente de tipicidad, sostienen que no deben suprimirse las diferencias entre acuerdo y consentimiento que señala la doctrina tradicional; por ello llaman aquiescencia al género y distinguen el acuerdo, que elimina la tipicidad objetiva sistemática, del consentimiento, que elimina la tipicidad objetiva conglobante. En el caso en que el acuerdo elimine un elemento normativo de recorte, estaremos frente a una causa de atipicidad objetiva sistemática, en tanto que en los restantes casos, el consentimiento excluye la tipicidad objetiva conglobante. "En ninguno de ambos casos hay conflicto, sólo que en

que no hay lesividad cuando un hecho no afecta a otro por daño o por peligro, ni tampoco cuando el habitante consiente ciertos cursos de acciones que pueden ser dañinos o peligrosos para el ente con el que se relaciona. Critican la postura que resta relevancia a la aquiescencia con las siguientes palabras: "Cualquier intervención punitiva alcanza un grado intolerable de irracionalidad cuando pretende que el habitante use el bien jurídico sólo en determinada forma; esta pretensión es propia de un Estado que no respeta la autonomía de la conciencia (la persona) ni el concepto personalista del derecho, sino de un derecho transpersonal que subordina al humano a metas trascendentes de su humanidad, es decir, idolátricas (la raza, la nación, la dictadura, el régimen, etc.). La pretendida *tutela* de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo y, por ende, es violatoria del art. 19 constitucional"<sup>(26)</sup>.

El escueto repaso de los argumentos vertidos por estos autores, permite concluir que el bien jurídico no puede ser analizado desvinculándolo de la voluntad de su titular, y que su libre disposición se encuentra garantizada por nuestra Constitución Nacional. Ello implica que la recepción del instituto de la aquiescencia<sup>(27)</sup> en el ámbito del derecho penal debe ser amplia, y que su efecto dentro de la dogmática consiste en la atipicidad de las conductas realizadas a su amparo.

## 4 | Bien jurídico

La doctrina mayoritaria ratifica la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos<sup>(28)</sup>. En este marco, si entendemos al bien ju-

uno no lo hay porque el concepto mismo del pragma del tipo sistemático queda excluido (acuerdo) y en el otro porque, aunque el concepto del pragma está completo, se excluye su conflictividad en la tipicidad conglobante (consentimiento)". Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, op. cit., pp. 500/501.

(26) ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, op. cit., pp. 498/499.

(27) En lo que sigue, los términos "aquiescencia", "acuerdo" y "consentimiento" se emplearán como sinónimos, por ser idénticas sus consecuencias a los efectos de la tesis que propongo.

(28) FERNÁNDEZ, GONZALO D., *El derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Bs. As. Editores del Puerto, 1995, p. 170. Agrega el autor, que la exclusiva protección de bienes jurídicos se convierte, a raíz de su eficacia limitativa sobre el poder penal del Estado, en uno de los principios políticos centrales para la fundamentación del Derecho Penal democrático.

rídico como la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto<sup>(29)</sup>, sancionar penalmente al autor de la eutanasia podría resultar irracional.

Es evidente que si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna a estos cuando una acción se basa en su disposición por parte del portador que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión<sup>(30)</sup>. En otras palabras, y haciendo referencia específica a la hipótesis bajo estudio, quien consiente su propia muerte, no ve afectado su derecho a la vida con la acción eutánica; sino que, precisamente, la renuncia a la protección penal en este supuesto, constituye su libre desarrollo<sup>(31)</sup>.

Zaffaroni, Alagia y Slokar afirman que: "Cuando se pretende separar al bien jurídico de su titular, no se hace otra cosa que destruir o negar el concepto mismo de bien jurídico: si su esencia es la relación de disponibilidad, es imposible negar el valor eximente de la aquiescencia"<sup>(32)</sup>. Entiendo que este razonamiento es plenamente aplicable a los supuestos de eutanasia: quien válidamente consiente la realización de los actos que culminarán en su muerte, dispone del bien jurídico vida y consecuentemente, no puede afirmarse su afectación, ni efectuarse imputación penal en estos supuestos.

Esta opinión se condice con el art. 19 de la Constitución Nacional, que contiene el concepto de acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados, estableciendo la autonomía de la persona humana y desestimando los argumentos perfeccionistas o paternalistas para incriminar conductas<sup>(33)</sup>, permitiendo concluir que el derecho a la autodeterminación

(29) ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, op. cit., p. 489.

(30) ROXIN, CLAU, op. cit., t 1 §13. núm. 12, p. 517.

(31) En similar sentido, Rudolphi afirma que: "Bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo. La lesión del bien jurídico no se agota, por consiguiente, en la acción contra la voluntad del portador del bien jurídico; no obstante, este es uno de sus presupuestos" Citado por Roxin, Claus, op. cit., t 1, §13, núm 14, p. 518.

(32) ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, op. cit., pp. 498/499.

(33) NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la practica constitucional*, Bs. As., Ed. Astrea, 1992, pp. 304 y ss.

de cada individuo sólo debería retroceder ante valores colectivos de gran trascendencia<sup>(34)</sup>.

## 5 | Disponibilidad del bien jurídico vida

Entre los argumentos que esgrimen los autores para sostener que la vida no es un bien jurídico disponible, entiendo que los más atendibles son aquellos que se apoyan en la relevancia de la vida como sustento para los restantes bienes jurídicos, y la presunción de irracionalidad de la decisión de destruirla.

Así, sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar que: "(...) Uno de los problemas más complejos se plantea en el tipo de homicidio. Dado que se trata de casos de disposición radicalmente extremos del bien jurídico, la ley rodea la disposición de garantías que en el fondo son limitaciones, pero cuya validez constitucional no es cuestionable: tratándose de situaciones en que normalmente es incomprensible la conducta del sujeto, la ley opta por excluir la validez del consentimiento respecto de cualquier otro que no sea el titular del bien jurídico. De allí que no resulte contradictoria la tipificación de la instigación y ayuda al suicidio. Esto no excluye que, en algunos casos, la conducta no resulte tan incomprensible y, por ende, el consentimiento opere como atenuante"<sup>(35)</sup>.

En similar sentido, Roxin afirma: "Totalmente ineficaz es el consentimiento en el caso del bien jurídico individual vida humana. (...) el consentimiento en la propia muerte no suprime la punibilidad del hecho, sino que, a lo sumo, la atenúa. Para ello existen buenos motivos (...). Un consentimiento precipitado o influido por alteraciones psíquicas desconocidas puede causar daños irreparables, de modo que la víctima debe ser protegida también de sí misma; y la creación de tabúes respecto de cualquier muerte de un tercero no justificada por legítima defensa consolida el respeto por

---

(34) Entre otros, Maurach, Reinhart, op. cit., p. 289. Agrega el autor que: "(...) en estas cuestiones, que representan preguntas propias de una concepción del mundo, la tolerancia del Estado es un importante indicador de una actitud de política interna de carácter liberal".

(35) ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, op. cit., pp. 498/499.

la vida humana y sin duda alguna contribuye con ello a la protección de este supremo bien jurídico” <sup>(36)</sup>.

Ahora bien, ¿puede generalizarse la opinión de los citados autores y pretender su aplicación a todos los supuestos en que se consiente la propia muerte? O con mayor especificidad, ¿debe restringirse la validez del consentimiento prestado por quien se encuentra comprendido en los supuestos de eutanasia referidos con anterioridad?

Si justificamos la restricción en el carácter radical de la disposición, y en el temor a que el consentimiento sea precipitado o afectado por alteraciones psíquicas desconocidas; basta repasar la definición de eutanasia desarrollada, para concluir que dichos argumentos no se aplican a la problemática en análisis.

En efecto, no parece radical ni irracional la decisión de quien, frente a una enfermedad terminal diagnosticada con certeza y ante el sufrimiento que dicha situación le genera, decide poner fin a su existencia física. Paralelamente, el riesgo de que el consentimiento sea apresurado o afectado por alteraciones psíquicas, es un temor que puede despejarse arbitrando los medios pertinentes para asegurarse que la aquiescencia ha sido prestada válidamente, luego de interiorizarse sobre el padecimiento que lo aqueja, reflexionar profundamente sobre su situación y evaluar las alternativas posibles.

Entonces, si bien es lógico presumir irracional la decisión de culminar con la propia vida en situaciones “normales”, no puede decirse lo mismo de aquellas personas que padecen graves sufrimientos y ven afectada su dignidad, todo ello, frente a nulas posibilidades de recuperación. Por ello, la indisponibilidad del bien jurídico *vida* como regla, debe ceder frente a los supuestos de eutanasia.

Es dable ponderar, que esta postura no implica relativizar el valor de la vida, sino que, por el contrario, pretende protegerla del modo más amplio posible, compatibilizando la existencia física con la espiritual. En este sentido, es sumamente claro Niño cuando afirma que: “El mejor servicio que puede prestarse hoy a la vida humana, como bien jurídico penalmente

(36) ROXIN, CLAUS, op. cit., t 1, §2, núm. 2, p. 52

protegido, consiste en convalidar dicha supremacía partiendo de su contraste y delimitación con otros bienes inherentes a la persona, tales como la integridad psico-física, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad ideológica, todos ellos de recepción destacada en las Leyes Supremas de los modernos estados de derecho y fundamento explícito del orden político y la paz social”<sup>(37)</sup>.

En función de los argumentos que hasta aquí han sido expuestos, puede concluirse que la discusión en torno a la disponibilidad del bien jurídico vida, cuando se acreditan los elementos constitutivos de la eutanasia, viene resuelta por nuestra normativa constitucional y por las nociones de bien jurídico, Estado e individuo propias de un ordenamiento liberal; en tanto resulta arbitrario e irracional imponer límites a la autodeterminación individual, cuando no hay peligro para terceros ni afectación a un bien jurídico, extremos que, de acuerdo al desarrollo efectuado, no concurren en contexto de la muerte eutanásica<sup>(38)</sup>.

## 6 | Opinión sobre la reciente sanción de la ley 26.742 y pertinencia de una regulación más amplia de la cuestión

Con los escuetos argumentos hasta aquí delineados, se ha pretendido dar sustento a la hipótesis planteada al inicio; a saber: que el consentimiento prestado en el contexto de la eutanasia torna atípica la conducta del médico que por acción u omisión, provoca la muerte de un enfermo terminal para evitar su sufrimiento.

Ahora bien, mas allá de que el criterio sostenido no requiere modificaciones legislativas para su aplicación a casos concretos, un análisis del estado actual de la cuestión, denota la conveniencia de regular legislativamente la eutanasia.

---

(37) NIÑO, LUIS F., op. cit., p. 37.

(38) Cabe aclarar que la aceptación de la eficacia eximente de la aquiescencia en los supuestos de eutanasia, no implica sostener que el bien jurídico “vida” no sea disponible en otras circunstancias.

En este sentido, la reciente sanción de la ley 26.742 que modificó la ley 26.529 sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, representa un claro avance en la cuestión, al brindar una herramienta eficaz para evitar el encarnizamiento terapéutico o *distanasia*. No obstante, dicha norma limita su alcance a reconocer el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos<sup>(39)</sup>, con lo cual, no comprende todos los supuestos incluidos en la amplia definición de eutanasia abordada en el segundo apartado de este trabajo<sup>(40)</sup>.

En este marco, y sin desmerecer el significativo avance que esta norma representa, se estima la pertinencia de una regulación más amplia de la cuestión<sup>(41)</sup>, por los motivos que se expondrán a continuación.

(39) La citada normativa dispone: "En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable". En cuanto a las directivas anticipadas refiere: "Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes".

(40) En efecto, como se advierte en la transcripción efectuada en la anterior nota al pie, la ley 26.742 expresamente excluye las prácticas eutanásicas en el art. 6, modificatorio del art. 11 de la ley 26.529 que regula las directivas anticipadas.

(41) Ejemplo de una regulación extensa de la cuestión es la ley dictada en Holanda en el año 2002 (ley 26.691). Esta norma establece una eximente aplicable al médico que haga que termine la vida de un paciente a pedido del mismo o preste ayuda al suicidio. En dicha norma se imponen una serie de requisitos de cuidado que debe observar el médico, ellos son: que haya llegado al convencimiento de que la petición es voluntaria y bien meditada y que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora; que haya informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro; que haya llegado al convencimiento juntamente con el paciente de que no existe otra solución razonable; que haya consultado con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dictamen por escrito sobre los requisitos de cuidado consignados en la ley; y que haya llevado a cabo el final de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles. Para un desarrollo pormenorizado de esta ley puede acudirse a FARIAS, GISELA, *Muerte Voluntaria*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007, pp. 93/96 y, desde un punto de vista diverso, a SAMBRIZZI, EDUARDO A., *Derecho y Eutanasia*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, pp. 275/293.



La ausencia de una regulación que comprenda todos los supuestos de eutanasia enunciados implica que, ante la concurrencia de algún supuesto de muerte digna no comprendido en la citada ley 26.742, la reacción natural de los operadores judiciales será encuadrarlo en alguno de los tipos penales previstos en nuestra legislación; a saber: homicidio, o ayuda e instigación al suicidio. Una norma expresa sobre la cuestión, brindaría certezas y despejaría dudas sobre si corresponde o no imputar una conducta, a la vez que evitaría la discrecionalidad de la persecución penal de estos hechos.

En otro orden de ideas, incide positivamente en la ponderación de la conveniencia de una ley que aborde ampliamente la problemática, el hecho de que esta sería un instrumento útil para combatir lo que se ha denominado “la desconfianza de los profesionales de la medicina respecto del mundo de la leyes, agudizada frente al ámbito penal”<sup>(42)</sup>. La existencia de normas concretas que brinden seguridad a los galenos, en cuanto a las consecuencias de sus actos, minimizará la reticencia a intervenir en la práctica eutanásica, originada en el temor de ser perseguidos penalmente<sup>(43)</sup>.

Por su parte, la descripción legal de los supuestos que pueden ser englobados en la definición de eutanasia y los requisitos que son necesarios para que el consentimiento prestado sea válido, permitirán dar respuesta efectiva a muchos de los cuestionamientos que desarrollan quienes se oponen a permitir esta práctica. En este sentido, la ley que se sancione deberá especificar los protocolos médicos necesarios para determinar con certeza el carácter terminal del padecimiento y del sufrimiento aparejado a la enfermedad. También deberán preverse mecanismos para asegurar que el consentimiento prestado es válido, y que la decisión fue asumida por el enfermo luego de reflexionar concienzudamente y evaluar otras posibilidades, acompañado de la opinión del facultativo médico.

---

(42) NIÑO, LUIS F., op. cit., pp. 26 y 28. El autor afirma que: “El silencio guardado por el legislador frente al fenómeno de la eutanasia daba y da lugar a una actuación médica caracterizada por el temor, la aprensión y las dudas de los facultativos, ante el eventual traslado a la Justicia de cualquiera de los casos terminales que cotidianamente controlan y asisten”.

(43) Bajo esta óptica, resulta acertado el art. 7 de la ley 26.742 que introduce el art. 11 bis a la ley 26.529, en cuanto reza: “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”. Esta misma disposición o una semejante debería alcanzar a todos los supuestos de eutanasia.

Estos son sólo algunos ejemplos de las posibles previsiones que la normativa propuesta debería contener y de ningún modo pretenden agotar su contenido. Su mención en este trabajo es al solo efecto de ilustrar la enunciada conveniencia de su sanción.

## 7 | Conclusión

Definida la *eutanasia* y luego de tomar partido por la postura que afirma la atipicidad de las conductas ante la concurrencia de la aquiescencia, se intentó demostrar que el bien jurídico *vida* es disponible en el contexto de la muerte digna y consecuentemente, que no es típica la práctica llevada a cabo por un médico, con la cual se pone fin en forma directa o indirecta, activa o pasiva, a la vida de un enfermo terminal que lo ha solicitado, para culminar con su sufrimiento.

Paralelamente, se señaló que las objeciones que suelen esgrimirse para negar validez al consentimiento en los supuestos de eutanasia, se encuentran enfrentadas a los principios más esenciales de nuestro sistema jurídico, y que negar su eficacia en función de la irreparabilidad de sus consecuencias, o del temor a que éste sea precipitado o influido por alteraciones psíquicas, implica un avasallamiento injustificado sobre el derecho a la autodeterminación del individuo previsto constitucionalmente; máxime cuando esos temores pueden despejarse si se establece, vía legal, el contexto en que la eutanasia resulta viable, y los requisitos para asegurar que el consentimiento fue prestado válidamente.

## 8 | Colofón

Al analizar algunos de los numerosos trabajos que han abordado la cuestión eutanásica, se advierte una fuerte tensión entre dos posturas antagónicas. Los autores apoyan sus opiniones en la valoración ideológica de aspectos esenciales de la naturaleza humana, tales como la vida, la dignidad y la libertad, señalando cómo éstos se ven afectados por la práctica de la eutanasia o su prohibición. En este trabajo, se ha intentado trascender esa pugna de opiniones y con ese norte, se concluyó que la mejor forma de resolver la problemática se obtiene brindando, a quien con sufrimiento transita un proceso que inexorablemente culminará en su muerte, la libre

elección de lo que considera mejor para sí, restringiendo la intervención estatal a la verificación del contexto en el que la eutanasia resulta viable y los requisitos para asegurar la validez del consentimiento. Es este marco, la reciente sanción de la ley 26.742 representa un significativo avance en el respeto a la dignidad de las personas y a la autodeterminación individual, no obstante, se estima conveniente extender su alcance a todos los supuestos de eutanasia analizados.

La solución propuesta no es un elogio a la eutanasia, pero sí pretende ser una defensa a la dignidad, la autodeterminación de las personas y la relevancia de sus decisiones, en particular, cuando éstas versan sobre el sentido que se asigna a la vida y la forma de enfrentar a la muerte.

---

# La muerte: problema médico legal

## Diagnóstico de muerte

por **JULIO A. RAVIOLI**<sup>(1)</sup>

*“...¿Acaso las flores nos acompañan al reino de los muertos?*

*Es cierto, realmente es cierto que debemos partir.*

*¿Mas adónde, o adónde vamos?*

*¿Allí estaremos muertos, o aún perviviremos?*

*En ese lugar, ¿vuelve a existir la existencia?*

**Texto azteca Siglo XV**

*“Y todo va a parar a un mismo lugar; de la tierra fueron hechas*

*todas estas cosas y en la tierra igualmente o polvo vuelven a parar”*

**Eclesiastés Cap III, 20.**

*“La muerte es una vida vivida*

*La vida es una muerte que viene”*

**Jorge Luis Borges**

## I | Motivación

No podría encarar el tratamiento de este apasionante tema sin explicar mis motivaciones.

.....  
(1) Doctor en Medicina - Ex Profesor Regular Titular - Cátedra de Medicina Legal y Deontología Médica - U.B.A. Profesor Titular Consulto - Cátedra de Medicina Legal - Instituto Universitario C.E.M.I.C. - Ex Director de la Carrera de Especialistas en Medicina Legal - Cátedra de Medicina Legal y Deontología Médica - U.B.A. - Ex Médico Forense de la Justicia Nacional.

El por qué estoy estudiando y escribiendo acerca de la muerte y el morir desde hace muchos años.

En primer lugar, mi paso por la medicina asistencial, durante 25 años se desarrolló en el tratamiento de la insuficiencia renal crónica terminal, diálisis y trasplante renal. Integré un equipo de trasplante renal desde los comienzos de la práctica en 1978. Esto hizo que me pusiera en contacto con la enfermedad terminal y la muerte y la dramática situación de aquellas personas que esperan un órgano para mejorar su salud o salvar su vida.

Más tarde, la práctica de la medicina forense me puso en contacto más directo con la muerte y la posibilidad de colaborar, desde ese lugar, en la obtención de órganos para dar vida después de la muerte.

Ha sido un camino difícil. No exento de dificultades nacidas del desconocimiento y del prejuicio la mayoría de las veces. Sin embargo, convencido de la necesidad de desarrollar el conocimiento a través de la educación, único camino que nos posibilitará mejores resultados, he introducido el tema que nos ocupa en la docencia de pre y post grado de la Facultad de Medicina de la UBA, a través de la Cátedra de Medicina Legal, ya que he advertido, a lo largo de los años en mi contacto con la docencia, que nuestra Facultad de Medicina no nos prepara en aquellos temas vinculados con la muerte, el morir y los trasplantes.

Para muestra sólo basta el informe que sigue, realizado en 1988 en la Cátedra de Medicina Legal, en el cual fueron **encuestados 277 personas**, la mitad de las cuales eran estudiantes de último año y la otra mitad médicos que hacían su posgrado en Medicina Legal o que cursaban la Carrera Docente.

Se les realizaron 5 preguntas:

**TABLA 1: CRITERIO DE "MUERTE ENCEFÁLICA"**

Respuestas positivas	23	8.30 %
Respuestas negativas	251	90.61 %
Respuestas dudosas	3	1.09 %

En este caso, las respuestas negativas se plasmaban en que la mayoría no podía diferenciar los criterios neurológicos de muerte y los criterios neurológicos del estado vegetativo persistente.

**TABLA 2:** REQUISITOS PARA EL DIAGNÓSTICO DE “MUERTE ENCEFÁLICA”

Respuestas positivas	16	5.77 %
Respuestas negativas	251	90.61 %
Respuestas dudosas	10	3.62 %

Aquí, la mayoría hacía diagnóstico de muerte con un electroencefalograma, medio inapropiado para hacerlo por que sólo da información sobre la actividad cortical y no de la profunda.

**TABLA 3:** REQUISITO QUE DEBE REUNIR UN CADÁVER PARA SER DONANTE DE ÓRGANOS

Respuestas positivas	19	6.86 %
Respuestas negativas	258	91.14 %

En este otro caso, la amplia mayoría ignoraba que para ser donante de órganos (no de tejidos) el paciente debe fallecer en una unidad de terapia intensiva que es el único lugar del hospital donde se puede mantener artificialmente la perfusión y oxigenación de los órganos que van a ser ablacionados y posteriormente implantados. De lo contrario estos órganos serían no aptos para el implante.

**TABLA 4:** CONOCIMIENTO DE LA LEY DE TRASPLANTES - VIGENCIA - REFORMAS

Respuestas positivas	20	7.22 %
Respuestas negativas	257	92.78 %

En esta pregunta, habría que tomar en cuenta que para esta época, la primitiva ley de trasplantes, la 21.541, ya tenía 10 años de vigencia y que la reforma, Ley 23.464, ya llevaba un año de promulgada.

**TABLA 5: EN CUÁNTAS OPORTUNIDADES, EN SU CARRERA, SE TOCÓ EL TEMA DE LOS TRASPLANTES**

Nunca	181	65.34 %
Una vez	47	16.97 %
Dos veces	27	9.75 %
Más de dos veces	21	7,58 %
No evaluable	1	0,36 %

En 2001<sup>(2)</sup> y 2004 (34)<sup>(3)</sup> llevamos a cabo dos encuestas que fueron publicadas en las que los resultados no variaron fundamentalmente.

Tomando en cuenta el desalentador panorama y sintiéndome comprometido con la problemática en cuestión, tomé el compromiso del camino de la enseñanza, en los distintos niveles de mi actuación docente, con resultados seguramente inciertos y limitados dado el reducido ámbito de actuación.

Fue alentadora la respuesta del Poder Judicial de la Nación a través de la participación de los jueces y fiscales de primera instancia del fuero penal con quienes intercambiamos conocimientos y consensuamos procedimientos que hicieran eficiente la tarea de ellos en los casos de muertes violentas en que se los convocara para decidir ablaciones. Creo que en

(2) RAVIOLI J.; ANDREU A.; BOULLÓN F.; DE LUCA J. y CICHERO F., *Encuesta sobre el nivel de información de temas de procuración y trasplante de órganos y tejidos en la Argentina*. IV Congreso de la Societat Catalana de Transplantament. 21-24 de enero, Barcelona, 2000.

(3) COLACI D.; KROCHIK V.; RAVIOLI J. y ZEFF, N., "Donación presunta – donación voluntaria vs. Educación. Situación actual de la donación de órganos en Argentina: una encuesta a población médica y población general", *La Prensa Médica Argentina*; vol 91; N° 2, 2004, pp. 98/107.

este ámbito, desde la Justicia Nacional se han dado respuestas positivas y de gran colaboración.

## 2 | Introducción

La única certeza del hombre al nacer es su muerte, es un acontecimiento universal e irrecusable aunque ignoremos el día y la hora en que ocurrirá, su por qué y el cómo.

Dice el Talmud "En el mismo instante en que nacemos ya hemos vivido tiempo suficiente para morir". "El Hombre, dice Voltaire, es el único animal que se sabe mortal".

Nuestra condición de *personas*, únicas e irrepetibles, agrega un condimento particular a la muerte humana. ¿Qué ocurre con nuestra personalidad después de la muerte? El hombre no ha tenido ni tiene respuesta a este interrogante desde una mirada científica.

Sólo han habido respuestas desde los distintos pensamientos religiosos desde la antigüedad a nuestros días.

Ya el hombre de Neanderthal enterraba a sus muertos ceremonialmente, no se deshacía de sus cadáveres.

La concepción homérica del mundo ultraterreno del Hades, sórdido y oscuro donde las almas deambulaban sin destino.

De acuerdo a las doctrinas zoroástrica, judía farisaica, cristiana e islámica, las almas de los muertos, descarnadas, sobreviven desde la muerte hasta la fecha futura (e ignorada) en que se cumplirá la resurrección de todos los muertos.

El culto a los muertos se expresa en la rica evidencia que nos ha otorgado la historia a través de los descubrimientos arqueológicos que no escapan a ninguna de las culturas de nuestro planeta.

Todo esto nos lleva a preguntarnos ¿qué representa la muerte para el hombre actual?



Francisco Maglio habla de la “muerte interdicta”: en la posmodernidad, la muerte se oculta, porque para esta sociedad hedonista, consumista, materialista, la muerte es un obstáculo poderoso. Si no puedo compartir con mi prójimo, si no puedo ser solidario, obviamente para mí, la muerte es un obstáculo. Sostiene que los valores que hoy la sociedad rescata tienen que ver con una tríada infame y pagana que conforman Plutón (dios de la riqueza), Apolo (dios de la juventud) y Mercurio (dios de los ladrones). Ante estos valores, la muerte debe ser negada y ocultada<sup>(4)</sup>.

Estas breves consideraciones previas, que no son el objetivo fundamental de este trabajo, no pueden ser obviadas ya que tienen fundamental trascendencia a la hora de las decisiones que deben tomar las personas cuando se solicita una donación, o a la comprensión de conceptos vinculados a los criterios y diagnóstico de la muerte cuando un médico tiene que tomar la decisión.

Debemos tomar en cuenta que existe una cultura milenaria que ha dado un concepto de la vida y de la muerte que no es unívoco y que atañe a géneros específicos de personajes muy variados: el teólogo y el filósofo, el psicólogo, el psicoanalista y el psiquiatra, el biólogo y el bioquímico, el demógrafo y el sociólogo; el jurista, el economista y el criminólogo, el artista y el crítico de arte, el escritor, el poeta y el historiador, el médico que se dedica a la asistencia y el médico legista, el bioeticista, el asegurador, el enfermero, el urbanista, el sacerdote.

En general, cada individuo percibe la muerte, la del otro, la suya, según una óptica propia que proviene de su profesión (por lo tanto, su código deontológico) más sus valores, sus percepciones intelectuales, su ideología o la del grupo que integra. De ese modo, sólo aporta al enfoque del problema de la muerte, una visión fragmentaria, que puede ser interesante, incluso original, pero no suficiente para una comprensión exhaustiva del problema<sup>(5)</sup>.

---

(4) MAGLIO, FRANCISCO, “Una mirada antropológica”, *Criterios*, 23/04/98, pp. 160/164.

(5) THOMAS, LOUIS-VINCENT, *Antropología de la Muerte*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993.

### 3 | Planteo médico legal

Al plantearnos qué significa para un ser humano morir; qué parámetros se deben considerar para determinar que una persona ha muerto; cómo se demuestra que una persona ha muerto, debemos buscar sus respuestas en diferentes niveles.

Definir la muerte, como ya hemos señalado en la introducción, no es tarea fácil y excluye una respuesta unívoca. Seguramente obtendríamos respuestas diferentes de cada uno de los personajes enunciados y no sería fácil consensuar una definición. Como médicos, formados en una línea biológica y positiva, podríamos encontrar una definición aproximada pero dejaremos ésta para más adelante.

Establecer criterios es una tarea más accesible. Así se expidió la Comisión del Presidente en Estados Unidos en 1981, cuando se vio en la obligación de establecer una definición uniforme de muerte en ese país para todos los Estados. Prefirieron hablar de criterios más que de definiciones, pues opinaron que ésta era una tarea difícil de encarar<sup>(6)</sup>.

Normalmente, cuando hago esta pregunta vinculada a los criterios surge rápidamente como respuesta "el paro cardiorrespiratorio". Sin duda, esta respuesta es altamente aceptable si se da una condición fundamental: que el paro debe durar un tiempo determinado y ser irreversible. Así es, mediante este criterio se diagnosticaron, se diagnostican y se diagnosticarán la absoluta mayoría de las muertes no sólo de los hombres sino de todos los animales superiores. Estaríamos frente a un criterio cardio vascular y respiratorio de muerte. Es muy sencillo precisar cómo se diagnosticaría la muerte bajo este criterio, qué pruebas diagnósticas utilizaríamos: la constatación del cese irreversible de la respiración y funcionamiento cardíacos; la ausencia sostenida de pulso y de la auscultación de los ruidos cardíacos y ausencia sostenida de los movimientos respiratorios y de la auscultación del murmullo vesicular.

¿Existe otro criterio u otros criterios? El desarrollo de la tecnología médica obligó a buscar otros criterios. ¿Qué sucedió cuando hicieron su aparición

---

(6) "Guidelines for the Determination of Death, President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research", JAMA, Nov. 13, 1981, vol. 246, N° 19, pp. 2184/2186.

las salas de cuidados intensivos y el uso del respirador mecánico? Fue necesario diagnosticar la muerte en un individuo que tenía un respirador puesto y que, por ese motivo, seguía respirando y con su corazón latiendo. Al preguntar qué criterios se pudieron establecer, la respuesta más frecuente es "el criterio de muerte cerebral". ¿Y qué significa la muerte cerebral? La respuesta más usual es "la obtención de dos electroencefalogramas planos separados por seis horas". Esto último es cierto y falso. Es cierto que lo más probable es que se trate de una "muerte cerebral", pero esto no significa que ese individuo esté muerto, en el mejor de los casos podría tratarse, de persistir ese estado, de un estado vegetativo persistente (EVP). Es falso que el individuo esté muerto, por lo menos para la concepción absolutamente mayoritaria hoy en día.

Seguidamente, ante la demanda y la creación de la duda surgirán como respuestas las siguientes: "un criterio de muerte sería el daño irreversible del tronco cerebral donde asientan los centros cardiovasculares y respiratorios". Un individuo en estas condiciones no podría respirar en forma autónoma y su corazón tampoco podría funcionar en forma autónoma. Por lo tanto, el tronco encefálico, estructura coordinadora de la función encefálica (ya que la activación del sistema reticular ascendente a su vez activa la función cortical) sería la que integra el funcionamiento del resto del encéfalo y su daño irreversible sería incompatible con la vida autónoma de un individuo. El criterio de muerte sería entonces el del cese irreversible de las funciones del tronco y las pruebas diagnósticas, aquellas destinadas a evaluar los reflejos del tronco. Los autores de habla inglesa llaman a este criterio *Stem brain criterion*<sup>(7)</sup>.

Sin embargo, dicen otros, que en realidad un criterio más adecuado sería hablar de estructura encefálica, es decir, la demostración de la pérdida irreversible de la función de todo el encéfalo, tronco más corteza. Los autores de habla inglesa lo llaman *whole brain criterion* tomando en cuenta que el encéfalo es el integrador de las funciones del resto del organismo (no sólo funciones cognitivas, respiración y circulación sino además metabólicas, endocrinas, de termoregulación, etc.)<sup>(8)</sup>.

(7) PALLIS, C., "Brainstem Death: The evolution of a Concept", *Seminars in Thoracic and Cardiovascular Surgery*, Vol. 2, N° 2; April 1990, pp. 135/152.

(8) BERNAT, J., "A Defense of the Whole-Brain Concept of Death", *Hastings Center Report* 28, N° 2, March-April 1998, pp. 14/23.

Hoy en día, algunos más aventurados, sostienen que en realidad lo que distingue al hombre del resto de la escala zoológica es su condición de persona, lo más elevado de su estructura, por lo tanto, la muerte de la persona como tal, ocurriría en el momento en que se produjera y comprobara el daño estructural e irreversible del *neocortex*. Los autores de habla inglesa llaman a este criterio *High brain criterion*<sup>(9)(10)</sup>.

El diagnóstico de la muerte es un problema médico, quienes están obligados a hacerlo son los médicos, así lo exige la ley del ejercicio de la medicina<sup>(11)</sup>. El diagnóstico deberá hacerse según el criterio que empleemos, cardiovascular y respiratorio, de tronco o de encéfalo.

### 3.1 | Diagnóstico médico legal de la muerte

Tanto los trabajos de Mollaret y Goulon como el informe del Comité de Harvard (a los que me referiré más adelante) popularizaron el término *muerte cerebral*. Este desafortunado término fue de uso cada vez más común, tanto en la literatura médica como en la popular, y *utilizado para describir la determinación de la muerte humana usando criterios neurológicos*.

Este inapropiado y ambiguo término ha sido el responsable de la confusión conceptual existente, aún hoy, respecto de los criterios neurológicos para diagnosticar la muerte.

Dos son los problemas que surgieron de esta confusión: uno que sólo el cerebro está muerto en estos casos y otro que existen diferentes tipos de muertes, "una para conseguir órganos para trasplante y otra para morir-se". Esto es una colisión de bienes biológicos, éticos, jurídicos y legales. Es algo inaceptable ya que no pueden existir diferentes muertes. Muerte hay una sola. Lo que debemos aceptar, hoy, de acuerdo a los conocimientos actuales y los cambios generados por el desarrollo tecnológico es que esta única muerte puede ser diagnosticada siguiendo diferentes criterios.

(9) VEATCH, ROBERT M., "The Impending Collapse of the Whole-Brain Definition of Death", Hastings Center Report 23, N° 4 (1993): 18-24.

(10) ENGELHARDT, H. TRISTRAM, *Los Fundamentos de la Bioética*, Barcelona, Ed. Paidós Básica, 1995, pp. 270/273.

(11) CUSHING, H., *Some experimental and clinical observations concerning states of increased intracranial tension*, Am J Med Sci., 124:375-400, 1902.

¿Cómo tuvieron los médicos que diagnosticar la muerte cuando apareció el respirador artificial? Fue evidente que los criterios anteriores fueron insuficientes. Ya no fue posible hacerlo mediante el viejo y actual criterio cardio respiratorio. Fue necesario establecer otro tipo de criterios ya que aquél, no era útil ni aplicable en aquellos pacientes con un respirador puesto. Así comenzó otra historia y nos enfrentamos, como se expresaría un historiador de las ciencias, ante un nuevo paradigma.

Por lo tanto, desde el punto de vista médico legal (que no es ni más ni menos que el punto de vista que nos dicta la biología y el conocimiento médico actual), no puede haber más que un solo tipo de muerte. Existirán diferentes criterios para diagnosticarla pero es totalmente inapropiado hablar de muerte cerebral o muerte encefálica o muerte clínica. Insisto, muerte hay una sola, existen sí, criterios diferentes para diagnosticarla.

La ley 21.541 sobre ablación e implantación de órganos y material anatómico, en su art. 21 establece que: *"Exclusivamente a los fines de esta Ley también será admisible la certificación del fallecimiento del dador mediante juicio médico determinado por un equipo médico formado por: un clínico, un neurólogo o neurocirujano y un cardiólogo, no integrantes del equipo que efectuará las operaciones de ablación y/o implante, quienes determinarán dicho estado por comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales. Dicha determinación será suscripta en acta, en la que deberá consignarse el o los órganos y/o materiales anatómicos que serán usados y su destino, todo lo cual se establecerá en la reglamentación respectiva"*.

Obsérvese si el error que se cometió en la redacción y el uso de los términos en la primera ley de trasplante cuando el art. 21 de la misma definió la existencia de una nueva forma de muerte estableciendo que exclusivamente existía esta muerte para obtener órganos para trasplante y que esta muerte era la muerte cerebral.

Esta definición trajo confusiones, fundamentalmente en el ámbito del derecho, ampliamente justificadas. Creó una notable resistencia desde ese ámbito, en que los jueces debían autorizar las ablaciones de donantes muertos por muertes violentas, y el problema comenzó a resolverse y subsanarse recién en 1987 cuando se reformó por primera vez la ley.

## 3.2 | Evolución del concepto

### Criterio Cardiopulmonar

Durante siglos, como hemos visto, diagnosticar la muerte no generó ningún problema. Fue suficiente constatar la falta de pulso y auscultación de latidos cardíacos y la ausencia de movimientos respiratorios durante un lapso de tiempo considerable, minutos, para determinar la muerte de una persona. En esta situación, falta de circulación y falta de respiración, el encéfalo sufre una anoxia (ausencia de oxigenación) con la muerte de todas las neuronas, daño irreversible, y el organismo en su conjunto deja de existir.

### Cuestionamiento

- a. Ante la existencia de sistemas de supervivencia artificiales y el avance y desarrollo de los trasplantes, cobra importancia precisar el diagnóstico de muerte, no demorar el diagnóstico y no declarar prematuramente la muerte.

Sin embargo, a partir de mediados de la década del '50 se dieron dos circunstancias prácticamente simultáneas que crearon la necesidad de establecer nuevos criterios para diagnosticar la muerte.

Uno de ellos fue el desarrollo de las unidades de cuidados intensivos y el otro el de los trasplantes de órganos.

En el primero, como ya se ha expresado, fue necesario establecer criterios de muerte en un individuo con respirador mecánico y, en el segundo, la necesidad de establecer con claridad cuál era el momento de la muerte ya que anticiparlo podía llegar a determinar el uso de donantes que no estuvieran muertos y por el otro lado, demorar la ablación traía aparejados problemas con el paro cardíaco y la consiguiente anoxia de los órganos y su imposibilidad de uso para trasplante.

#### 3.2.1. Evolución histórica

**1902 - Harvey Cushing:** El primer informe médico publicado vinculado a un paciente con una probable "muerte cerebral" se debió a Harvey Cushing, quien en 1902, describió usando ventilación artificial asistida sostén al funcionamiento cardíaco por 23 horas en un paciente apnéico (pérdida

de la respiración espontánea), sin respuesta a estímulos con un tumor cerebral<sup>(12)</sup>.

**1959 - A. Mollaret y M. Goulon:** En 1959, estos dos autores franceses publicaron un trabajo, que luego fue famoso, sobre 23 pacientes en los cuales estaban presentes todos los criterios ahora reconocidos como característicos de la muerte y lo llamaron coma sobrepasado (*coma dépassé*) y también coma de cuarto grado<sup>(13)</sup>.

Ellos expresaron: "Según los tratados clásicos, el coma es un estado caracterizado por la pérdida de las funciones de la vida (conciencia, motilidad, sensibilidad y reflejos), de relación con el mantenimiento de las funciones de la vida vegetativa, sobre todo respiración, circulación y termo regulación".

Luego pasan a describir los signos clínicos que ellos encontraban agregando que "desde el punto de vista electroencefalográfico el trazado es plano sin reactivación detectable que permanecerá invariable hasta la muerte".

A pesar de los esfuerzos encaminados a resultados terapéuticos positivos, estos pacientes morían haciendo paros cardíacos a pesar de la asistencia respiratoria mecánica y los medios farmacológicos.

Simultáneamente, los patólogos que hacían las autopsias de estos cadáveres, observaron, en la mayoría de ellos, una autólisis de los encéfalos que no se correspondían con el lapso transcurrido entre la muerte y la práctica de la autopsia y llamaron a este encéfalo "cerebro del respirador". Más adelante volveré sobre el tema del "cerebro del respirador"

**1960 - Mecanismo:** Durante la década del '60 se tuvo claro que el mecanismo fisiopatológico del daño encefálico irreversible era debido a una combinación de edema encefálico e hipertensión endocraneana (HTEC) que comprometía seriamente a la circulación encefálica.

**1967 - Primer implante cardíaco con donante cadavérico.** Christian Barnard, Ciudad del Cabo. La opinión mundial médica y legal sospechó que se había ablacionado un corazón en un donante dudosamente muerto.

---

(12) ENGELHARDT, H. TRISTRAM, op. cit.

(13) MOLLARET P. y GOULON, M., *Le coma dépassé*, Revue Neurol 101:3-15, 1959.

**1968 - Comité de Harvard:** Los conflictos generados por la necesidad de establecer nuevos criterios para diagnosticar la muerte tuvieron una primera respuesta concreta en el informe del Comité de Harvard. Con el título de "*A Definition of Irreversible Coma*" (una definición de coma irreversible ) el *Journal* de la Asociación Médica Americana (J.A.M.A.) publicó el 5 de agosto de 1968 un artículo en el cual el comité daba una opinión diferente sobre el concepto de muerte conocido hasta ese momento<sup>(14)</sup>.

Es llamativo que el Comité, integrado por diez médicos, un historiador, un abogado y un teólogo hayan expuesto las siguientes razones para establecer este nuevo criterio: "Nuestro propósito primario es definir al coma irreversible como un nuevo criterio de muerte. Hay dos razones por las que es necesario una definición, la primera que los avances en las técnicas de reanimación y las medidas de soporte han llevado a acrecentar los esfuerzos para salvar a aquellas personas que están desesperadamente dañadas. En algunas ocasiones, estos esfuerzos sólo tienen éxito parcial de modo que el resultado es un individuo con el corazón que continúa latiendo pero cuyo encéfalo está dañado en forma irreversible. La carga es grande en pacientes que sufren la pérdida permanente de su intelecto, en sus familias, en los hospitales, y en aquellos con necesidad de camas en hospitales todavía ocupadas por estos pacientes comatosos. Y una segunda razón es que criterios obsoletos para la definición de la muerte pueden llevar a la controversia en la obtención de órganos para trasplantes".

Peter Singer<sup>(15)</sup>, Catedrático de Filosofía y Director del Centro de Bioética humana de la Universidad de Monash, Melbourne, señala que el "Comité de Harvard ni siquiera intentó razonar que existía la necesidad de una nueva definición de muerte porque los hospitales tenían en sus salas un montón de pacientes que estaban realmente muertos, pero que seguían conectados a respiradores porque la ley no los reconocía como muertos".

A continuación, se reseñan las conclusiones del Comité respecto de las características del coma irreversible.

(14) "*A Definition of Irreversible Coma*", *Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, JAMA, N° 6, Aug 5, 206:85-88, 1968.

(15) SINGER, P., *Repensar la vida y la muerte*, Barcelona, Ed. Paidós, 1997.



Según el criterio encefálico, un individuo debe ser considerado muerto cuando todo su encéfalo lo está, aun cuando su respiración y circulación puedan ser mantenidas artificialmente. Siendo sus requisitos:

1. Carencia de respuesta total y de receptividad a estímulos, aun los más dolorosos.
2. Carencia de movimientos espontáneos y de respiración espontánea.
3. Carencia de reflejos y ninguna actividad de tronco encefálico.

La condición de coma irreversible puede ser diagnosticada satisfactoriamente por los puntos 1, 2 y 3.

4. Electroencefalograma plano. (Provee datos confirmatorios)
  - Se deben realizar la repetición positiva de las pruebas a las 24 horas.
  - Se excluyen hipotérmicos (mayor a 32.22° C) e intoxicados.

**1971 - A. Mohanadas y S. Chow:** Dos médicos de Minneapolis, Mohanadas y Chow, propusieron que "en pacientes con lesiones intracraneales conocidas (diagnosticadas) e irreparables, el daño estructural irreversible del tronco encefálico sería el punto de no retorno". Las características que deben constatarse son:

1. Las precondiciones etiológicas (diagnóstico cierto de daño estructural).
2. El daño estructural irreversible del tronco encefálico.
3. El reconocimiento de la irrelevancia de la persistencia de reflejos medulares.
4. La conclusión de que si los signos de lesión estructural irreversible de tronco se presentaban el electroencefalograma no era necesario<sup>(16)</sup>.

**1976 - United Kingdom Code:** Durante este año, la *United Kingdom Conference of Medical Colleges and Their Faculties* definía lo que fue llamado el *U. K. Code*, estableciendo que "el daño funcional permanente del tronco encefálico constituye la muerte del encéfalo" y en 1979, la misma

---

(16) MOHANADAS A. y CHOU S. W., *Brain Death: A Clinical Pathological Study*, in *Journal of Neurosurgery*, 1971, 35:211-218

Conferencia con un segundo informe identificaba a la muerte del tronco con la muerte del individuo<sup>(17)</sup> <sup>(18)</sup>.

**1978 - Criterios de Minnesota:** Los criterios de tronco encefálico de A. Mohanadas y S. Chow fueron aceptados por la Asociación Médica de Minnesota y conocidos como los "Criterios de Minnesota"<sup>(19)</sup>.

**1981 - Comisión del Presidente:** En 1981, el J.A.M.A. del 13 de noviembre, publicó el artículo *Gudelines for the Determination of Death, Report of the Medical Consultants on the Diagnosis of Death to the President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Beheavioral Research*. Esta comisión de notables, 56 en total, representantes de las instituciones más renombradas vinculadas a la medicina, el derecho, la biología y la ética, elaboraron y enunciaron un Acta Uniforme para la Determinación de la Muerte para ser aplicada en todos los Estados y en todas la oportunidades. Esta definición se fundamentaba en la confusión creada en los últimos años acerca de la determinación de la muerte, por el uso efectivo del soporte artificial cardio-respiratorio en personas seriamente lesionados en su encéfalo.

Manifestaron que cuando la respiración y la circulación han cesado en forma irreversible, no hay necesidad de determinar los signos encefálicos. Sin embargo, cuando la función cardio-reespiratoria está mantenida artificialmente, los criterios neurológicos deberán ser utilizados para asegurar que las funciones encefálicas han cesado en forma irreversible.

En el Acta se afirma que un individuo que haya sufrido, tanto el cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria, o el cese irreversible de todas las funciones del cerebro en su totalidad, incluyendo el tronco cerebral, está muerto. La determinación de la muerte debe ser hecha de acuerdo con los estándares médicos aceptados<sup>(20)</sup>.

Esta definición acepta tanto el criterio cardio-respiratorio como el criterio encefálico para diagnosticar la muerte.

---

(17) PALLIS, C., "ABC of Brain Stem", *British Medical Journal*, vol. 285 y 286, nov. 1982 a feb. 1983, (Varios artículos).

(18) PALLIS, C., "Brainstem Death: The evolution of a Concept".

(19) CRAWFORD, R. E., *Minnesota Medical Association Criteria. Brain Death Concept and Criteria*, *Minnessota Medicine*, St. Paul, 1978:600-603.

(20) THOMAS, LOUIS-VINCENT, op.cit.

Desde ese momento, los Estados Unidos de Norte América unificaron, para todos los Estados, el mismo criterio de muerte.

Hemos podido apreciar, a través del recorrido histórico, que los diferentes criterios de muerte, cardio-respiratorio y neurológico, y de este último, encefálico y de tronco encefálico, se han postulado y aceptado como idóneos para diagnosticar la muerte de una persona.

No se puede dejar de mencionar una nueva postura, sostenida por un importante número de pensadores, médicos y filósofos, que postulan un nuevo criterio de muerte. Robert Veatch<sup>(21)</sup> ha venido sosteniendo que el criterio aceptable para determinar la muerte de una persona sería el cese permanente de las funciones corticales hemisféricas, excluyendo la funciones del tronco encefálico. Fundamentan su posición invocando que aquellas características que definen la condición de persona asientan en la corteza cerebral, la conciencia y el conocimiento, esto es lo que define la naturaleza y la condición humana. Por lo tanto, quienes hayan perdido la capacidad de conciencia y conocimiento estarían muertos. Otros autores, como Younger<sup>(22)</sup>, T. Engelhardt<sup>(23)</sup> y Singer<sup>(24)</sup> adhieren a esta forma de pensamiento. Se ha llamado a este criterio *High Brain Criterion* o modelo cortical. No existe ninguna legislación que acepte este modelo ni existen aún pruebas diagnósticas sensibles y específicas.

## 4 | Para una nueva definición de la muerte

Walter Jeffko<sup>(25)</sup>, profesor de filosofía en el *Fitchburg State College* de Massachusetts escribió un artículo que fue reproducido por la revista *Criterio* de nuestro país.

---

(21) BERNAT, J., op. cit.

(22) YOUNGNER, S.; LANDEFELD, S.; COULTON, C.; JUKNIALIS, B. y LEARY, M., *Brain Death and Organ Retrieval*, JAMA, April 21, 1989, 261:2205-2210.

(23) VEATCH, ROBERT M., op. cit.

(24) "A Definition of Irreversible Coma", op.cit.

(25) JEFFKO, W., Para una nueva definición de la muerte en revista *Criterio*, N° 1832, 1980, pp. 137/140.

En este interesante artículo, de lectura recomendable, publicado en 1980, se aconseja reconocer que el proceso de definir la muerte se plantea en diversos niveles.

Todos los criterios que hemos desarrollado, el cardiopulmonar, encefálico, de tronco encefálico y el cortical son definiciones que se mantienen en el plano fisiológico. Sin embargo, tales definiciones fisiológicas conciernen a la muerte de seres humanos; por lo tanto, deberán inevitablemente ser fundadas sobre ciertos supuestos filosóficos relativos a qué es un ser humano o la naturaleza humana.

El autor analiza tres niveles de definición.

## 4.1 | Definición filosófica de la muerte en general

Un primer nivel vinculado a la definición filosófica de la muerte en general, para lo cual es necesario considerar aquello que es su contrario, es decir, la vida en general.

Dice que en su sentido más preciso, “vida” es algo que se aplica a los organismos.

La muerte, así definida, es el cese total y permanente de la actividad **espontánea** de un **organismo como totalidad**.

Resalto estos términos ya que merecen una breve explicación.

Distingue la “*actividad espontánea*”, esencial en un organismo, de la transitoria de los entes no vivientes o inanimados.

La actividad espontánea, y cita la nutrición, se origina, continúa y culmina en el organismo, es una actividad immanente que tanto mantiene o desarrolla al organismo individual como propaga su especie. Por otra parte, la actividad transitoria —una piedra que baja rodando una cuesta— es completamente externa a su objeto. No se origina, ni continúa ni culmina dentro del objeto inanimado. No mantiene al objeto en existencia ni mucho menos lo desarrolla o propaga su especie. Concluye diciendo que: “*si un organismo carece completamente de actividades o funciones espontáneas, no será un organismo viviente: estará muerto*”.

La frase “*organismo como totalidad*”, se distingue de “*todas y cada una de las partes del organismo*”, y para ilustrar esta distinción podríamos traer el caso de los “tejidos” de nuestro organismo. Las córneas, los huesos, las válvulas cardíacas, la piel, los huesecillos del oído, pueden ser utilizados para fines terapéuticos de implante hasta varias horas después de ocurrido el paro cardio-respiratorio. Es decir, que existen células vivas en esos tejidos aptas para fines terapéuticos hasta 6 a 12 horas, según las condiciones, después de ocurrida la muerte por criterios que nadie cuestiona. Sin embargo, nadie podría decir que ese “organismo como totalidad” está vivo porque algunas células aisladas todavía viven. Es un organismo que ha perdido su capacidad de “integración espontánea”, por lo tanto, un organismo muerto aunque células aisladas sigan viviendo, por un tiempo limitado, pues toleran la anoxia a diferencia de otros tejidos.

## 4.2 | Definición filosófica de la muerte humana

El segundo nivel de definición de la muerte humana, supone una definición filosófica de la naturaleza humana. Aristóteles definió la naturaleza humana, definición ampliamente aceptada, afirmando que el “hombre es un animal (u organismo) racional”.

La racionalidad del hombre es su dimensión más elevada o primaria. Es el don máspreciado e importante que le ha sido brindado, que lo diferencia y lo distingue del resto de las especies.

En el Génesis, Capítulo primero, 26. dice:

“Y por fin dijo: Hagamos al hombre a imagen y semejanza nuestra. (...) y domine a los peces del mar, y a las aves del cielo, y a las bestias, y a toda la tierra, y a todo reptil que se mueva sobre la tierra (...)”<sup>(26)</sup>.

En la segunda versión de la Creación, Capítulo II, 7. dice:

“(...) Formó, pues, el Señor Dios al hombre del lodo de la tierra, e inspirole en el rostro un soplo o *espíritu* de vida, y quedó hecho el hombre vi-viente con alma *racional* (...)”<sup>(27)</sup>.

(26) BALLESTA, JOSÉ (Editor), *Sagrada Biblia*, Buenos Aires, 1943.

(27) JEFFKO, W., op. cit.

Cualquiera sea nuestro punto de partida, no hay duda que desde la Revelación o desde la Razón el hombre ha sido el distinguido y esa distinción le ha otorgado la posibilidad del pensamiento, el lenguaje, la conciencia, la moral. La cultura en todas sus formas, la capacidad de amar y también de odiar, de crear o destruir. El mundo de los valores.

Sin embargo, esta estructura racional está asentada sobre nuestra animalidad, condición que compartimos con el resto de los animales. Esta sería nuestra dimensión secundaria o inferior.

Jeffko, define filosóficamente a la muerte humana como: “el cese *permanente*, en primer término *de la racionalidad humana* y, secundariamente pero no necesariamente, *de su animalidad (u organicidad)*”.

Obsérvese qué arriesgada es esta definición ya que, (el resaltado me pertenece), no considera la necesidad de la muerte biológica para considerar la muerte de la persona.

Este sería el fundamento de la postura filosófica, ya mencionada, que postula como muerte de la persona el *high criterion* o criterio cortical.

Considerando al hombre como animal racional y que su racionalidad es su dimensión más elevada y su “animalidad” su dimensión secundaria o inferior, la muerte es el cese permanente, en primer término de la racionalidad humana y, secundaria pero no necesariamente, de su animalidad (u organicidad).

### 4.3 | Definición fisiológica de la muerte humana

El tercer nivel es una definición fisiológica de la muerte humana. Dice Jeffko que debe reflejar adecuadamente tanto la racionalidad (o del hombre) como su animalidad (u organicidad).

Este autor plantea: ¿cómo traducir las nociones filosóficas de racionalidad y animalidad en conceptos fisiológicos que les correspondan? En otras palabras, ¿cuál es el asiento o *locus* fisiológico de la racionalidad y la animalidad del hombre? Responde diciendo que el cerebro parecería ser suficiente como *locus* fisiológico de la racionalidad del hombre. Si el cerebro es destruido, se produce una pérdida permanente de la conciencia. No es posible que un individuo en ese estado pueda volver a efectuar una

actividad racional. Sin embargo, si el tronco encefálico se encuentra aún intacto, aunque el cerebro esté destruido, un individuo puede ser capaz de respirar espontáneamente, si bien sólo existe en estado vegetativo. La respiración, a su vez, controla la circulación y ambas son fundamentales para la animalidad del hombre, por lo que concierne a una definición de la muerte.

Teniendo presente esto propone la siguiente definición fisiológica de la muerte humana como: "la muerte es *el cese irreversible*, en primer término *de la función cerebral* y secundaria pero necesariamente de (a) *las funciones inferiores del tronco encefálico*; b) *la función respiratoria espontánea* y (c) *la función circulatoria espontánea*".

La racionalidad y la animalidad del hombre son dimensiones esenciales de la humanidad, en este sentido la muerte humana es el cese irreversibile, en primer término de la *función cerebral* y en segundo término pero necesariamente de *las funciones inferiores del tronco encefálico*; *la función respiratoria espontánea*, y *la función circulatoria espontánea*.

## 4.4 | Criterios para determinar la muerte

Jeffko propone un cuarto nivel de definición que correspondería a las pruebas, procedimientos y criterios para determinar cuándo se ha producido la muerte y afirma que este es, esencialmente, un asunto de la profesión médica. Vamos a ver más adelante, que desde el punto de vista del pensamiento religioso, el Papa, Juan Pablo II, opina de la misma manera y, de igual modo, lo hará un rabino.

Estos criterios pueden cambiar con el tiempo, pero los actuales, que han sido desarrollados precedentemente tienen aceptación y son suficientes como evidencia de muerte.

Finaliza su artículo haciendo una reflexión acerca de la necesidad de una *definición legal uniforme de la muerte*, la que se adaptaría perfectamente a su *definición fisiológica* de la muerte humana, que debería aplicarse en todos los casos ya que "es fraudulento y no ético tener una definición 'especial' de muerte para poder efectuar trasplantes de órganos".

Adhiero totalmente a esta postura, la necesidad de una definición uniforme de muerte para ser aplicada en todos los casos, lo que he manifestado oportunamente<sup>(28)</sup>.

Crear una definición especial de muerte para poder obtener órganos para trasplante es antiético, ilegal y crea colisión entre lo biológico, lo jurídico y lo moral.

Existe una necesidad de que la legislación de fondo argentina incorpore una definición de la muerte que se aplique en forma uniforme en todos los casos.

## 4.5 | Críticas al criterio neurológico de muerte

A pesar de haber alcanzado, el modelo actual, un alto grado de aceptación en la legislación de la mayoría de los países, el diagnóstico de muerte continúa, a cuarenta y cuatro años de haberse publicado los criterios de Harvard, representando un tema polémico para todas las disciplinas, así como para el conjunto de la sociedad<sup>(29)</sup>.

Durante los últimos años, varias voces se pronunciaron, a través de observaciones clínicas justificadas, cuestionando al modelo actual de diagnóstico de muerte a través de criterios encefálicos<sup>(30)</sup>. A estas críticas efectuadas se agregaron casi en forma simultánea nuevas formulaciones alternativas al modelo que, hasta el momento, se creía consolidado<sup>(31)</sup>.

Las críticas estuvieron fundadas en que ciertas funciones encefálicas se mantenían en sujetos que reunían los criterios neurológicos de muerte, y las mismas comprendían:

---

(28) RAVIOLI, JULIO, *Sobre la necesidad de una definición legal de la muerte*, Prensa Médica Argentina, 1993, 80, pp. 712/717.

(29) LANGUASCO, A.; NAHUM, P.; NAKASONES, G.; PISAREVSKY, A. y RAVIOLI, J., *Diagnóstico de muerte*, Monografía, Biblioteca de CEMIC, 1998.

(30) Ver respectivamente: BERNAT, J., op. cit.; TROUG, ROBERT, *Is it Time to Abandon Brain Death?*, *Hastings Center Report* 27, N° 1, 1997, pp. 29/37 y GHERARDI, CARLOS, *La muerte cerebral y la muerte*, Medicina (Ed.), 1997, 57, pp. 114/118.

(31) THOMAS, LOUIS-VINCENT, op. cit.



- La regulación neurohormonal.
- La actividad cortical registrada por el trazado del EEG.
- El funcionamiento del tronco encefálico.

La evaluación de la regulación neurohormonal constituyó la primera evidencia de funcionamiento encefálico, en pacientes que tenían diagnóstico de muerte asegurado por los diferentes pruebas clínicas e instrumentales que respondían a criterios neurológicos.

En diversas series publicadas, se encontraban distintos porcentajes de pacientes con niveles normales de hormona antidiurética (ADH) que no desarrollaban diabetes insípida central<sup>(32)</sup>.

De este modo se podría afirmar que, si el encéfalo constituye la única fuente de ADH, los pacientes que no desarrollaban diabetes insípida mantenían las funciones encefálicas encargadas de su regulación. Esta sería una clara demostración del incumplimiento del criterio.

Del mismo modo, diversos reportes referidos por Brody<sup>(33)</sup>, exhibían hallazgos compatibles con actividad cortical y potenciales evocados con funcionamiento de tallo.

Para aventar estas observaciones, Bernat<sup>(34)</sup>, uno de los defensores más conspicuos del modelo *Whole brain*, modificó la definición de muerte de la siguiente forma:

"Mis colegas y yo, hemos definido la muerte como el cese permanente de las funciones del organismo como un todo. El organismo como un todo es un viejo concepto biológico que está referido no a todo el organismo como la suma de sus partes, pero si al grupo de funciones vitales de integración, control y comportamiento que son más que la suma de las partes del organismo

---

(32) HALEVY, A., BRODY B., *Brain Death: reconciling definitions, criteria and tests*. Ann Inter Med. 1993;119:519-525.

(33) THOMAS, LOUIS-VINCENT, op. cit.

(34) PALLIS, C. "Brainstem Death: The evolution of a Concept", op. cit.

y que operan en respuesta a demandas tanto del medio interno como externo para sostener su vida y mantener la salud. Recientemente, yo modifiqué esta definición como el cese permanente de las funciones críticas del organismo como un todo”.

Hice estas modificaciones en respuesta a ejemplos de pacientes considerados muertos con un criterio de *whole brain* que aparentemente retenían la secreción de ADH en forma suficiente para prevenir la diabetes insípida. A pesar de que yo acuerdo en que la secreción de ADH debe ser tomada como una “función del organismo como un todo”, no es una función crítica ya que pacientes sin esa secreción pueden sobrevivir largos períodos de tiempo sin tratamiento. En este contexto, yo uso el término “crítico” para referirme a una determinada función del organismo como un todo que es necesaria para el mantenimiento de la vida, la salud y la unidad del organismo.

Las funciones críticas comprenden tres categorías biológicas diferentes y complementarias.

Las funciones vitales de la respiración espontánea y el control autónomo de la circulación.

Las funciones integradoras que aseguren la homeostasis del organismo, incluyendo las respuestas fisiológicas apropiadas a los baroreceptores, quimiorreceptores, los circuitos de *feedback* endocrinos, y sistemas de control similares.

La conciencia, que es imprescindible para responder a los requerimientos del organismo para la hidratación, nutrición y protección entre otras necesidades.

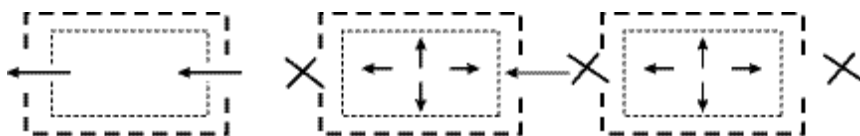
Para considerar muerto a un organismo, las funciones críticas en estas tres categorías deben estar permanentemente perdidas, en forma irreversible”.

Estimo que Bernat resuelve el problema planteado a través de este camino en un tema que, a pesar del tiempo transcurrido, sigue generando polémicas desde los diferentes puntos de vista en que se lo enfoque.

## 5 | El cerebro del respirador

Así lo llamaron los patólogos, fundamentalmente durante la década del '60, a los encéfalos que evisceraban de cadáveres que habían estado en asistencia ventilatoria mecánica (AVM) durante varios días y cuya estructura aparecía lisada, en estado avanzado de encefalomalacia a pesar de que el paro cardio respiratorio había ocurrido pocas horas antes (6 a 12 horas).

Esta característica del encéfalo tenía que ver con el siguiente mecanismo:



EL MECANISMO FUNDAMENTAL EN LA (M.E) ES LA ABOLICIÓN TOTAL DE LA PERFUSIÓN (CIRCULACIÓN) DEL CEREBRO Y EL TRONCO ENCEFÁLICO.

CUALQUIER NOXA QUE DETERMINE UNA SEVERA HTEC PROVOCARÁ EL CESE DE LA PERFUSIÓN.

EL EDEMA HACE QUE LA PRESIÓN ENDOCRANEANA SEA SUPERIOR A LA DE PERFUSIÓN POR ESO CESA LA CIRCULACIÓN.

LA EXTREMA FRAGILIDAD DE LAS NEURONAS A LA FALTA DE OXÍGENO HACE A ESTE PROCESO IRREVERSIBLE Y LLEVA RÁPIDAMENTE A LA NECROSIS ISQUÉMICA DEL ENCÉFALO.

En la primera figura se esquematiza la circulación encefálica mediante flechas. Esta perfusión se efectúa dentro de una caja craneana ósea rígida (línea discontinua) dentro de la cual se encuentran las meninges y el encéfalo (línea punteada). La circulación se mantiene ya que la presión de perfusión es superior a la presión intracraneana.

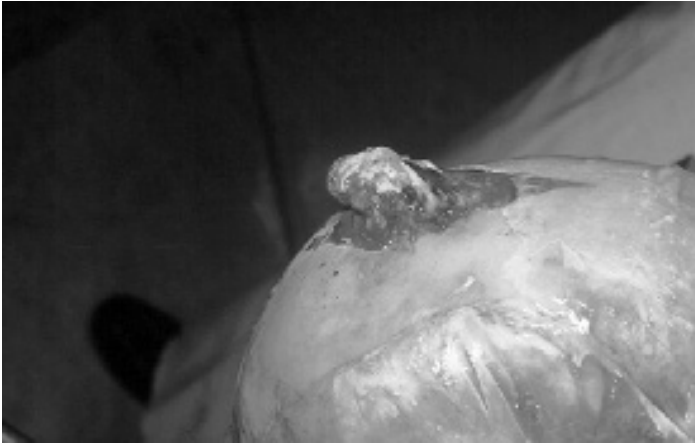
En la segunda, la presión intracraneana aumenta, esto hace que la perfusión se comprometa hasta llegar al punto de la tercera en que la presión intracraneana es tal que impide la circulación.

El mecanismo fundamental en la es la abolición total de la perfusión (circulación) del cerebro y el tronco encefálico.

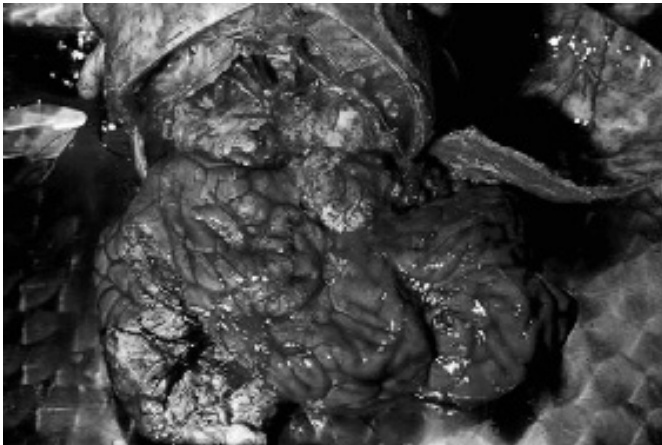
Cualquier noxa que determine una severa hipertensión endocraneana provocará el cese de la perfusión.

El edema hace que la presión endocraneana sea superior a la de perfusión por eso cesa la circulación.

La extrema fragilidad de las neuronas a la falta de oxígeno hace a este proceso irreversible y lleva rápidamente a la necrosis isquémica del encéfalo y consiguientemente a la muerte del individuo.



En la imagen que antecede, se aprecia la masa encefálica lisada emergiendo de una craniectomía una vez separada la aponeurosis y debido a la hipertensión endocraneana.



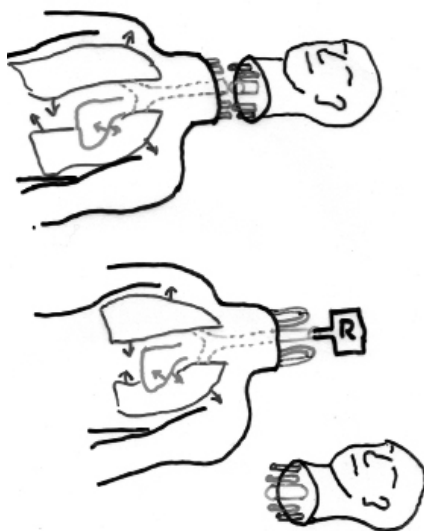
La presente imagen muestra un "cerebro de respirador", fue ablacionado 12 horas después de que ocurriera el paro cardio respiratorio pero la ima-

gen muestra un encéfalo totalmente lisado, como si su daño estructural hubiera ocurrido (lo que en realidad ocurrió) varios días antes. Este encéfalo sufrió, días antes, las consecuencias del mecanismo que esquematice más arriba y por el cual la masa encefálica se destruye (por isquemia masiva y sostenida) permitiendo la continuación en un tiempo limitado de la respiración por medios mecánicos y de la circulación por la oxigenación que aquella brinda.

Comparando la imagen anterior con esta, un encéfalo también eviscerado 12 horas después del paro cardio respiratorio pero sin lesión primaria sino secundaria al paro que determinó el daño estructural por anoxia sin que se haya dado tiempo para la producción de la lisis encefálica.



Vamos a plantear la siguiente hipótesis siguiendo el esquema. Si yo pudiera decapitar a una persona y pudiera rápidamente efectuar un *by-pass* de los vasos del cuello y conectar un respirador al muñón de la tráquea, con toda seguridad podría mantener latidos cardíacos y movimientos respiratorios pero nadie podría asegurar que el decapitado está vivo. Esto es lo que realmente ocurre en la circunstancia que vengo comentando, el "muerto encefálico" es un decapitado funcional en el cual el encéfalo está presente pero con un daño estructural irreversible que no le permite "ejercer sus funciones" de coordinador de las funciones del resto del organismo (el organismo como un todo diferente a la suma de cada una de sus partes) y por lo tanto, en estas condiciones un individuo está en condiciones de ser declarado muerto.



### Diagnóstico diferencial

Como surgió de las encuestas referidas con anterioridad, la principal confusión, respecto del diagnóstico diferencial, ocurrió con los estados vegetativos persistentes.

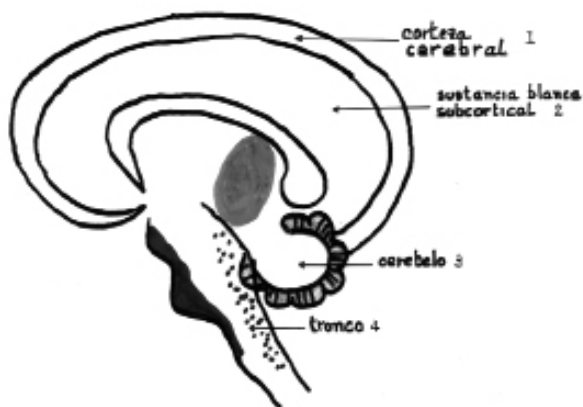
Esto no nos deber resultar extraño ya que en un trabajo publicado por Youngner<sup>(35)</sup> se informa sobre una encuesta realizada en el ámbito hospitalario acerca del conocimiento, conceptos personales y actitudes concernientes a la "muerte encefálica", que arrojó resultados sorprendentes. La muestra estaba conformada por 196 profesionales de la salud, entre médicos y enfermeras, provenientes de cuatro hospitales de la ciudad de Cleveland. La misma se dividió en dos grupos: el primero, denominado *decision makers*, que incluía a aquellos médicos que, dada su práctica, estaban en una mejor posición para identificar la muerte, declararla y posteriormente hablar con los familiares sobre la donación de órganos.

El segundo grupo incluía a quienes estaban involucrados con el cuidado y mantenimiento de individuos con muerte cerebral, pero que no participaban en la toma de decisiones. Así quedaban los grupos conformados por 39 y 156 integrantes. De los 195 encuestados sólo 68 (35%) identificaron correctamente el criterio legal y médico para determinar la muerte. La

(35) BERNAT, J., op. cit.

mayoría (58%) no utilizó un concepto de muerte correcto y consistente y un 19% tenía un concepto de muerte que permitía clasificar a los estados vegetativos persistentes (EVP) y a los anencefálicos como muertos.

El siguiente esquema permite establecer los diagnósticos diferenciales de aquellos síndromes que mayormente generan confusión<sup>(36)</sup>.



- A) Estado vegetativo persistente: 1, 2, 3 y 4  
B) Coma por lesión diencefalo mesencefálica  
C) Síndrome de enclaustramiento

#### A. Estado vegetativo persistente:

1. Corteza: Necrosis laminar
2. Sustancia blanca: Vacuolización
3. Cerebelo: Lesiones corticales (Purkinje)
4. Tronco: Microinfartos

#### B. Coma por lesión diencefalo mesencefálica

Coma profundo. Puede persistir meses o años. Muere en ese estado

#### C. Síndrome de enclaustramiento

Totalmente paralizado pero consciente. Isquemia basilar. Infartos de pie de pro-tuberancia. No invaden sistema reticular activador ascendente.

En todos estos casos, a pesar de las variantes del estado de conciencia, el paciente respira en forma autónoma y sus procesos metabólicos y endocrinos no requieren asistencia mecánica.

(36) ÁLVAREZ, F.; CHIRICO, A.; DE LEONE, H.; GERSHANIK, O. y ZAMBRANO, D., *Comas Estructurales. Su Evaluación y Tratamiento*, Buenos Aires, Argentina, 1983.

## 6 | El diagnóstico de muerte en nuestra legislación

Nuestra legislación no definió la muerte hasta la primitiva ley de trasplantes, la 21.541 de 1977 y su Decreto Reglamentario 3011/77. Como he analizado más arriba, esa definición dejó mucho que desear y fue necesario modificar el concepto en la primera reforma de 1987 mediante la ley 23.464 y el decreto 397/89.

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, nuestra legislación no ha adoptado una definición uniforme de muerte para ser aplicada en todos los casos y hay quienes siguen pensando, que el diagnóstico de muerte determinado en la Ley de Trasplantes sólo es aplicable en esos casos lo que haría pensar, todavía, en diferentes tipos de muerte.

Hoy día, muchos médicos dudarían en retirar el soporte mecánico de asistencia respiratoria en casos en que el "muerto" no sea donante de órganos ya que temerían ser demandados.

Esta confusión genera, en numerosas oportunidades tratamientos fútiles con dilapidación de recursos económicos que, bien sabemos, son siempre escasos y que constituyen una injusticia en la asignación de esos mismos recursos.

En su art. 23 la ley 24.193 establece los requisitos para la determinación de la muerte, allí se expresa: "El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

- a. Ausencia irreversible de respuesta cerebral con pérdida absoluta de la conciencia;
- b. Ausencia de respiración espontánea;
- c. Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;
- d. Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuadas a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente



te actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardio-respiratorio total e irreversible”.

La positividad de estas comprobaciones hace diagnóstico de muerte y autoriza a:

1. Iniciar un operativo de trasplantes, esto no plantea ninguna duda y está claramente definido en la Ley de Trasplantes.
2. Suspender toda maniobra de reanimación, esto sigue generando algunas dudas tanto en el ámbito médico como en el jurídico y merecería la aclaración concreta para evitar confusiones. No se puede estar muerto sólo para donar órganos o tejidos y no para todas las circunstancias.

En relación a la forma de diagnóstico y determinación de la hora de fallecimiento, el art. 24 determina: *“A los efectos del artículo anterior, la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos (2) médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos será el médico o integrará el equipo que realice ablaciones o implantes de órganos del fallecido. La hora del fallecimiento será aquella en que por primera vez se constataron los signos previstos en el artículo 23º”.*

En este punto interesa saber que los médicos que la ley prevé para hacer el diagnóstico de muerte, emitirán un acta de muerte, no el certificado de defunción para los fines de inhumación. Éste deberá ser extendido por el médico de cabecera si se tratara de una muerte natural y por los médicos de policía o médicos forenses si fuese una muerte violenta.

La hora del fallecimiento deberá ser la del momento de las primeras determinaciones ya que el diagnóstico de muerte se hace en la primera determinación y las segundas son confirmatorias, por lo tanto, el individuo ya estaba muerto en aquella primera determinación. Ya el Comité de Harvard recomendó lo mismo porque, de tomarse la segunda como hora de muerte, el retiro de los medios de sostén artificial podría tomarse como el motivo de la muerte.



## ACTA DE CERTIFICACION DE MUERTE (ART. 23 - LEY 24.193)

Los que suscriben: .....  
(Médico Neurólogo / Neurocirujano) y ..... (Médico),  
certifican la muerte por cesación total e irreversible de las funciones encefálicas de:

• Nombre:			
• Sexo:		• Nacionalidad:	
• Estado Civil:		• DNI:	
• Domicilio:			
• Hijo de:		y de:	
• Nacido en:		el	
		de	
• Ocurrida en:			
• el día:		a las:	

La certificación de la muerte se realiza según el Art. 23 de la Ley 24.193, habiéndose verificado los signos clínicos y corroborada la inactividad encefálica con la realización de los siguientes métodos y/o instrumentales:

.....  
.....  
.....  
.....

verificándose la persistencia de estos hallazgos a las ..... horas de su constatación conjunta.

Firman el presente en la ciudad de .....  
el ..... de ..... de .....

Formulario de acta de muerte utilizado por el INCUCAI

El Protocolo Nacional para certificar el diagnóstico de muerte bajo criterios neurológicos (Muerte Encefálica) establecido por la Resolución 275/2010<sup>(37)</sup> constituye una guía de procedimientos y especificaciones

(37) Resolución 275/2010: Protocolo nacional para certificar el diagnóstico de muerte bajo criterios neurológicos (Muerte Encefálica) Aprobado por Resolución n° 275/10 del Ministerio de Salud de la Nación y publicado en el Boletín Oficial n° 31.844 del 16 de febrero de 2010.

para ser utilizada por los médicos intervinientes, ante la presunción del fallecimiento (bajo criterios neurológicos) de una persona cuyas funciones cardio-respiratorias estén siendo mantenidas por medios de sostén, en unidades de cuidados médicos intensivos.

Exige:

1. Requisitos de inclusión;
2. Examen neurológico;
3. Período de observación;
4. Métodos instrumentales;
5. Situaciones especiales.

Además, se describe la metodología a emplear para aquellos procedimientos del examen neurológico que lo requieran, así como para la realización del electroencefalograma, en el contexto del Diagnóstico de Muerte Bajo Criterios Neurológicos.

#### **Diagnóstico de certeza de muerte "encefálica"**

¿Cómo debe proceder el médico para diagnosticar un posible caso de fallecimiento de un paciente en la unidad de terapia intensiva, con respirador puesto, en el cual los criterios cardiovasculares y respiratorios no pueden ser tomados en cuenta?

Siguiendo las exigencias legales establecidas en nuestra Ley de Trasplantes, que adhiere al criterio de daño estructural irreversible de corteza y tronco para diagnosticar la muerte, el diagnóstico clínico de muerte debe estar fundado en las siguientes premisas:

1. **Se dieron las condiciones previas.**
2. **Hay diagnóstico cierto de daño estructural encefálico irreversible.**

Estos dos puntos merecen ser tratados en conjunto. La causa del coma debe estar firmemente establecida y debe existir un diagnóstico cierto de daño estructural irreversible de encéfalo.

Los antecedentes de ese paciente no debe dejar lugar para la duda. Se tratará de una lesión provocada por la ruptura de un aneurisma, un disparo de un proyectil de arma de fuego, un traumatismo de cráneo.

**3. El paciente está en coma y en asistencia ventilatoria mecánica.**

El paciente debe haber estado en asistencia mecánica ventilatoria por un tiempo suficiente como para asegurar que el daño encefálico es irreversible. Este diagnóstico sólo puede efectuarse en la unidad de cuidados intensivos.

**4. Se han arbitrado todos los medios terapéuticos para tratar de revertir el problema.**

Todas las medidas terapéuticas eficientes deben haberse puesto en juego, clínicas o quirúrgicas, sobre todo aquellas dirigidas a mejorar la perfusión encefálica.

**5. Se han excluido todas las causas de coma reversible.**

La intoxicación por drogas, la hipotermia y ciertos trastornos metabólicos o endocrinos pueden causar una depresión profunda pero potencialmente reversible por lo que deben descartarse estos casos o merecen más tiempo de observación para tomar decisiones.

**6. Se han llevado a cabo dos exámenes separados por varias horas que demuestran apnea persistente, ausencia de reflejos de tronco y falta de actividad cortical.**

Si es así, el paciente puede ser declarado muerto aun si el corazón sigue latiendo. A partir de ese momento, se está ventilando y perfundiendo a un cadáver.

## 7 | Religión y trasplantes

Por otra parte, analizaremos qué dicen las religiones reveladas y la tradición judeo cristiana al respecto.

“El diagnóstico de la muerte es el nudo de la cuestión, pues se sitúa en el límite entre el deber de respetar la vida de una persona y el deber de efectuar una cura o aun de salvar la vida de otro (...)”. Juan Pablo II. *Alocución a la Pontificia Academia de Ciencias* - 15/12/1989.

Es interesante analizar brevemente estas palabras del Papa ya que encierran verdades que hemos estado analizando desde el principio de este trabajo.

En primer término, "el diagnóstico de la muerte es el nudo de la cuestión". Creo que es el problema más importante que venimos debatiendo y que incumbe a los médicos. La posibilidad del diagnóstico está en manos de ellos, es un problema real y exclusivamente biológico cuya definición ha sido consensuada, no sin ciertas dificultades, en el ámbito del conocimiento médico, en el aquí y en el ahora. Sin duda que el diagnóstico certero es el límite o frontera donde se debe guardar el "deber de respetar la vida de una persona y el deber de efectuar una cura o aun de salvar la vida de otro". Pero véase qué interesante la última parte de esta frase: "deber de efectuar una cura o aun de salvar la vida de otro". Para el pensamiento del Papa existiría un deber, por parte de los católicos, de ser donantes de órganos o tejidos para después de la muerte, lo que marca un pensamiento muy fuerte e importante dentro de la doctrina del Catolicismo respecto de la donación y los trasplantes.

"Todo aquél que salva la vida de una persona, es como si salvarse un mundo entero". Talmud

El pensamiento judío está resumido en la sabiduría de La Torá. En una publicación titulada *¿Cuál es la Halajá para el trasplante de órganos?*, el Dr. Julio Szutan refiere que para la *Halajá* el mandamiento de salvar la vida excede a todos los demás.

A continuación hago referencia a la opinión de las religiones reveladas respecto del diagnóstico de muerte y la donación de órganos.

#### **Pontificia Academia de Ciencias:**

Una persona está muerta cuando ha sufrido una pérdida irreversible de toda capacidad de integrar y de coordinar las funciones físicas y mentales del cuerpo.

La muerte se produce cuando:

“Las funciones espontáneas del corazón y de la respiración han cesado definitivamente, o bien, cuando si se ha verificado una cesación irreversible de toda función cerebral<sup>(38)</sup>”.

#### Congregación Israelita de la República Argentina:

“(…) En cuanto al trasplante de corazón, el requisito más importante, desde el punto de vista religioso judío, es que el mismo deberá extraerse cuando esté fehacientemente comprobado que el donante ha fallecido. Esto depende del facultativo, pues, en caso contrario sería quebrantar lisa y llanamente el mandamiento no matarás”<sup>(39)</sup>.

#### Islam:

Criterios para el diagnóstico de muerte encefálica. Están basados en los criterios aceptados por los Colegios Reales del Reino Unido. Es esencial antes que la muerte encefálica sea diagnosticada que los siguientes requisitos se cumplan:

- El paciente debe estar comatoso y en asistencia respiratoria mecánica.
- Deben excluirse las hipotermias, intoxicaciones por drogas y causas endocrinas o metabólicas del coma.
- El coma debe reconocer como etiología el daño estructural encefálico irreversible<sup>(40)</sup>.

## 8 | Criterios diagnósticos

Luego del camino recorrido a lo largo de estas páginas, llegamos a las siguientes conclusiones que son las respuestas que figuran en el cuadro que sigue y que sintetiza cuáles son los criterios actuales y las formas de diagnóstico de muerte. En forma muy sintética se dan las definiciones de

---

(38) *Documentation Catholique*, Revista Criterio, 15/12/85, N° 1908., p. 272.

(39) Congregación Israelita de la República Argentina. Boletín Mensual. El Rabino responde, agosto 1986.

(40) *Saudi Medical Journal*, Vol. 6, N° 3, mayo 1985.

muerte que responden a los respectivos criterios. Es muy difícil definir la muerte por lo que señalamos en la introducción pero, las sintetizadas tienen valor desde una mirada biológica. Este cuadro fundamenta los principios médico-legales con que las diferentes legislaciones han definido los criterios y las formas de diagnosticar la muerte y las han trasladado a leyes o actas.

TABLA 7

	¿Qué significa para un ser humano morir?	¿Qué parámetros se deben considerar para determinar la muerte de una persona?	¿Cómo se demuestra que una persona ha muerto?
MODELOS	Definición	Criterio	Pruebas diagnósticas
Criterio cardio-respiratorio	Cese irreversible del flujo de los fluidos corporales vitales	Cese irreversible de las funciones cardio-respiratorias	Ausencia de pulso y respiración
<i>Stem brain Criterion</i> (tronco encefálico)	Cese irreversible de las funciones integradoras del encéfalo como un todo	Cese irreversible de las funciones del tronco	Ausencia de reflejos del tronco encefálico
<i>Whole brain Criterion</i> (corteza y tronco)	Cese irreversible de las funciones integradoras del organismo como un todo	Pérdida total e irreversible del funcionamiento de todo el encéfalo	Ausencia de conciencia. Ausencia de los reflejos del tronco encefálico
<i>High brain Criterion</i> (corteza cerebral)	Pérdida irreversible de la esencia de la naturaleza humana (conciencia, funciones cognitivas)	Pérdida irreversible de las áreas responsables de la conciencia y el conocimiento	No hay hasta el momento pruebas aceptadas

Si nos atenemos a las legislaciones, observamos que la gran mayoría de los países se inclinan hacia el criterio encefálico y las pruebas consiguientes. Ese fue el modelo propiciado inicialmente por el Comité de Harvard en 1968, confirmado por la Comisión del Presidente en 1981 y el que ha sido adoptado por nuestra legislación.

Los países de la Comunidad Británica y Arabia Saudita siguen el criterio de tronco encefálico, modelo propuesto por Mohanadas y Chow en 1971.

El modelo cortical no ha pasado de ser un postulado no aceptado por ninguna legislación.

## 9 | Conclusiones

¿Es la muerte un problema médico legal?

No es el objeto de esta presentación profundizar todos los aspectos vinculados a la muerte. El médico legal podría ser uno de los aspectos. Quizás uno de los más pequeños e intrascendentes. Pero, sin duda, es uno de ellos.

Si pensamos en los dos actos médico-legales marcan los hitos más trascendentes de la vida de cada uno de nosotros: nuestro nacimiento y nuestra muerte; ambos se certifican con procedimientos médico-legales.

La certificación del morir es un acto médico-legal que permite la inhumación del cadáver y, en nuestro caso, la posibilidad de obtener órganos o tejidos de este para ser implantado o implantados en otra u otras personas.

La sociedad necesita tener la seguridad y la garantía de que, quienes son responsables de esta decisión, aseguren el diagnóstico de muerte y liberen a este acto de la posibilidad de otro tipo de intereses que podrían poner en peligro la seguridad de cada uno de los hombres.

Corresponde en primer lugar a la medicina, determinar con la máxima certeza posible, recordando que en nuestra profesión, la certeza es una extraña eventualidad y que sólo podemos aspirar al estatuto de lo probable, el diagnóstico de muerte que, como hemos visto, la tecnología se



ocupó de complicar. Corresponde al derecho, examinar y tomar en cuenta estos cambios de criterios y generar, con el conocimiento que le aporta la medicina, marcos legales de aplicación universal para que el hombre, único destinatario de bienes que el mismo hombre puede desarrollar, los aplique con seguridad y confianza. Esto, es en parte, misión de la medicina legal, puente entre la medicina y el derecho, que permite, mediante los conocimientos médicos, ayudar a resolver los problemas que desde el Derecho se plantean.

---

# Algunas respuestas jurídicas ante el final de la vida

por **JOAN J. QUERALT** <sup>(1)</sup>

## I |

Dejémonos de rodeos. Al hablar de respuestas jurídicas al final de la vida, cuando ésta, sean las razones que fueren, resulta insufrible para quien la vive, estamos hablando de eutanasia.

El término eutanasia abarca diversos campos de actuación en referencia a lo que podríamos denominar la ayuda a morir prestada a un doliente. Esta equivocidad del concepto hace, ante su mera invocación, que no pocos sujetos, incluidos facultativos y juristas, lancen un "¡vade retro!". La historia y algunas anticipaciones bastante reales parecerían darles la razón y permitirían cerrar, así, las puertas a la admisión y regulación de una nueva concepción del dolor y la noción personal de la propia calidad de vida.

En efecto, se quiera o no, la sociedad camina lejos de los senderos tradicionales de la sublimación del sacrificio y de la permanente autoinmolación que, en defecto de otras gratificaciones más suculentas, implicaban buenas dosis de masoquismo. Por otro lado, la persona en concreto, el ciudadano con cara y nombre y plena sociedad de masas, tiene un lugar en la misma como tal persona, lugar que nunca en la historia había tenido.

.....  
(1) Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona.

La capacidad de sacrificio inútil de las personas tiende a desaparecer a pasos agigantados; dónde de detendrá esta evolución no es fácil predecirlo. Lo que sí, en cambio, parece cierto, es que empieza por la propia calidad de vida. Esto y la cuestión del pluralismo que indeclinablemente implica una sociedad democrática y democráticamente organizada hacen el resto y sobre esta cuestión volveremos a hablar.

## 2 |

Uno de los mecanismos de democratización de la vida en común lo constituye el asentamiento de la sociedad política, del Estado, sobre una serie de pilares básicos y (para su constitución) elementales. Uno de estos pilares lo constituye el de la libertad y otro no menos importante el del pluralismo político. Ambos están configurados, junto con la igualdad y la justicia, como los valores superiores del ordenamiento jurídico vigente en España, al constituirse nuestro país en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la Constitución Española, en adelante CE), es decir, en algo que era lo diametralmente opuesto a la esencia misma del anterior Estado español.

La impronta que se cierne sobre todo el texto constitucional, y que cabe atribuir a ese primer párrafo inicial, no puede ser en absoluto obviada. Por ello, considero que ha de quedar claro que una consecuencia expresa de la redacción del precepto es que tales valores no sólo afectan a la Constitución, sino que la trascienden e impregnan todo el ordenamiento jurídico en la que aquélla también se inserta (art. 9.1 CE). Es decir, que tanto en la esfera de la normación a todos los niveles y en la de aplicación de los productos normativos, como a la hora de enjuiciar la corrección de ambas funciones, tales actuaciones han de estar presididas por los valores tantas veces reseñados: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, impregnan todo el ordenamiento jurídico con la misma intensidad con la que hasta ahora se les había mantenido proscritos del mismo; las normas o actuaciones que vulneren injustificadamente este planteamiento recibirán la sanción pertinente. O también dicho de otro modo: “valores superiores” es el código genético de la nueva realidad institucional española.

### 3 |

Toca ahora pasar revista al artículo 15 CE. En primer lugar, conviene reiterar una consideración genérica: los derechos fundamentales son, salvo escasas excepciones y aun éstas muy discutidas, derechos que actúan sólo en las relaciones jurídico-públicas, es decir, entre un poder público-particular; no, por tanto, entre éstos.

Así las cosas, el derecho a la vida, pues, hace referencia a la supresión ahora ya total en la práctica de la pena de muerte, a la integridad física y moral de los ciudadanos en su contacto con los agentes públicos y a no verse sometidos a tratamientos inhumanos o degradantes, como las diversas formas de tortura, por parte de éstos.

Es en este contexto donde el Estado adquiere el compromiso de dejar de lado muestras de brutalidad secular y de tratar a los ciudadanos —del que surge, por otro lado— como personas, respetando la inherente dignidad de cada una de sus personas (art. 10.1 CE). De lo que no es capaz el Estado es asumir el compromiso de que el resto de los sujetos, los particulares, se comportarán entre sí como se le pide al Estado que se comporte; todo lo más, y no es poco, que el Estado aquí puede hacer es, además de la práctica de una política social que facilite el respeto por la vida de los particulares, promulgar (y velar por su cumplimiento) una serie de disposiciones tendente a la protección de ciertos bienes jurídicos, aquí la vida, y aplicar las sanciones correspondientes a los transgresores.

### 4 |

Partiendo de una desabsolutización del derecho a la vida, habrá que analizar cuáles son los supuestos de eutanasia que se manejan y concretar así su concepto. Tres son las versiones relevantes de la eutanasia: la pasiva, la indirecta y la activa; pero a esta triple problemática hay que añadir la que plantea el consentimiento en las dos primeras, por lo que de hecho son cuatro órdenes de problemas, si bien uno, el consentimiento, es común a dos de ellos.

Por **eutanasia pasiva** se suele entender aquella actividad, fundamentalmente médica o de otro personal sanitario, que consiste en dejar de pro-

longar artificialmente la vida de aquellas personas a las que, irremisiblemente avocadas a la muerte, tal prolongación les causa padecimientos insufribles.

Por así decirlo, esta modalidad constituye un fracaso de las más modernas técnicas médicas intensivas: de una mayor posibilidad de alargamiento de vida no se sigue ni la curación ni este alargamiento significa lenitivo alguno; antes al contrario, la prolongación técnica de la vida significa mayores dolores aún.

Ante esta situación, es decir, ante la irreversibilidad de la situación y los dolores sin cuento del paciente, se opta por cesar en la aplicación de las técnicas de prolongación y/o sostenimiento. Contra lo que pudiera pensarse, no se trata de una conducta activa, sino de una omisión, puesto que la maquinaria, cuando la hay, no es más que la *lunga manus* del médico. En puridad se trata más bien de una ortotanasia, puesto que lo que se hace es permitir, a partir de cierto punto, que la naturaleza siga su curso.

Dejando de lado cuestión de calificación jurídico-penal, se suscita un hecho no infrecuente: qué sucede cuando el paciente no ha podido prestar su consentimiento expreso (inconscientes y recién nacidos).

Ahora bien, previamente ha de establecerse que, conforme a la *lex artis*, si el paciente realmente está desahuciado, el único tratamiento exigible y razonable es el de prepararle física y, en su caso, anímicamente para la muerte de la forma menos dolorosa posible. Dado que existe la duda más que razonable de que, en lo anímico, el sistema sanitario español (y no sólo éste) pueda prestar ese consuelo paliativo, lo lógico será demandar, cuando menos, que la tortura física no le sea inflingida y/o agravada por el propio sistema.

Vistas así las cosas, es decir, ante la dolorosísima inutilidad del tratamiento, no puede hablarse rectamente de homicidio justificado alguno. Se tratará, más bien, de una conducta socialmente adecuada, la que realiza el médico y, por tanto, atípica. No existe colisión de deberes, cuando uno de los deberes carece de sustrato fáctico en el caso concreto.

## 5 |

Sin embargo, queda en pie la cuestión relativa al consentimiento que el paciente —obsérvese que nunca se habla aquí de víctima— pueda prestar para que cese la actividad médica de mantenimiento. Aquí se suscitan dos órdenes de cuestiones, a saber: i) si este consentimiento es igual al del resto de consentimientos que exige la Ley para ciertas intervenciones de extraños en la esfera personal del titular de un derecho y, ii) cómo ha de tratarse el caso del paciente que o no está en condiciones de prestar consentimiento válido.

Podría argumentarse para el primer orden de cuestiones que el moribundo no está realmente en condiciones de prestar un consentimiento al estilo del que, por ejemplo, se exige en la Ley 30/1979, sobre trasplantes, a saber: estar en pleno uso de sus facultades para manifestar su consentimiento libre, expreso y consciente tras haber sido asesorado por el médico (art. 4). Esta argumentación reduce a la nada los planteamientos hasta aquí efectuados, puesto que es difícil concebir un consentimiento de tal guisa inmerso el paciente en padecimiento sin cuento, tal como la experiencia hospitalaria avala. En estos supuestos de eutanasia pasiva, más que la propia libertad plena del individuo, que por lo general falta o es incompleta, prima el planteamiento de no inferir daños innecesarios.

Después de muchos años de vacío, pues las normas deontológicas no vinculan al paciente y, son de ínfimo rango comparado con las que protegen sus derechos de la personalidad, desde la Ley 21/2000, de Cataluña —seguida por el resto de legislaciones territoriales— hasta la restrictiva norma estatal manifestada en la L 41/2003, se ha intentado dar respuesta a la cuestión.

Sin embargo, la cuestión dista aun de estar cerrada. Por un lado —y dejando de lado cuestiones de competencias normativas—, la normativa autonómica y la estatal, de hecho coinciden. Tanto el art. 8 LCat como el 11. 3 L 41/2002 dicen lo mismo. En efecto, tomando la LCat 21/2000, en su art. 8. 3<sup>(2)</sup>, establece:

(2) Por su parte, el art. 11. 3 L 41/2002 estatuye: "3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En

“3. No se podrán tener en cuenta las voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que el sujeto haya previsto a la hora de emitirlos. En estos casos se ha de hacer la correspondiente anotación razonada en la historia clínica del paciente.”

Dejando de lado la congruencia del consentimiento, se opone como obstáculo insalvable al mismo voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica. Empecemos por esta segunda alternativa. Así, en un sistema como el nuestro que recoge el alta voluntaria (art. 21 L 41/2002), aun cuando ésta sea contraria a la praxis médica —cuando esta exista y sea una y única— resulta inadecuado esta previsión legal que queda, de hecho derogada por los principios que regulan el alta voluntaria. En efecto, praxis médica no cabe entenderla más allá de criterio médico no rechazable y, por tanto, siendo la voluntad, todo lo sujeta a razón que se quiera, del médico, pero su voluntad, no puede oponerse a la del paciente.

Sigamos con la primera causa de negación de voluntad anticipada: previsiones contrarias al ordenamiento jurídico. Pues, si el alta es voluntaria y el paciente desea morir su decisión no puede ser contraria al ordenamiento jurídico. Contrario sí es, en cambio, y esperemos que no por mucho tiempo, el pedir que otro, visto su estado de postración e impotencia —estado que es precisamente el que le impide valerse por sí mismo— le ayude a morir. Rectamente, lo que es contrario al ordenamiento no es la petición, en sí mismo legítima, si no la respuesta del profesional, pues se enfrenta al art. 143. 4 CP.

Sin embargo, este precepto penal exige para someter la conducta a pena que quien ayude a morir a otro —cumplidos requisitos que aquí damos por supuestos— realice actos necesarios y directos en la ejecución o cooperación de la muerte del doliente. Pues bien, la respuesta doctrinal es unánime —la jurisprudencial, afortunadamente inexistente— los actos a que se refiere el CP son actos positivos y externos, directamente causantes de la muerte. Ello, por tanto, excluye cualquier tipo de conducta omisiva

la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.”

en sentido físico y el haz de conductas que hacen referencia a la información del paciente o de terceros para llevar a cabos sus planes. O lo que es lo mismo: el legislador ha querido, amén de imponer una pena simbólica, limitar enormemente el radio de acción de los comportamientos punibles.

En consecuencia, el radio de acción de conductas impunes y, por tanto, lícitas en esta materia es sumamente amplio. Baste esto por ahora; la discusión seguro que dará pie a analizar un rica casuística.

De todos modos, salvo en los pocos casos en que sí podrá prestarse un consentimiento digno de tal nombre o éste conste, será el médico quien, de acuerdo a la *lex artis* y comunicándolo a los familiares, si los hubiera, procederá al cambio de tratamiento, sustituyendo el intensivo por uno de mero mantenimiento, si éste fuera aún posible; tratamiento que ha de tener como consecuencia la minoración de padecimientos del moribundo.

De esta guisa queda resuelta también la cuestión atinente al consentimiento presunto. Y no hay que olvidar que para otro trance igualmente delicado, el legislador ha decidido en favor de la mujer cuando, en peligro grave para su integridad, no puede prestar consentimiento a fin de que se le practique un aborto<sup>(3)</sup>. Decidir en favor de la mujer supone presumir que ella habría reaccionado en igual sentido; pues otro tanto de lo mismo acontece con el moribundo que no puede prestar su consentimiento —o su exigencia— a dejar de ser tratado de forma tan cruel y torturante.

Esta argumentación lleva a que, cuando el paciente no pueda prestar su consentimiento tras la información obligada del médico, éste, de acuerdo con los conocimientos actuales de la Ciencia y previa comunicación a los familiares si los hubiera, puede cesar en la práctica de tratamientos torturantes que no pueden devolver la esperanza de vida; los casos de inconsciencia tenida por irreversible, ya sea en adultos o en recién nacidos, es el supuesto de hecho de esta decisión. Ahora esta es la clara regulación legal (art. 9. 3 L 41/2002). No ha de olvidarse la recomendación número 779 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de enero de 1976, en su párrafo 6º, en el sentido de no poder considerar la prolongación de la vida, en cuanto tal, "como objetivo exclusivo de la práctica médica".

(3) Vid. art. 417 bis, 1.1ª II CP-73, aun vigente.



## 6 |

La **eutanasia indirecta** suscita otra serie de aspectos, que en parte coincidentes con los anteriores, merece su tratamiento separado. Por esta práctica se entiende el adelantamiento de la muerte como consecuencia, que se sabe cierta, de la administración de lenitivos par aliviar el dolor cruel que sufre el enfermo.

En la eutanasia indirecta se plantea con mayor claridad que en los supuestos anteriores los aspectos que deben primar sobre el mero mantenimiento de una vida sin esperanza de recuperación: la libertad de decisión del afectado (autodeterminación) y la protección de la propia dignidad de la persona, consistente aquí —incluso si no puede prestar su consentimiento— a morir lo más plácidamente posible. Al igual que en la eutanasia pasiva no se trata de ayuda para morir, sino ayuda en el morir. Si el sujeto confirma su deseo de una muerte lo menos dolorosa posible, el médico ha de colaborar a ello; igualmente, si está inconsciente el paciente, o ha manifestado con anterioridad próxima tal decisión, o, de acuerdo a la práctica médica, ello es lo más conveniente para el último tránsito.

Aquí la conducta médica es jurídico-penalmente irreprochable, ajustada a la adecuación social y a la normativa deontológica, lo es, desde luego, jurídicamente poco relevante. No puede hablarse ni de homicidio —por las razones expuestas anteriormente— ni de auxilio o inducción al suicidio en cualquiera de sus modalidades. Los tipos del artículo 143 CP, como hemos visto, no entran en juego, puesto que no se trata de la realización médica de actos directos. Además, no ha de pasarse por alto —el legislador no lo ha hecho— de que no se trata de que el paciente quiera quitarse la vida o no, sino porque, a la vista del irremisible fin de su estado —sobre el que no puede disponer— elige el medio más conforme a sus planteamientos personales. Las creencias personales (art. 16.1 CE), como manifestación de la conciencia individual del libre desarrollo de la personalidad no hace sino anular la antijuridicidad del comportamiento del facultativo que tampoco resulta éticamente reprochable. Sin embargo, las creencias personales, las religiosas, por ejemplo, no pueden salvar todos los obstáculos; ni pueden en la actualidad ni podrían en el futuro, en especial cuando se trata de menores.

## 7 |

Nuestra jurisprudencia ofrece un caso complejo, en que la sacrosantidad de la vida ha saltado por los aires en aras de la libertad religiosa de un menor, libertad ejercida por sus padres y que llevó a la indefectible muerte del menor.

Tal fue el caso la libertad religiosa o ideológica de los mayores respecto de los menores nunca pueden justificar un homicidio o, actos que, aun rebautizados, conduzcan de modo indubitado a la muerte. Esto es lo que ha sucedido con la STC 154/2002.

El sustrato es el siguiente: un menor de trece años, testigo de Jehová, como sus padres, presenta una aguda patología hemodinámica, acude a un hospital zaragozano y necesita, según criterios médicos, nunca rebautizados, transfusiones de sangre; su familia y él se oponen, por lo que los facultativos acuden al Juzgado, que autoriza la transfusión, siempre que sea imprescindible para salvar la vida del menor. Sin embargo, ésta no llega a efectuarse, pues, cuando los médicos se dispusieron a realizar la transfusión el menor la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral, desistiendo de su realización, sin que consiguieran convencer al menor para que la consintiera por lo que pidieron a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales no accedieron a ello, dándosele de alta al menor. Unos días después, acuden a un Hospital de Barcelona, donde se emite idéntico diagnóstico y la consiguiente necesidad de proceder a una urgente transfusión sanguínea. De nuevo, los acusados y el mismo menor, nuevamente, manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido. Vueltos a su residencia habitual y como el estado del menor empeora, el juez ordenó la entrada en el domicilio familiar y la administración de la transfusión, pero, a fin de cuentas, todo fue demasiado y tarde y, trasladado de nuevo a Zaragoza, ingresó cadáver en el Hospital.

La STS 27-6-1997, revocando la absolutoria de instancia, condena a los padres por homicidio en comisión por comisión, dada su posición de ga-

rante y pese a no querer, evidentemente la muerte de su hijo; sin embargo, en cuanto con su negativa a la transfusión impedían que se pudiera prestar a su hijo el único tratamiento médico que podía salvarle la vida, forzosamente se tuvieron que representar un máximo peligro para su vida, con una muerte casi segura, que no les impidió mantener su oposición a la transfusión en momentos en que, de haberla realizado, se hubiera salvado la vida de su hijo. Por ello, y tras sopesar, significativas atenuantes a su comportamiento, que no se basan, con acierto para una sociedad laica y democrática, en sus creencias, sino en arrebatos u obcecación, que estiman como muy cualificada condenan a los padres por un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes.

Pues bien, esta sentencia, impecable desde todos los puntos de vista, ha sido anulada por la referida STC 154/2002. Los argumentos de esta resolución no son atendibles y de prosperar en el futuro resoluciones análogas, la vida de los menores quedaría al albur de las decisiones de sus padres. Y eso es algo difícil de admitir en nuestro sistema jurídico y más aun difícil de creer que el Tribunal Constitucional haya dictado tal resolución.

En primer término, pidiéndose el amparo para el menor fallecido porque la condena vulnera su libertad religiosa, lo que, a todas luces es absurdo, el TC reelabora la demanda y la centra en la vulneración, no pedida, de la libertad religiosa de los padres condenados. Tras reiterar la doctrina sobre la libertad religiosa, impecable, e interpretando el límite del art. 3. 1 LOLR, en el sentido de la muy esencial STC 141/2000<sup>(4)</sup>, afirma, como no puede ser menos, que el menor es titular del derecho a la libertad religiosa, por un lado, y “el derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal como derecho distinto a la salud o la vida”, por otro.

Pero lo que no puede obviar la STC 154/2002, pese los esfuerzos desplegados, es que, era evidente, no sólo a terceros —los médicos de los diversos hospitales que intervinieron en el diagnóstico, que no tratamiento, del

(4) En la STC 166/1996 no consideró vulnerador de la libertad religiosa el que la Seguridad Social no reembolsara a un testigo de Jehová el coste de un tratamiento al margen suyo, tratamiento seguido por sus convicciones.

menor, recordemos, de trece años de edad—, sino para él mismo y para sus propios padres, que negarse a ser transfundido —ejercer, en lenguaje constitucional— el derecho a la autodeterminación corporal, comportaba, como comportó, necesaria e inevitablemente la muerte (lo que admite la sentencia de amparo); es decir, el ejercicio del derecho a la disponibilidad sobre la propia vida —derecho negado correctamente en SSTC 120 y 137/1990, 11/1991, ATC 418/1990, caso huelga de hambre de los GRAPO<sup>(5)</sup>. Pues pese, a reiterar, erróneamente una vez más, que el valor vida forma parte de nuestro Ordenamiento, destruye la construcción de posición de garante, perfectamente cumplimentada por la STS 27-6-1997, en atención que esa posición de garante, derivada de la filiación, queda destruida por la libertad religiosa; esto es: no es exigible a los padres obligar al hijo a obrar en contra sus convicciones religiosas.

Y es más, afirma la STC 154/2002, en su f. j. 13 II: “ A partir de los arts. 9.2 CEDH y 18.3 PIDCP, anteriormente citados, podemos integrar, asimismo, en esa noción de orden público la seguridad, la salud y la moral públicas (como por otra parte se cuida de hacer el art. 3.1 LOLR). Pues bien es claro que en el caso que nos ocupa no hay afectación de la seguridad o de la moral pública. Y tampoco la hay en cuanto a la salud, ya que los textos internacionales, que sirven de pauta para la interpretación de nuestras normas (art. 10.2 CE), se refieren en los preceptos citados a la salud pública, entendida con referencia a los riesgos para la salud en general” ( s. a. ). Por ello, “en definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigibles en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias. Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo.(s. a.; f. j. 15 II).

(5) De modo más discutible, aunque procesalmente correcto, ATC 242/1998 —caso Sampredo—.

## 8 |

- a) Un menor de 13 años, que no puede casarse (art. 46 CC), si puede, en definitiva, disponer sobre su propia vida a través de la autodeterminación corporal;
- b) La posición de garante del padre respecto del hijo —construcción a favor de éste—, pivote del sistema familiar, desaparece si se alega libertad religiosa;
- c) Favorecer, de este modo, la muerte de un menor, es compatible el principio-guía de que todas las decisiones que adopten los mayores, públicos o privados, respeto de un menor, lo son en su interés como interés superior y único a tener en cuenta.

Pues bien: con estas conclusiones, que son a las que a fortiori conduce la STC 154/2002, no cabe expresar sino total desacuerdo<sup>(6)</sup>. Y sientan un precedente de alcance inconmensurable, además, de primacía de lo religioso, sobre lo laico, irradiando lo religioso al exterior de lo íntimo (SSTC 177/1996, 141/2000), vulnerando el sistema jurídico.

## 9 |

Queda, por último, la modalidad más espinosa de eutanasia: la **eutanasia activa**. Pero de las diversas modalidades imaginables —y la historia y la actualidad son generosas en muestrario— hay acuerdo en sólo admitir a discusión relevante a efectos atenuatorios o de impunidad, el llamado homicidio rogado. Este homicidio rogado encuentra acogida en nuestro derecho en el tipo del auxilio ejecutivo al suicidio (art. 143. 4 CP). Como veremos a continuación esta denominación casa más adecuadamente con la realidad que los hechos presentan.

En efecto, supuestos típicos de la eutanasia activa aquí considerada hacen referencia a situaciones en las que una persona, abocada irremisiblemente-

---

(6) En sentido similar, vid. STEDH 29-4-2002 (Pretty v. Reino Unido) con más moralina que Derecho, es decir, con muy pocos y sólidos argumentos respecto al derecho sobre la autonomía a la propia vida.

te a la muerte, solicita seriamente de otra que ponga fin a su vida. Tanto puede ser el caso del enfermo incurable de cáncer, con seis meses de vida, el camionero atrapado en la ferralla de su cabina en la que el fuego ha empezado a prender, o el parapléjico que únicamente conserva movilidad de cuello para arriba.

Aquí se sabe de lo **irremisible** de la muerte a un **plazo** determinado, o bien la **calidad** de vida del sujeto es tan defectuosa para él que, aún queriéndose quitar la vida, no puede y solicita a un tercero que lo haga por él.

El Derecho español (art. 143. 4 CP) ya no iguala la pena de esta infracción a la del homicidio. Toma en consideración algunas de las que pasan por dar protagonismo al doliente final. Sobre el alcance penal ya he expuesto sucintamente anteriormente las líneas generales, que amplio algo más.

Así, el art. 143. 4 CP, si bien no ofrece una plena causa de justificación, sí contempla, en cambio, la posibilidad de una atenuación, con visos de impunidad material<sup>(7)</sup>, a una modalidad de eutanasia activa. En definitiva, nuestro Derecho regula, por primera vez, el llamado homicidio rogado. Con ello se da un paso de gigante; sólo esta variante de eutanasia es semipunible; tanto la eutanasia pasiva como la indirecta han dejado de ser delito.

Los requisitos que se exigen son de dos órdenes. Por un lado, quien el texto legal denomina víctima debe manifestar una petición expresa, seria e inequívoca. Por otro lado, tal sujeto deberá sufrir una enfermedad grave que le conduciría necesariamente a la muerte o que le produjera padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

Analicemos unos y otros requisitos. Así, el modo en que la petición ha de ser efectuada la ley lo expresa de un modo retórico, casi con un retruécano: la petición ha de ser expresa, seria e inequívoca. Ciertamente se ha buscado rodear tal petición de no pocas cautelas, dado lo radical y dramático del ruego. Sin embargo, el radio de acción es reducido: queda circunscrito a aquellas personas que, aun conscientes, lo son también para percibir la irreversibilidad de su estado o su profunda postración; se

(7) Debido al juego de atenuantes, la pena a imponer bien puede no llegar a dos años lo que comparta, en la inmensa mayoría de casos el no ingresos en prisión.

deja, al requerir que la petición sea expresa, fuera del ámbito literal de esta semicausa de justificación a aquellas personas que se encuentran inconscientes y que, por eso mismo, no se percatan de su estado, que ha dejado de tener, para amplios sectores sociales, la mínima calidad de vida. De todos modos, estos supuestos cabrían dentro de la eutanasia pasiva o indirecta —y, por tanto, serían impunes: coma *dépassé*, p. ej.—, dado que la prolongación de la vida, en todo caso vegetativa, es artificial.

Más problemático puede ser requerir el que el motivo de la petición sea una enfermedad que lleve necesariamente a la muerte o que suponga graves y permanentes padecimientos. Piénsese en accidentados en estado agónico; por ello, por enfermedad habrá que entender alteración del normal estado de salud de una persona, sea cual fuere su causa.

En ningún caso el ordenamiento otorga —ni puede otorgar— un derecho a matar a enfermos o inútiles, como con frecuencia se proclama desde posiciones contrarias a la eutanasia en cualquiera de sus modalidades. El Derecho reconoce, por un lado que nadie tiene el deber de vivir y, por otro, que, por motivos de piedad, es lícito no castigar —o atemperar sustancialmente el castigo— a quienes prestan su colaboración al doliente o agónico a dejar este mundo. La eutanasia no supone, sino que se contrapone, eugenesia de cualquier clase.

## IO |

Con todo, llevando la situación al límite (impunidad) o atenuándola, ha de establecerse si la ausencia o minoración de respuesta penal se debe a una ausencia o minoración de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Admitida en ciertos supuestos la muerte rogada, la colaboración decisiva en la realización de la automuerte que el recipiendario ya ha decidido, y establecidas las garantías de rigor, no parece congruente que el médico u otra persona que haya efectuado la muerte deba ser considerado como realizador de un hecho antijurídico.

Entre otras consecuencias ello implicaría que fueren también punibles quienes colaborasen con el sujeto activo de este delito y que, por ser un

hecho antijurídico, aunque por ministerio de la Ley impune, tal conducta generare responsabilidad civil que podrían demandar las causahabientes del doliente fallecido; y podría generar —no se olvide— legítima defensa por parte de terceros.

Por lo tanto, la cuestión decisiva es saber por qué no se debe considerar antijurídico este hecho. En primer lugar se ha de conceder que, salvo las causas mentadas de enfermedad irreversible o padecimientos fuera de lo corriente en que se halle el paciente, ha de mantenerse la punición del auxilio ejecutivo al suicidio, aunque, dicho sea de paso, con pena posiblemente inferior a la actual.

Pero concurriendo dichas causas, ha de entenderse que ellas son por sí solas suficientes para desplazar la antijuridicidad de la conducta del que pone fin a la vida del desahuciado y/o doliente a petición de éste. Y parecen suficientes estas causas a la vista de los razonamientos hechos anteriormente en relación con la primacía que, en nuestro ordenamiento, tiene la libertad personal, cuando menos de decisión, es decir, de autodeterminación, ante el bien jurídico vida, que en las relaciones entre particulares, como ya vimos, no se pone en juego como derecho público fundamental.

Quizás no sea ocioso reiterar que no existe el deber de vivir. Pero hay más: tampoco se estima correcta una intromisión del Estado en un excesivo fomento de la propia vida, hasta el punto que la haga absolutamente irrespirable para el propio titular al que se quiere proteger. Ni siquiera en nombre el Estado social, salvo un paternalismo quasi (o sin quasi) totalitario, puede intrincarse en esa esfera tan íntima de la persona: su decisión de vivir. Cabría argumentar que ello ya está contemplado así desde el punto y momento en que el suicidio y, en general, las autolesiones son impunes; y que lo que no se puede exigir al Estado es que autorice la muerte del que no desea vivir a manos de un tercero.

Para ello desconoce una serie de aspectos que se revelan básicos, a saber:

- no se obliga a nadie a matar al doliente o desahuciado; o sea, que no se instituye el deber de matar en ciertas circunstancias;
- el sujeto decide a la vista de su estado que ya no posee, de forma irreparable, el nivel de vida medio que le haría su existencia, sino gozosa,



sí, al menos, llevadera. Es más, si pudiera quitarse la vida, significaría que su postración no era la que en realidad es: o sea, que el homicidio rogado es la única salida para estas personas, fuera, claro está, de esperar que la naturaleza siga su curso propinándoles toda clase de sufrimientos físicos y morales.

Ante esta situación el sujeto decide hacer uso de su capacidad de autodeterminación, de mayor rango que la vida como bien jurídico a ser respetado; la vida sin opción libre de vivirla pierde parte de su valor y lo pierde totalmente cuando el nivel de calidad de la propia vida se sitúa muy por debajo del ordinario.

Incluso, y esto se olvida, de no autorizar el Estado la práctica de la muerte del solicitante en estos casos-límite, sucedería que el Estado está infiriendo al doliente un trato inhumano, dado que los dolores físicos y morales van más allá de lo medianamente aceptado como soportable.

En resumidas cuentas, el compromiso por la libertad, es decir, por la capacidad de autodeterminación de las personas, ha de llevarse hasta sus últimas consecuencias. O dicho con otras palabras: la solución a este tema no puede ser la misma que la dada por el ordenamiento autoritario, o cuando menos, autoritariamente interpretado. Por eso mismo, aquí, el consentimiento es absolutamente insustituible; ni siquiera, el médico u otro tercero puedan ampararse en el consentimiento presunto. El planteamiento de la autodeterminación expuesto obliga consecuentemente a esta solución, es decir, exigir el consentimiento expreso, ya sea actual o mediante una voluntad anticipada.

Y este compromiso por la libertad de decisión de todos los sujetos capaces que integran la comunidad jurídica se manifiesta mediante la admisión del pluralismo político; y, a decir verdad, no puede existir pluralismo político si no se da el pluralismo ideológico, cultural y, aquí, existencial (artículo 16 CE). El Estado, la sociedad política, de reconocer, como ya van dándose pasos en este sentido, que diferentes sujetos tengan diferentes opiniones, mayormente en los temas más íntimos y vitales. Y no basta con reconocerlo, sino que en la medida de lo posible no ha de ser rechazado. Y aquí parece posible.

---

# Algunas reflexiones acerca del sistema de permisos para el aborto en Argentina

A propósito del fallo “F., A. L.  
s/medida autosatisfactiva”

por VIRGINIA SANSONE<sup>(1)</sup> y EUGENIA ARTABE<sup>(2)</sup>

## I | Introducción

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país el 13 de marzo de 2012<sup>(3)</sup> finalmente delimitó la interpretación del art. 86, inc. 2 del Código Penal, a la luz del bloque constitucional, zanjando así una discusión que durante años se ha traducido —en muchos casos— en la negación de un conjunto de derechos de las mujeres.

.....

(1) Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. *Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales* de la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra - España. Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Criminales de la Ciudad de Buenos Aires.

(2) Abogada egresada de la UADE, Maestría Derecho Constitucional y DDHH, UP; Diploma de Postítulo en Derechos Humanos y Justicia de Transición, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile; Ayudante de segunda en Cátedra Gargarella, en la materia Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, UBA; integrante del consejo de redacción de la Revista Jurídica de la UP; Secretaría Contratada de Primera Instancia en la C.C.C.F.

(3) F.259, XLVI, “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, 13/03/2012.

Creemos interesante analizar la decisión de ese tribunal no sólo en términos de resolución judicial, sino también en lo referente a su proyección en la comunidad en la que vivimos.

A partir de ello, concluimos que el acceso al aborto no punible contemplado en los dos incisos del artículo citado, es un derecho que no puede ser restringido y que no existe fundamento legal para tal restricción.

Esto se deriva del principio de legalidad<sup>(4)</sup> y el de reserva<sup>(5)</sup> y bajo la premisa de que *“ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”* la cuestión tratada parece sencilla, pero históricamente esto no ha sido así.

El camino por el que debía y debe transitar la mujer que decide la interrupción del embarazo por provenir de una violación tiene obstáculos que se traducen en la vulneración de derechos fundamentales como la dignidad, la libertad, la autodeterminación, la salud, la integridad psicofísica y derechos reproductivos —como formar una familia, a una maternidad libre y responsable—, entre otros.

Por ello la CSJN en el presenta caso estableció que la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad. De este modo, puso fin a la incertidumbre relacionada con el alcance del art. 86, inc. 2º, en sus interpretaciones amplia y restringida. La última admite la aplicación del permiso sólo a la víctima discapacitada mental de una violación, y previa autorización judicial<sup>(6)</sup>.

También se judicializan la mayoría de los casos donde se admite la interpretación amplia, esto es que el permiso se aplica a toda víctima de viola-

---

(4) RIGHI, ESTEBAN, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2010, p. 70. El principio de legalidad señala a la ley como única fuente exclusiva del derecho penal lo que permite fijar límites al poder punitivo estatal. Es decir que más allá del reproche que merezca o del perjuicio que haya causado a la sociedad ningún hecho puede ser castigado si la pena no está prevista en una ley.

(5) Art. 19, 1º parte CN.

(6) Esta postura restringida es la que CSJN no sostiene.

ción, por parte de los actores que intervienen —médicos, jueces, fiscales, defensores y la propia afectada—. Esto responde a la incorrecta interpretación de la ley y a la connotación que el tema genera.

Nos proponemos en este trabajo señalar cuáles son los puntos importantes de la resolución, sus implicancias y cómo la CSJN refutó los agravios planteados, en representación del *nasciturus*, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor *Ad-Litem* y Asesor de Familia e Incapaces.

La consecuencia más atractiva de este fallo es habilitar el debate acerca la legalidad del aborto. Ha sido el Máximo Tribunal doméstico, desde su rol de intérprete último de la Constitución Nacional, quien interpela a los demás actores estatales y a los profesionales de la salud, a diseñar políticas públicas que aseguren a las mujeres el acceso al aborto no punible, y a realizar sus planes de vida, de acuerdo con el principio de autonomía personal.

## 2 | La decisión. Sus puntos salientes

Señaló la CSJN que: *“(...) no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima (...) [Ello así] (...) porque de la mera lectura del artículo 86, inc. 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a ‘(...) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente’ (...) previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza, esto es: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer ‘idiota o demente’<sup>(7)</sup>”.*

### 2.1. | Los hechos

El 14 de enero de 2010, la madre de la niña A.G. solicitó ante la justicia penal la autorización para la práctica del aborto previsto en el art. 86, inc. 1 y 2 del Código Penal. Este artículo establece en su segundo párrafo, que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

(7) Considerando 18.

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.

Tanto el juez penal como el fiscal penal se declararon incompetentes y por ello la representante de la niña inició la medida autosatisfactiva, que concluyó con el dictado del fallo de la CSJN.

Previo a ello la justicia de familia rechazó la petición y la cámara de la jurisdicción confirmó esta postura. Llegada a la alzada provincial el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut revocó y admitió el permiso para la interrupción del embarazo. Los jueces del Tribunal Supremo provincial acordaron que: *a) el caso encuadraba en el supuesto de "aborto no punible" previsto en el inciso 2do., primera parte del artículo 86 del Código Penal; que ésta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesariedad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso.*

Sin perjuicio de ya realizado el aborto, la resolución fue recurrida por el Asesor General en representación del *nasciturus* en su carácter de Tutor *Ad-Litem* y Asesor de Familia e Incapaces, mediante recurso extraordinario que fue concedido por tratarse de una cuestión de **gravedad institucional**.

En el proceso extraordinario, destacamos el dictamen de la Defensa Pública Oficial en representación de la niña A.G. que concluyó que el caso abarcaba ambos incisos del art. 86 CP, pues la justificación del aborto implica el ejercicio del derecho a la integridad física y mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico<sup>(8)</sup>.

.....

(8) Dictamen de la Defensoría General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en considerando 4to. El art. 86 del CP, inc. 1, párr. 2: "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". 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 de embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada (con cita de ZAFFARONI, EUGENIO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2da ed., 3era reimpresión, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2006, p. 503). La Defensoría

La Defensora Pública de Menores e Incapaces asumió la presentación del *nasciturus* y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida.

El Procurador Fiscal ante la CSJN declaró abstracta la cuestión de acuerdo a la doctrina de la Corte por la cual la controversia que se intente recurrir no se reduzca a una cuestión abstracta<sup>(9)</sup>.

La CSJN se apartó del camino apuntado<sup>(10)</sup> y sostuvo que: *"dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas"*<sup>(11)</sup>.

General, más adelante, bajo el título *Artículo 86, inciso 1 CP*, expresa que: *"se observa que el llamado 'aborto terapéutico' se habilita ya sea que corra peligro la vida de la mujer, o que corra peligro su salud, descartando la claridad de la norma toda reducción al sólo peligro para la vida de la mujer"*. A fin de avalar su premisa, señala que *"Edgardo Donna explica que: no se trata del puro funcionamiento orgánico, físico, sino que está incluido el daño psíquico. Sería absurdo negar la necesidad frente a enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etc"* (DONNA, EDGARDO, "La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Sumprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", *Revista de Derecho de Familia*, LexisNexis, 2006-I, p.160).

(9) Fallos CSJN 298:33; 304:1649; 312:555; 318:2438; 323:3083 y 3158, entre otros citados por el fiscal ante la CSJN.

(10) En esa dirección se apoyó en Fallos 310:819, considerando 6 y 7, precedente en el cual se había articulado una queja contra un recurso extraordinario rechazado en virtud de la sentencia de la Cámara Nacional Electoral que había confirmado lo resuelto por el Juez Federal con competencia electoral de la Provincia de Corrientes, en tanto no había hecho lugar a la oficialización de una candidatura para diputado nacional por ese distrito. En ese marco, la Corte señaló que si bien la doctrina de ese tribunal ha considerado que el requisito "gravamen" no subsiste cuando el transcurso del tiempo lo ha tornado inoperante, esos supuestos no se darían en esos autos toda vez que la realización periódica de elecciones de diputados nacionales surge de las previsiones de la Constitución Nacional, y es una disposición consustanciada con los principios del gobierno representativo y republicano que ella sostiene, por lo que es un evento recurrente cuya desaparición fáctica o pérdida de virtualidad no es imaginable mientras se mantenga la vigencia del orden instaurado en la Ley Fundamental (considerandos 5 y 6). Asimismo, en el considerando 7 expresa que al subsistir los obstáculos legales que le impiden postularse como candidato, se mantiene el agravio que lo afectaba al momento de su escrito inicial, lo que actualiza la pretensión del apelante y torna procedente un pronunciamiento del Tribunal sobre el punto.

(11) Ver considerando 5to.

La Corte adopta un concepto de “caso” o “agravio” más amplio que el enunciado por el Procurador Fiscal, que se vincula con su rol activo de custodio constitucional. Este rol que la Corte asume a partir de los fallos “Mendoza” o “Verbitsky”, la coloca como un actor político ligado a los problemas de la comunidad, y es en esa dirección que se erige en su papel de superintendencia, como cabeza del Poder Judicial al señalarles a los/as restantes magistrados/as que deben abstenerse de judicializar los casos de abortos permitidos, para desarticular de este modo la práctica imperante de negación de derechos fundamentales —involucrando discriminación de género y clase social—.

## 2.2 | Los puntos de la decisión

El agravio se centró en que la interpretación amplia del art. 86, inc. 2 del Código Penal vulnera el plexo constitucional —convencional— en particular los arts. 75, inc. 23 de la CN; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los arts. 3° y 4° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los arts. 3° y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Preámbulo.

El recurrente alega que la legislación apuntada protege la vida a partir de la concepción y por ello la vulneración mencionada.

La CSJN con sobrada solidez argumental derribó los “obstáculos” que según el impugnante impedían interpretar la norma de la manera amplia.

Con respecto al art. 75, inc. 23<sup>(12)</sup>, la CSJN señala<sup>(13)</sup> que se trata de una cláusula destinada a delegar la elaboración de legislación en el ámbito de la seguridad social de los sectores vulnerables y no en el ámbito punitivo,

(12) “CN, art. 75, inc. 23”, en *Códigos Universitarios*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2012, p. 247. “(...) Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos , en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

(13) Considerando 10, párr. 2.

por ello la referencia especial a la madre durante el embarazo y el periodo de lactancia<sup>(14)</sup>.

A su vez, descartó que el art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>(15)</sup> y el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>(16)</sup>, obliguen a interpretar de modo restrictivo, el art. 86, inc. 2, del Código Penal. Por el contrario, del informe 28/81 "Baby Boy"<sup>(17)</sup> surge que estas normas fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto no punible.

(14) Es interesante destacar que el Tribunal menciona que: "si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2, del Código Penal al supuesto de víctima violada idiota o demente (se cita al respecto, Convención Nacional Constituyente 1994, 34 Reunión, 3era. Sesión Ordinaria [continuación], 19 de agosto de 1994, 2.- Armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, Tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, pp. 6145/6198). Texto disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>.

(15) "DADDH, art. 1º", en *Códigos Universitarios*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2012, p. 264: "Derechos a la vida a la libertad, a la seguridad e integridad de persona; todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona".

(16) "CADH, art. 4º", en *Códigos Universitarios*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2012, p. 271: "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".

(17) Ver considerando 10) y para la lectura del informe referido ver: <http://www.cidh.org/ninez/docjyjurisprudenciaspCIDH.htm>, cabe recordar que ese informe encontró su origen el 19 de enero de 1977, cuando Christian S. White y Gary K. Potter interpusieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición contra los Estados Unidos de América y el Estado de Massachusetts para los fines establecidos en el Estatuto y Reglamento de la Comisión. La petición fue presentada mediante una carta firmada por el Sr. Gary Potter, Presidente de *Catholics for Christian Political Action*. En este documento se señalaba que la víctima fue muerta por proceso de aborto (histerectomía), ejecutado por el Dr. M.D. Kenneth Edelin, en violación del derecho a la vida reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aclarado por la definición y descripción de "derecho a la vida" que consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese contexto, se sostuvo que la breve historia legislativa de la Declaración no apoya el argumento de los peticionarios, como puede inferirse de las siguientes informaciones y documentos: a) De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá, 1948). Ese texto preliminar sirvió a la Conferencia de base para las discusiones, juntamente con el texto preliminar de una declaración similar preparada por las Naciones Unidas en



Señala la CSJN<sup>(18)</sup> que la interpretación del art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, debe realizarse en

diciembre de 1947. b) El artículo 1, sobre el derecho a la vida, del Proyecto sometido por el Comité Jurídico expresa: "Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbeciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad". (NOVENA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA - *Actas y Documentos*, Vol. V, p. 449). c) Se formó un grupo de trabajo para que estudiara las observaciones y enmiendas introducidas por los delegados y preparara un documento aceptable. El grupo sometió, en efecto, a la sexta comisión, un nuevo texto preliminar con el título de Declaración Americana de los Derechos y Deberes Fundamentales del Hombre, cuyo artículo I decía: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona". d) Este artículo 1, completamente nuevo, y algunos cambios substanciales introducidos por el grupo de trabajo en otros artículos, han sido explicados por el mismo grupo en su informe a la comisión sexta, como un arreglo al que se llegó para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico (NOVENA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, op. cit., Vol. 5, pp. 474/484, 513/514). e) En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto —el derecho a la vida desde el momento de la concepción— habría implicado la derogación de los artículos de los Códigos Penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; D) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa, y E) por angustia económica. F) En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo I del Comité Jurídico, fueron: Argentina: art. 86 n. I, 2 (casos A y B); Brasil: art. 128 n. I, II (A y B); Costa Rica: art. 199 (Caso A); Cuba: art. 443 (casos A, B. y D); Ecuador: art. 423 n. 1, 2 (casos A y B); México (Distrito y Territorios Federales): arts. 332 e y 334 (Casos A y B); Nicaragua: art. 399 /intento frustrado/ (caso C); Paraguay: art. 352 (caso A); Perú: art. 163 (caso A, para salvar la vida o la salud de la madre); Uruguay: art. 328 n. 1-5 (casos A, B, C, y F), el aborto debe ejecutarse en los primeros tres meses de gravidez; Venezuela: art. 435 (caso A); Estados Unidos de América: véanse las leyes estatales y precedentes; Puerto Rico: S S 266, 267 (caso A: ver JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Códigos Penales Iberoamericanos*, Caracas, Ed. Andrés Bello, 1946, Vol. I y II). g) El 22 de abril de 1948, el nuevo art. I de la Declaración, preparado por el grupo de trabajo, fue aprobado por la comisión sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto español (no hubo texto inglés oficial en esta etapa) (NOVENA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, op. cit., Vol. V, pp. 510/516 y 578). Finalmente, el texto definitivo de la Declaración en cuatro lenguas: español, inglés, portugués y francés, fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la conferencia, el 30 de abril de 1948, y el Acta Final se firmó el 2 de mayo. La única diferencia en la última versión es la supresión de la palabra "integridad" (NOVENA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, op. cit., Vol. I, pp. 231, 234, 236, 260 y 261 y Vol. VI, pp. 297/298). h) En consecuencia, Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el art. I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción.

(18) Considerando 10, párr. 2.

armonía con el art. 4 de la citada Convención, de donde surge que la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida del *nasciturus*<sup>(19)</sup>.

En base al contenido del art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>(20)</sup>, la CSJN armoniza el contenido de los arts. 3 y 6 de la misma Declaración<sup>(21)</sup>, para concluir que el alegado derecho a la vida no se vulnera con la aplicación del art. 86 inc. 2 del Código Penal<sup>(22)</sup>.

El art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>(23)</sup>, tampoco debe interpretarse restrictivamente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. Puntualmente, el Comité expresó su preocupación por la situación de Argentina con respecto a la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal<sup>(24)</sup>.

Desde los antecedentes de la Convención de los Derechos del Niño y al redactarse su Preámbulo<sup>(25)</sup>, expresamente se rechazó que se fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones<sup>(26)</sup>. El Comité de

(19) Del propio texto del art. 4 de la CADH en su inc. 1 surge que la protección de la vida en general es desde el momento de su concepción.

(20) "DUDH, art. 1", en *Códigos Universitarios*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2012, p. 268: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

(21) DUDH, arts. 3 y 6, reconocen el derecho a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica.

(22) Considerando 11.

(23) "PIDCyP, art. 6", en *Códigos Universitarios*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2012, p. 294, "(...) el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

(24) Ver considerando 12, y "Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos": Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; "Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos": Irlanda, 24/07/200. A/55/40; "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos": Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010.

(25) Considerando 13.

(26) Ver CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño*, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989).

los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes que no admiten el aborto, para casos de embarazos forzados deben reformar sus normas incorporando tal supuesto. En términos similares al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto de nuestro país, mostraron preocupación por la interpretación restrictiva de la legislación que lo permite<sup>(27)</sup>.

Descarta la CSJN la supremacía de la ley 23.849<sup>(28)</sup>, por ser ella producto de un acto del Congreso argentino irrelevante para el Derecho Internacional, atento a que un país no puede modificar o circunscribir interpretaciones para convenios internacionales en sus leyes de aprobación, puesto que la única vía legal para ello es la formulación de “reservas” que tienen un régimen propio en el derecho de los tratados internacionales<sup>(29)</sup>.

La CSJN considera que de los principios de *igualdad* y de *prohibición de toda discriminación* surge la interpretación amplia del art. 86 del Código Penal. Porque circunscribir por vía de interpretación la autorización del aborto sólo a los supuestos de violación de una incapaz mental implica establecer una distinción irrazonable de trato, respecto de toda otra víctima del mismo delito que se encuentre en igual situación y que no puede ser admitida<sup>(30)</sup>.

Asimismo, el principio de *inviolabilidad de las personas*<sup>(31)</sup>, impide que se les pueda exigir, más aún a las víctimas de delitos sexuales, que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposibles de conmensurar, como puede ser continuar con un embarazo no deseado producto de una violación.

Claramente Cohen sostiene que: “a estas alturas debería haberse escla-

*recido el hecho de que forzar a una mujer a soportar un embarazo no*

(27) “Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño”: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; “Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño”: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/Add. 107; “Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño”: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4, antes citada.

(28) La ley 23.849, que aprueba la CDN, establece en su art. 2, párr. 3 que el art. 1 de la Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desee el momento de la concepción (...)”.

(29) Ver <http://www.saberderecho.com/2012/03/aborto-lo-legal-lo-constitucional-lo.html>

(30) Ver considerando 15, párr. 2.

(31) En este considerando (16), la Corte emplea el principio explicado por NINO, CARLOS, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.

*deseado es imponerle por la fuerza una identidad: la identidad de mujer embarazada y de madre. Innegablemente, es la integridad corporal de las mujeres, en el sentido físico tanto como en el emocional, lo que se pone en juego a través de la penalización del aborto. Pero también se hace peligrar su integridad personal. La integridad corporal y la integridad personal están íntimamente ligadas entre sí”* <sup>(32)</sup>.

Esta conclusión se refuerza con los principios de estricta legalidad y *pro homine* que obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea producto de una violación <sup>(33)</sup>.

Y, en este caso, la CSJN va más allá, pues luego del análisis efectuado y descartando la tesis restrictiva postulada por el recurrente considera necesario ampliar los términos del pronunciamiento <sup>(34)</sup> y tratar los roles de los profesionales de la salud y de los operadores judiciales en el acceso a la práctica del aborto.

Ello es así porque se advierte desde antigua data que la desinformación o las erradas interpretaciones del texto legal, han provocado que en su mayoría, los profesionales de la salud condicionen la interrupción del embarazo en los casos de violación a la innecesaria autorización judicial <sup>(35)</sup>.

Destacamos que si bien la CSJN trata el tema en el contexto del inc. 2° del art. 86 del Código Penal, nada impide que las mismas conclusiones se apliquen al inc. 1, por ser ambos abortos legales.

Porque los derechos que se encuentran en juego son los mismos, y su ponderación es la misma; y así lo entendió el legislador al compilar las circunstancias en el marco de la legalidad en un solo artículo. Insistimos,

(32) Ver texto completo en: <http://www.debatefeminista.com/PDF/Articulos/parape374.pdf>. Es inmensamente rico este texto de Jean L. Cohen en lo referente a su interpretación de un concepto ancho de privacidad en términos de autonomía y de la conformación de la identidad. Debido a que un análisis más completo de ese texto excedería en mucho el marco de este trabajo es que no podemos más que recomendar su muy atenta lectura.

(33) Ver considerando 17

(34) Ver considerando 18.

(35) Ver considerando 18, último párrafo.

si bien el contexto del dictado del fallo es sobre el inc. 2, es aplicable a la totalidad del art. 86.

A fin de materializar el derecho a acceder al aborto, la CSJN, desde su lugar de jerarquía en el sistema institucional, exhorta tanto a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual<sup>(36)</sup>. Y también al Poder Judicial Nacional y Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente<sup>(37)</sup>.

El acierto y mérito de este fallo es que frente a la inoperancia y/o desidia —encubierta por cuestiones éticas y morales— que imposibilitan el acceso al aborto legal; a partir de ahora este derecho pueda hacerse efectivo. Si bien desde la sanción del Código Penal existía el aborto legal, por los motivos señalados, la imposibilidad de su acceso se ha traducido en años de violación del derecho existente.

Esta situación se agrava si tenemos en cuenta que, en general, los grupos afectados son los sectores más vulnerables por tratarse de niñas menores de edad y mujeres en condiciones socio-económicas marginales. Esta aseveración la demostró el Ministerio de Salud de la Nación al confeccionar la Guía Técnica de Atención a los Abortos No Punibles —en junio 2010— que admite en su prólogo que: *“por muchas décadas las mujeres que habitan la Argentina han sido impedidas de ejercer un derecho fundamental que se encuentra reconocido desde el año 1921 en el artículo 86, segundo párrafo del Código Penal: el derecho de acceder a un aborto frente a determinadas circunstancias que lo autorizan”*<sup>(38)</sup>. Este documento establece que, a partir de este derecho, se ponen en juego derechos humanos como la igualdad, la autodeterminación, la privacidad, el principio de legalidad y la no discriminación; el derecho de las mujeres a acceder a los abortos previstos por el Código Penal constituye propiamente un derecho humano de orden constitucional.

(36) Ver punto dispositivo 2.

(37) Ver punto dispositivo 3.

(38) Ver texto completo en: <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-web.pdf>

Esta Guía propone evitar la negación de la garantía del derecho en términos efectivos. Esto es materializar la existencia de los derechos previstos legalmente mediante el diseño de políticas públicas que los tornen efectivos.

Y es precisamente aquí donde la CSJN señala que este derecho existe en términos formales y que corresponde se haga efectivo, para lo cual descarta la necesidad de autorización para el acceso a la práctica legal<sup>(39)</sup>.

En esta inteligencia, la CSJN encomienda a los miembros del Poder Judicial abstenerse de tratar la permisión o no que suelen plantear los médicos; porque ello sólo conduce a diluir la responsabilidad de todos los involucrados en el momento de habilitar la práctica, y sin dudas los podría convertir en responsables de la negación de un derecho que se traduce en una situación irreversible para un colectivo de mujeres vulnerables.

La CSJN sostuvo que *la judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparea en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras*<sup>(40)</sup>.

Por ello, enuncia como regla que: *“es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico”*<sup>(41)</sup>.

En cuanto a la acreditación del delito, al ser los ataques contra la integridad sexual de instancia privada<sup>(42)</sup>, establece que la declaración jurada ante el médico es suficiente porque *“cualquier imposición de otro tipo*

(39) Ver considerando 18.

(40) Ver considerando 18.

(41) Ver considerando 22.

(42) Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los delitos enunciados en el art. 72 CP, en las que sólo la víctima puede denunciar, y no está obligada a hacerlo, con la excepción contemplada en ese mismo artículo.

*de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal”<sup>(43)</sup>.*

El único requisito es la manifestación de la mujer de que ha sido víctima de un ataque contra su integridad sexual<sup>(44)</sup>, y que es *“el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura”*.

La jueza Argibay en este punto sostiene que: *“el marco del ejercicio del permiso jurídico aquí tratado demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención”<sup>(45)</sup>*, entendemos que deja la cuestión abierta, que no ha definido.

También el fallo exige un deber de actuar a los médicos sin pedir autorización, bajo apercibimiento de *“responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar”<sup>(46)</sup>*.

.....

(43) Ver considerando 27.

(44) Ver considerando 27, párr. 2

(45) Ver considerando 15 del voto de la jueza Argibay.

(46) Es dable destacar que, en ese contexto, la primera vez que se responsabilizó a profesionales de salud por impedir el acceso a la práctica no punible tuvo lugar en el caso de Ana María Acevedo. Ver nota al respecto en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/3-46450-2010-04-25.html> y <http://www.artemisanoticias.com.ar/site/notas.asp?id=22&idnota=5671>.

El caso de esta joven santafesina es emblemático. Tenía 19 años cuando le diagnosticaron un cáncer en la mandíbula y poco después se supo que estaba embarazada. Tenía tres hijos y era muy pobre. En ese contexto, los médicos del Hospital Iturraspe, dependiente del gobierno provincial, se rehusaron a practicarle una interrupción de embarazo, como ella solicitó. Y también se negaron a iniciarle el tratamiento que requería su cuadro, para preservar la vida del feto. Luego de haberle practicado una cesárea adelantando el parto, la bebé murió a las 24hs y ella, menos de un mes más tarde. Los médicos involucrados fueron procesados por los delitos de lesiones culposas e incumplimiento de los deberes de funcionario público, dejando como el precedente la premisa de que no practicar un aborto legal puede constituirse en delito. Los procesados son el ex director del Iturraspe, y los jefes de los servicios de Oncología, y de Ginecología, por el delito de “incumplimiento de los deberes de funcionario público y lesiones graves culposas en concurso real”; mientras que los médicos oncólogo radiólogo del mismo hospital, la directora del hospital Samco de la localidad santafesina de

Sin perjuicio de la responsabilidad referida, respeta la CSJN el derecho de objeción de conciencia en los médicos.

Por ello, en el considerando 29 del voto de la mayoría se establece que *"(...) corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: (...) articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica requerida. Por otra parte, deberá disponer un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley confiere (...)".*

De lo expuesto se desprende que el derecho de objeción de conciencia se encuentra contemplado y que el mismo debe ser regulado en los protocolos hospitalarios.<sup>(47)</sup>

Resulta imperioso analizar el problema de la objeción de conciencia en la esfera de la salud reproductiva y despejar las dudas existentes para poder implementar un sistema de asistencia médica libre de cualquier sujeción ética y moral, tal como lo resuelve el fallo.

Vera y el presidente del Concejo de Administración de ese centro de salud, lo están por el delito de "incumplimiento de los deberes de funcionario público".

(47) Punto dispositivo 2 de voto mayoría: "(...) exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual".



La objeción de conciencia es el rechazo al cumplimiento de determinadas normas jurídicas por considerarse éstas contrarias a las creencias éticas o religiosas de una persona. En principio, puede plantearse ante cualquier tipo de mandato que se derive del ordenamiento jurídico, como normas médicas u obligaciones tributarias y, en su momento, cumplimiento del servicio militar obligatorio<sup>(48)</sup>. La objeción, por tanto, entra en juego cuando se da un choque —a veces dramático— entre la norma legal que impone un “hacer” y la norma ética o moral que se opone a esa actuación.

Desde una ética racional, que considera que el individuo debe responder en primer lugar al tribunal de la propia conciencia, la objeción se define como un derecho subjetivo a resistir los mandatos de la autoridad cuando contradicen los propios principios morales.

En el marco constitucional argentino este derecho<sup>(49)</sup> de eximición de realizar está regulado en el art. 14 que consagra la libertad de culto, y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica<sup>(50)</sup>, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Específicamente en la legislación interna, está reconocido en el art. 6 de la ley 26.130<sup>(51)</sup> de legalización de la anticoncepción quirúrgica —esterilización— y en el Decreto 1282/2003, reglamentario de la ley 25.673<sup>(52)</sup> de Salud Sexual y Procreación Responsable.

(48) Ley 24.429 de Servicio militar voluntario, promulgada el 05/01/1994.

(49) Los alcances de este derecho fueron debatidos en el plano del Servicio militar cuando este era obligatorio.

(50) El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, organismo que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpretó el art. 18 de dicho Pacto aclarando que: “en el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18”.

(51) “Art. 6: Objeción de conciencia. Toda persona, ya sea médico/a o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1 de la presente ley.

La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los remplazos necesarios de manera inmediata”.

(52) “Art. 9: Las instituciones educativas públicas de gestión privada confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones.

Puntualmente, la Academia Nacional de Medicina<sup>(53)</sup> estableció que: “En el ejercicio de su profesión, el médico está obligado a aplicar los principios éticos y morales fundamentales que deben regir todo acto médico, basado en la dignidad de la persona humana. Esta actitud debe ser la que guíe al profesional ante el requerimiento de todo individuo que ve afectada su salud. Distinta es la situación cuando un paciente le exige realizar un procedimiento que el médico, por razones científicas y/o éticas, considera inadecuado o inaceptable, teniendo el derecho de rechazar lo solicitado, si su conciencia considera que este acto se opone a sus convicciones morales. Esto es lo que se denomina objeción de conciencia, la dispensa de la obligación de asistencia que tiene el médico cuando un paciente le solicitara un procedimiento que él juzga inaceptable por razones éticas o científicas. Este es un derecho que debe asistir al médico en su actividad profesional. La Objeción de conciencia es un testimonio pacífico y apolítico por el cual un médico puede no ejecutar un acto reglamentariamente permitido, sin que ello signifique el rechazo de la persona y el abandono del paciente (...)”.

Marcelo Alegre<sup>(54)</sup> en su trabajo “El problema de la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva” propone criterios más precisos para elaborar un marco regulatorio de la objeción de conciencia.

El reconocimiento de derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, a partir de los años noventa generó un nuevo debate sobre la cuestión. En este contexto, se sancionaron leyes que ordenaron la creación de programas de políticas públicas para la liberación del acceso a la anticoncepción quirúrgica, la provisión de anticoncepción de emergencia o el acceso al aborto no punible y la inducción al parto en casos de diagnósticos de patologías incompatibles con la vida, que son las que regulan la objeción de conciencia como señalamos *ut supra*.

Así, las leyes 25.673 y 26.130 reconocen y regulan el derecho de objeción de conciencia y establecen un sistema de derivación a otro profesional

.....  
 Art. 10: Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6, inciso b), de la presente ley”.

(53) Declaración de la Academia Nacional de Medicina, aprobada por el Plenario Académico en su sesión del 28 de septiembre de 2000.

(54) ALEGRE, MARCELO, “El problema de la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, en <http://marceloalegre.blogspot.com.ar>

a fin de garantizar las prestaciones prescriptas en esos mismos cuerpos normativos.

Pero esta regulación no es uniforme, a nivel provincial el alcance de la objeción dependerá de cada jurisdicción.

En el campo de la salud sexual y reproductiva, la evaluación de la aceptabilidad y los límites de la objeción de conciencia deben ser analizados desde un enfoque distinto al tradicional. En primer lugar, porque se trata de acciones que afectan intereses de terceros poniendo en riesgo la vida, la salud, la integridad física, o la autonomía de las personas<sup>(55)</sup>. También se valora que los profesionales de la salud tienen más restricciones a su autonomía, pues ejercen un deber de cuidado sobre los pacientes, y la elección de ingreso a las profesiones de la salud son enteramente voluntarias<sup>(56)</sup>.

Alegre<sup>(57)</sup> enumera tres modelos frente a la objeción de conciencia en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Uno, el libertarista en el cual el profesional tiene el derecho a no hacer aquello que objeta y no tiene la obligación de derivar al paciente. El segundo, es el de derivación en el cual tiene el deber de derivar al demandante a otro profesional.

Las críticas a ambos modelos<sup>(58)</sup> generaron una tercera vía basada en el principio de igualdad; que supone el deber del Estado de mostrar igual respeto y consideración hacia ambos protagonistas, tanto prestador como receptor del servicio.

Esta tercera vía intenta no vulnerar la dignidad de las personas; por un lado, no haciendo peligrar su integridad moral obligándola a llevar adelante acciones que rechaza profundamente y, por otro lado, preservando el derecho de no verse forzados los otros a someterse a valores religiosos

---

(55) ALEGRE, MARCELO, op. cit.

(56) Existen teorías extremas que afirman la incompatibilidad entre ser objetor y ser profesional de la salud.

(57) ALEGRE, MARCELO, op. cit.

(58) Centradas en la supuesta relación simétrica entre profesional y paciente, que en la realidad es asimétrica, casi jerárquica y, a veces, de sumisión; entonces lo que podría ser un simple ejercicio de la libertad individual corre el riesgo de ser un acto que restringe la libertad y la dignidad del paciente.

o morales de otra persona, y no verse en la humillante posición de justificar sus opciones sexuales y reproductivas frente a terceros<sup>(59)</sup>.

En este contexto, en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, los límites deben ser mayores por cuanto los profesionales a cargo tienen un *plus* de responsabilidad, que la vía de la objeción puede poner en riesgo valores como la vida y la salud de terceros, o el disfrute de importantes derechos constitucionales y/o legales; máxime cuando el ingreso a las prestaciones de la salud es enteramente voluntario.

Por ello, la CSJN sugiere la creación de un registro público de objetores, lo que posibilitará a las instituciones —públicas y privadas— organizar sus estructuras y planteles a fin de garantizar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

Este registro, a nuestro criterio, materializara la tercera vía mencionada<sup>(60)</sup>, pues no será necesaria derivación alguna y de antemano todos los actores actuarán respetando sus principios éticos y morales.

Por último, frente al denominado “caso fabricado” que es cuando la mujer intenta ampararse en el permiso legal declarándose supuestamente víctima de un delito contra su integridad, la CSJN sostiene que el riesgo derivado de ellos no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud<sup>(61)</sup>.

### 3 | Constitucionalidad del art. 86 del Código Penal. Sus orígenes legislativos

Nuestro legislador en 1921 estableció permisos para la interrupción del embarazo, lo que en términos penales implica la no punibilidad de esa conducta.

(59) ALEGRE, MARCELO, op. cit.

(60) Sugerida por Marcelo Alegre.

(61) Ver considerando 28.

El antecedente del art. 86 inc. 2 del Código Penal de 1921, fue la cláusula alemana original del proyecto del Código Penal Suizo de 1915; que primero se la tradujo al francés y finalmente al castellano para incorporarla a nuestro Código<sup>(62)</sup>.

Finalmente, el art. 86 del Código Penal de la Nación que determina los casos de abortos no punibles, entró en vigencia en enero de 1922 y establece que:

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.

Señalan Bergallo y Ramón<sup>(63)</sup> que: *“Estas circunstancias de despenalización fueron propuestas por la primera comisión del Senado encargada de revisar el proyecto de Código Penal, y una segunda comisión en 1921 elaboró la versión final del artículo 86 (...). En 1968, con el fin de terminar con los desacuerdos sobre el alcance de los permisos contenidos en el artículo 86, el decreto ley 17.567 —siguiendo el proyecto de 1960 elaborado por Sebastián Soler— introdujo el requisito de gravedad del peligro en el inciso 1 y, luego de eliminar en el inciso 2 la frase ‘o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente’, incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada. La reforma agregó, además, el requisito de que ‘cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente’ sería necesario ‘el consentimiento de su representante legal’. Los cambios introducidos en esta última parte*

---

(62) FERRANTE, MARCELO, “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en *Aborto y justicia reproductiva*, Paola Bergallo (comp.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

(63) BERGALLO, PAOLA y MICHEL RAMÓN, AGUSTINA, “El aborto no punible en el derecho argentino”, en: [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas\\_Informativas/09\\_Bergallo\\_Michel.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/09_Bergallo_Michel.pdf)

zanjaron las dudas sembradas sobre el alcance de la despenalización del inciso 2 y confirmaron que la norma establecía una permisión genérica del aborto en caso de violación y una especificación sobre la necesidad de representación legal en el caso de violación de la mujer 'idiota o demente' o de la mujer menor de edad.

Estas modificaciones fueron dejadas sin efecto en 1973 por la ley 20.509, sancionada con el objetivo de derogar la legislación penal del gobierno militar. Así, la redacción original de 1921 volvió a tener vigencia, hasta que, en 1976, el nuevo gobierno dictatorial, mediante el decreto ley 21.338, derogó la ley 20.509 y reincorporó la versión del artículo 86 establecida por la ley 17.567. Es decir que durante la dictadura que gobernó la Argentina entre 1976 y 1983 la redacción del CPN dejaba en claro que la permisión del inciso 2 autorizaba el aborto en todos los casos de violación. Posteriormente, en 1984, el nuevo gobierno democrático dictó la ley 23.077, una "ley ómnibus" que dejó sin efecto, en forma general, las reformas introducidas al CPN por la dictadura. De esta manera, el artículo 86 volvió a su versión original, que se mantiene hasta nuestros días".

Cuando reflexionamos sobre el contexto histórico en el que fue diseñado este artículo observamos que en esa época a las mujeres no se las reconocía como sujetos de derechos, no eran titulares de derechos civiles ni políticos. El voto femenino data de 1947 y ninguna mujer ocupó una banca en el Congreso Nacional hasta 1951, lo que significa que no formaron parte de las discusiones parlamentarias previas a la regulación de los derechos en general y, en especial, de delitos tales como los sexuales o el aborto<sup>(64)</sup>.

Esta ausencia histórica nos obliga hoy a suplir ese déficit con el reconocimiento de ellas como principales protagonistas de estos derechos y atento a que la redacción del artículo se encuentra intacta, este reconocimiento se realiza a través del actualizado texto constitucional.

Por ello, mediante la Constitución y los tratados internacionales, esta minusvalía deliberativa de ese momento, es corregida con el reconocimiento actual de los derechos, especialmente en cuestiones de género.

(64) Ver nota 5 y dictamen Defensores Públicos Oficiales.

El derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, de manera específica, y sobre sus planes de vida debe ser tenido especialmente en cuenta a la hora de diseñar normas que las tengan como destinatarias<sup>(65)</sup>.

## 4 | Algunas reflexiones a partir de Nino/Ferrajoli

Con claridad Ferrajoli<sup>(66)</sup> sostiene que el derecho debe caracterizarse por su laicidad, premisa que nunca ha sido aceptada del todo por nuestra cultura política y jurídica sino que, por el contrario, y en los últimos años, todo el Occidente democrático ha hecho una regresión con el surgimiento de fenómenos como los fundamentalistas religiosos, el miedo al diferente, la intolerancia y los conflictos étnicos.

Este autor se pregunta: ¿En qué consiste la laicidad del derecho y del Estado? Y, a partir de allí, detalla dos teorías pilares para entender la cuestión del aborto y la toma de posiciones al respecto<sup>(67)</sup>.

Estas teorías constituyen el proceso de secularización y la afirmación de la laicidad del derecho y las instituciones públicas. La primera sostiene la separación entre el derecho y la moral y reafirma el principio de legalidad como norma de reconocimiento vigente. Por ello, al inicio de este trabajo hicimos especial hincapié en el principio de legalidad como imperativo legal y también sostuvimos que si la ley lo permite, nadie puede impedirlo.

---

(65) PECHENY, MARIO, "'Yo no soy progre, soy peronista'. ¿Por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?", en *Aborto y Justicia Reproductiva*, Paola Bergallo (comp.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011. Sostiene que "en ocasión de la Reforma de la Constitución Nacional realizada en 1994, un debate pudo ser encarado a partir de la iniciativa del entonces presidente Carlos Menem de incorporar a la nueva Constitución un artículo que garantizara la protección de la vida desde la concepción (...). La iniciativa se enfrentó, inesperadamente, con la movilización de un grupo considerable de mujeres en el seno de la Convención —las mujeres habían logrado en 1991 Ley de Cupos, la ley 24.012— así como con la oposición de las organizaciones de mujeres. Este tipo de movilización femenina representa una verdadera novedad en la política de la Argentina. Finalmente, (...) la iniciativa no tuvo el resultado que el gobierno y la Iglesia esperaban".

(66) FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y Garantismo*, Buenos Aires, Ed. Trotta, 2010. pp.132 y ss.

(67) FERRAJOLI, LUIGI, op. cit., p. 134.

Esta tesis afirma que el derecho no es lo que es “justo” o apegado a una determinada “moral”, “cultura” o “religión”; sino que es aquello que es configurado por el legislador como una garantía de certeza, de igualdad ante la ley, de libertad contra el arbitrio moral o ideológico y de la sujeción a la ley por parte de los poderes públicos.

La segunda teoría, que va por más, sostiene que la tarea del Estado y del derecho es solamente la de tutelar a las personas garantizándoles la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la convivencia pacífica mediante la estipulación del pacto constitucional. Opera una neutralidad moral, ideológica y cultural para dar paso a una laicidad del derecho basada en una auténtica ética laica<sup>(68)</sup>.

Ahora bien, estas teorías no excluyen a la moral del derecho, lo que hacen es reconocer la pluralidad de morales, de culturas, de ideologías, las cuales son canalizadas a través de una convención legal, materializada por el principio de legalidad —es decir, la ley— que opera como garantía de igualdad y de libertad de los ciudadanos contra la arbitrariedad.

Para ello sostendremos que en un Estado democrático, liberal y constitucional aquello que para una o varias personas es moralmente reprochable, no necesariamente es reprochable en términos jurídicos.

Esta afirmación va de la mano con el principio de privacidad<sup>(69)</sup>, que está amparado en nuestra Constitución en el art. 19, en tanto “ofrece una magnífica oportunidad de receptar el principio de autonomía de la persona, que es el núcleo de una concepción liberal de la sociedad, sólo en la medida en que las descripciones ‘acciones privadas de los hombres’, ‘acciones que no ofendan el orden y la moral pública’ y ‘acciones que no perjudiquen a terceros’ se entiendan como coextensivas, vale decir, como tres

(68) FERRAJOLI, LUIGI, op. cit., p. 136.

(69) NINO, CARLOS, *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 304: “La privacidad entendida como acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Estas acciones son ‘privadas’ no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente”.



formas de referirse a la misma clase de acciones: las acciones son privadas en la medida en que sólo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañosos o beneficios sobre terceros”<sup>(70)</sup>.

Así, y mas allá de nuestras concepciones —sean de la índole que sean, religiosas o no—, el principio de autonomía personal prohíbe tomar en cuenta ideales del bien personal para el diseño institucional<sup>(71)</sup>. El análisis del contenido del principio de autonomía personal nos obliga a analizar como su límite el principio de no lesividad.

Ello porque se podría alegar que al existir un daño, sobre el embrión en la práctica del aborto, la autodeterminación en este caso vulnera el principio de lesividad a terceros, de allí que algunos dicen que la práctica del aborto deba ser penada.

Quienes sostienen esta premisa aceptan como válido el concepto de que el embrión es un ente —un “otro” — distinto de la mujer que lo alberga, y que es merecedor de protección en tanto es persona en el mismo sentido moral que la mujer.

Ahora bien, para los que entendemos lo contrario, el principio de autonomía personal no choca contra el principio de no lesión a terceros.

A partir de estas consideraciones, en el caso del aborto no existen razones que permitan ir en contra del principio de autonomía personal para trasladar alguna posible objeción moral referida a esta práctica a una norma jurídica que imponga su prohibición absoluta, o que avale una interpretación que restrinja la letra de la ley de acuerdo a cómo está hoy prevista en nuestro ordenamiento legal.

Los argumentos que suelen ser empleados para rechazar los permisos dentro de un sistema de prohibición de aborto como el que rige en nuestro país, o de legalización, muchas veces mezclan distintos niveles o esferas de

---

(70) NINO, CARLOS, *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, op. cit., p. 317.

(71) NINO, CARLOS, *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 199/236.

cuestiones que tornan difuso el debate y no permiten identificar cuáles son las objeciones que deben ser atendibles desde el punto de vista jurídico.

Usualmente, las posiciones que no aceptan la práctica del aborto se escudan en consideraciones morales, no jurídicas, y concluyen que aquello que es moralmente reprochable debe ser, a su vez, jurídicamente reprochado.

Ferrajoli sostiene que la (presunta) inmoralidad del aborto o de otras prácticas lesivas para el embrión, no es sólo el presupuesto necesario sino también la razón suficiente de su prohibición. Por lo tanto, a quienes estiman que si la supresión del embrión, como consecuencia de intervenciones abortivas es (considerada) inmoral, entonces debe ser configurada además como un ilícito por parte del derecho<sup>(72)</sup>.

Para este autor, la calidad de persona del feto no es una aserción, sino una prescripción, no un juicio de hecho, sino un juicio de valor, como tal ni verdadero ni falso sino confiado a la valoración moral y a la libertad de conciencia de cada uno. Las tesis que afirman y las que niegan que el embrión sea una persona no son ni verdaderas ni falsas. El hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aun siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, y ni siquiera el feto, sean personas, al ser "persona" un término del lenguaje moral y la calificación de algo como "persona" es un juicio moral, que no puede ser deducido de un juicio de hecho<sup>(73)</sup>.

Así todos nos opondríamos con firmeza a cualquier acto que pueda dañar al *nasciturus*, al que consideramos "inviolable" en cuanto pensado y querido como futura persona. De ahí que postula la tesis de que la procreación, como la persona, no es sólo un hecho biológico sino también un acto de moral de voluntad. Es precisamente este acto de voluntad, en virtud del cual la madre piensa en el feto como persona, que según esta tesis le confiere ese valor. Es decir, su calidad de persona resulta decidida por la madre, que es quien que lo hará nacer<sup>(74)</sup>.

(72) FERRAJOLI, LUIGI, op. cit., pp. 153 y 154.

(73) FERRAJOLI, LUIGI, op. cit., pp. 156 y 157.

(74) FERRAJOLI, LUIGI, op. cit., pp. 158/165, remarcamos la postura de Ferrajoli sobre el derecho de la mujer a no ser obligada a convertirse en madre contra su voluntad; y que por lo tanto la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a

Carlos Nino, expresa que aquellos que están de acuerdo con la punición del aborto consideran que ello se debe a que en la ponderación de las lesiones en juego, la lesión que se le produce al feto —su eliminación total y definitiva— es más grave que la lesión que se produce en los derechos de los progenitores. Para llegar a estas conclusiones debemos hablar de la autonomía de las personas morales y plantearnos si el feto posee un valor moral.

Para ello, analiza la capacidad progresiva del feto desde la gestación hasta que nace, y luego cuando crece la persona, de adquisición y goce de derechos individuales fundamentales. Así, en los primeros meses de gestación y a lo largo del embarazo, el feto carece de condiciones psíquicas para obtener su autoconciencia, no es un ser independiente, sólo se puede admitir que en los últimos meses de embarazo adquiera capacidad para sentir dolor o placer<sup>(75)</sup>.

El riesgo de este postura de incapacidad de elección de planes de vidas, puede extenderse a los recién nacidos, las personas inconscientes, a los deficientes mentales, a los ancianos, lo que implicaría no considerar su valor como personas morales<sup>(76)</sup>.

Por ello, utiliza la idea de potencialidad que se basa en que, por lo menos, los recién nacidos o los inconscientes de manera temporal tienen potencialmente las condiciones que permiten gozar de los derechos básicos. Lo mismo se ha sostenido respecto de los fetos ya que parece haber sólo una diferencia de grado entre el proceso que permite que ellos se conviertan en personas autónomas y el que media entre la niñez y la vida adulta o el que permite que se recobre la conciencia luego de un período de sueño o de un coma momentáneo.

Sostiene en ese sentido que es fructífera la distinción que hacen autores como Warren entre alguien que es potencialmente capaz y alguien que

---

una opción de vida que es la maternidad, siendo que el derecho penal puede únicamente imponer un hacer, es decir prohibir comportamientos, y no imponer conductas y, todavía menos opciones de vida.

(75) NINO, CARLOS, "Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal del aborto y la eutanasia", en *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 501/502.

(76) NINO, CARLOS, "Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal del aborto y la eutanasia", op. cit.

es realmente capaz aunque su capacidad se encuentre temporalmente desactivada —poniendo ese autor como ejemplo que un auto temporalmente sin nafta no es un auto potencial<sup>(77)</sup>—.

A partir de aquí se exploran para este autor criterios de identidad e igualdad que toman en cuenta la relación entre el feto y el individuo autoconsciente y sensible.

Para Nino lo que determina la protección de las personas morales es la capacidad separada de adoptar y materializar planes de vida y la de sentir dolor y placer. La primera no se da en ninguna etapa de evolución del feto, ni del niño pequeño, y la segunda sólo se da en las etapas ulteriores del desarrollo del feto.

Luego se pregunta si hay algún tipo de relación que permita extender la protección que se da a un ente con características de la persona moral, a quien no las tiene<sup>(78)</sup>.

Una respuesta se basa en la proyección de la identidad: parece plausible conceder a un ente la protección que merecen las personas morales, incluso en etapas de su desarrollo en que no tiene las propiedades distintivas de tales personas si es el mismo ente el que tuvo o tendrá tales propiedades en otros estadios de su desarrollo. Requiere continuidad no sólo física, sino emocional, de recuerdos, intenciones, creencias, etc. Aplicado al feto, resulta que sólo en sus estadios de mayor maduración tiene procesos psíquicos que podrían determinar una identidad con esa persona, pero la identidad en cuestión debe ser disminuida.

Ahora, podrá sostenerse que el valor de las personas autónomas se proyecta hacia entes que no lo son, no sólo cuando son idénticos, sino también cuando tales entes guardan con estas personas una relación más débil que es la de convertirse en ellos. Así, aun cuando el feto no es idéntico a la persona autónoma, se convertirá naturalmente en esa persona autónoma y, por lo tanto, se beneficiará con su valor. No ocurre lo mismo

(77) NINO, CARLOS, *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, op. cit.

(78) NINO, CARLOS, *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, op. cit. pág. 240/241.

con lo que puede convertirse en algo valioso por la acción voluntaria de otra gente, como ocurre, por ejemplo, con los óvulos y espermatozoides con respecto al feto. Esta diferencia no se justifica bajo el concepto de una concepción ética liberal que así como toma distancia crítica de las convenciones sociales, debe evitar sacralizar los procesos naturales: el que el feto en los primeros meses se convierta naturalmente en un feto más desarrollado y luego en un niño y, más tarde, en una persona autónoma, no debe ser más relevante moralmente que si el proceso necesitara de la acción voluntaria de seres humanos; en realidad, necesita de la omisión voluntaria de los seres humanos.

Nino, al igual que Ferrajoli, confieren a la voluntad de la mujer la determinación de planes a la hora de optar por convertir al feto en persona moral. Nino<sup>(79)</sup>, incluyendo al hombre dentro de la decisión, mientras que Ferrajoli sólo contempla la voluntad de la mujer.

## 5 | Conclusiones

A partir del fallo se abre la posibilidad de discutir la cuestión del aborto. Como vimos a lo largo de este trabajo, nuestro Código Penal regula una prohibición a la práctica, contemplando supuestos permisivos —art. 86 del CP—.

Si bien la Corte avanza en el reconocimiento de los derechos de la mujer, no llega a despejar la postura sobre la necesaria legalización de la práctica.

Lo cierto es que en un contexto mucho más humilde, encontramos que el Máximo Tribunal se ocupó de aclarar aquello que ya es de por sí claro en la letra de la ley. Es por eso que sostenemos que, desde el prisma del principio de legalidad, la cuestión del aborto tiene una sola respuesta. Esa respuesta radica en afirmar que, en los casos contemplados por el artículo 86 del CP, y en las condiciones fijadas por la Corte los actores involucrados en el asunto no deben vedar el acceso a la intervención.

---

(79) NINO, CARLOS, *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, op. cit., pp. 236/243; y NINO, CARLOS, *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., 2da. ed. ampliada y revisada.

Creemos fundamental la lectura del fallo de la Corte, y especialmente del dictamen del Ministerio Público de Menores e Incapaces —Defensora General de la Nación y Defensor Público Oficial ante la CSJN— en representación de la niña AG para concluir que los argumentos que se utilizan para imposibilitar la práctica del inciso segundo suelen ser los mismos que se utilizan para combatir al supuesto del inciso primero.

Entendemos que los argumentos y la ponderación de derechos también se hace extensiva al inciso primero del artículo, y en el presente caso la situación también podría abarcar dicho apartado, puesto que estaba comprometida la salud psíquica de la mujer —en este caso una niña, si el embarazo continuaba contra su voluntad, tal como lo sostuvieron sus representantes<sup>(80)</sup>—.

La CSJN en el fallo ha puesto fin al debate sobre el alcance que tiene la protección de la vida humana en nuestra legislación constitucional/convenacional, específicamente en el ámbito punitivo estatal. Esto habilita a pensar en una adecuación legislativa tendiente a legalizar el sistema de interrupción voluntaria del embarazo.

A partir de lo expuesto, destacamos que si bien la CSJN trata el tema en el contexto del inc. 2 del art. 86 del CP, nada impide que las mismas conclusiones sean adoptadas para el inc. 1; por encontrarnos en ambos casos frente a abortos permitidos.

También agregamos que los derechos que se encuentran en juego son los mismos en la totalidad del art. 86, sin distinción de los incisos, claramente nos encontramos en ambos casos frente a la misma ponderación de derechos; y así lo entendió el legislador al compilar ambas circunstancias en el marco de la legalidad en el mismo artículo. Insistimos si bien el contexto del dictado del fallo versa sobre el inc. 2, es aplicable a la totalidad del art. 86.

.....

(80) Sostienen los defensores públicos de menores e incapaces: “la justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico”. Apuntan en esa dirección que “(...) 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 de embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada (con cita de ZAFFARONI, EUGENIO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 503).

Entendemos que la CSJN en este histórico fallo ha resuelto de manera definitiva la interpretación del art. 86 inc. 2, y debe destacarse que no ha habido ningún voto disidente.

Luego de este histórico fallo, el desafío actual consiste en replantearnos, en el marco de una ciudadanía responsable, la necesidad de adecuar la legislación sobre interrupción voluntaria del embarazo a los estándares constitucionales/convencionales y, mientras dura este proceso, ampliar la mirada en términos de interpretación de los casos permitidos en nuestra legislación doméstica desde la década del '20 del siglo pasado.

---

# Consideraciones sobre el derecho a la eutanasia y a la muerte digna en la Argentina

por **LUCAS VIDELA**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

El término eutanasia, que significa buena muerte, (*eu* = buena, *thánatos* = muerte), plantea complejidades que han estado presentes en cualquier sociedad: el valor de la vida y su conexión con la muerte. Sin duda, cuestiones que hacen a lo más esencial del ser humano: su existencia.

Interesa decir que recién en el siglo veinte el concepto eutanasia llegó a emparentarse con una acción directa e indolorosa de un paciente que, sin perspectiva de recobrar la salud, puede desear esta forma de muerte inmediata<sup>(2)</sup>. Por lo tanto, hoy día, en términos concretos, la eutanasia directa implica una acción médica destinada a adelantar la muerte de un paciente.

La muerte digna, en cambio, es la muerte con todos los alivios médicos adecuados y los consuelos humanos posibles. También se la denomina ortotanasia. Existe, por ende, una gran diferencia con la eutanasia: en este

.....  
(1) Asesor Legal del Instituto de Investigaciones Médicas Dr. Alfredo Lanari de La Universidad de Buenos Aires.

(2) (HÄRING, BERNHARD. *Moral y Medicina*, Edit. PS. 2da. ed, Madrid, 1973, p. 142).



caso no se verifica una actividad médica dirigida a buscar la muerte. Sólo existen abstenciones.

Ahora bien, eutanasia activa y muerte digna son nociones que han cambiado a lo largo del último tiempo. Primordialmente, en función del desarrollo inusitado que ha experimentado la ciencia médica. Un avance que ha posibilitado a los seres humanos prolongar la vida por medios que no existían tiempo atrás. A tal punto, que el mantener la vida por medios artificiales ha llevado a muchos a cuestionar cuándo termina la vida. También la misma utilidad de la ciencia para mantener en ciertos estados a los enfermos aparece a veces cuestionada. Es decir, la ciencia en sí ofrece facetas controvertidas<sup>(3)</sup>.

En el plano del derecho, esa realidad, a su vez, ha ido de la mano al desarrollo y consolidación de los derechos personalísimos del hombre.

Por lo tanto, hoy día se plantea un debate en torno a los alcances que tiene el derecho a la vida y, de manera consecuente, cuál es el alcance que tiene el derecho a la vida y a la salud. ¿Se trata de derechos irrenunciables? ¿Y en qué sentido lo serían? En distintas esferas y países se debaten esas cuestiones y se piensa si el médico debe tener una intervención activa para acelerar la muerte a petición expresa de un enfermo terminal.

## 2 | Los alcances del derecho a la salud

El derecho de la salud, como es lógico, nos lleva a pensar qué alcance tiene la autonomía de la voluntad del paciente frente al valor social de la vida y de la salud y, en consecuencia, cómo se interpretan estos derechos frente al orden público.

Al respecto, importa decir que la vida y la salud son un derecho constitucional personalísimo que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos.

.....  
(3) HUXLEY, ALDOUS, en su obra *"Un mundo feliz"*, 9 ed., trad. Ramón Hernández, Plaza & Janés, Barcelona, España.

Así las cosas, en un sentido, la salud humana constituye un bien jurídico individual<sup>(4)</sup>. En ese margen, la relación privada médico-paciente se rige con los principios bioéticos de beneficencia, no maleficencia, justicia y de autonomía<sup>(5)</sup>. Pero, además, la salud constituye un bien jurídico social y, por lo tanto, el contenido del derecho social a la salud pertenece al grupo de los derechos de "segunda generación".

En efecto, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación "el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional"<sup>(6)</sup>. Y, en forma muy similar, "el derecho a la salud, como derecho de segunda generación, se encuentra enlazado con el derecho a la vida y, como tal, "es el primer derecho humano que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional"<sup>(7)</sup>.

Surge así que, como la salud puede ser definida como "la ciencia que procura la recuperación o el mantenimiento de la salud individual y colectiva de los hombres para un bienestar físico, psíquico y social"<sup>(8)</sup>, exige un doble abordaje desde el punto de vista jurídico. El tema, por lo tanto, exige reflexionar acerca de qué valoración tiene la opinión científica y qué rol le compete a las instituciones a la hora de definir el margen de libertad del paciente frente a su propia muerte.

El interés de este artículo, por ende, se centra en reflexionar acerca de cuál es la preeminencia del orden público en las cuestiones relacionadas con la salud y más específicamente con relación a la eutanasia y la muerte digna, ante el avance sin precedentes de la ciencia médica. Un avance que sin duda ha obligado a definir bajo otros parámetros la muerte. Hoy día,

(4) CIFUENTES, SANTOS, "Tutela integral de los derechos personalísimos", L.L., del 2-4-90.

(5) 167-873; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho", LA LEY, 1996-C-1015; TINANT, EDUARDO LUIS, "Bioética y Derecho", Ética y Derecho (En homenaje al doctor Ricardo Balbín)", p. 297, La Plata, 1998; BERTOLDO DE FOURCADE, MARÍA V., "Traducción jurídica del principio bioético de autonomía", LA LEY, supl. act., 23-2-99; HOOFT, PEDRO F., "Bioética y derechos humanos. Temas y casos", primera parte, cap. I, Bs. As., Ed. Depalma, 1999.", E.D., 167-873.

(6) Fallos 302:1284; 310:112.

(7) Fallo 310:312.

(8) ACHAVAL, ALFREDO, *Manual de medicina legal (Práctica forense)*, 4a. ed. actualizada, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1994, p. 883.

la bioética —que es una disciplina esencial para abordar las cuestiones aquí tratadas— tiene un desarrollo ostensible; también existen mayores conocimientos acerca de la muerte cerebral, de los estados vegetativos persistentes y de las criaturas anencefálicas (personas que mantienen las funciones del tronco encefálico: la respiración, el latido del corazón y los actos reflejos —actos inconscientes—, pero sin actividad en el plano consciente, es decir, no hay actividad en la parte superior del cerebro, incluida la corteza cerebral y, por lo tanto, la persona no experimenta sensaciones).

Una realidad que motiva a no pocos a pensar el límite entre la vida y la muerte en términos de grados, y no en términos categóricos, para así distinguir otros estados más allá de los clásicos de “vida” o “muerte”. Un hito en la historia de la humanidad de enorme relevancia dado que implica medir estados tan trascendentales como vida y muerte con otras concepciones.

Resulta entonces importante a la hora de realizar un abordaje jurídico al tema, acudir a la ciencia médica para determinar mejor los conceptos “vida” y “muerte” y, en consecuencia, determinar las distintas fases que acompañan el tránsito de un estado al otro en caso de enfermos terminales. Para ese fin, es primordial, además del uso preciso de los últimos conocimientos de la ciencia médica, el rol que tienen los Comités de Ética en las diferentes instituciones a la hora de pensar si aún son aplicables las concepciones científicas y éticas que motivaron el dictado de ciertas normas jurídicas.

Ahora bien, en ese anhelo, en esta instancia, es pertinente discriminar la acepción de los diferentes términos que tienen relevancia a la hora de tratar la eutanasia y la muerte digna:

### **La Eutanasia directa**

Existe por un lado la llamada eutanasia directa, que significa adelantar la hora de la muerte en caso de una enfermedad terminal; consiste en provocar una muerte indolora a petición del afectado.

### **Muerte digna**

Por otra parte, otro término importante es ortotanasia o muerte digna, que consiste en dejar morir a tiempo sin emplear medios desproporcionados y extraordinarios. Se ha sustituido en la terminología práctica por muerte

digna para centrar el concepto en la condición (dignidad) del enfermo terminal y no en la voluntad de morir. En términos generales, es asimilable al concepto de eutanasia directa pasiva.

### Distanasia

Por último, otro concepto relevante es el de distanasia, que consiste en el encarnizamiento o ensañamiento terapéutico. En este caso, se procura posponer el momento de la muerte recurriendo a cualquier medio artificial. El excluyente fin es prolongar la vida del enfermo y a veces se llega a la muerte en condiciones inhumanas. En ocasiones, según los deseos de otros (familiares, médicos) y no según el verdadero bien e interés del paciente.

## 3 | La eutanasia y la muerte digna en la historia

Si las costumbres humanas son variables, que es lo que buena parte del humanismo clásico no ha cesado de decir, desde Herodoto a Montaigne y a Voltaire<sup>(9)</sup>, el concepto de eutanasia no escapa a esa regla y, como es lógico, ha evolucionado en su significación y contexto en la historia occidental. A grandes rasgos, en la antigua Grecia y Roma una mala vida no era digna de ser vivida y, como norma, la eutanasia no suscitaba grandes polémicas (incluso si consideramos la posición adoptada por los miembros de la escuela hipocrática —que eran una franca minoría—, quienes juraban no administrar drogas mortales a nadie que lo pidiera ni hacer sugerencia alguna en ese sentido)<sup>(10)</sup>. Durante el Medioevo, en cambio, la eutanasia pasó a ser algo prohibido. La persona no puede disponer libremente sobre la vida que le fue dada por Dios y eso no admite excepciones. Surgió así un principio absoluto en torno al valor “vida”; las personas debían quedar en manos de Dios; no podían decidir por sí.

(9) BARTHES, ROLAND, *Ensayos Críticos*, Ed. Seix Barral, 2003, p. 229.

(10) BURNELL, G. M., *Elección final. Vivir o morir en la era de la tecnología médica*. Bs. As., Ed. Científica Interamericana; 1994.

Con la llegada de la modernidad, en el siglo XVII, el filósofo inglés Francis Bacon retoma el antiguo nombre de eutanasia y diferencia dos tipos: la “eutanasia exterior” como término directo de la vida y la “eutanasia interior” como preparación espiritual para la muerte. Así agrega a esta tradición algo que para la teología era una posibilidad inimaginable: la muerte de un enfermo ayudado por el médico.

Para Bacon, el deseo del enfermo es un requisito decisivo de la *eutanasia activa*; la eutanasia no puede tener lugar contra la voluntad del enfermo o sin aclaración.

Más tarde, en numerosos países europeos se fundan, a comienzos del siglo XIX, sociedades para la eutanasia y se llevan a cabo acciones para una legalización de la eutanasia activa. Nietzsche, por su parte, ya sobre el fin del siglo XIX, en su búsqueda por superar la moral judeocristiana, reflexionó en forma distinta acerca del valor de la vida y la muerte.

Luego, el régimen nazi —en el marco del llamado programa Aktion T4— elimina muchas veces a enfermos considerados minusválidos y débiles, sin ningún tipo de consentimiento de parte de los pacientes o sus representantes legales. Así se vuelve patente los gravísimos peligros que entraña el uso de la eutanasia sin el debido respeto a la voluntad del paciente. Por ese motivo, en los Juicios de Nuremberg (1946–1947) se juzgó como criminal e inhumana toda forma de eutanasia activa y, además, se estableció expresamente que es ilegal todo tipo de terapia y examen médico llevado a cabo sin aclaración y consentimiento, o en contra de la voluntad de los pacientes afectados<sup>(11)</sup>.

## 4 | La eutanasia y la muerte digna en distintos países

En el presente, se sustentan diferentes opiniones sobre la eutanasia y son variadas las prácticas médicas y las legalidades en los distintos países del mundo. Ésta es aceptada, con distintos matices, en pocas jurisdicciones. En Europa, sólo Holanda y Bélgica han legalizado la eutanasia, mientras que Suiza la tolera con matices al igual que Luxemburgo.

(11) VON ENGELHARDT, DIETRICH, *Bioética y humanidades médicas*, editorial Biblos, 2004, p. 211.

Existen, por otra parte, países que autorizan determinadas ayudas para morir. En Italia, la eutanasia está prohibida; pero la Constitución reconoce el derecho de rechazar cuidados médicos. En Francia, la ley Leonetti del 22 de abril de 2005 instauró el derecho a “dejar morir”, sin permitir a los médicos que practiquen la eutanasia. En el Reino Unido de Gran Bretaña, la eutanasia directa está prohibida aunque la justicia autoriza la interrupción de tratamientos médicos en algunos casos. Lo mismo en España, donde la ley reconoce el derecho de los enfermos a rechazar cuidados médicos. Cosa que también ocurre en Hungría y en la República Checa. En Alemania y Austria, la eutanasia pasiva, como el hecho de desconectar una máquina, no es ilegal si el paciente da su consentimiento.

En Noruega, por su parte, un médico puede decidir no tratar a un paciente terminal a petición de éste o, si el enfermo no se puede comunicar, a petición de sus familiares. En Dinamarca, desde finales de 1992, se puede hacer un “testamento vital” que los médicos deben respetar.

En Uruguay está permitido el llamado homicidio piadoso. En el artículo 37 de su código penal dice: “Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima”, pero está penada la asistencia al suicidio en el artículo 315 del código.

En Colombia, en el año 1997, su Máximo Tribunal Constitucional, estimó que, en el caso de los enfermos terminales, si existe la petición expresa de un paciente en pleno uso de sus facultades para que se le practique eutanasia, no puede responsabilizarse al médico<sup>(12)</sup>.

En cuanto a los Estados Unidos de América, en 1976 la Corte Suprema del Estado de New Jersey permitió la desconexión del ventilador de Karen Ann Quinlan. Fue el primer fallo que apoyó la suspensión de tratamientos de pacientes terminales en el continente americano<sup>(13)</sup>.

A partir de ese hito, la mayoría de los Estados dictaron leyes que permiten la suspensión de tratamientos a pacientes terminales y, como corolario de

(12) Sentencia C-239 de 1997 (Corte Constitucional de Colombia)

(13) ORENTLICHER D., *The legalization of physician-assisted suicide*. N Engl J Med 1996; 335: 663-7

ese proceso, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos autorizó la suspensión de tratamientos<sup>(14)</sup>.

No obstante lo antedicho, las otras formas de muerte asistida por el médico son ilegales en casi todo el país. La primera excepción es el Estado de Oregon. En esa jurisdicción, el suicidio asistido es legal ya que luego de una consulta popular el Parlamento de ese Estado aprobó el "Acta de Oregon de Muerte con Dignidad"<sup>(15)</sup>. La segunda excepción desde el año 2008 la constituye el Estado de Washington.

## 5 | La muerte digna en la Argentina. La situación de la eutanasia

En nuestro país, luego de un proceso que tiene como hito el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Bahamondez"<sup>(16)</sup>, con la reciente reforma de la Ley de Salud pública Nro 26.529<sup>(17)</sup>, nuestro orden jurídico ha consagrado de manera clara y contundente que el paciente: "(...) tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También

(14) ANGELL M., *The supreme court and physician-assisted suicide. The ultimate right.* N Engl J med 1997; 336: 50-3.

(15) A fines del año 2008 los ciudadanos del Estado de Washington votaron a favor del "Acta de Muerte con Dignidad"

(16) L.L. 1993-D-125

(17) Ley 26.742 (B.O. 24/5/12).

podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente (...)” (inciso e del artículo 2 de la Ley 26.529 reformado por la Ley 26.742).

Así las cosas, es importante detallar que la autonomía de la voluntad implica que cada uno puede decidir de manera independiente en torno a su persona y que su ejercicio constituye un principio general del derecho de fuente constitucional<sup>(18)</sup>”.

En nuestro ordenamiento jurídico, además de en la Ley 26.529, este principio está consagrado en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. Para nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación “(...) el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros (...)”<sup>(19)</sup>”.

En palabras de nuestro Máximo Tribunal, el citado artículo de nuestra Constitución Nacional “(...) protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad (...)”<sup>(20)</sup>”.

Desde la bioética, la autonomía de la voluntad, no es un atributo absoluto sino que resulta variable en función de innumerables circunstancias personales que difieren según determinados factores culturales, económicos,

(18) XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 1997.

(19) A523 XLVIII. Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias.

(20) Voto de la mayoría, consid. 8º del fallo precedente; también citado en la causa V.356. XXXVI “Vázquez Ferrá, Evelín Kanna s/ incidente de apelación”, sentencia del 30 de septiembre de 2003, cons. 24 del voto del Dr. Maqueda.



sociales, que, como los tiempos, la situación, la ubicación, entre otras de relevancia, hacen que una persona pueda ser competente para adoptar una decisión bajo alguna de ellas e incompetente bajo otras<sup>(21)</sup>.

Por lo demás, vale decir que la autonomía de la voluntad integra uno de los cuatro principios propios de la bioética junto con el principio de beneficencia, de no maleficencia y de justicia<sup>(22)</sup>. En un plano esencial, la autonomía de la voluntad opera como la garantía de los derechos individuales del paciente y, como es lógico, el principio se verifica a través de las decisiones que adopta el mismo, merced a la información que se le brinda y le posibilita obtener una comprensión adecuada sin ningún tipo de coacción.

De modo que para que la autonomía de la voluntad del paciente sea plena, el acto médico debe involucrar información cabal y certera; lo que implica que el consentimiento informado (el documento que acredita el proceso de información del médico hacia el paciente, y que habilita su posterior decisión) debe ser completo y preciso en la medida de las posibilidades que plantea el caso y en cuanto a la condición del paciente y su estado (art. 5 de la Ley 26.529).

Ahora bien, como vimos, un tema esencial en lo concerniente al principio de la autonomía de la voluntad es verificar que quien expresa una decisión trascendental en torno a su salud está en condiciones de hacerlo. Tal premisa —la validez en sí del pleno ejercicio de la propia voluntad— le otorga legitimidad a la autonomía para que pueda ser ejercida.

De manera que resulta imprescindible verificar que la persona esté en condiciones de discernir y evaluar las consecuencias de su decisión luego de haber sido informado debidamente. Para ello debe requerirse opinión profesional al Servicio de Salud Mental de la Institución, o a un comité psiquiátrico. También es útil saber que la Ley 24.742 (B.O. del 23/12/96) impone la obligatoriedad de crear Comités Hospitalarios de Ética en todo nosocomio del sistema público de salud.

---

(21) GHERARDI, CARLOS R., "La muerte intervenida - soporte vital: abstención y retiro en el paciente crítico", p. 388.

(22) The Hastings Center, The Goals of Medicine. Setting New Priorities. Special Supplement. Hastings Center Report 1996, 26 (6), S1-S27.

En suma, establecer cuándo un paciente terminal se encuentra en condiciones de adoptar decisiones en forma libre y con capacidad suficiente, es un tema que la ciencia médica, los profesionales de la salud, las instituciones sanitarias, y la comunidad en general, deben atender muy especialmente.

Así las cosas, el principio de autonomía exige el respeto a la capacidad de decisión de las personas en la cuestión que involucra, al fin y al cabo, su derecho más elevado: su propia vida, ya que la finalidad misma de la medicina, que no es primariamente evitar la muerte sino promover la salud y restaurarla cuando es sustituida por la enfermedad<sup>(23)</sup>.

Según la definición presentada por la Organización Mundial de la Salud<sup>(24)</sup>, la salud (del latín *salus*, *-ūtis*) es el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia. Sin duda, una definición demasiado extrema en cuanto a su capacidad de “reflejar” una realidad; casi nunca experimentamos un estado de completo bienestar físico, mental y social.

Distinta es la aproximación al concepto si recuperamos para el término “salud” el significado original de “superar una dificultad” *salus* y *salvatio*, muy iguales en latín —vale decir que la U y la V, cuyos sonidos y grafía ahora distinguimos, eran una sola letra para los clásicos—. Salud de ese modo significa “estar en condiciones de poder superar un obstáculo”. Así la salud pasa a ser el hábito o estado corporal que nos permite seguir viviendo<sup>(25)</sup>; es decir, la salud es el estado que nos permite superar los obstáculos que el vivir encuentra a su paso. Vivir no es simplemente permanecer. Vivir implica una actividad interna del ser vivo que consigue mantener una cierta independencia y diferenciación de su ámbito exterior: el mantenimiento de la homeostasis, característico de los vivientes, es un proceso activo que se realiza contra dificultades que opone el medio<sup>(26)</sup>.

(23) SAGUES, NÉSTOR P. “¿Derecho constitucional a no curarse?”, p. 131

(24) En su constitución Aprobada en 1948.

(25) TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiæ*, I-IIae, q. 50, a. 1, c.

(26) ALARCÓN E., op. cit.; CHOZA J.; *Manual de antropología filosófica*. Madrid: Rialp, 1988.

De modo tal que la salud tiene una relación directa con nuestra capacidad para vivir y, aunque las definiciones en este terreno se vuelven incapaces de describir estados como la vida y la muerte, en términos generales, es lógico establecer que a menos salud menos vida y, en ese entendimiento, cobra mucho sentido la voluntad del paciente: es lógico que una persona no desee vivir si no puede gozar de condiciones que tornen su existencia verdaderamente “humana”, y la obliguen a permanecer en estados de mucha disminución y sufrimiento sólo porque el avance inusitado de la ciencia así lo permite.

Si la decisión en torno a su propia salud le pertenece cada persona y es, por lo tanto, soberana, es importante remarcar el valor de las directivas anticipadas o testamento vital. Por testamento vital debe entenderse la declaración de voluntad de una persona adulta y capaz, en donde en forma expresa el paciente decide rechazar la implementación de métodos extraordinarios y desproporcionados para mantener artificialmente la vida. Es una manifestación de la propia voluntad, no es un consentimiento, es un acuerdo unilateral sobre las condiciones y circunstancias preferidas para un buen morir<sup>(27)</sup>.

En consecuencia, hoy día la voluntad del paciente es apta para decidir de modo exclusivo someterse o no al acto médico<sup>(28)</sup>, siempre que con su decisión no afecte derechos de terceros; porque, si lo hace, entra en juego la valoración de la salud como bien público, y la capacidad del paciente para decidir a su entero arbitrio cede frente al interés común<sup>(29)</sup>. Pero la afectación de derechos de terceros ocurre muy pocas veces a la hora de decidir el paciente acerca de su propia salud. Puede ocurrir en casos puntuales como un plan de vacunación, o frente a la necesidad de aislamiento del paciente; pero no en muchos casos más. Esto último significa que, en la gran mayoría de las situaciones, el paciente puede decidir en forma exclusiva sobre su salud.

(27) MAGLIO, IGNACIO, “El derecho a decidir en el final de la vida. Morir con dignidad y testamento vital”, *Medicina antropológica*, n° 4.

(28) BUERES, ALBERTO J., *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 238.

(29) BUERES, ALBERTO J., op. cit., p. 250

En un fallo muy reciente<sup>(30)</sup>, ante un caso en que se planteaba la negativa de los padres de un niño —seguidores de los principios de la medicina homeopática y ayurvédica— a someterlo a un plan nacional de vacunación, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad, una vez más, de explayarse en torno al valor social del derecho de la salud y volvió a fijar que si el obrar de las personas “(...) perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional; y por lo tanto se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal (...)” (en el caso un plan de vacunación)<sup>(31)</sup>. Lo interesante del fallo, entre otras cuestiones, radica en la valoración científica que le otorgó la Corte al plan nacional de vacunación. Es decir, radica en el reconocimiento de la necesidad de que ciencia médica establezca los criterios para determinar la existencia o no de un riesgo efectivo para la salud de terceros.

En cuanto a las valoraciones que pueden tomar en consideración los jueces, importa decir que, en el orden nacional, por Decreto 426/98 (B.O. del 21/4/98) se creó la Comisión Nacional de Ética Biomédica, la que debe funcionar en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, y que entre sus objetivos figuran el brindar asesoramiento a todo tipo de instituciones sobre temas específicos de Ética Médica y Biomédica; fomentar la enseñanza de la Ética Biomédica; promover que en todas las instituciones de salud se organicen y funcionen Comités de Ética Biomédica; participar en actividades académicas, investigación y docencia vinculadas a los objetivos de la Comisión, etc.

A su vez, en el caso de personas incapaces, o sin el pleno uso de sus facultades, para la toma de decisiones, es importante considerar, a los efectos de evaluar la acción a adoptar, la noción de “persona vulnerable” en sentido bioético<sup>(32)</sup>. El vocablo personifica la situación límite que la Bioética describe como “autonomía disminuida” y a la que concurren para su superación, amén del consentimiento de las personas más próximas, la autorización judicial y la acción terapéutica pertinente.

(30) N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas. N. 157. XLVI).

(31) (1. Considerando 14) del fallo citado en forma precedente.

(32) Vulnerable proviene del latín *vulnerabilis*; *vulnus* —herida— y el subfijo —*abilis*— indica posibilidad; es decir, la posibilidad de ser herido.

Evitar daños en el ser humano es adoptar la no maleficencia como principio, cumpliendo con el imperativo que manda garantizar la inviolabilidad del individuo<sup>(33)</sup>.

Como sostiene Maglio<sup>(34)</sup>, la no maleficencia —al igual que los restantes principios bioéticos— se deriva de un axioma que no requiere justificación porque es genuinamente constitutivo: el “metaprincipio” de la dignidad humana.

En suma, la vida, la integridad corporal y la salud están consideradas en la conciencia social y en el derecho positivo como valores que revisten interés público. No son exclusivamente derechos subjetivos. Son, como vimos, derechos de la personalidad o personalísimos y, como tales, trascienden los meros intereses privados siendo innatos al hombre. Un hombre no puede ser privado de ellos dado que le corresponden de manera innata desde antes de su nacimiento y hasta su muerte y le garantizan el íntegro ejercicio y desenvolvimiento de sus atributos esenciales para así poder desarrollarse plenamente en su condición de ser humano. A su vez, la salud y la integridad corporal, como derechos subjetivos, le otorgan al individuo poderes de actuar en su defensa en caso de ser desconocidos o violados<sup>(35)</sup>.

Ahora bien, a la luz de lo expresado, vale pena formular la pregunta: ¿es el ser humano dueño de su vida para suprimirla con el auxilio de la ciencia médica? Hasta ahora es claro que sí lo es para marcar el destino de su existencia o de su cadáver. Pero para gran parte de la doctrina su voluntad en torno a su propia salud será eficaz en tanto esté orientada a que el asistido persiga recuperar la salud o conservar la vida por medio de la aplicación de un tratamiento o de la realización de una intervención quirúrgica<sup>(36)</sup>.

(33) “El no dañar es un principio de vigencia universal a través del tiempo, pero antes tenía un contenido singular y ahora, en cambio, constituye uno de los pilares del orden social”; v. GOLDENBERG, ISIDORO, *Indemnización de daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, pp. 51/52, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1993.

(34) Error y medicina a la defensiva: ética médica y la seguridad del paciente *Rev. bioética* (Impr.) 2011; 19 (2): 359 - 65

(35) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE H., “La voluntad de cada uno es el solo arbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo”, Pág. 364.

(36) BUERES, ALBERTO J., op. cit., p. 208

Es decir, no existen divergencias en torno a la idea de que el cuerpo de una persona merece la máxima tutela dentro de nuestro orden jurídico para superar una afección. Y tampoco, en función del art. 19 de la C.N., y la actual redacción de inciso e) del artículo 2 de la Ley 26.529, existen divergencias acerca de que la decisión de no recibir un tratamiento debe ser respetada en tanto y en cuanto no afecte derechos de terceros, pero llegado el caso que un paciente terminal requiera auxilio para provocar su propia muerte, prevalece la noción de que la vida de cada persona es un valor social, y por lo tanto integra la esfera del orden público. Se considera, además, que el acto de auxilio médico para provocar la muerte sería contrario a los principios que rigen la ciencia médica y se invocan nociones de tipo ético, filosóficas y religiosas; y se subraya que el primer juramento de todo médico ha sido el de no hacer daño (*Primum non nocere*), y que desde el inicio de su ejercicio, los médicos juran respetar dos principios básicos de beneficencia y el de no maleficencia<sup>(37)</sup>.

Y sin embargo, la única limitación vinculante para un médico, que consintiera asistir a un enfermo terminal en su voluntad de morir, debe provenir de nuestro derecho positivo; además de que conviene revisar, en función de la ciencia médica actual, qué debe entenderse por “no hacer daño”.

Justamente en ese plano, existen quienes cuestionan la prohibición de requerir, en caso de enfermos terminales, asistencia médica para la propia muerte, puesto que consideran esa prohibición una injerencia no justificada a aspectos íntimos y personales de la persona<sup>(38)</sup>. Desde esta postura, se remarca la vigencia del derecho a la autonomía o autodeterminación de cada individuo<sup>(39)</sup> para decidir acerca de su propia vida según sus valores y creencias. A veces, también se hace hincapié en la necesidad de eliminar el sufrimiento del paciente terminal cuando los padecimientos no pueden ser eficazmente aliviados con dosis convencionales de fármacos

(37) RANCICH, A. M., GELPI, R. J., *Análisis de los principios éticos en los juramentos médicos utilizados en las facultades de medicina de la Argentina en relación al hipocrático*. Medicina (Buenos Aires) 1998; 58: 147-52.

(38) RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *Responsabilidad del médico*, p. 418.

(39) LUNA F., SALLES A., “Rechazo del tratamiento, eutanasia y suicidio asistido”, *Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana 1995. pp. 107/60.

En definitiva, lo cierto es que si un paciente terminal elige poner fin a su vida, y para eso requiere el auxilio de profesionales de la ciencia médica, no existe, a priori, vulneración alguna de los derechos de un tercero; con lo cual, toda la tesis descripta en torno a las limitaciones a la autonomía de la voluntad no debería proceder.

Tampoco existe, en la construcción lógica sobre la que se erige el principio de la autonomía de la voluntad, ningún tipo de principio ético, moral, filosófico, o de cualquier índole que pueda incidir sobre las decisiones o creencias del paciente. El motivo es evidente: en el marco del principio de la autonomía de la voluntad el paciente está enteramente capacitado para obrar conforme su propia creencia si con ella no afecta a ningún tercero. Ninguna idea o principio que a él solo lo afecte podría vulnerar esa esfera de libertad. Sostener lo contrario, como dije, es ir contra la misma lógica del postulado "autonomía de la voluntad". Y sin embargo, a un paciente que ha quedado en un estado terminal no le sería lícito requerir auxilio para su muerte dado que la ley 26.529 no lo autoriza expresamente y la doctrina y tradición de la ética médica tienden a negar esa posibilidad aun cuando el médico tratante estuviese dispuesto a seguir la voluntad del paciente.

La cuestión nuclear, por ende, se centra en torno a qué valor le otorga a la vida nuestra sociedad y, por lo tanto, su derecho positivo y, fundamentalmente, y si el valor vida es uno solo. Como vimos, la salud humana constituye un bien jurídico individual y también es un bien jurídico social. Por lo tanto, el contenido del derecho social a la salud, pertenece al grupo de los derechos de "segunda generación" ya que, a la luz de la concepción social del constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social<sup>(40)</sup>.

Ahora bien, resulta entonces primordial establecer en qué sentido la salud es un bien jurídico individual y en qué sentido constituye un bien jurídico social. Vimos ya que, para el individuo, la salud es un bien jurídico exento de la injerencia de cualquier tercero siempre que con sus decisiones no perjudique a sus congéneres. Y también vimos que la salud, como bien jurídico social, es un elemento que hace a la esencia de cualquier nación

(40) CARNOTA WALTER F., *Proyecciones del derecho humano a la salud*, E.D., 128-877, pp. 880/881.

(en tanto constituye un deber ineludible para una república garantizar el acceso a la salud de toda su población). Es por ello que existe —o debería existir— en cada país una política sanitaria.

Le compete, por lo tanto, a la Administración Pública Sanitaria la planificación, organización, dirección y control de las organizaciones públicas y privadas orientadas al cuidado y fomento de la salud, mediante la optimización de recursos financieros, tecnológicos y humanos; de manera que todos los ciudadanos puedan tener pleno acceso a las prestaciones de salud. Y también, no hay duda, le compete al Estado dictar las normas que regulen el sistema de salud.

Resulta así evidente que el sentido social de la salud se vincula con la necesidad del Estado de decidir respecto de todos los temas de la salud que son inherentes a la comunidad organizada y que son imprescindibles para que todo ciudadano goce de pleno acceso a la salud, y también —ya en otro plano— le cabe legislar puntualmente acerca de si sus miembros pueden o no renunciar a la vida y ser asistidos en esa decisión.

Por lo pronto, nuestro derecho positivo, como vimos, por intermedio de la Ley 26.742 que reforma la Ley 26.529, ha establecido que el paciente tiene derecho a manifestar su voluntad de rechazar medidas médicas de soporte vital cuando tenga “una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación. La ley puntualmente permite la negativa del paciente a recibir medidas sanitarias cuando “sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría” y, además, dispone que “el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos”. Y aclara que “en todos los casos, la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente” (Cf. Artículo 1 que modifica el Inciso e) del artículo 2 de la Ley 26.529).

Como adelanté, queda sin legislar la posibilidad de que el paciente terminal renuncie expresamente a la vida y que, para tal fin, cuente con la asistencia profesional que amerite el caso. Esto último, considerando que



muchas veces el estado incapacitante del enfermo terminal no le permite llevar a cabo las acciones que desearía y su voluntad es no seguir sufriendo ingentes padecimientos que, para colmo, pueden extenderse en el tiempo de manera incierta y considerable.

Por supuesto que tal abordaje exige un gran debate previo y, llegado el caso, la utilización de protocolos muy minuciosos. En tal sentido, vale decir que en las prácticas relacionadas con el fin de la vida de pacientes terminales, tiene especial importancia los distintos procedimientos que deben realizarse. En el caso del suicidio asistido, quienes defienden la práctica, remarcan que es necesario asegurar el uso de procedimientos claros y pautados que permitan al paciente actuar libremente.

Varios autores han sugerido criterios para aplicar suicidio asistido.<sup>(41)</sup> El acta de Muerte con Dignidad de Oregon, que rige actualmente el suicidio asistido en este Estado de los Estados Unidos de América, establece condiciones precisas para la aplicación del suicidio asistido. El paciente debe ser mayor de 18 años, capaz desde el punto de vista jurídico; debe tener una expectativa de vida menor a los 6 meses a criterio de dos médicos; debe presentar tres solicitudes consecutivas (una de ellas por escrito) en un lapso de 15 días; dos testigos deben dar fe de que el paciente actúa voluntariamente; y un psiquiatra debe constatar que el juicio del paciente no se encuentre influenciado por depresión o alguna otra enfermedad psiquiátrica. Luego de cumplidas estas normas el médico se encuentra autorizado a asistir a su paciente a cometer suicidio. Para el caso de la eutanasia activa, se han sugerido procedimientos similares que se siguen legalmente en Holanda<sup>(42)</sup>.

Ahora bien, en lo que a nuestro derecho positivo respecta, es evidente que si la autonomía de la voluntad es la esencia del ejercicio los derechos del paciente, queda por ver si tal esfera de libertad será ampliada en el futuro ante un pedido de asistencia para no seguir viviendo de parte de un paciente terminal, frente a un marco institucional adecuado y ante la

(41) LEE M., NELSON H., TILDEN V., GANZINI L., SCHMIDT T., TOLLE S., Legalizing assisted suicide. Views of physicians in Oregon. *N Engl J Med* 1996; 334: 310-5. 31; QUILL T., CASSEL C., MEIER D., *Care of the hopelessly ill. Proposed clinical criteria for physician-assisted suicide.* *N Engl J Med* 1992; 327: 1380-4.

(42) HAVERKATE I., VAN DER WAL G., *Policies on medical decisions concerning the end of life in Dutch health care institutions,* *JAMA* 1996; 275: 435-9.

expresa conformidad para tal asistencia del médico; una situación que debería ser tratada por todos los estamentos de la sociedad en un debate amplio y fructífero. Por lo pronto, es indudable que, para todo paciente, a partir de la reforma de la sanción de la Ley 26.529, quedó consagrada la posibilidad de no someterse a cualquier tipo de acto médico y, en el caso de pacientes terminales, y ante ciertas situaciones irreversibles y desproporcionadas, incluso a procedimientos de soporte vital, hidratación y alimentación.

## Bibliografía

- ARRIBERE, ROBERTO y DEL VALLE, ISABEL. "La eutanasia y la necesidad existencial de la muerte", en Blanco Luis (comp.), *Bioética y Bioderecho – Cuestiones actuales*, Ed. Universidad, 2002, capítulo XII, pp. 377/408
- BLANCO, LUIS G. "Homicidio piadoso, Eutanasia y Dignidad Humana", LL, T-1997-F, pp. 509/554.
- BEAUCHAMPS, TOM L. y CHILDRESS, JAMES F. "Principios de Ética Biomédica", New York, Oxford University Press, 1979.
- BERISTAIN, ANTONIO. "Eutanasia: dignidad y muerte y otros trabajos". LL, T-1991-E, sección doctrina, pp. 1560/1562.
- BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA V., "Traducción jurídica del principio bioético de autonomía", LA LEY, supl. act., 23-2-99
- BUERES, ALBERTO J. "Responsabilidad de los médicos", Tomo I, pp. 208/257. 2° ed. ampliada, Editorial Hammurabi, 1992.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE H. "La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo". LL, T-1991-B, pp. 363/366.
- CIFUENTES, SANTOS. "Elementos de Derecho Civil", pp. 44/69. 3era. ed. ampliada, Ed. Astrea, 1992.
- CIFUENTES, SANTOS. "Derechos personalísimos", 2° ed., Ed. Astrea, 1995, pp. 231/235 y ss.
- DE BRANDI, NELLY, TAIANA, A. y LLORENS LUIS R., "El consentimiento informado y la declaración previa del paciente", en *Bioética y Bioderecho – Cuestiones Actuales*, Ed. Universidad, 2002, capítulo IV, pp. 117/134.
- GHERARDI, CARLOS G. "La muerte intervenida – Soporte vital: abstención y retiro en el paciente crítico", Blanco Luis (comp.), en "Bioética y Bioderecho – Cuestiones actuales" Ed. Universidad, 2002, capítulo XI, pp. 351/376.
- HIGHTON, ELENA y WIERZA, SANDRA M. "Consentimiento informado – Relación médico paciente", Ed. Ad-Hoc, 1991, pp. 183/187 y 217/222.
- H. KUHSE, «Euthanasia», en P. Singer (ed.), *A Companion to Ethics*. Oxford, Blackwell, 1996, pp. 294-302.
- LÓPEZ GEIST, MARÍA DE LOS ÁNGELES. "El psiquiatra y la muerte digna", en *Derecho de los pacientes al servicio de la salud*, de CARLOS A. GHERSI, Ed. Jurídicas Cuyo, 1998, capítulo XI, pp. 431/445.

LORENZETTI, RICARDO LUIS. “Responsabilidad Civil de los médicos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1997, Cap. I, pp. 87/116.

LLAMBIÁS, JORGE, *Tratado de Derecho Civil, parte general*, 16to. ed., Ed. Abeledo Perrot, 1995, Tomo I, pp. 275/278.

MACKINSON, GLADYS J., “Sobre la dignidad y la calidad en la vida”, J.A., número especial de Bioética, 3-XI-99, p. 41.

MAGLIO, IGNACIO, “Prevención de daños y abogacía hospitalaria”, Bs. As., Ed. Arkhetypo, 1998, pp. 86/87.

MANZINI, JORGE L., “Las directivas anticipadas para tratamientos médicos”, *Directivas anticipadas – La historia clínica orientada a valores y la aplicación del método narrativo en bioética*, 2da. Ed., 2001, pp. 1/10.

MONTOYA, MARIO D., “El derecho constitucional a morir”, LL, T-1991-A, sección doctrina, pp. 1065/1069.

NICOLAU, NOEMÍ L., “La intervención judicial en el negocio personalísimo entre médico y paciente – dos recientes casos judiciales”, LL, T-1998-C, pp. 265/273

RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D. “Responsabilidad del médico”, pp. 20/29, 64/97 y 399/421, Ed. Astrea, 1999.

RIVERA, JULIO C., “Instituciones de Derecho Civil”, parte general, 2da. ed. actualizada, Ed. Abeledo Perrot, 1988, Tomo I, pp. 60/69.

SAGUES, NÉSTOR P. “¿Derecho constitucional a no curarse?”, LL, T-1993-D, Págs. 125 a 133

# El comienzo de la vida humana y la consecuente relativización de la criminalización del aborto<sup>(1)</sup>

## Una posible causa de atipicidad

por **SANTIAGO ZURZOLO SUAREZ**<sup>(2)</sup>

### I | Introducción

La cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo resulta una de las más controvertidas en el ámbito del saber jurídico penal.

El problema no es novedoso y ha generado en la legislación, doctrina y jurisprudencia, las más dispares posiciones, en las que, a su vez, se ha de-

.....

(1) Una primera versión de este trabajo fue expuesta en el Seminario "Cuestiones actuales del Saber Penal" del Departamento Penal de la Facultad de Derecho de la UBA, dirigido por los profesores Alejandro Alagia, Javier De Luca y Alejandro Slokar.

(2) Abogado (UBA). Especialización en Derecho Penal -en proceso de elaboración de Tesina- (UBA). Auxiliar Docente de la materia Teoría del Delito y Sistema de la Pena en la cátedra del Dr. Alejandro Alagia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex Auxiliar Docente de la materia Teoría del Delito y Sistema de la Pena dictada por el Dr. Alejandro Alagia en la cátedra del Dr. Eugenio R. Zaffaroni en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Auxiliar Letrado (Prosecretario Letrado) de la Sala Primera de la Excm. Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Isidro.

sarrollado un arsenal argumental destinado a sustentar desde la absoluta prohibición y represión de la conducta, hasta la desincriminación total de ella, pasando por posturas intermedias que matizaron la cuestión, lo que no hace que sus propuestas sean menos importantes.

Ello, ciertamente, se debe a la innegable influencia de factores de carácter moral, religioso, político, filosófico, cultural y científico, que condicionaron las diversas soluciones propuestas.

Actualmente, la discusión ha alcanzado su punto más álgido debido a la multiplicidad de proyectos legislativos de reforma del régimen punitivo de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>(3)</sup>, a la par que ha tomado el centro de la escena política en función de un reciente pronunciamiento de la CSJN<sup>(4)</sup>.

La discusión actual gira, fundamentalmente, en torno a (a) la despenalización o no del delito de aborto, (b) con qué alcance y (c) la posibilidad de la práctica del aborto sentimental<sup>(5)</sup>, supuesto que se presenta como de mayor conflictividad, mostrándose de menor intensidad respecto de las prácticas de las modalidades terapéutica<sup>(6)</sup> y eugenésica<sup>(7)</sup>, como cuestión de segundo orden.

En el presente trabajo, sin embargo, se tratará de romper con el recurso a lugares comunes, proponiendo un abordaje distinto de la cuestión,

.....

(3) Proyectos 0397-S-10, 62-S-09, 4196-S-08, 0155-S-08 y 0112-S-08 del Honorable Senado de la Nación; 0998-D-2010, 0659-D-2010, 0057-D-2010, 0856-D-09, 5223-D-08, 5212-D-08, 4614-D-08, 0761-D-08, 2700-D-08, 0451-D-08 y 0247-D-08 de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

(4) CSJN, F. 259. XLVI, "F., A. L." s/ Medida autosatisfactiva, del 13-03-2012.

(5) Art. 86, segundo párrafo, inc. 2, primer supuesto CP: "...El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 2. Si el embarazo proviene de una violación..".

(6) Art. 86, segundo párrafo, inc. 1 CP: "...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..."

(7) Art. 86, segundo párrafo, inc. 2, segundo supuesto CP: "...El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 2. Si el embarazo proviene [...] de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente..."

haciendo hincapié en un aspecto central de la tipicidad de esta clase de prohibiciones: la existencia de vida humana como objeto del delito.

Se partirá, para ello, de la idea de la necesaria secularización del discurso jurídico, heredada del pensamiento iluminista de los siglos XVII y XVIII, que logró la separación entre derecho y moral y, consecuentemente, entre delito y pecado. Sobre esa base, se propondrá una solución que si bien incluye el dato de la realidad, resultará eminentemente normativa; y, finalmente, se abordará la cuestión de la determinación del comienzo de la vida como extremo ineludible para un adecuado análisis, debate y solución del problema.

Desde esta perspectiva, se sustentará la idea de que el poder punitivo no puede castigar la mera infracción normativa, el menoscabo de un valor o recursos similares derivados de la espiritualización del objeto del delito y la inveterada confusión entre éste y el resultado exigido por el tipo legal, sino la afectación material de la vida del hombre de carne y hueso. Esto es, requiere la producción de un resultado con incidencia real y concreta en la vida de un ser humano. Ello, en virtud de la limitación que imponen el concepto de bien jurídico y la exigencia de lesividad derivados de la cláusula del art. 19 CN<sup>(8)</sup>, puesto que (a) requiere de un ente materialmente lesionable como condición de existencia de la relación de disponibilidad entre un sujeto y un objeto y (b) constituye el presupuesto necesario de la dañosidad exigida por el axioma constitucional señalado.

No se desconocerá la existencia de la persona desde el momento de la concepción ni los derechos en expectativa de los que goza y que, conforme la ley civil, quedarán irrevocablemente adquiridos con el nacimiento con vida aunque sea por unos instantes; mas se reparará en que los conceptos de persona y vida son sustancialmente distintos. El primero importa una ficción jurídica a partir de la cual, desde el momento de la concepción, el feto es erigido en ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, en tanto el segundo constituye una cuestión biológica. El

(8) Art. 19 primera parte CN: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados..."

concepto de persona no importa la existencia de vida sino sólo el derecho a ella. El legislador no puede pretenderse tan omnipotente como para establecer cuando existe o no vida humana.

A continuación se analizarán los cinco sistemas fundamentales que intentan establecer el comienzo de la existencia de la vida con prescindencia del momento de la concepción; esto es (a) el que postula que la vida humana comienza a partir del momento en que el cigoto se fija o implanta en el útero materno, lo que sucede aproximadamente a los catorce días del momento de la concepción; (b) el que parte de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central, lo que tiene lugar entre el decimoquinto y el cuadragésimo día de evolución; (c) el que tiene en cuenta el comienzo de la actividad cerebral o actividad nerviosa registrable, que generalmente se ubica después de los tres meses de producida la concepción; (d) el sistema de la viabilidad, que tiene en cuenta el grado de madurez del feto a efectos de considerar su aptitud de prolongar naturalmente su vida una vez separado de la madre, que se fija alrededor de los seis meses; y (e) el sistema de la autonomía, que estima que hay vida recién después del nacimiento, porque sólo a partir de ese momento la existencia es autónoma.

Se confrontarán tales sistemas con lo establecido por el art. 23 de la ley 24.193 de Ablación de Órganos, en cuanto exige la constatación simultánea de ausencia irreversible de función cerebral, ausencia de respiración espontánea, ausencia de reflejos cefálicos y pupilas fijas no reactivas e inactividad encefálica corroborada por medios técnicos, para determinar la inexistencia de vida.

A partir de ello, se intentará sustentar que el sistema de la actividad cerebral es el más adecuado para determinar el comienzo de la existencia de la vida, debido a que se trata del sistema seleccionado por el legislador para establecer el fin de su existencia.

Ello pondrá en evidencia el problema que plantea la norma que pretende regular el fin de la existencia de la vida por razones utilitarias (para permitir la ablación y transplante de órganos) y que, a la inversa, posibilitaría fijar su inicio: si la ausencia de función cerebral y respiración espontánea indica el fin de la vida humana, a la inversa, si aún no hay función cerebral

y respiración espontánea entonces la vida no ha comenzado. Lo contrario implicaría una contradicción irreductible.

Esto permitirá sostener que si el inicio de la función cerebral se ubica después de los tres meses del momento de la concepción, lo que supone la negación de uno de los extremos exigidos por la Ley 24.193 para establecer la inexistencia de vida, previo a ello, la interrupción voluntaria del embarazo sería atípica por falta de objeto del delito.

## 2 | El estado actual de la cuestión

En la actualidad, se sostiene con alto grado de consenso que la vida humana comienza a existir desde el momento de la concepción. Para ello, se parte de la idea de que el derecho a la vida como expresión jurídica de la libertad de vivir, es un atributo de la persona humana<sup>(9)</sup> y que constituye un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a los restantes derechos y libertades, por la simple circunstancia de que ninguno de ellos puede ser considerado en forma separada de aquélla<sup>(10)</sup> pues la vida es el presupuesto condicionante de las restantes especies del género libertad<sup>(11)</sup>.

Esta conclusión tiene basamento, a su vez, en el reconocimiento que de ese derecho se hace en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional por vía del art. 75 inc. 22, a partir de la Reforma Constitucional operada en 1994. Especialmente, la Convención de los Derechos del Niño, teniendo en cuenta lo que surge de los arts. 1 y 6 de este tratado y la reserva formulada por el estado argentino respecto de su art. 1, estableciendo que debía entenderse como niño a todo ser humano desde el momento de la concepción.

Se agrega a ello que el art. 75 inc. 23 CN impone el deber del Estado de establecer un régimen de seguridad social especial e integral de protec-

(9) BADENI, GREGORIO; *Derecho a la vida y aborto*; en ED, nro.11.568, 08/08/2006, Reproducido también en *Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos. Foro UCA Vida y Familia*. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, p. 15.

(10) *Ibidem*.

(11) *Idem*.



ción del niño, de lo que se deduce, en conjunción con lo antedicho, la carga de instrumentar medidas de acción positiva tendientes a garantizar la indemnidad del feto desde el momento de la concepción. Ello ha llevado a afirmar que debe depararse absoluta protección al feto, penal entre ellas, por resultar inconstitucionales los supuestos eximentes previstos en el CP para el aborto<sup>(12)</sup>.

Por otra parte, se sostiene que nuestro texto constitucional al consagrar la vida como derecho inalienable y absoluto, establece una jerarquización, a partir de la que se pretende determinar a la vez, una jerarquía de derechos y de valores, predicándose que ello, en conjunción con la naturaleza del derecho a la vida como presupuesto de los restantes, constituye el primer derecho, digno de protección absoluta.

En la misma línea pero abordando la cuestión desde otra perspectiva, se ha dicho que el establecimiento del momento de inicio de la vida del ser humano no depende de la determinación arbitraria de la moral o el derecho, tratándose de una realidad biológica. En tal sentido, se afirma que la vida humana tiene inicio en el momento de la concepción. A partir de la concepción comienza el ciclo vital de un nuevo organismo que responde a los caracteres genéticos y morfológicos de un ser humano y se desarrolla por medio de un proceso continuo, donde cada etapa es necesaria no pudiéndose prescindir de ninguna<sup>(13)</sup>.

En refuerzo de lo expuesto, se hace referencia a que el célebre Informe Warnock emitido por el Comité sobre Fertilización Humana y Embriología, en el Reino Unido en 1984, sostiene ello en su capítulo 11, aunque se contradiga con sus conclusiones<sup>(14)</sup>.

---

(12) BASSET, URSULA C., *La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos*; en ED, nro. 11.582 del 30/08/2006, Reproducido también en *Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos. Foro UCA Vida y Familia*. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, p. 23.

(13) HERRERA, DANIEL A.; *Aborto: ¿De qué se trata? ¿De qué se habla?*; en EDCrim, nro. 11,163 del 30/12/2004, Reproducido también en *Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos. Foro UCA Vida y Familia*. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, pág. 41.

(14) *Ibidem*.

En contrario, quienes sostienen la necesidad de decriminalizar el aborto parten de la idea de que el feto no es persona, atacando, de esa manera su estatuto jurídico.

La idea fundamental de esta postura radica en que, por no ser persona, el feto no tiene derechos.

Ello, se sostiene a partir de dos perspectivas completamente diversas.

La primera, basada en un normativismo extremo, plantea que el feto, por no ser autónomo tanto biológica como jurídicamente, no es persona y por ende, en situación de embarazo deben prevalecer los derechos de la madre<sup>(15)</sup>.

La segunda, basada en el principio liberal según el cual el estado no puede imponer una moral y, por el contrario, debe garantizar un ámbito de autonomía moral al sujeto, sostiene que el concepto de persona es eminentemente moral y que el hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aún siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, y ni siquiera el feto, son personas, al ser "persona" un término del lenguaje moral y la calificación de algo como "persona" un juicio moral que, por la Ley de Hume, no puede ser deducido de un juicio de hecho<sup>(16)</sup>. A partir de ello se sostiene que el niño por nacer, en estadio embrionario o fetal, es merecedor de tutela "si" y "sólo si" es pensado y querido por la madre como persona<sup>(17)</sup>.

Estas posturas, que son las que básicamente dan sustento a la discusión actual en punto a la posibilidad o no de decriminalizar el aborto, serán abordadas más adelante al sustentar nuestra posición sobre la cuestión.

---

(15) HOPP, CECILIA; "La penalización del aborto: un tipo penal injusto"; *Lecciones y Ensayos*, Nro. 84, Año 2008, p. 113 y ss.

(16) FERRAJOLI, LUIGI; "La cuestión del embrión entre derecho y moral"; en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art15.pdf>

(17) Ibidem.

### 3 | Punto de partida. Lesividad y bien jurídico. El resultado como presupuesto ineludible de la relación de disponibilidad entre un sujeto y un ente

A fin de formular una propuesta dogmática compatible con los postulados del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, se partirá aquí del concepto de bien jurídico como relación de disponibilidad entre un sujeto y un ente<sup>(18)</sup>, dejando de lado el recurso a la mera infracción normativa o derecho.

El principio de lesividad u ofensividad contenido en el art. 19 CN exige concretamente la afectación de un tercero como condición de posibilidad para formular un juicio de imputación normativa.

La proposición “perjudiquen” que ese dispositivo reclama, clausura toda posibilidad de discutir la cuestión en otros términos, siempre desde el prisma constitucional, pues en términos discursivos la cuestión resulta siempre controvertible.

En efecto, si bien las lesiones de derechos o el menoscabo de valores pueden generar responsabilidades jurídicas, no habilitan la intervención punitiva.

Nadie discutiría seriamente a la luz del parámetro constitucional expuesto, que el aborto, como delito, castiga la afectación de la vida y no del derecho a ella, como sucede, en definitiva, con todo el elenco de prohibiciones establecidos en el CP.

Cuando un sujeto arroja una piedra contra la ventana del vecino y la rompe, nadie diría sensatamente que la criminalización del daño tiene su razón de ser en la afectación del derecho de propiedad y no la afectación concreta de la cosa con la que el sujeto pasivo se relaciona y de la cual dispone.

---

(18) ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 486 y ss.

Lo mismo sucede con el homicidio, en el que nadie se atrevería a decir que se lesionó el derecho a la vida del muerto, sino que la imputación se fundamentará en el hecho concreto de haber suprimido la vida misma, aquélla de la que el sujeto pasivo disponía.

El principio de lesividad impone entonces que sólo puedan ser prohibidas las conductas que dañan a terceros, de carne y hueso, y no a valores o ideas.

El derecho, como tal, constituye una ficción jurídica. La pretensión de castigar el aborto porque su práctica lesiona el derecho a la vida no se deduce de un juicio de hecho sino de un juicio de valor y, como tal, siempre sometido a refutación, pues su ineludible relatividad se deriva de un sistema de valores que puede o no compartirse. Y ese sistema de valores entraña siempre una determinada concepción moral que no puede ser impuesta, toda vez que el Estado no puede imponer una moral determinada sino sólo garantizar un ámbito de autonomía moral<sup>(19)</sup>.

Desde esta perspectiva, los conceptos de lesividad y bien jurídico como criterios limitantes del poder punitivo, reclaman, como punto de partida, la ineludible separación entre derecho y moral y consecuentemente, entre pecado y delito.

La afectación de un valor no implica la afectación de un tercero; de tal modo, para que la construcción doctrinaria cumpla con su cometido reductor, cabe optar por la alternativa que garantice un mayor ámbito de libertad.

La finalidad del derecho penal, como discurso contentor del poder punitivo, no es la de ofrecer un brazo armado a la moral para imponer modelos de vida o sistemas de valores determinados, pues se encuentra divorciado de la moral a fin de garantizar un estado de libertades.

Por esta razón, utilizamos, con los alcances expuestos, estos criterios como punto de partida para ofrecer un modelo de solución plausible, parcial por cierto, para la cuestión que nos proponemos abordar.

.....

(19) Ibidem. También Ferrajoli, op. cit.

Ello reclama, a su vez, que el concepto de bien jurídico sea derivado y construido desde la CN pues si se lo hiciera a partir de las necesidades del programa analítico y a su medida, no cumpliría una función limitante y, consecuentemente, sería una categoría inerte.

Ahora bien, en lo que respecta concretamente a la afectación del bien jurídico que fundamenta la punición del aborto, se ha sostenido pacíficamente en nuestro medio que lo que se castiga es la afectación de la vida (y no el derecho a ella), exigiéndose como requisito para la consumación del delito la muerte del feto<sup>(20)</sup>, siempre confusión entre objeto de la acción y bien jurídico mediante.

Ello pone en evidencia que es la afectación de la vida del hombre de carne y hueso la que fundamenta la punición de esta práctica, y no la afectación del derecho a la vida, que, en principio no sería más que una entelequia sin vida real que le de sustento.

Esto, a su vez, pone a las claras que como presupuesto ineludible del tipo imputativo y de la concreta consideración de la lesión al bien jurídico vida, se exige como elemento configurativo de la función sistemática del tipo objetivo, que como resultado se haya causado la muerte, lo que insoslayablemente requiere la constatación de la existencia de vida biológica en sentido material pues, de otro modo, la punición de la interrupción del embarazo no sería diferente a la punición de la pretensión de matar a un muerto.

La vida es, entonces, el requisito ineludible del tipo legal y sólo después de constatado el resultado muerte, corresponderá la indagación, en el tipo imputativo, de la lesión a un bien jurídico y su alcance.

Como se observa, la cuestión no pasa ya por el análisis de la afectación de un bien jurídico en la intensidad exigida por el art. 19 constitucional sino en la existencia de un ente cuya existencia constituye la condición

---

(20) MORENO, RODOLFO (H); *El Código Penal y sus antecedentes*; H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, T. III; SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Buenos Aires, Tea, 1953, T. III, p. 111; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, T. IV, p. 203; NÚÑEZ, RICARDO C.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*; Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1961, T. III, p. 160; DONNA, EDGARDO A.; *Derecho Penal. Parte Especial*; Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, T. I, p. 63.

de posibilidad de la relación de disponibilidad que el concepto de bien jurídico supone y que la exigencia de lesividad reclama para fundar una imputación, lo que, como es obvio, debe ser analizado de modo previo.

En este sentido, no es ocioso apuntar aquí que el bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción. En el hurto, el objeto de la acción es la cosa ajena y el bien jurídico, la propiedad, en la forma de relación de disponibilidad entre el sujeto y ésta. En ocasiones parecería existir una coincidencia entre el objeto de la acción y el bien jurídico, como sucede en los delitos contra la vida, en los que, valga la redundancia, la vida humana es, a la vez, objeto de agresión y bien jurídico lesionado. Sin embargo, mientras el objeto de la acción es la vida individual del sujeto, el bien jurídico es la relación de disponibilidad que el sujeto mantiene con ella.

De otro modo, si pretendiera que el objeto de lesión es el derecho a la vida o el valor que ésta supone, no se criminalizaría el perjuicio a un tercero, extremo que reclama la CN para la formulación de un juicio imputativo, sino la voluntad contraria a la norma, la enemistad con el derecho o la mala voluntad, lo que es constitucionalmente inadmisibile.

## 4 | Dinámica histórica del fundamento del aborto. La insoslayable incidencia moral y religiosa en su incriminación

La interrupción voluntaria del embarazo no siempre fue considerada delito y, cuando comenzó a serlo, no siempre tuvo como fundamento la afectación de la vida.

En efecto, en la India y Egipto el aborto no era punible y, en general, era admitido en los pueblos antiguos. De hecho, Platón y Aristóteles alentaban su práctica como instrumento de regulación demográfica<sup>(21)</sup>.

(21) LARRANDART, LUCILA; "Comentario a los arts. 85/88 CP"; ZAFFARONI, EUGENIO R. Y BAIGÚN, DAVID (Dir.), TERRAGNI, MARCO A. (Coord.); *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*; Buenos Aires, Hammurabi, T. III, p. 606.

El feto era considerado parte de la mujer, para la filosofía pagana, mientras se encontrara en el seno materno, lo que influyó en la legislación de su tiempo<sup>(22)</sup>.

En Roma tampoco fue punible hasta la Época del Imperio, siendo considerado el feto como parte de las vísceras de la madre durante la Época de la República.

Con Cicerón, Séneca y Ovidio aparecen las primeras voces contrarias a la interrupción voluntaria del embarazo, fundadas en la afectación de los intereses demográficos del Estado, en oposición a la postura auspiciada en la Antigua Grecia<sup>(23)</sup>, pero, como dijéramos, sólo con el advenimiento del Imperio en Roma, aparecieron las primeras leyes contra el aborto, fundándose la punición en la indignidad que suponía afectar por esa vía el derecho del marido a la prole, pues era avergonzante morir sin descendencia<sup>(24)</sup>.

Sin embargo, la definitiva consideración del aborto como delito y castigo por la afectación de la vida, surge cuando el cristianismo se transforma en religión del Imperio, teniendo antecedentes en las creencias del judaísmo helenístico.

Mas ello tampoco era sostenido de modo absoluto pues dentro del mismo seno de la Iglesia Católica se desarrollaban discusiones en torno al momento en que la interrupción del proceso de gestación del feto constituía pecado.

En efecto, las soluciones variaban según cuándo se considerara que se producía la animación del niño por nacer. Así, los señores de la Iglesia se dividían entre quienes sostenían que había animación u hominización inmediata (desde el momento mismo de la concepción se establecía el alma en el nuevo organismo) o animación u hominización retardada (el alma se establecía en el nuevo organismo pasado cierto período de tiempo).

---

(22) Vgr. Ley Cornelia.

(23) BARBERO SANTOS, M.; "Estado actual de la problemática del aborto en Europa Occidental"; en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, p. 598.

(24) PINTOS, CARLOS A.; "El delito de aborto"; *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nro. 2, abr.-jun., 1969, p. 260.

La primera de las posiciones, que es la actual postura oficial de la Iglesia Católica<sup>(25)</sup>, sostiene que ante la duda respecto de la infusión del alma al nuevo organismo, ha de estarse por la animación desde el momento de la concepción y, consecuentemente, deberá entenderse que desde ese momento existe vida, de modo que su supresión resulta censurable, mereciendo la sanción canónica de la excomunión.

La segunda, se basa en dos pasajes del Antiguo Testamento: el del Génesis que describe la creación del hombre en dos momentos diferentes, estableciendo el primero en el hecho se forma su cuerpo con barro y el segundo, en que Dios insufla el aliento<sup>(26)</sup>; y el del Éxodo en que se hace referencia a la mujer encinta lesionada en riña, a partir de lo que perdía el embarazo, formulando una diferenciación entre la expulsión del cuerpo formado y del cuerpo no formado, señalando que sólo en el primer supuesto puede hablarse de homicidio<sup>(27)</sup>.

Los partidarios de esta segunda posición, a su vez, no alcanzaban consenso en punto al momento exacto de infusión del alma y, consecuentemente, a partir del cual existe vida, sosteniéndose que ello tenía lugar a los cuarenta, sesenta o noventa días desde el momento de la concepción.

De lo expuesto hasta aquí, puede concluirse que, indudablemente, la consideración del aborto como delito, cuyo fundamento se encuentra en la afectación de la vida del feto, tiene origen en los postulados de la religión católica y la moral que propugna.

Ello impone, a fin de efectuar un análisis adecuado de la cuestión, tener presente que el fondo de la discusión remite a valoraciones de índole moral y religioso que no pueden influir en las soluciones jurídicas que se propongan, en función del principio liberal de secularización del derecho y, como dijéramos, de separación entre derecho y moral y entre delito y pecado.

---

(25) Ver el derrotero histórico de la posición de la Iglesia Católica en Martínez, Stella Maris; Manipulación Genética y Derecho Penal; Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994, p. 72 y sgtes.; también, Gil Domínguez, Andrés; Aborto voluntario, vida humana y constitución; Buenos Aires, Ediar, 2000.

(26) MARTÍNEZ, op. cit., 73.

(27) Ibidem.



De otro modo, la única función que cumpliría el discurso sería la de legitimar una moral determinada, circunstancia que debe quedar descartada con base en el art. 19 constitucional.

De otra parte, el somero estudio de la cuestión, deja a las claras la incorrección de quienes sostienen que a lo largo de la historia este tipo de conductas siempre fueron criminalizadas<sup>(28)</sup> o que puede determinarse el inicio de existencia de la vida desde el momento de la concepción, sin estar condicionados por la moral o la religión<sup>(29)</sup>.

## 5 | Los conceptos de persona y vida. La necesaria evitación de la confusión entre ser y deber ser

Conforme a lo expuesto, entendemos que los conceptos de persona y vida son sustancialmente diversos y que sólo su confusión habilita a sostener la existencia de ésta última desde el momento de la concepción.

El concepto de persona es netamente jurídico. Viene dado por la CN como marco general y supone un sujeto con capacidad de autodeterminación.

La normativa infraconstitucional completa materialmente los alcances del concepto, permitiendo considerar al sujeto como un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, desde el momento de la concepción y hasta el momento del fallecimiento, conforme las palabras utilizadas por el legislador civil.

No se trata más que de una ficción jurídica; una construcción política destinada a garantizar el desenvolvimiento del ser humano, a partir de la asignación de un número determinado de prerrogativas que le deparan

---

(28) LAFERRIERE, JORGE N.; *El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto. Análisis sintético del estado actual del debate*; en ED, 215-685; Reproducido también en *Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos*. Foro UCA Vida y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, p. 60.

(29) HERRERA, op. cit., p. 41; en contrario, FERRAJOLI, op. cit.

cierto grado de protección, no penal ciertamente, en el contexto de interacción humana.

En tal sentido, es un juicio de valor que, como tal no puede predicarse verdadero o falso y, por tanto, indecible en el plano empírico.

Sin embargo, esto no impone su análisis como categoría moral que admite soluciones diversas y opinables, sino como convención establecida por el derecho en la que se definen los presupuestos de las relaciones jurídicas, asignando derechos y reconociendo obligaciones.

Por el contrario, el concepto de vida es claramente biológico y responde al reconocimiento de una realidad que escapa a la voluntad del legislador.

Se trata de un juicio de hecho, empíricamente verificable a partir de determinados indicadores.

Como tal, no puede estar sometido a la moral o al derecho sino que este último, respetando el pluralismo moral que debe imperar en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, debe adecuarse a ese dato, salvo en aquéllos casos en que el estado actual de la ciencia y de la técnica no pueda brindar un parámetro certero y unívoco y siempre fundado en una necesidad plausible de la comunidad, como sucede en el caso del momento de fin de la existencia de la vida, regulado por la Ley de Ablación de Órganos.

En este contexto, los argumentos de quienes sostienen que la vida comienza a existir desde el momento de la concepción porque el derecho a la vida es reconocido a partir de allí, caen por su propio peso.

El primer desacuerdo de esta postura, estriba en pretender brindar una respuesta al problema, confundiendo categorías que operan en planos distintos. En esa inteligencia, mixturan el concepto jurídico de persona, cuya existencia, como dijéramos, comienza desde el momento de la concepción, por manda legal<sup>(30)</sup>, con el consecuente reconocimiento de dere-

(30) Art. 70 del Código Civil: "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas".

chos, entre ellos, el derecho a la vida<sup>(31)</sup>, con el concepto biológico de vida como dato empírico.

Ello implica confundir el plano del ser con el del deber ser.

En estas condiciones, se observa que el argumento no constituye más que una falacia pues pretende extraer un dato empírico de un juicio de valor. Es ineludible que la valoración no crea al objeto de valoración. Ello respondería a un idealismo extremo que sería sumamente simplista y, por ende fracasaría en tanto se trataría de un juicio de valor inocuo por no tener vocación de aplicación práctica; y, a la vez, peligroso, pues habilitaría la posibilidad de operar sin límite al intérprete que, con su valoración podría crear las categorías a valorar.

El derecho no crea el hecho al que debe aplicarse, de manera que esta sola circunstancia deja carente de contenido la postura que pretende extraer la existencia material y concreta de vida del derecho a ella.

De otra parte, quienes hacen hincapié en el deber del Estado de establecer un régimen de protección del feto, con base en las proposiciones del art. 75 inc. 23 CN, no sólo no escapan a la crítica anterior, que de por sí descalificaría sus posiciones como argumento válido, sino que no pueden sortear dos problemas: (a) que la norma es clara al requerir un sistema de protección, lo que no se logra por vía punitiva<sup>(32)</sup>, lo que además queda corroborado con el dato de la realidad de que la criminalización del aborto no evita su comisión; y (b) que esa protección, conforme los propios términos del dispositivo legal, debe depararse a través de un régimen de seguridad social, lo que hace que el fundamento, no sólo aparezca como inidóneo sino inatingente.

Tampoco es un argumento apropiado para sostener la existencia de vida desde el momento mismo de la concepción, la existencia de una jerarquía de derechos y valores en la Constitución pues, más allá de no poder

---

(31) Arts. 75 inc. 22 CN; 1 y 6 CDN; y 2 Ley 23.849.

(32) El derecho penal opera, por regla, cuando el bien jurídico ya se fue afectado. De esta idea, WELZEL, HANS; Derecho Penal Alemán; Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 13.

sortear la crítica expuesta en cuanto a la confusión de los planos del ser y el deber ser, luce como un argumento inconducente para ofrecer una solución a la cuestión. El punto debe abordarse en un análisis previo a un posible conflicto entre los derechos de la mujer y los del niño por nacer, y sólo después de ello analizar esa aparente antinomia.

Desde otra perspectiva, deben descartarse los argumentos universales en punto a que es pacíficamente aceptado por la biología que a partir de la concepción comienza el ciclo vital de un nuevo organismo que responde a los caracteres genéticos y morfológicos de un ser humano y se desarrolla por medio de un proceso continuo, donde cada etapa es necesaria no pudiéndose prescindir de ninguna<sup>(33)</sup>, pues a poco de escrutar las opiniones sobre el punto, ese aserto se relativiza por completo.

Muestra de ello es que, como se ha relevado, la respuesta unánime de importante número de expertos en ciencia y medicina respecto del momento en que comienza la existencia de vida humana, fue que era imposible para la ciencia determinar ese momento y que, en cualquier caso, existen diversas respuestas a este interrogante, no ha[biendo] una respuesta científica que tenga el consenso necesario<sup>(34)</sup>, lo que impide tomar la afirmación en que se sustenta la postura como parámetro válido y dirimente para resolver la cuestión.

Finalmente, tampoco aparecen como acertadas aquéllas posiciones que, también confusión entre ser y deber ser mediante, sostienen la impunidad del aborto a partir de la negación del *status* jurídico de persona del feto, a fin de sostener que no tiene derecho a la vida, porque podrían llevar a situaciones insostenibles.

Las de cuño normativista, porque el recurso de la autonomía normativa como parámetro para la determinación de la existencia de un derecho a la vida, llevado al extremo, podría justificar la negación del *status* de perso-

---

(33) HERRERA, op. cit. p. 41.

(34) Supreme Court of United States, *Webster v. Reproductive Health Services*, de octubre de 1988, donde previo a decidir se consultó a 167 *Amici Curiae* expertos en ciencia y medicina, entre los que se encontraban, incluso, 11 ganadores del Premio Nobel, citado por Hopp, Cecilia; Aborto: la política criminal, entre la vida y la libertad; en *Diálogos de Derecho y Política*, Revista Electrónica, Número 4, Año 2, Mayo- Agosto de 2010, p. 4.

na, incluso a sujetos biológicamente autónomos, lo que resulta inadmisibile en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Pues no puede olvidarse que para la perspectiva funcionalista sistémica, sólo son personas aquéllas con capacidad de contradecir el enunciado normativo, lo que no sucede cuando existe alguna circunstancia que impida afirmar la plena capacidad individual para ello. Sin embargo, esta capacidad viene establecida normativamente, como una suerte de presunción, sólo refutable frente a claros indicadores que sugieran lo contrario.

Es por esta razón que se denomina a quienes no tienen autonomía normativa como sujetos que no son personas.

En esta inteligencia, piénsese, a guisa de ejemplo, en la situación del niño nacido menor de dieciocho años de edad o bien en quienes siendo mayores, padecen afecciones psico-psiquiátricas que les impiden desempeñarse por sí mismos. Podría justificarse que, por no tener autonomía normativa no serían personas y, consecuentemente, no tendrían derecho a la vida.

De otra parte, las que postulan que el *status* de persona del feto constituye un juicio moral y que, por esa razón, depende de que la mujer lo piense en esos términos, no pueden sino dejar librada la cuestión a la arbitrariedad.

Si bien es cierto que tratan de reducir la cuestión a la particular situación de la mujer encinta, bien podría extremarse la posición extendiéndose a supuestos diversos, con la posibilidad de reconocer o no derechos a los sujetos según se piensen o no como personas. La moral nazi no pensaba a los judíos como personas.

Sin perjuicio de ello y como crítica común a ambas versiones de esta tesis, puede afirmarse que se manejan con un concepto distinto de persona al que viene dado por la CN, a la par que, al menos en nuestro sistema, contradiría los contenidos que al marco constitucional del concepto le asigna el derecho civil, construyendo una definición distinta.

No parece admisible que cada rama del saber jurídico se maneje con un significación diversa de la persona cuando, en definitiva, es sobre ella que se estructuran todos los sistemas de derechos y garantías. En esa clave, el concepto no se mostraría idóneo para el cometido reductor del derecho

penal en su relación dialéctica con el poder punitivo. Es justamente esta consideración diversa del concepto lo que ha permitido la construcción de un derecho penal del enemigo y, ciertamente, una persona no tiene menos valor que otra.

La solución, entonces, debe transitar otros caminos, más certeros y menos arbitrarios y peligrosos.

## 6 | El problema de la determinación del comienzo de existencia de la vida humana en sentido biológico.

### Diversas posturas

En sintonía con la toma de posición respecto de los alcances de los conceptos de bien jurídico, lesividad, persona y vida, y teniendo en consideración las críticas formuladas a las argumentaciones en punto al comienzo de existencia de la vida y la imposibilidad de la ciencia de determinar de modo unívoco y concreto ese momento, corresponde aquí pasar revista de las principales posiciones en torno a su determinación, con exclusión de la que propone la concepción, que fue debidamente escrutada.

La primera de las posiciones que surge con posterioridad a la que pretende establecer el inicio de la existencia de la vida humana en el momento de la concepción, es la denominada teoría de la anidación. Según esta postura, la vida humana comienza a partir del momento en que el cigoto se fija o implanta en el útero materno, lo que sucede aproximadamente a los catorce días del momento de la concepción, marcando una valoración diferente del óvulo fecundado en los primeros días, pues estima que, de modo previo, el nuevo organismo no puede desarrollarse. Ello ha motivado que se denominara al fruto de la concepción durante los primeros catorce días como pre-embrión.

Un segundo criterio para la determinación de la existencia de vida humana, lo constituye la teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central. Esta postura tiene en cuenta el momento en que se inicia la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervio-

so central, ya que estima que éste es el punto determinante en la ontogénesis del ser humano<sup>(35)</sup>.

En este momento empieza la formación de la corteza cerebral por lo que recién con la presentación de la llamada "línea primitiva" o "surco neural" estaríamos frente a un ser viviente<sup>(36)</sup>.

Este proceso tiene lugar entre el decimoquinto y el cuadragésimo día de evolución<sup>(37)</sup>.

Un tercer sistema es la teoría del comienzo de la actividad eléctrica del cerebro, a partir del que se sostiene que a partir de la emisión de impulsos cerebrales verificables puede estimarse que ha comenzado la vida específicamente humana. No existe total acuerdo entre quienes sostienen esta posición pues mientras algunos afirman que la actividad eléctrica cerebral comienza a ser registrable a las ocho semanas<sup>(38)</sup>, otros entienden que no se logra detectar electroencefalográficamente hasta el cuarto mes de gestación<sup>(39)</sup>.

El cuarto criterio es la teoría de la viabilidad, según la que el comienzo de la existencia de vida humana debe establecerse en el momento en que el feto tiene un grado tal de desarrollo que le permitiría seguir viviendo fuera del seno materno<sup>(40)</sup>, lo que sucede después del sexto mes de gestación.

Finalmente, el último parámetro lo constituye la teoría de la autonomía, en función de la que sólo existiría vida humana después del nacimiento pues allí habría vida independiente de la mujer.

---

(35) MARTÍNEZ, op. cit., p. 84.

(36) Ibidem.

(37) Idem.

(38) RUFF, W.; Individualität und Personalität im embryonalen werden; in Theologie und Philosophie, Nro. 45, 1970, p. 24 y ss., citado por Martínez, op. cit., p. 85.

(39) Así lo sostiene el principal promotor de esta posición, el biólogo Jacques Monod. Un análisis pormenorizado de su posición en Martínez, op. Cit., Pág. 85.

(40) Así, Supreme Court of United States, Roe v. Wade.

## 7 | La necesaria selección de uno de los criterios de determinación del comienzo de la existencia de vida humana y una propuesta de reconstrucción dogmática como solución plausible

Conforme lo venimos sosteniendo, la vida humana de carne y hueso, como realidad biológica, es el único presupuesto constitucionalmente admisible para la constatación del resultado exigido por el tipo legal de aborto y la existencia de un bien jurídico, en la forma de relación de disponibilidad, lesionable. A la par, hemos intentado dejar en claro el fracaso de las posturas que intentan fijar el comienzo de la existencia de la vida humana en el momento de la concepción, por recurrir a argumentos aparentes o falaces, valiéndose para ello de la confusión entre ser y deber ser, la descontextualización del tipo o naturaleza de determinados mandatos constitucionales dirigidos al legislador o la universalización de argumentos científicos que no gozan de consenso unánime.

De otra parte, se ha tratado de demostrar las inconsistencias de aquellas posiciones que, a fin de sustentar, confusión entre los planos del ser y deber ser mediante, que el feto no tiene derecho a la vida, mediante el simple recurso de desconocerle el status jurídico de persona, sosteniendo que ello implicaría dejar ese reconocimiento librado a la arbitrariedad y consentir el manejo de un concepto de persona diverso al constitucional y al del resto del saber jurídico, lo que lo torna inocuo para el cometido reductor del derecho penal.

En este panorama y considerando que las ciencias biológicas o médicas se muestran incapaces de brindar un sistema certero y unívoco para la determinación del momento del comienzo de la existencia de la vida humana, corresponde verificar si existe la posibilidad de dar preeminencia a alguna de las posturas que intentan dar respuesta a ello y, a partir de allí, ensayar una propuesta plausible de interpretación republicana y reductora del tipo legal de aborto.



Y, en tal sentido, frente al desconcierto que genera la imposibilidad de fijación del comienzo de la vida biológica, no resulta censurable que, el derecho, no penal por cierto, intente regular, aunque limitada y racionalmente, determinadas circunstancias de la vida biológica, siempre por razones de necesidad de la comunidad, que sirvan como punto de apoyo idóneo para ensayar una solución al problema.

Desde esta perspectiva, entendemos que el legislador ha brindado un buen parámetro para dilucidar la cuestión al establecer en el art. 23 de la Ley 24.193, de Ablación de Órganos, en cuanto exige la constatación simultánea de ausencia irreversible de función cerebral, ausencia de respiración espontánea, ausencia de reflejos cefálicos y pupilas fijas no reactivas e inactividad encefálica corroborada por medios técnicos, para determinar el fallecimiento de una persona y, por ende, la inexistencia de vida humana, para proceder a la extracción de órganos y posterior trasplante a personas que necesitan de ello para seguir viviendo.

La solución legislativa no parece arbitraria pues tiene anclaje en la necesidad de brindar una respuesta médica a quienes se encuentran en riesgo vital, basada en el actual estado del saber científico que concluye en la irreversibilidad del cuadro de quien se encuentra en estado de muerte cerebral.

A partir de ello, entendemos que corresponde optar, a efectos de determinar el comienzo de existencia de la vida humana, por el sistema de inicio de la función cerebral.

Es ineludible que si a partir de la constatación de la ausencia de función cerebral irreversible, respiración espontánea, reflejos cefálicos y pupilas fijas no reactivas, puede determinarse la inexistencia de vida humana, pues el fallecimiento no es otra cosa que ello, no puede sostenerse la existencia de vida en el feto hasta que presente esos signos.

Lo contrario implicaría caer en una contradicción irreductible pues no podría declamarse la existencia de vida en un sujeto menos evolucionado biológicamente<sup>(41)</sup>, que siquiera ha dado inicio a su función encefálica.

---

(41) Argumento utilizado por Martínez, op. cit., p. 86, pero para sostener una postura diversa.

Ciertamente, el derecho no puede ser contradictorio y para ofrecer una solución plausible, debe ser interpretado conglobada y armónicamente.

Podría contraargumentarse que las situaciones son conceptualmente diversas pues no es equivalente la situación de quien padece un cese irreversible de la función cerebral, con la de quien presenta una potencialidad vital puesto que el inicio de esa función sería la conclusión de un proceso que se inicia con la aparición del surco neural<sup>(42)</sup>.

Sin embargo, el argumento se debilita a poco que se repare que esa potencialidad no es más que una posibilidad que, hasta que la actividad cerebral no se inicie, no se concreta y, en ese marco, las situaciones son idénticas.

Como no existe consenso que permita establecer el momento concreto de inicio de la actividad cerebral entre los dos y los cuatro meses, hipótesis de mínima y de máxima manejadas por las ciencias médicas y biológicas, estimamos que no corresponde determinarlo arbitrariamente sino comprobarlo en cada caso, pero sabiendo que nunca tendrá lugar antes del tiempo mínimo ni más allá del máximo.

En definitiva, desde la perspectiva sostenida, la interrupción voluntaria del embarazo previa al inicio de la función cerebral, que no comienza antes de los dos meses de gestación y no después de los cuatro, extremo que deberá ser comprobado en cada caso dentro de ese parámetro, resulta atípica por ausencia de objeto de la acción.

## 8 | Conclusiones

Después de haber efectuado un somero análisis de las cuestiones que, a nuestro juicio, resultan más relevantes de la problemática del aborto, como aquéllas relacionadas con las diferencias entre los conceptos de persona y vida y la cuestión del momento de comienzo de la existencia de ésta última, entendemos que, en el actual estado de la legislación argentina, la interrupción voluntaria del embarazo antes del inicio de la función cerebral en el feto, (lo que sucede entre los dos y los cuatro meses de

(42) Así, Martínez, op. cit., p. 86.

gestación) pero que, ineludiblemente, deberá ser determinado en cada caso aunque nunca podrá ser inferior a la hipótesis de mínima, es atípica.

Ello, por cuanto, como dijimos, la existencia de vida humana es requisito insoslayable para la producción del resultado exigido por el tipo legal y presupuesto ineludible para la configuración de la relación de disponibilidad que el concepto de bien jurídico supone.

Con esta interpretación de la norma, además de llegar a soluciones similares a aquéllas a las que se arriba en las legislaciones que establecen la solución del plazo, se ofrece una solución jurídica para los casos de fetos anencefálicos, que han generado fuertes debates jurisprudenciales<sup>(43)</sup>.

De este modo, la propuesta consulta las bondades del sistema de plazos, en tanto que, aunque por otra vía, mediará un ámbito temporal en que la conducta resulta impune; sumándose al sistema de indicaciones, contemplado desde 1922, con la previsión de diversas causas de justificación que sólo operarán con posterioridad al inicio de la actividad cerebral.

Es entonces en este marco en el que deberá incardinarse la discusión en torno a los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo y, fundamentalmente, a ser o no madre, pero sin recurrir a fundamentos aparentes o forzados, como aquéllos que pretenden que el feto no es persona.

## Bibliografía

BADENI, GREGORIO; Derecho a la vida y aborto; en ED, 08/08/2006, nro.11.568. Reproducido también en Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos. Foro UCA Vida y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

BARBERO SANTOS, MARINO; “Estado actual de la problemática del aborto en Europa Occidental”; en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

BASSET, URSULA CRISTINA; La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos; en ED, del 30/08/2006, nro. 11.582. Reproducido también en Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos. Foro UCA Vida y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

DONNA, EDGARDO A.; *Derecho Penal. Parte Especial*; Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, T. I.

(43) CSJN, T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo.

FERRAJOLI, LUIGI; “La cuestión del embrión entre derecho y moral”; en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art15.pdf>

FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, T. IV.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; *Aborto voluntario, vida humana y constitución*; Buenos Aires, Ediar, 2000.

HERRERA, DANIEL A.; *Aborto: ¿De qué se trata? ¿De qué se habla?*; en EDCrim, del 30/12/2004, nro. 11.163. Reproducido también en *Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos*. Foro UCA Vida y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

HOPP, CECILIA; “Aborto: la política criminal, entre la vida y la libertad”; en *Diálogos de Derecho y Política*, Revista Electrónica, Nro. 4, Año 2, Mayo-Agosto 2010.

HOPP, CECILIA; “La penalización del aborto: un tipo penal injusto”; en *Lecciones y Ensayos*, Nro. 84, Año 2008.

LAFERRIERE, JORGE N.; “El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto. Análisis sintético del estado actual del debate”; en ED, 215-685; Reproducido también en *Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos*. Foro UCA Vida y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

LARRANDART, LUCILA; “Comentario a los arts. 85/88 CP”; en ZAFFARONI, EUGENIO R. y BAIGÚN,

DAVID (Dir.), TERRAGNI, MARCO A. (Coord.); *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*; Buenos Aires, Hammurabi, T. III.

MARTÍNEZ, STELLA M.; *Manipulación Genética y Derecho Penal*; Buenos Aires, Ed. Universidad, 1994.

MORENO, RODOLFO (H); *El Código Penal y sus antecedentes*; H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, T. III.

NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*; Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1961, T. III.

PINTOS, CARLOS A.; *El delito de aborto*; en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nro. 2, abril-junio 1969.

SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Buenos Aires, Tea, 1953, T.III.

WELZEL, HANS; *Derecho Penal Alemán*; Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición; Buenos Aires, Ediar, 2002.

#### PROYECTOS LEGISLATIVOS

HONORABLE SENADO de la Nación: 0397-S-10; 62-S-09; 4196-S-08; 0155-S-08; 0112-S-08 I

HONORABLE CÁMARA de Diputados de la Nación: 0998-D-2010; 0659-D-2010; 0057-D-2010; 0856-D-09; 5223-D-08; 5212-D-08; 4614-D-08; 0761-D-08; 2700-D-08; 0451-D-08; 0247-D-08 .





# Actualidad judicial

---



# CSJN, 13/03/2012, “F., A. L.” s/medida autosatisfactiva

No resulta un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la circunstancia de que los agravios carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva solicitada por una mujer —menor— que fue violada, pues las cuestiones relacionadas con el embarazo, o su eventual interrupción, jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso, por lo que, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas, aún sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro.

No puede afirmarse válidamente que mediante el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional el constituyente haya tenido la voluntad de limitar el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en art. 86 inc. 2 del Código Penal solo para los casos en que la víctima de violación es incapaz mental, pues-

to que dicha norma constitucional al atribuir al Poder Legislativo la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia, estableció con ello un supuesto concreto para que se establezcan en general políticas públicas promotoras de los derechos humanos, demostrando que la competencia otorgada lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo.

De las previsiones establecidas en el art. 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del art.4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del art. 86 inciso 2° del Código Penal, por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto cuando la mujer violada no es idiota o demente.



De la previsión contemplada en el art. 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, tampoco se puede derivar base alguna para sustentar que corresponda interpretar, de modo restrictivo el art. 86 inc. 2° del Código Penal y limitarlo solo a los casos en que la mujer es idiota o demente, en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del nasciturus como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del art. 4° y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste.

Resulta imposible concluir que por aplicación de los arts. 3° y 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran, respectivamente el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica debe interpretarse de forma restrictiva el supuesto de aborto no punible del art. 86 inc. 2° del Código Penal y limitarlo solo en los casos en que la mujer es idiota o demente, ya que a fin de asegurar una coherencia en la interpretación de ese instrumento, dichas previsiones deben ser analizadas en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1° que establece que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

La afirmación de que el art. 86 inciso 2° del Código Penal debe interpretarse

de forma restrictiva no encuentra cabida en el deber que emana del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente), en tanto es necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación, y ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del mencionado artículo del Código Penal, por lo que, resulta claro que, no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que se arriba a la conclusión contraria.

De la Convención sobre los Derechos del Niño no es posible sostener que la interpretación amplia del art. 86, inciso 2°, del Código Penal colisiones con éstas, en efecto, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones y se decidió expresamente por la formulación actual del art. 1°, de la que tampoco se puede derivar la tesis restrictiva, lo cual queda corroborado por la circunstancia que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes —que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación— deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del mencionado artículo del Código Penal.

Los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que además, poseen una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia del art. 86 inc. 2º del Código Penal, pues reducir la autorización de la interrupción de los embarazos solo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de 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, máxime cuando en la definición del alcance de la norma está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral.

Toda vez que de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales, —art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1º Declaración Universal de los Derechos Humanos y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre—, se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente, debe rechazarse la exégesis restrictiva que sólo contempla como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental, pues la pretensión de exigir a toda otra víctima de un delito

sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio.

Aún mediando la mas mínima y sistemática exégesis practicada sobre el art. 86 inc. 2 del Código Penal cabe concluir que no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima, puesto que, la mera lectura de su articulado se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente", previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza.

Debe interpretarse que el art. 86 inc. 2 del Código Penal establece que no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima, pues el artículo comienza su redacción estableciendo un requisito común para ambos supuestos, que detalla seguidamente como abortos no punibles, esto es, "que sea practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta", lo cual implica que este extremo no es aplicable a la mujer incapaz, que como excepción estableció en forma expresa que "en este caso" el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto, por ello, debe descartarse una tesis restrictiva del mencionado artículo, en tanto otorga una indebida preeminen-

cia a una de las partes de la norma dejando inoperante a las demás.

El art. 86 inc. 2° del Código Penal en concordancia con el sistema de los abusos sexuales diferencia dos grupos de causas de embarazos, esto es, la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer "idiota o demente", pues como hace referencia a causas de embarazos no punibles, el "atentado al pudor" no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria

contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo, ya que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado una forma de violación (la impropia), y no es posible sostener que cuando al principio dice "violación" también se refiera al mismo tipo de víctima, por lo que, resulta evidente que por exclusión, "violación" se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no "idiotas ni dementes".

De un análisis sistemático del art. 86 inc. 2° del Código Penal en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo dan lugar a su aplicación, corrobora que cualquier víctima que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales.

La judicialización de la interrupción de un embarazo cuando proviene de una violación además de ser innecesaria es ilegal, porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida

privada, resultando también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras.

Por imperio del art. 19 de la Constitución Nacional que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, cabe concluir que quien se encuentre en las condiciones descriptas por el art. 86 inc. 2 del Código Penal, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo, ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible

Cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura.

Dado que el art. 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el art. 86, inc. 2° del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación, como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación, para acceder al aborto permitido, solo es necesario que la víctima del ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratan-

te declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, ya que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente, en tanto significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal, y si bien se advierte la posibilidad de que se configuren "casos fabricados" el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

Corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos, contemplando en particular pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante, eviten procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas, y articular mecanismos que permitan resolver sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.

Para la concreta atención de los abortos no punibles deberá disponerse un

adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio, debiendo dicha objeción ser manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.

Alegar que la vulneración del derecho a la vida del feto es mayor que la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer y que el daño que padece ésta puede repararse a través de medidas alternativas tales como asistencia psicológica a la víctima y su entorno familiar durante el embarazo, implica una preferencia de un distinto esquema de valores, que de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización legal del art. 86, inc. 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla, pues además de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses

en juego que realizado resultaba incorrecta. (Del voto de la Dra. Argibay)

La excepción a la penalización del aborto que regula el art. 86.2 del Código Penal en todos los casos en que el embarazo proviene de una violación, cumple suficientemente con el estándar de validez constitucional, pues en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la sustancial preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una violación, exigiendo además el consentimiento de la propia afectada, o de su representante legal, por lo que, ese esquema normativo vinculado a la denominada indicación criminológica delimita el supuesto excepcional en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo —esto es, el hecho antijurídico precedente—, cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer y de él puede dilucidarse concretamente el juicio de ponderación sobre el que reposa la decisión legal, esto es, la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad —forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena—. (Del voto de la Dra. Argibay)

Es inadmisibles el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que interpretó de forma amplia el art. 86 inc. 2 del Código Penal y declaró que no es punible toda interrupción del embarazo que deriva de una violación,

independientemente de la capacidad mental de la víctima, pues el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación nacional que no ha sido atacada de inconstitucional, razón por la cual carece el recurso del requisito de relación directa e inmediata que debe existir entre las cuestiones favorables. (Del voto del Dr. Petracchi).

El art. 86 inc. 2 del Código Penal debe ser interpretado de forma amplia, pues más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar las víctimas, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual, y no se demuestra ni se advierte que en las disposiciones de rango constitucional se reconozcan preferencias entre ellas. (Del voto del Dr. Petracchi).

Si dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones relacionadas con el embarazo —o su eventual interrupción— es harto difícil que lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición y se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio de la Corte Suprema sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro.

Si de las normas constitucionales y convencionales no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el art. 86, inc. 2º, del

Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia del Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con alcance amplio, ya que reducir 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 razonable de 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.

Teniendo a la luz el art. 19 in fine de la Constitución Nacional es que debe interpretarse la letra del art. 86, inc. 2° del Código Penal y concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible, por lo que corresponde advertir a los profesionales de la salud la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales ante la situación fáctica contemplada en la norma referida y recordar a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo,

es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico

Dentro del límite de la regla del art. 15 de la ley 48 que veda a la Corte pronunciarse con respecto a cuestiones de derecho común, la interpretación efectuada por el a quo de la excepción del art. 86.2 del Código Penal cumple suficientemente con el estándar de validez constitucional, pues en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la sustancial preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una violación, exigiendo además el consentimiento de la propia afectada, o de su representante legal (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

El marco de ejercicio del permiso jurídico que surge del art. 86.2 del Código Penal demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención, por lo que las exigencias legales que legitiman la injerencia no pueden erigirse en un obstáculo sustancial al efectivo ejercicio del derecho concedido a la mujer, obligándola a transitar un arduo y traumático proceso judicial que acrecienta innecesariamente el considerable estigma y sufrimiento derivados de la violación de la que fue víctima y que, en razón del tiempo transcurrido, puede poner en riesgo la posibilidad de practicar una intervención sin peligro alguno para su salud (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

Resulta inadmisibile el recurso extraordinario que no logra expresar argumentos constitucionales suficientes que sustenten la interpretaci3n que deja fuera del 1mbito de aplicaci3n de la norma contenida en el art. 86.2 del C3digo Penal —aborto no punible— a la mujeres que no tengan deficiencias psíquicas pues, m1s all1 de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica com1n que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

Si en el recurso extraordinario se invoca, unilateralmente, la afectaci3n del

derecho a la vida de las personas por nacer, pero se omite toda consideraci3n con respecto al otro extremo del conflicto, la situaci3n de la ni1a de 15 a1os embarazada a consecuencia de una violaci3n, al sesgar de tal modo su argumentaci3n, se ignora la valoraci3n integral que hizo el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretaci3n del art. 86, inc. 2º del C3digo Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectaci3n de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la ni1a, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderaci3n de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

---

# Sumario

## Dictamen Defensoría

### en el caso “F., A. L.”<sup>(1)</sup>

La Defensoría General de la Nación y la Defensoría ante la Corte Suprema de la Justicia de la Nación asumieron la representación de la menor “F., A. L.” (art. 59 del Cód. Civil y del art. 54 incisos “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “i” de la Ley N° 24.946.). El núcleo central de la cuestión planteada consistía en determinar si el caso se encontraba comprendido dentro de uno de los supuestos de no punibilidad contemplados por el Art. 86 del C.P.

Como primer aspecto el dictamen solicitó la aplicación de la facultad excepcional contemplada en el art. 11 de la Acordada N° 04/2007 de la C.S.J.N. con el fin de que no considere la cuestión como abstracta. Fundó su petición en el entendimiento de que los tiempos biológicos resultan más breves que los judiciales y casos como el presente

.....

(1) Este sumario fue realizado especialmente para la publicación en papel de esta revista por Mariela Barresi con base en el dictamen presentado por la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez y por el Defensor ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Julián H. Langevin. El Dictamen completo se encuentra en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

usualmente se vuelven abstractos, así como en la necesidad de que el criterio del tribunal fuese expresado para la solución de análogos casos futuro<sup>(2)</sup>. Por lo demás, consideró que el hecho de que se hallara involucrada una menor de edad reforzaba la necesidad de que la Corte se exprese mediante resolución judicial<sup>(3)</sup>.

Como segundo aspecto el dictamen hizo explícito que la resolución del caso debía satisfacer el interés “superior del niño” conforme las circunstancias concretas del caso y con miras a la futura formación y desarrollo de la personalidad de la menor. Así, entendió que debían considerarse los derecho a la salud, integridad psicofísica, libertad personal, autodeterminación, dignidad, derechos

.....  
(2) Conf. “Roe v. Wade” (410 U.S. 113, 1973) y “Doe v. Bolton” (410 U.S. 179, 1973), Fallos 324:5, considerandos 4° y 5°

(3) Específicamente se orientó hacia el criterio de “decisión judicial” en oposición con la “opinión judicial” que podría devenir en casos abstractos (Maryland Casualty Co v. Pacific Coal and Oil Co., 312 U.S: 270, 1941, at 273.



reproductivos —comprensivos del derecho a formar una familia, a una maternidad libre y responsable—, el derecho sobre el propio cuerpo— interdependientes y complementarios del derecho a la vida—, como así también, su derecho a ser escuchada y a que su opinión sea tenida en cuenta). Asimismo, entendió que el "interés superior del niño" debía evaluarse desde sus dos modalidades clásicas, es decir, como criterio de control (dirigido a velar por su efectivo cumplimiento) y como criterio de solución (pauta orientadora de decisiones).

Teniendo en cuenta ese marco, el dictamen se orientó a establecer los extremos fácticos que definían los contornos del caso para luego analizar y evaluar los elementos normativos y sus alcances interpretativos.

En relación con el caso en concreto se indicó que en el expediente se encontraba probado que la niña había quedado embarazada como resultado de una violación que se enmarcaba en un contexto de abuso sexual sistemático extendido en el tiempo. Asimismo, sostuvo que la niña había debido atravesar diversos obstáculos para acceder a la autorización del aborto que se produjo más de dos meses después de que se solicitara la autorización y tras diversos pedidos judiciales, venías a comités de bioética, múltiples estudios y exámenes físicos que implicaron su re-victimización<sup>(4)</sup>. Finalmente, consideró que se encontraba probado que el embarazo resultaba riesgoso para la salud e in-

cluso para la vida de la joven<sup>(5)</sup>, lo que también permite enmarcar el caso en las previsiones del inc. 1 del art. 86 del C.P.

En relación con el aspecto normativo, el planteo razonó que si bien no podía considerarse el aborto como no punible en todos los casos, tampoco resultaba constitucional una interpretación restrictiva que limite el texto de la ley a una interpretación literal sin considerar las fuentes, el contexto histórico y la interpretación sistemática local e internacional.

Respecto de la despenalización absoluta del aborto consideró que no resultaba viable toda vez que implicaría desconocer que la persona por nacer es considerada *persona* por el código civil al tiempo que incluiría entre los casos no punibles aquellos realizados contra la voluntad de la mujer gestante. En este sentido destacó que la protección o consideración que la ley civil asigna a la persona por nacer es diversa de la que asigna el derecho penal. Mientras el primero declama que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (art. 63 Cód. Civil) pero sin asignarle la mayoría de sus atributos<sup>(6)</sup>, el segundo identifica

(5) Para lo que tuvo en cuenta el dictamen del Equipo Técnico Interdisciplinario, del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito, de especialistas del Hospital de Comodoro Rivadavia así como el informe del Comité de Bioética Ad Hoc designado por el Director del Hospital Regional.

(6) El C.C. autorizar sólo limitadamente la asignación de algunos derechos, imposibilita la contracción de obligaciones (art. 30 CC) e ignorar su existencia en caso de que no nazca o no se encuentre con vida a la hora de ser separado del cordón umbilical

(4) Cf. Corte Suprema de Justicia, EE.UU., *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992).

la afectación de la vida del feto bajo el tipo penal de aborto el cual difiere en extensión y gravedad respecto del delito de homicidio. La vida embrionaria no es considerada de igual modo que la vida de la persona ya nacida. Prueba de ello es que el aborto admite grados de reproche que son más leves que los fijados para el delito de homicidio, que el aborto encuentra un momento de no reproche ante supuestos terapéuticos, eugenésicos, y sentimentales (art. 86) o ante la tentativa de aborto causada por la propia mujer (art. 88 *in fine*, CP), que no es punido el hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, que la vida de la mujer es preferida respecto de la vida embrionaria y que no se prevé la sanción dolosa o culposa por la lesión al feto. En este contexto destacó que el hecho de que la vida embrionaria no revista idéntica jerarquía que la vida nacida no implica la renuncia a la protección del derecho a la vida por mecanismos diversos al Derecho Penal.

Respecto de la interpretación del artículo 86 del C.P. consideró que a fin de evaluar su constitucionalidad es necesario realizar una interpretación amplia que exceda el mero texto de la ley y considere las fuentes, el contexto histórico y la interpretación sistemática local e internacional.

Así, luego de recordar el texto del artículo 86 analizó sus fuentes históricas. En este sentido recordó que la base normativa fue tomada del anteproyecto Código Suizo de 1916 en su versión en francés del original en alemán. Este recorrido de traducciones implicó la unificación de los supuestos de violación por uso de fuerza y violación por

incapacidad en uno sólo definido por este último. Por otra parte, el dictamen también analizó el contexto histórico en el que había dictado la norma. Ello, con especial referencia al concepto y rol de la mujer y su mutación en el tiempo en relación con los derechos civiles, políticos y su vínculo con la honestidad, extremo que por lo demás justificó el cambio del título respectivo a delitos contra la integridad sexual. En este contexto se manifestó que ciertamente la libertad sexual, integridad sexual y dignidad de las mujeres no eran bienes jurídicos tutelados por el C.P. lo que explicaba su ausencia en los debates parlamentarios y la antigua conformación de la tesis restrictiva<sup>(7)</sup>.

Por otra parte, consideró que la norma debía analizarse de modo sistemático con miras al derecho local e internacional a fin de profundizar en sus alcances interpretativos. De este modo definió que la pauta normativa local funda la interpretación amplia respecto del aborto debido a que una interpretación restrictiva del artículo 86, inciso 1º C.P. desconocería el permiso en caso

(7) La doctrina mayoritaria sostiene la interpretación amplia de la norma: Zaffaroni, ob. y lugar citados, Donna, ob. y lugar citados; Soler, Sebastián, ob. cit., p. 107 y ss; Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", ed. Abeledo Perrot, 1983; T. IV, p. 255; Terán Lomas; Roberto A.M., "El aborto de la mujer víctima de violación", en J.A. t. 29, 1975, p. 453; Jiménez de Asúa, Luis, "El aborto y su impunidad", La Ley t. 26, p. 977; Molinario, Alfredo J., "Los delitos", ed. Tea, 1996, p. 217; Gómez, Eusebio, "Tratado de Derecho Penal", Compañía argentina de editores, 1939, T.II, p. 144; y Ramos; Juan P. "Curso de Derecho Penal. Segunda Parte", Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1957, t. V, p. 73/74.

de peligro para la salud, restringiría el concepto de "salud" a salud física, o a exigir la acreditación de gravedad del riesgo o bien generaría un efecto de discriminación respecto a otras mujeres violadas que no tienen afectadas sus facultades mentales ya que sólo autorizaría el aborto en casos de violación cuando la mujer fuera insana. Específicamente, mientras que para la mujer insana podría considerarse su derecho a la dignidad y a no ser tratada como mero receptáculo u objeto de reproducción, se desconocería igual derecho de las no insanas. La interpretación restrictiva, de este modo, vulnera también el derecho a la igualdad y al principio de no discriminación.

Este análisis fue completado con las pautas que fija el ordenamiento constitucional, los tratados de derechos humanos y la legislación dictada en consecuencia. Para así fundarlo consideró normas, resoluciones y casos que abonan la tesis amplia que se planteó referentes al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (artículo 4.1)<sup>(8)</sup>, el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>(9)</sup>, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la

.....  
 rechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"), a la libertad y seguridad personales (art. 1, DADDH; art. 7.1, CADH; art. 3.c, Convención de Belém do Pará), a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1, CADH; art. 3.b, Convención de Belém do Pará), a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2., CADH; art. 3.d., Convención de Belém do Pará), a la igualdad y no discriminación (art. 2, DADDH; art. 1.1 y 24, CADH; art. 3.f., Convención de Belém do Pará), a la dignidad (art. 17, DADDH; art. 11.1, CADH; y art. 3.e., Convención de Belém do Pará) a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (art. 5, DADDH; y art. 11.2 y 11.3, CADH), y a la protección especial a la niñez (art. 7, DADDH; y art. 19, CADH). En especial, la Convención de Belém do Pará dispone que la violencia contra las mujeres comprende la violencia sexual (art. 2), consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (art. 3), y reconoce que la violencia contra las mujeres impide y anula el ejercicio libre y pleno de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art. 5).

(8) Baby Boy (CIDH. Caso Baby Boy. Resolución 23/81. 6 de marzo de 1981) que incluyó entre los casos de aborto no punible la existencia de un embarazo forzado como resultado de una violación. Consideró asimismo que la protección interamericana exige un actuar diligente en estos casos CIDH. Informe N° 21/07. Petición 161—02. Solución amistosa. Paulina del Carmen Ramírez Jacinto c. México. 9 de marzo de 2007, párr. 26). Asimismo enumeró los derechos involucrados: el derecho a la vida (art. 1, DADDH; art. 4.1, CADH, art. 3.a Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —en adelante, Convención de Belém do Pará—), a la salud (art. 11, DADDH; y art. 10 Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de De-

(9) Entre los derechos involucrados: derecho de las mujeres a la libertad y seguridad personales (art. 3, DUDH, y art. 9 del PIDCyP), a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 12, DUDH; y art. 17, PIDCyP), a la igualdad y no discriminación (arts. 1, 2 y 7, DUDH; art. 2.1, 3 y 26, PIDCyP; y art. 2.2 y 3 PIDECS), a la dignidad (art. 1, DUDH; art. 16 PIDCyP), a la vida (art. 6.1, PIDCyP; y art. 3, DUDH), a una vida libre de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5, DUDH; art. 7, PIDCyP), y a la protección especial de la niñez (art. 25.2, DUDH; art. 24.1, PIDCyP). También el PIDECS, en su artículo 12, inciso 1°, establece que los Estados Parte reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física

## Mujer<sup>(10)</sup>, Convención sobre los Derechos del Niño<sup>(11)</sup>, Convención contra la

y mental", y el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11.1). Recordó la recomendación General n° 28, el Comité de Derechos Humanos, la recomendación del Comité de Derechos Humanos, 70° período de sesiones. 16 de octubre al 3 de noviembre de 2000 a Argentina a fin de eliminar obstáculos para el aborto y el caso (Comité de Derechos Humanos, , Dictamen N° 1153/2003, 24/10/2005) donde se consideró que sostener un embarazo obligado constituye una vulneración al artículo 7 del PCDCyP, que proscribía las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (Comité de Derechos Humanos, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen N° 1153/2003, 24/10/2005).

(10) Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer consagra el derecho de las mujeres a la igualdad y no discriminación (art. 1), y a "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos" (art. 17.1.d. énfasis agregado). En especial, en el artículo 12, inciso 1°, establece "el derecho de la mujer a acceder, sin discriminación alguna, a los servicios de la atención médica". Asimismo, prevé que "los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia". Además, citó el artículo 14 de la CEDAW, la Recomendación General N° 24, La mujer y la salud, 20° período de sesiones, 1999 y las Observaciones finales. Argentina, 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38. Asimismo, la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ministerio de Salud, 2007 incluye el embarazo producto de violación. (Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ministerio de Salud, 2007).

(11) Se destaca la "reserva" que formuló el Estado argentino al momento de ratificar la

## Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>(12)</sup>.

Consecuentemente, consideró que los principios internacionales analizados permiten concluir que la protección del derecho a la vida de modo alguno conlleva la necesidad de penalizar el aborto en todos los casos. Muy por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos es categórico en advertir que la penalización de la interrupción del embarazo en supuestos determinados, como cuando se encuentra en riesgo la vida o la salud de la mujer encinta,

Convención sobre los Derechos del Niño, que establece, con relación al art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad (Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59).

(12) El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General N° 20, sostuvo que la prohibición contenida en el art. 7 del PIDCP, que proscribía las torturas y tratos o penas inhumanos o crueles, se refiere no sólo a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral, y agregó que la prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44° período de sesiones, 1992). En el caso Karen Noelia Llantoy Huamán, ya citado, el mismo Comité concluyó que la negativa del Estado de Perú a realizar el aborto terapéutico a una adolescente que cursaba un embarazo de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento que la niña tuvo que atravesar y, en consecuencia, concluyó que el Estado había violado el artículo 7 del PIDCP (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005).

o cuando el embarazo proviene de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos humanos de las mujeres.

A mayor abundamiento, el dictamen se refirió a tres argumentos de orden político normativos: (a) El embarazo forzado como atentado contra la dignidad de la niña: Ante la confirmación del embarazo como resultado de una agravio sexual, la obligación de llevar a cabo la gestación implicaría reducir a la niña a un mero receptáculo, a un objeto de procreación. De esta forma, la niña hubiera sido nuevamente instrumentalizada, esta vez no por un particular, sino por el propio Estado. Ello así, obligar a la niña a continuar con el embarazo en esas condiciones hubiera implicado privarla por completo del contenido a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Y una intromisión estatal de tal magnitud resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. (b) El Estado no puede imponer conductas heroicas: Un

Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Las tesis que promueven el alcance más limitado de los permisos legales contenidos en el artículo 86, CP tienen como consecuencia exigir a las mujeres que sacrifiquen sus derechos, como pueden ser su salud, su vida o su dignidad, en aras de favorecer la vigencia de otros derechos o intereses. (c) El embarazo forzado constituye un trato cruel, inhumano y degradante: Obligar a la niña a llevar adelante el embarazo, bajo amenaza de sanción penal, implicaba desconocer por completo el derecho a la dignidad humana y someterla a un trato cruel, inhumano y degradante, pues tal como lo establecen los estándares internacionales en la materia, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, comprende no sólo el sufrimiento físico, sino también el sufrimiento moral<sup>(13)</sup>. No debe entenderse la relación entre dos sujetos sino mediante una relación simbiótica.

(13) Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992. En sentido similar, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 100). Además, esta prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, cit.). Estos principios llevaron a sostener la responsabilidad del Estado de Perú por violación al artículo 7 del PCDCyP por impedir

la realización de un aborto justificado a una menor de edad (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005), y generaron una manifestación de preocupación por parte del Comité contra la Tortura, por cuanto la legislación de Nicaragua penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación (Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

# Declaración de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal

## 1 | Abortos justificados en la ley vigente

Los abortos justificados en el Código Penal Argentino desde 1922, que no necesitan autorización de jueces ni de comités médicos para su realización, son: A) el realizado con el consentimiento de la mujer y practicado por un médico cuando no existe otro medio para evitar un peligro para la vida o la salud –física o psíquica– de la madre. B) Cuando el embarazo fue causado por una violación respecto de una mujer sana mentalmente. C) Cuando el embarazo es producto de un acceso carnal con mujer menor de trece años. D) Cuando el embarazo es producto de un acceso carnal con mujer que por alguna otra razón (por ejemplo, deficiencias mentales) no pudo consentir el acto sexual, y E) Cuando el embarazo no es producto de acceso carnal, sino de cualquier acción no consentida contra cualquier mujer

## 2 | Abortos Justificados en el Código Penal Argentino

Con total independencia del debate sobre la legalización de ciertos supuestos de aborto, ante la proliferación de análisis y decisiones que confunden a la opinión pública, nos vemos obligados a explicar cuál es la

ley vigente respecto de abortos que están justificados en el Código Penal desde 1922. Proliferan los “opinólogos” y se han tomado decisiones —como denuncias a magistrados que se han limitado a aplicar la ley— basadas en creencias que carecen de control académico, que mezclan niveles de análisis (moral, religión, medicina, salud pública, política, leyes vigentes, legislación comparada, teorías de la pena, etcétera) y omiten de manera audaz la consideración de las gravísimas consecuencias jurídicas y sociales a las que llevan. Ante tal situación y con el fin de prevenir que la aplicación de estas ideas produzca más daño social, la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal se ve en la necesidad de poner de manifiesto:

El Código Penal Argentino, desde 1922 y con todas sus modificaciones, en su artículo 119, prevé varias clases de accesos carnales que pueden conducir a embarazos: 1) acceso carnal violento o coaccionado (violación propia); 2) acceso carnal sobre una mujer menor de trece años, sin violencia o coacción (violación impropia); 3) acceso carnal no violento ni coactivo, sobre una mujer que por otras razones no pudo prestar su consentimiento válidamente, en la cual encuadran las que eran llamadas “idiotas o dementes” (violación impropia). Además, 4) también son punibles las conductas abusivas que puedan llevar a un embarazo, sin necesidad de acceso carnal tradicional, bajo la categoría de abusos sexuales gravemente ultrajantes, por ejemplo una inseminación artificial forzada.

Ante la existencia de los otros supuestos, está claro que el primero se refiere sólo a las víctimas que no tienen problemas mentales para disentir el trato sexual. También que en los casos 2 y 3, al no ser válido el consentimiento cualquier acceso carnal ya es una violación (impropia), sin necesidad de violencia o coacción. En cambio, si la víctima es mujer “insana” o menor de trece años y es accedida con violencia o intimidación, el hecho será violación propia (supuesto 1), porque la violencia física o mental no distingue entre personas menores y mayores, o sanas e insanas demente.

El artículo 86 del Código permite o justifica el aborto realizado con el consentimiento de la mujer y practicado por un médico para todos los supuestos anteriores, a los que se suma el supuesto general de cuando no existe otro medio para evitar un peligro para la vida o la salud —física o psíquica— de la madre. En este último supuesto, se pueden incluir los casos de anencefalia del feto.

En concordancia con el sistema de los abusos sexuales ya vistos, diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer "idiota o demente". Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazo, el "atentado al pudor" no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Como todo acceso carnal sobre una mujer con dichas deficiencias mentales es considerada ya una forma violación (la impropia del supuesto 3), no es posible sostener que cuando al principio dice "violación" también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, "violación" se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no "idiotas ni dementes". Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia, supuesto 2).

Cualquier mujer que se encuentre en tales circunstancias puede realizarse un aborto justificado, impune. En el caso de las deficientes mentales e incapaces (que no pueden consentir el acto) se requiere la autorización de sus representantes legales, y no el del violador, pese a ser el padre.

Es innecesario (además de grotesco) exigir la prueba del autor de la violación y/o del embarazo. Esto es así desde 1922 cuando no se conocía la prueba del ADN. La mujer no está obligada a hacer la denuncia por violación y nadie la puede investigar de oficio si no la hizo. Si invoca falsamente una violación como causa del embarazo, su hecho será un aborto punible, con o sin error invencible del médico que lo practique.

Como cualquier causa de justificación, no requiere autorización judicial alguna. Ni siquiera de pretendidos comités de ética médica, porque la soberanía proviene de la ley (arts. 44 y 75, inc. 12° CN), y no de determinados profesionales más o menos ilustrados. No estará obligado a practicarlo el médico con objeciones de conciencia.

No existe conflicto alguno entre cláusulas de jerarquía constitucional y estos permisos legales para producir abortos. El deber estatal de proteger la vida desde la concepción no obliga a criminalizar a todas las personas que la suprimen en cualquier caso. Ocurre lo mismo con la legítima defensa o supuestos de estado de necesidad exculpante, desde tiempo inmemorial. El legislador es soberano (como sucede en Alemania y ahora



en España). Quienes predicán el castigo sin excepciones, demuestran una fe desmedida en la pena como si el castigo protegiera a los *nasciturus* en estos casos.

No se trata de predicar el aborto; sino que, simplemente, el legislador ha declarado la inconveniencia de aplicar una pena en estas situaciones, y esto está explicado en cualquier manual de derecho penal argentino desde hace 90 años.

Buenos Aires, 2 de septiembre de 2010.

*Javier Augusto De Luca*  
*Presidente de la AAPDP*  
*[www.aapdp.com.ar](http://www.aapdp.com.ar)*

---

# CSJN, 1/06/2012, Albarracini Nieves, Jorge W. s/ medidas precautorias

Corresponde confirmar el pronunciamiento que denegó la medida cautelar tendiente a que se autorizase a los médicos tratantes a efectuar una transfusión de sangre si no existen constancias que indiquen que la negativa del hijo mayor de edad del presentante a recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas —culto “Testigos de Jehová”— ofenda al orden, a la moral pública o a los derechos ajenos, por lo que cabe concluir que no existió interés público relevante que justificara la restricción en su libertad personal. —Los jueces Fayt y Petracchi se remitieron a sus respectivos votos en el precedente “Bahamondez” (Fallos: 316:479)—.

No resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento, ya que mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aun-

que a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior. —Los jueces Fayt y Petracchi se remitieron a sus respectivos votos en el precedente “Bahamondez” (Fallos: 316:479)—.

Con sustento en el art. 19 de la Constitución Nacional, que concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su vida y de cuanto les es propio, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley

26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos "con o sin expresión de causa" (art. 2 inc. e). —Los jueces Fayt y Petracchi se remitieron a sus respectivos votos en el precedente "Bahamondez" (Fallos: 316:479)—.

---



# Proyectos de investigación

---



# Los abortos impunes: artículo 86 incisos 1º y 2º del Código Penal

Cátedra de Derecho Penal  
de la Facultad de Derecho y  
Ciencias Sociales de la UBA a  
cargo del Dr. Edgardo A. Donna<sup>(1)</sup>

Coordinado por **VANESA S. ALFARO**

## I | La investigación

El primer objetivo de nuestro proyecto de investigación consistió en la búsqueda, recolección y análisis de la jurisprudencia de todas las Cortes provinciales acerca del tratamiento de la eximente prevista en el artículo 86 del Código Penal de la Nación.

Para ello, se conformó un equipo de trabajo compuesto por abogadas, todas ellas integrantes de la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires a cargo del Dr. Edgardo A. Donna. El grupo estuvo compuesto por: Carolina Spósito, Celeste Cumbetto, Mariana Parbst, Paola Iezzi, Pamela Aguirre, Inés Sosa y María del Rosario Picasso, bajo la coordinación de Vanesa S. Alfaro.

La tarea fue puesta en marcha a comienzos del mes de marzo del año 2007. El desarrollo del trabajo llevado a cabo, a lo largo de este tiempo, mere-

.....  
(1) El grupo estuvo compuesto por: Carolina Spósito, Celeste Cumbetto, Mariana Parbst, Paola Iezzi, Pamela Aguirre, Inés Sosa y María del Rosario Picasso.

ce una explicación pormenorizada dado que con los avances y resultados obtenidos a partir de la búsqueda inicial debieron realizarse algunas modificaciones respecto de la tarea primigeniamente encomendada por eso la aclaración del comienzo al referirnos “primer objetivo de este proyecto”.

Así entonces, puestas cada una de las integrantes en marcha, como primera medida, hicimos una división de las provincias para cada una y a partir de allí el objetivo fue localizar las secretarías de jurisprudencia de las respectivas cortes provinciales para, luego solicitarles el material. Con el fin de lograr dicho objetivo, hubo intercambios de correos electrónicos, comunicaciones por vía telefónica y, además, en algunos casos, se requirieron solicitudes que debieron realizarse por escrito, dado que, por ejemplo, las cortes provinciales del Chaco y de Formosa, exigían requerimientos formales para brindar las correspondientes respuestas.

Cabe destacar que la mayoría de las consultas efectuadas a las citadas dependencias fueron evacuadas con excelente predisposición por parte de las aludidas secretarías de jurisprudencia. Sin embargo, se han presentado significativos obstáculos para sortear, entre ellos, teniendo en cuenta la distancia entre la ciudad de Buenos Aires y el resto de las provincias, como primer traspíe, si bien tuvimos respuestas, lo cierto es que fueron luego de largas demoras toda vez que en algunos casos para conseguir los fallos previamente debía revisarse manualmente un sistema de fichas, el cual, no se encontraba informatizado ni digitalizado y había que esperar que los empleados de esas oficinas realizaran las tareas con buena voluntad, amabilidad y diligencia. No obstante lo expuesto, a manera de ejemplo y con la idea de reflejar la complejidad y magnitud de la labor llevada a cabo, recién a mediados del año 2008, la gran parte de las cortes provinciales nos había informado acerca de la situación en cuanto a la temática solicitada.

Después de ello y previa lectura del material recibido, pudo determinarse que, con la excepción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de las Cortes Supremas de las provincias de Salta, Mendoza y Entre Ríos, hasta esa fecha (2008), el resto de las cortes provinciales no registraron fallos relativos a la cuestión investigada, sí se encontró material jurisprudencial respecto de la inducción al parto (en el caso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Dicha situación trajo como consecuencia una primera etapa conclusiva de la referida gestión.

Ahora bien, tomando en cuenta ello y debido a que por cuestiones ajenas a la voluntad de búsqueda no se obtuvo un resultado exitoso, fue entonces que se acordó –nuevamente– dividir la tarea en dos partes: por un lado, se analizó la jurisprudencia obtenida de los citados tribunales (Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires como del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las Cortes Supremas de las provincias de Salta, Mendoza y Entre Ríos) y, por otro lado, con la idea de mantener el original objetivo del proyecto, se realizó una nueva búsqueda en cuanto a la misma temática pero esta vez se rastreó jurisprudencia del resto de los tribunales provinciales.

Si bien los resultados no fueron cuantiosos lo cierto es que los fallos encontrados constituyeron un material suficiente para desarrollar determinados aspectos puntuales, que se analizaron en algunos de ellos, respecto de la eximente prevista en el artículo 86 del texto represivo.

Entonces, ingresamos en una segunda etapa de la investigación, en la cual participaron exclusivamente las abogadas Carolina Spósito, Celeste Cumbetto, Mariana Parbst, Paola Iezzi y Pamela Aguirre bajo la misma coordinación, que consistió en describir y analizar los cuestionamientos acerca de la temática tratada en cada uno de los fallos que se lograron conseguir y que, seguidamente, se verá reflejado en el desarrollo de las cuestiones que a continuación se exponen.

Para concluir, es preciso señalar que la presente investigación también tiene una etapa de actualización jurisprudencial, la cual fue incorporada a los diferentes tópicos que forman parte de este proyecto.

El texto completo de esta investigación se encuentra disponible en nuestra base de datos: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

A continuación referenciamos los temas que se encuentran desarrollados:

Los sistemas de definición y límite temporal; la participación de los profesionales del arte de curar; la necesidad de la autorización judicial para practicar un aborto no punible en la jurisprudencia; la facultad de solicitar la práctica y consentimiento; cómo debe proceder el Juez ante un pedido de autorización para practicar el aborto y los posibles escenarios en el ámbito judicial.



Se plantea si todo aborto no punible significa el ejercicio legítimo de un derecho? Si es así, ¿El Amparo es la vía procesal correcta?

A todo ello se suma el tratamiento de numerosos fallos de la Corte Suprema de la Nación, de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires y Superiores Tribunales de otras provincias.

---



# Entrevistas

---

# “La pena produce clandestinidad”



LUIGI FERRAJOLI

*La entrevista fue realizada en dos etapas. La primera, el 29/06/2012 en el marco del XII Encuentro de Profesores de Derecho Penal en San Miguel de Tucumán, por Marcelo Buigo, Francisco Figueroa y M. Ángeles Ramos y traducida por estos dos últimos. La segunda, fue realizada el 1/07/2012 por la Dra. M. Fernanda López Puleio.*

*Agradecemos a Marcelo Buigo y a la Dra. M. Fernanda López Puleio por haber posibilitado las entrevistas. Los cuestionarios fueron realizados por el equipo responsable de esta sección y la edición y compaginación estuvo a cargo de Mariela Barresi.*

**RDP: ¿Cuál es su postura respecto al aborto y cuál es la estructura de razonamiento que lo lleva a definirse en uno u otro sentido?**

LF: Como primer aspecto para razonar el problema del aborto, como en tantos otros problemas de bioética, se debe distinguir entre el problema moral y el jurídico.

La división entre derecho y moral o derecho y justicia es una tesis que se deriva del principio de laicidad del derecho y del Estado que caracteriza al liberalismo político y al derecho penal garantista. Se trata, como es sabido, de la tesis ilustrada sostenida por Hobbes, Locke y después por todo el pensamiento laico y liberal. Según ella, el derecho y el Estado no encarnan valores morales ni tienen el cometido de afirmar, sostener o reforzar una determinada moral o cultura, sino sólo el de tutelar a los ciudadanos. Su único deber es garantizar la igualdad, la seguridad y los mínimos vitales. El primer corolario de la separación entre derecho y moral es, por ello, el pluralismo moral que hemos de admitir y tolerar en la sociedad ya que todos debemos estar sujetos al mismo derecho pero no todos tenemos las mismas opiniones, creencias o valores morales. En esta asimetría se funda la laicidad del Estado y del derecho moderno que no puede privilegiar a ninguna de las diversas concepciones morales hasta el punto de prohibir un determinado comportamiento como delito sólo porque se lo considere “pecado”.

En este sentido, la tesis de la laicidad del derecho y del Estado involucra a su vez otros dos principios fundamentales de la modernidad jurídica: el principio de legalidad y el principio de lesividad. El primero, garantiza la igualdad y la libertad de los ciudadanos contra la arbitrariedad ya que exige la definición taxativa de las conductas que sean penadas, y el segundo define que sólo son punibles las acciones que causan daños a otros<sup>(1)</sup>. En otro plano, el principio de legalidad está dirigido a los jueces y el principio de lesividad al legislador.

De conformidad con estos principios, la cuestión jurídica de la admisibilidad del castigo del aborto es, como se ha dicho, una cuestión completamente diversa de la cuestión moral de la licitud del aborto mismo. Así, pues, la cuestión jurídica que hemos de resolver es si está justificado, sobre la base del principio de la separación entre derecho y moral, (no ya el aborto) sino la punición jurídica del aborto considerado inmoral. En otras palabras, si la inmoralidad del aborto, asumida como premisa, es un argumento moralmente suficiente para justificar, además de la decisión individual de no abortar, la previsión de una sanción penal para quien aborta. Es claro que para resolver racionalmente esta cuestión sobre la base del principio de la separación, no podemos ignorar los efectos concretos de las

leyes que castigan el aborto y tampoco dejar de responder, con carácter previo, a la pregunta respecto de si su prohibición sirve de manera efectiva para evitarlos.

Pues bien, la respuesta a esta pregunta que sugiere, por ejemplo, la experiencia de más de veinte años de vigencia de la ley 194, es con seguridad negativa: no sólo la prohibición del aborto que contenía el código Rocco no tuvo el efecto de prevenir los abortos, sino que, por el contrario, éstos han disminuido enormemente, casi a la mitad, después de la supresión de aquélla. Esto es porque el carácter no clandestino del aborto ha producido una mejor conciencia, una mejor dignidad de la mujer. Es muy raro, más raro que antes, una procreación no querida. Lo paradójico es que la pena produce la clandestinidad, la sobre dramatización de un hecho dramático con una solicitud de la mujer que determina —paradojalmente— un gran número de abortos. Si esto es verdadero, también los religiosos, los anglicanos que defienden la vida de los embriones deberían estar a favor de la despenalización, a menos que pensemos que la finalidad de estas normas no es la tutela de la vida ni de los fetos sino solamente la formación jurídica de una determinada moral. Esto es un contraste de la actividad del Estado y también de la de la moral porque el comportamiento es tanto más moralmente auténtico cuando no requiere el sustento heterónomo del derecho.

Consecuentemente, a partir de la experiencia adquirida, es indiscutible que la penalización del aborto ya no puede ser racionalmente invocada ni siquiera para defender la vida de los fetos, con el plus que supone el coste de sufrimientos y lesiones graves para la salud y para la dig-

(1) Artículo 4 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley".

nidad de las mujeres, obligadas a elegir entre aborto clandestino y maternidad bajo coacción. En este sentido, con independencia de nuestra valoración moral del aborto e incluso de la ineffectividad de su prohibición, tal pretensión es insostenible también por otro orden de razones. Si es cuando menos opinable, en el plano moral, que el feto sea una persona y como tal merecedor de tutela, son en cambio ciertos y terribles los costes que la prohibición del aborto y una maternidad impuesta comportan en perjuicio de la mujer, en contraste con principios básicos de nuestra Constitución que reconoce que el derecho de la mujer a la salud, aunque sea sólo la psíquica, prevalece sobre el valor de la vida del feto<sup>(2)</sup>. Más aún la penalización del aborto contradice los principios fundamentales de la libertad personal de la dignidad de la persona y la igualdad<sup>(3)</sup>.

Desde esta perspectiva, se hace manifiesto el carácter constitucionalmente inválido de cualquier norma penal sobre el aborto y los límites que, en todo caso, tiene el derecho en materias tan delicadas.

**Conforme a lo manifestado, ¿Qué entidad biológica debe dársele al embrión de pocas semana y cómo ello repercute en el sistema de derecho?**

Respecto de la cuestión del embrión también debemos considerar la división entre moral y derecho. Es decir, debemos considerar si hablamos sobre el juicio moral, sobre las posibles manipulaciones o sobre la justificación moral y política de

su prohibición jurídica, cualquiera que sea el juicio moral asumido.

En los planos meta-jurídico y meta-moral, ambas cuestiones suelen identificarse con la de la naturaleza del embrión: si éste es o no una persona. En este sentido las posiciones antiabortistas sostienen que el feto es persona y por tanto el aborto es un homicidio. Ello se funda usualmente en la vitalidad del embrión como forma de vida inicial de la persona. Pero la tesis de la vitalidad del embrión, empíricamente verdadera, no equivale ni permite deducir la de que el embrión es una persona. Podemos saber (y ya lo sabemos) exactamente todo sobre las características empíricas del embrión en las diversas fases de la gestación. Pero esto no impide, por ejemplo, deducir la prohibición del aborto de la tesis de que la vida precede al nacimiento sea el resultado de una falacia naturalista. En efecto, una deducción similar supone, subrepticamente, la tesis moral de la calidad de "persona" del feto: que no es un juicio de hecho sino un juicio de valor, como tal ni verdadero ni falso. Insisto en este punto porque tiene que ver con el estatuto meta-ético de toda la cuestión, y, por consiguiente, es decisivo para los fines de nuestra discusión. El hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aun siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, y ni siquiera el feto, son personas, al ser "persona" un término del lenguaje moral y la calificación de algo como "persona" un juicio moral.

Pero, entonces, siempre que se comparta el principio laico y liberal de la separación entre derecho y moral, la cuestión de si el feto (como el embrión) es o no persona

(2) La Corte Constitucional italiana hizo explícita esta preferencia en sentencia n° 27/1975, de 18 de febrero.

(3) Artículo 3 de la Constitución Italiana.

no puede ser resuelta por el derecho privilegiando una determinada tesis moral, la que considera al feto una persona, imponiéndola a todos y por tanto obligando también a las mujeres que no la comparan a sufrir sus dramáticas consecuencias. Lo contrario sería tratar a la mujer como un medio para fines ajenos.

Por otra parte, la procreación no es un hecho puramente biológico, mecánico. Es también un acto con el cual se mete en el mundo a una persona. Esto significa que la única persona que puede calificar como tal al embrión o al feto es su madre misma. La palabra concebir tiene un significado literal, se puede decir que en su plano moral, el embrión es persona si es pensado y querido como tal por su madre misma. En este sentido la mujer tiene un rol creativo no sólo del cuerpo de una persona, también en su plano moral no existe una antinomia entre la tutela del embrión y tutela de procreación de la mujer. La procreación es un acto no sólo de autodeterminación, también de determinación del embrión, del feto, como persona. Entonces el feto o embrión es persona en tanto es concebido y pensado por la madre como persona. La naturaleza de persona depende del acto de voluntad. El feto no pensado por la madre como persona no puede ser calificado como tal. Por eso consideramos lícita la práctica abortiva cuando la mujer no consiente. Todos nos oponemos con firmeza a cualquier acto que pueda dañar al *nasciturus*, al que consideramos "inviolable" en cuanto pensado y querido como futura persona; mientras no todos consideran lesivo lo que no hace nacer a la persona, ni por tanto, inviolable lo que es simplemente un embrión no destinado a nacer como persona.

Si se acepta la concepción moral de la persona que acabo de exponer, evidentemente, el problema ni siquiera se plantea: "persona" es sólo el embrión destinado por la madre a nacer, y, por tanto, está excluida cualquier posibilidad de conflicto entre autodeterminación de la maternidad y tutela de la potencial persona representada por el embrión, al no existir ninguna persona, antes de aquel acto de autodeterminación. La tutela del embrión, o bien, su libre disponibilidad debe ser pensada a partir del principio de lesividad como único criterio de justificación de la limitación de la libertad por parte del derecho en un ordenamiento liberal.

### **Entonces, ¿Qué concepción de mujer asume un sistema que pune el aborto?**

Parcialmente ya fue respondida, sin embargo a este respecto hay un equívoco que es preciso aclarar. En el debate público, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad suele ser presentado como "derecho de aborto", es decir, como una libertad positiva (o 'libertad para') que consiste, precisamente, en la libertad de abortar. Se olvida, en cambio, que el mismo es antes aún una libertad negativa ('libertad de'), es decir, el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; y que la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad. En suma, lo que está en cuestión, antes que una facultad de gestar es una inmunidad, un *habeas corpus*, es decir, la "libertad personal" sancionada como "inviolable" por el orden constitucional, que es una libertad frente a posibles "restricciones", como son, precisamente, la constricción o la coerción jurídica a convertirse en madre.

Con la prohibición del aborto y con la consiguiente constricción penal a convertirse en madres se impone a las mujeres la renuncia a proyectos de vida diversos, la obligación de educar y mantener a un hijo, en una palabra, la constricción a una especie de servidumbre. Una maternidad no deseada puede destruir la vida de una persona: obligarla a dejar de estudiar o trabajar, enfrentarla a la propia familia, reducirla a la miseria o ponerla en situación de no ser capaz de proveer al mantenimiento de sí misma y de su propio hijo.

Pues bien, la punición del aborto es el único caso en que se penaliza la omisión no ya de un simple acto —como en el caso, por lo demás bastante aislado, de la “omisión de socorro”— sino de una opción de vida: la que consiste en no querer convertirse en madre. Esta circunstancia es generalmente ignorada. Habitualmente se olvida que, a diferencia de lo que sucede con las restantes prohibiciones penales, la prohibición del aborto equivale también a una obligación —la obligación de convertirse en madre, de llevar a término un embarazo, de parir, de educar a un hijo— en contraste con todos los principios liberales del derecho penal. No sólo, en contraste con el principio de igualdad, que quiere decir igual respeto y tutela de la identidad de cada uno, la penalización del aborto sustrae a la mujer la autonomía sobre su propio cuerpo, y con ella su misma identidad de persona, reduciéndola a cosa o instrumento de procreación sometida a fines que no son suyos.

¿Cómo no ver en todo esto una lesión de la libertad personal? Es la violación no de un específico derecho de aborto

sino del derecho de la persona sobre sí misma, del que el aborto es sólo un reflejo. Es la afectación del primero y fundamental derecho humano: el derecho sobre sí mismo, sobre la propia persona y sobre el propio futuro. Y también del primero, y fundamental principio de la ética laica contemporánea que indica que ninguna persona puede ser tratada como una cosa. Es por lo que hablamos de “autodeterminación de la mujer” en tema de maternidad. Es por lo que la decisión de la maternidad refleja un derecho fundamental exclusivamente propio de las mujeres, porque al menos en este aspecto la diferencia sexual justifica un derecho desigual. En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva, precisamente, porque en materia de gestación los hombres no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a las mujeres como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como se ha podido limitar su soberanía sobre el propio cuerpo sometiéndola a control penal. Así, no puede configurarse un “derecho a la paternidad voluntaria” análogo y simétrico al “derecho a la maternidad voluntaria”, porque gestación y parto tienen que ver solamente con el cuerpo de las mujeres, y no con el de los hombres. Si la decisión de traer o no traer al mundo a través de un cuerpo femenino estuviese subordinada sólo al acuerdo con el potencial padre, la decisión de éste recaería sobre el cuerpo de otra persona, y, de este modo, equivaldría al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría tanto la libertad personal de las mujeres como el igual valor de las personas.

**¿Cuál es su postura con respecto a la muerte digna y los tratamientos forzados y la eutanasia?**

Todos tenemos el derecho a una muerte digna, es decir, a una muerte natural. Creo que el derecho a morir y de morir de modo digno está ligado a la persona, a su libertad y determinación. Por otra parte, existe en nuestra constitución y en muchas constituciones la prohibición de tratos sanitarios coercitivos. El mantenimiento en vida es un trato sanitario que no puede ser brindado sin el consentimiento del interesado. Las personas que están en coma no sabemos cuál es su grado de sensibilidad pero en caso de que la tengan, como sostienen muchos, alimentarlos de modo forzado por años equivale a una tortura, a una crueldad inimaginable a ser prisionero del propio cuerpo sin la posibilidad de manifestar su propia voluntad, es una crueldad que significa vivir en soledad, en silencio, en aislamiento. En este sentido contradice la máxima moral kantiana según la cual ninguna persona puede ser tratada como una "cosa" y difiere de la tesis que sostuvo otra generación de Papas como Pío XII, Paulo VI, Juan Pablo II.

En relación con el problema de los tratamientos sanitarios forzados distinguiré, nuevamente, la cuestión moral y de la cuestión jurídica. En el plano moral chocan dos posiciones diversas, incompatibles entre ellas pero ambas legítimas. Por un lado, la idea de que la vida, y diría, más en general, la persona, pertenecen a Dios, por lo tanto, no resulta lícito disponer de ellas, ni siquiera en el caso de enfermedades terminales o de coma irreversible; por el otro lado tenemos la idea liberal y laica del derecho exclusivo de la

persona de aceptar la propia muerte natural y de rechazar tratamientos sanitarios no deseados.

Completamente distinta es la cuestión jurídica. Ella se dirige a proponer una respuesta que posibilite la convivencia pacífica entre estas dos posturas diversas. En otras palabras: ¿es lícito imponer a todos una de estas dos posiciones con el instrumento del derecho y, por ello, con las formas de la ley? Pues bien, esta cuestión se ha resuelto en sentido negativo por la afirmación del principio de laicidad y de las libertades fundamentales, que está en los orígenes del Estado moderno ya que son base, junto con las garantías, de las condiciones necesarias de la paz, es decir del pluralismo moral, cultural, religioso y político y de la convivencia pacífica entre las diversas manifestaciones. Son, en pocas palabras, la única garantía del multiculturalismo. En concreto: según la posición laica, un creyente o cualquiera que se considere moralmente obligado a sufrir la hidratación y la alimentación forzada tendría libertad para pedir las y tendría el derecho a obtenerlas; al contrario, según la tesis católica, quien no considere moralmente debido sufrir un tratamiento semejante, y que incluso lo considere inmoral en cuanto contrario a su propia dignidad como persona, no tendría la libertad de rechazarlo.

Pero hay un segundo aspecto, todavía más grave vinculado con la constitucionalidad de estas prácticas de hidratación y de la alimentación forzada. Estas prácticas, si no son consentidas por el interesado, lesionan no sólo el derecho de la persona de rechazar tratamientos sanitarios no deseados, sino que también el *habeas*



corpus y la inmunidad frente a las torturas. Niegan no sólo la libertad de autodeterminación, sino, antes aun, el derecho a la integridad personal. En efecto, debemos preguntarnos cuáles son las condiciones de vida que la hidratación forzada impone a una persona en coma irreversible.

Los sedicentes defensores de la vida deberían reflexionar seriamente sobre este problema, precisamente con relación a las personas en coma ya que bajo la idea de aliviar sufrimientos, en realidad los multiplican y prolongan.

Diverso es el caso de la eutanasia. Stuart Mill enseña que uno es soberano de su propio cuerpo y de su propia mente. En este sentido, la batalla contra la punición del suicidio es una clásica batalla iluminista pero que no debe alejarse de las pautas del derecho liberal antes indicadas en relación con el principio de lesión hacia terceros y la alcances del derecho con límite en la moralidad.

**¿Considera que el derecho debe establecer una diferencia normativa con relación al consentimiento?**

Creo que el consentimiento es necesario. Cuando no es posible otorgarlo, sería necesario una ley que permita a otros decidir, como un testamento biológico, esto es una asimetría entre la posición clerical y laica. La posición laica no impide a los católicos que creen, de ser sometidos a la alimentación forzada. En este sentido es un contraste no sólo con el principio de dignidad, sino también con la dignidad de la persona. Creo que es una lesión de la dignidad, creo que por eso es inhumano obligar a una persona a asumir estos tratos inhumanos.

**Finalmente y en otro plano de ideas entendemos que la forma en la que se enseña derecho y la estructura educativa de estas facultades sin dudas condiciona ciertos modos de pensamiento. En este sentido ¿Qué asignaturas o tópicos debería ser incluidos en el programa y planificación universitaria a fin de pensar y problematizar cuestiones como las que aquí se revelan?**

Estos temas son la consecuencia lógica de algunos principios elementales de la democracia, del Estado liberal de derecho, es decir, la separación entre derecho y moral. Por este motivo entiendo que la enseñanza del derecho moderno debe transmitir una ideología laica. Debe llevar a la reflexión de los criterios de justificación del derecho, que son criterios racionales que requieren argumentación y justificación. La ciencia positivista es descriptiva por lo que la única crítica posible es una crítica externa de tipo político o moral. Sin embargo creo que la educación del jurista debe dirigirse en esta dirección un rol crítico del derecho legítimo. Un modelo que involucre al proyecto constitucional ya que todo derecho fundamental requiere leyes de actuación. Un empeño civil que no puede no alimentarse a través de disciplinas extrañas como la filosofía política, la lógica, la filosofía moral el jurista es parte del universo que observa y su deber es modelarlo con su teoría y también con su crítica. El derecho está construido sobre la base de modelos teóricos como los de Montesquieu, Rousseau, Beccaria, entonces los textos de los juristas deben proyectar la construcción de la democracia y la actuación de un proyecto diseñado en esa dirección.

# “El castigo del aborto voluntario niega la igualdad jurídica entre hombres y mujeres”



TAMAR PITCH

## Profesora de Filosofía y Sociología Jurídica

Facultad de Derecho de la Universidad de Perugia. Co-editora del diario “Sulla Questione Criminale di Studi”.

## Publicaciones

“Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad”; “El género de la seguridad urbana” y “Los derechos fundamentales: diversidad cultural, desigualdad social, diferencia sexual”. En 2007 recibió el Premio Capalbio por su libro “La sociedad de la prevención”.

*La entrevista fue realizada por Mariela Barresi y traducida por Vilma Bisceglia<sup>(1)</sup>. Los cuestionarios fueron realizados Cecilia Hopp, Valeria Vegh Weis, Vilma Bisceglia y Mariela Barresi.*

**RDP: ¿Cuáles son las presunciones respecto del concepto de persona y mujer que asume un sistema jurídico que pune el aborto?**

TP: Un sistema legal que castiga el aborto voluntario no reconoce a las mujeres el *habeas corpus* de la misma manera que se lo reconoce a los hombres. Esto se traduce en la negación de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, debido a la diferencia entre ellos, diferencia declinada en minoría. Opera aquí la idea de que la mujer no puede ser considerada como sujeto de pleno derecho tanto legal como moralmente. La cuestión de la reproducción es también una cuestión pública (es decir, que afecta a todos y a todas) y social (en el sentido de que interesa a toda la sociedad): el negar a las mujeres, individual y colectivamente, la plena responsabilidad sobre este tema —lo que significa confiar las decisiones a los hombres— implica negar a las mujeres la capacidad de elegir y decidir de manera responsable, y tiene como consecuencia el efecto de mantener a las mujeres en un estado de sometimiento a los hombres.

**En su libro *Un derecho para dos* usted hace especial referencia a las concepciones que vinculan al aborto con la idea de “drama para la mujer”. En este sentido ¿cómo piensa los argumentos estratégicos en favor de la despenalización del aborto referidos a que ninguna mujer aborta liviana o felizmente? ¿Qué tipo de leyes y prácticas generan este tipo de argumentaciones?**

En Italia, la ley que consiente el aborto voluntario bajo ciertas condiciones fue promulgada en 1978 gracias a la convergencia

de las fuerzas políticas entonces presentes en el Parlamento sobre la base de las consecuencias nefastas e inequitativas del aborto clandestino. Ahora que este fenómeno ha desaparecido prácticamente (excepto para los migrantes), devienen muy fuertes las argumentaciones de aquellos que sostienen que el aborto voluntario es un homicidio y solicitan entonces su abolición o hacer más dificultoso el recurso de la ley. Sostengo que, idealmente, el aborto debería desaparecer enteramente del Código Penal, precisamente sobre la base del *habeas corpus* y de una igualación entre hombres y mujeres que tenga en cuenta la diferencia entre ellos en orden a la procreación. La cuestión no es si las mujeres deciden abortar despreocupadamente o no. La cuestión es, en suma, colocar a las mujeres en condiciones de elegir si tendrán hijos o no (y cuándo, y con quién) lo más libremente posible, lo que significa no sólo la despenalización del aborto, sino el acceso fácil a métodos anticonceptivos seguros y, sobre todo, el acceso a recursos económicos y sociales y a los servicios que sean necesarios para que se encuentre en condiciones de realizar su elección. Pero entonces es necesario cambiar profundamente la relación entre hombres y mujeres, confiriendo a estas últimas mayor poder y haciendo que los primeros comiencen a interrogarse sobre sus modos de entender la sensualidad.

**El derecho remite a una tradición liberal que permite plantear la autonomía y la libertad individual. ¿Esto implica que el debate debe centrarse exclusivamente en términos de libertad y autonomía o también involucra otros aspectos?**

Me parece ya haber respondido en parte. En primer lugar, obviamente, no hay libertad sin igualdad y no hay igualdad sin una equitativa distribución de los recursos económicos. Por otra parte, la libertad predicada por el derecho es la libertad de un sujeto neutro, abstracto y privado de vínculos. En cambio, debería perseguirse un ideal de libertad como proyecto de un sujeto carnal, en consecuencia sexuado, que reconoce y adopta sus propias limitaciones, incluyendo, por supuesto, su propio cuerpo.

**¿Qué incidencia ha tenido el feminismo en el reclamo por la legalización del aborto? ¿Cómo se ha pensado históricamente el tema del aborto y cuáles son los presupuestos que nos permiten hoy correr el eje y considerarlo no sólo en vínculo con la mujer sino con un modelo social y en vínculo con el "otro"?**

Los feminismos, o sea, los diversos movimientos políticos de las mujeres, fueron cruciales para obtener la legalización del aborto. Dado que no hay ni hubo un solo feminismo, es difícil resumir en pocas líneas los diversos modos en los que ha sido pensada la cuestión del aborto. En Italia, por ejemplo, hubo quienes argumentaron en favor del derecho a la privacidad, quienes rechazaban la idea misma de una ley sobre el aborto, ya que según decían serviría para una ulterior desresponsabilización de los hombres y para legitimar la heterosexualidad normativa; quienes, por el contrario, la pedían en nombre del derecho de elegir cuándo ser madre y quienes ligaban la cuestión del aborto no tanto a la maternidad, querida o negada, como a la sexualidad y construían la decisión sobre el embarazo no como un derecho, sino como un

ejercicio de responsabilidad. En el plano internacional, las argumentaciones son otro tanto variadas y diversificadas. Acá me limito a citar a Catherine McKinnon que plantea, al respecto, una cuestión de igualdad.

**¿Qué rol pueden jugar las Facultades de Derecho frente a un escenario como el actual? ¿Pueden ser un actor relevante para instalar la demanda de legalización del aborto?; ¿Qué tipo investigaciones debería plantearse conforme el actual estado de la cuestión? En este sentido ¿se puede pensar en un contexto teórico universal o también exige un estudio local de la problemática y su contexto cultural y jurídico?**

Cada país, obviamente, tiene su historia. En Italia y en la mayor parte de los países que legalizaron el aborto en los años '70, la Facultad de Derecho no ha tenido ningún papel. Sí, en cambio, lo tuvieron los juristas y las cortes constitucionales. No sabría responder lo que atañe a Argentina. Es cierto que, ahora se puede consultar, desde los juristas y las cortes locales, hasta los pronunciamientos de las cortes internacionales, los tratados internacionales, la experiencia de los países que hace tiempo ya han legalizado el aborto.

**Finalmente, qué opinión le merece el tipo penal del "infanticidio" y del "feminicidio".**

En Italia, y en muchos otros países, por infanticidio se entiende el asesinato de un *neonato* por parte de la madre inme-

diatamente luego del parto, siempre y cuando concurren ciertas condiciones, en particular (en Italia), el abandono material y moral. En este sentido, entiendo que sea una figura penal requerida, al menos cuando no se encuentran previstos atenuantes específicos para el caso concreto de homicidios voluntarios. Por el contrario, el hecho de que sea la madre quien mata no debe ser un agravante.

En cuanto a los nuevos tipos de feminicidio, me encuentro perpleja. Por un lado, habría un reconocimiento simbólico de una violencia masculina contra la mujer de naturaleza estructural y sistemática. Por otro lado, la justicia penal puede castigar sólo culpabilidades singulares de actos precisos hacia víctimas de igual modo singulares y, entonces, la naturaleza estructural y sistemática de esta violencia se perdería, dejando en pie sólo el nombre de la figura penal y el agravante respecto del homicidio "común" que la prevé. Hay además otras consideraciones: no sé cómo vendría tipificada la figura del feminicidio, pero existe el riesgo de que esa figura vaya a lesionar el principio de igualdad frente a la ley. Por lo demás, me mantengo contraria a la introducción de nuevos delitos, sobre todo en función del uso simbólico del (derecho) penal. Denominar la violencia masculina sistemática contra las mujeres como feminicidio puede ser una movida política eficaz, introducir el delito de feminicidio, al contrario, puede, correr el riesgo de producir consecuencias perversas respecto a las intenciones (entre las cuales, también está la reducción de la subjetividad política de las mujeres al ocultarla en el estatus de víctima).

.....  
(1) Agradecemos a Gabriel Ignacio Anitua el haber facilitado la entrevista.

# “En ‘F., A. L.’ la Corte reacciona al contexto de anomia”



PAOLA BERGALLO

**Abogada**

Graduada con Diploma de honor, Universidad de Buenos Aires. LL.M. Universidad de Columbia; J.S.M. Universidad de Stanford. Fue becaria de la Fundación Hewlett, el Consejo de Investigaciones de Noruega y la Universidad de Stanford.

**Profesora de Derecho**

Universidad de San Andrés e Investigadora asociada en el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES).

*La entrevista fue realizada por Cecilia Hopp. Los cuestionarios fueron realizados por Cecilia Hopp, Valeria Vegh Weis, Vilma Bisceglia y Mariela Barresi.*

**RDP ¿Qué potencialidades encuentra en el fallo de la CSJN “F., A. L.”?**

PB: El voto de la mayoría de la Corte en “F., A. L.” implica un paso importante para las confrontaciones legales sobre el aborto en nuestro país. Pero creo que su contribución va aun más allá de ese debate y de nuestro contexto nacional.

Para comenzar, los aportes a la discusión local sobre el aborto son varios. La decisión ofrece, primero, una respuesta a los cuestionamientos sobre la constitucionalidad y el alcance del derecho al aborto no punible previsto en el art. 86 del Código Penal para los casos de violación. Al mismo tiempo, la mayoría de las respuestas del tribunal a las objeciones del apelante contribuyen también a afirmar el carácter constitucional del resto del art. 86, es decir, del derecho al aborto no punible en

el inc.1 cuando se encuentra en peligro la vida o la salud de la mujer. Al descartar interpretaciones absolutistas sobre las demandas de protección de la vida en gestación en la normativa nacional y los tratados de derechos humanos, varios de los argumentos del fallo aportan también al debate más amplio sobre la legalización del aborto. En ese sentido, las aclaraciones de la Corte sobre el significado del art. 75, inc. 23 o el estatus de las declaraciones interpretativas efectuadas al suscribir la Convención de los Derechos del Niño sirven para erradicar algunos de los sentidos que durante años se han ofrecido desde sectores conservadores para cercenar o distorsionar la deliberación sobre la legalización del aborto. Deliberación pendiente hoy en el Congreso de la Nación y, es de esperar, en el seno de la comisión redactora de un nuevo Código Penal.

En segundo lugar, creo que vale la pena rescatar en "F. A. L." a una mayoría de la Corte exhibiendo una concepción más compleja de su función de garante de los derechos. Esa concepción identifica, por un lado, que los derechos se ejercen en la vida real, en la que distintos obstáculos pueden impedir su concreción. El tribunal advierte que los derechos generan múltiples obligaciones para los individuos y las instituciones, y cuando esas obligaciones no se respetan, es su competencia involucrarse con los vallados que explican el incumplimiento. Es por ello que el voto mayoritario no concluye luego de pronunciarse sobre la adecuación constitucional o el alcance del derecho al aborto por violación. En esta dimensión de la sentencia de la mayoría reside, para mí, una de las contribuciones más importantes del caso. La sentencia de "F. A. L." se inscribe en una nueva línea de precedentes en los que la Corte ejerce mejor su rol de garante de la legalidad, del estado de derecho, cuando reacciona frente al contexto de anomia y de normas informales que rodea el ejercicio de ciertos derechos.

El voto de la mayoría da cuenta de prácticas individuales e institucionales que reflejan los límites de la norma, en este caso, la que asume un derecho al aborto no punible por violación, para obligar a sujetos e instituciones a garantizar el acceso a servicios que hagan posible el ejercicio de ese derecho. En esas prácticas, es un hecho, por un lado, que ni los sujetos ni las instituciones del Estado "se sienten obligados" en el sentido de la distinción de H. L. Hart entre "estar obligado" y "verse o sentirse obligado". Pero es también un hecho, que junto a esa norma —la del art. 86— compite una

norma informal cuyo contenido es exactamente el contrario al texto de la ley: según esa norma informal pareciera estar prohibido ofrecer servicios de aborto no punible en el sistema de salud del país. En el voto mayoritario en "F. A. L." la Corte ha mostrado que comprende que la cultura del incumplimiento y la instauración de reglas informales contrarias al derecho escrito se constituyen en límites estructurales al respeto de los derechos y, por eso, a la legalidad. Frente a esos límites, los tribunales argentinos no pueden permanecer inermes. O no pueden hacerlo si pretenden ser relevantes para hacer cumplir la Constitución.

Desde esa concepción más compleja de su rol, los jueces de la mayoría en "F. A. L." describieron un contexto fáctico en el que no puede ejercerse el derecho al aborto no punible. En palabras del tribunal, ese contexto exhibe "barreras", "vallados", "incertidumbre" y "falta de información" y de "políticas de prevención". En definitiva, para el tribunal se trata de una práctica *contra legem*, o sea una práctica ilegal. En ese contexto de ilegalidad, a pesar de las nueve décadas de vigencia del art. 86, los abortos permitidos no han estado disponibles y las políticas para prevenirlos —en el caso de violación, las políticas para combatir la violencia de género— han estado ausentes al punto de constituir formas de violencia institucional.

El voto mayoritario ha comprendido bien que dada la práctica *contra legem* el acceso al aborto no punible dependerá de (i) la regulación estatal y hospitalaria, (ii) la garantía de la oferta de servicios públicos de salud, y (iii) las conductas indi-

viduales e institucionales de operadores del sistema de salud, del sistema judicial, y de la política pública en la lucha contra la violencia y en la oferta de servicios de aborto no punible. Es por eso que "F., A. L." aborda todas esas dimensiones y comienza por despejar, primero, las dudas jurídicas sobre las que se han montado requisitos injustificados como la judicialización de la autorización previa del aborto, la demanda de intervención de más de un médico o comités, la exigencia de constatación de la violación, entre otros. Es también por ello que el tribunal ordena garantizar servicios, publicidad, educación e información, y exhorta a emitir protocolos hospitalarios. Además, los jueces de la mayoría nos recuerdan las responsabilidades penales, civiles y de otro tipo que conllevan esas conductas ilegales, que pueden generar incluso responsabilidad internacional para el país. Y para terminar, los jueces han advertido también que parte de las restricciones en la oferta de servicios de aborto legal se vinculan a falta de estándares para el ejercicio de la objeción de conciencia, para lo cual "F., A. L." ofrece algunas pautas que podrían contribuir a contener usos abusivos o distorsiones de esa objeción.

Por último, creo que es interesante tener presente que la caracterización de la situación como ilegal y las respuestas frente a esa ilegalidad hacen que la potencia del caso exceda las fronteras argentinas. En varios otros países de la región la situación es la misma: los Códigos Penales de Brasil, Ecuador, Perú y Uruguay, por citar sólo algunos, establecen desde antaño permisos de aborto que operan en contextos *contra legem* de restricción similares a los descriptos por la Corte

argentina. Las activistas de esos países y los tribunales podrían aprovechar el precedente argentino para cuestionar las prácticas locales. Podrían también recurrir a esa caracterización para reclamar ante los organismos del sistema interamericano por el patrón sistemático de denegación de derechos que la privación del acceso al aborto permitido implica a nivel regional.

### **¿Qué limitaciones encuentra en el fallo de la CSJN "F., A. L."?**

Si la potencia local y, creo internacional de "F., A. L.", reside en la concepción más compleja del rol de la Corte que sugiere el voto mayoritario, también en esa concepción se encuentran las claves de los límites de la sentencia. Me explico. La potencia del caso radica en su ambición por despejar dudas interpretativas y garantizar con eficacia la disponibilidad y la accesibilidad de servicios de aborto no punible. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficacia instrumental todavía es poco lo que puede celebrarse. Diría que por ahora, sólo podríamos celebrar el dato elemental de que a partir del 13 de marzo de 2012 ha aumentado, según los medios, la demanda de abortos no punibles en todo el país y que, en unos pocos casos, esa demanda ha encontrado respuestas que antes no estaban disponibles en algunos sitios del país. El caso y, a veces, la nueva demanda ha dado lugar también a algunas respuestas regulatorias de parte de las autoridades provinciales. Todavía, empero, esas respuestas se implementan con demasiada lentitud y sabemos que en muchos casos las mujeres siguen siendo victimizadas una y otra vez cuando se atreven a demandar un aborto no punible. Los me-

dios nos informan también que se sigue acosando a mujeres para desincentivarlas, se les demanda judicializar la autorización o se les termina denegando la práctica con el abuso de la apelación a la objeción de conciencia.

El cumplimiento de la sentencia es entonces por ahora más una promesa que una realidad extendida. ¿Por qué? Creo que es obvio que la potencia del fallo opera en la práctica con grandes limitaciones, entre muchas otras, por las siguientes dos razones.

Por un lado, la sentencia de la Corte no se cumple justamente por las mismas razones que justifican el abordaje más complejo que hace la Corte del contexto de aplicación del derecho al aborto no punible: la existencia de una práctica *contra legem* que pocos reconocían como tal hasta que la Corte lo puso en esos términos. En la medida en la que quienes deberían “sentirse obligados” por el derecho no lo estén y la tolerancia a las prácticas ilegales sea tan extendida (noventa años de incumplimiento por casi la totalidad de los 24 sistemas de salud del país), el derecho producido por la Corte no logrará obligar a todos los actores que deberían “verse obligados” por la decisión. Y una podría asumir que los límites del poder de obligación del caso serán mayores cuando sean los funcionarios públicos y los operadores jurídicos los que reflejen esa actitud escéptica, relativista, frente al deber de cumplir las decisiones del tribunal. Es más, el fracaso de la decisión para obligar no cesará mientras la Presidenta y el Ministro de Salud de la Nación “no se sientan obligados” a garantizar la oferta de servicios

en todos los sistemas de salud del país sobre los que ostentan el poder de “rectoría” y una responsabilidad subsidiaria.

Una segunda explicación para los importantes límites para hacer cumplir la sentencia a pesar de su claridad, podría residir en el reconocimiento de que la disputa por la interpretación del régimen jurídico del aborto en la Argentina es una lucha política mucho más amplia de sectores que pugnan por la definición del rol de las mujeres en nuestra sociedad, de su libertad y su igualdad. En la medida en que en el contexto de esa confrontación algunos crean que la Corte es un actor más, con una más de las tantas visiones posibles en la disputa política —cuyo estatus sería equivalente, por ejemplo, a las posiciones de las jerarquías de la Iglesia Católica o las preferencias personales de la Presidenta—, la capacidad del derecho interpretado por el tribunal de lograr una autoridad diferenciada para regir conductas por sobre otras de las ofertas interpretativas disponibles será la que vemos hoy. Si todo es política y nada más, no hay espacio para distinguir las conductas que están dentro de la Constitución y las que están fuera.

**¿Qué relevancia encuentra en el contexto político/legislativo/judicial/social actual para que esta sentencia se pronuncie?, ¿Qué incidencia tendrá este fallo para la vida de las mujeres y a nivel simbólico?**

En el contexto judicial creo, como ya señalé, que la sentencia es producto de un cambio de época en la concepción del rol de la Corte que abrazan varios de los miembros del tribunal y que se observa en otras sentencias también. En esta épo-



ca, además de esa visión más “realista” sobre la función judicial, los jueces de la mayoría han demostrado que si se lo proponen pueden expresarse en buen castellano y en un voto común. La claridad del voto y la firma compartida son otros de los méritos a celebrar del pronunciamiento de la mayoría: cinco de los jueces de la Corte han logrado consensuar un mensaje simple y común para traer certeza. Al hacerlo, probablemente hayan renunciado a expresar algunas disidencias interpretativas o a lucirse de forma individual al fundamentar su voto. Como resultado de ese esfuerzo de conciliación “F., A. L.” es un fallo superior a otros. Es, sin duda, superior a otro fallo importante sobre los alcances de la penalización como “Arriola”, donde los magistrados no lograron expresar un consenso argumental a favor de la despenalización de la tenencia de estupefacientes para consumo.

En cuanto al contexto social, el caso “F., A. L.” representa un paso en la lucha feminista por la transformación del derecho y la realidad de la regulación del aborto en la Argentina y la región. En la medida en que es sobre el aborto, representa además un pequeño paso en la lucha por la transformación simbólica y real del rol de las mujeres en la sociedad, de su control de sus decisiones sexuales y reproductivas, en definitiva, del control de sus vidas.

Si bien el incumplimiento de la sentencia es aún muy elevado y es difícil predecir aún si logrará una mayor eficacia instrumental, creo que es especialmente importante rescatar que el fallo es producto de un momento importante en el engranaje más extenso y complejo de la movilización feminista argentina. En primer

lugar, es resultado del trabajo de mujeres de distintos lugares del país y la región. Es al mismo tiempo producto de la iniciativa de mujeres movilizadas individualmente —como “F., A. L.” y su hija—, y del trabajo de mujeres organizadas en torno a diversas organizaciones políticas o sociales como las que integran, por ejemplo, a la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Es también el producto del trabajo de profesionales de distintas disciplinas y de la cooperación interdisciplinaria.

En segundo lugar, en la medida en que es una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la sentencia ha sido producida en el contexto de una importante movilización legal feminista nacional y transnacional. Esa movilización resulta del trabajo de abogadas dentro y fuera de los tribunales que han cooperado para defender otra concepción del derecho como herramienta de lucha por la igualdad. Esas abogadas incluyen, por ejemplo, a quienes trabajaron en:

- La defensa privada y pública de todas las mujeres que pelearon el acceso a los abortos permitidos en el art. 86 en los casos de los últimos años. En especial, el fallo es resultado del trabajo de las abogadas que representaron a “F., A. L.” y a su hija a través de las cuatro instancias que atravesó el caso tanto ofreciendo sus servicios *pro bono* como en la defensa pública.

- Las organizaciones de mujeres del país y del exterior y en las organizaciones de derechos humanos que elaboraron los *amicii curiae* y las declaraciones que recibieron los tribunales de las cuatro instancias que atravesó el caso “F., A. L.”

- Los casos presentados al Comité de Derechos Humanos que, como en L.M.R., le dijeron al gobierno argentino antes lo que en marzo le dijo la Corte en "F., A. L."

- Las presentaciones de informes ante el Comité de la CEDAW, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cada ámbito del derecho internacional de los derechos humanos donde se pudo denunciar el incumplimiento del Estado argentino de sus obligaciones frente al derecho a acceder a los abortos permitidos.

- Los tribunales donde relatoras asistieron a los jueces que elaboraron las sentencias previas sobre aborto no punible. Entre ellas, se encuentran en especial las relatoras que trabajaron en la redacción de las decisiones emitidas en Chubut y la Corte en "F., A. L."

- El asesoramiento de los programas de salud reproductiva del país y los ministerios de salud en general.

- Las guías de aborto no punible que desde el 2007 se elaboraron en las provincias de Neuquén, Santa Fe, Chubut, la provincia y las ciudades de Buenos Aires y Rosario o las que en otras provincias y la Nación no fueron aprobadas.

- Entrenamientos de operadores del sistema de salud, funcionarios públicos, trabajadoras sociales, periodistas y cientistas sociales.

- La formación de operadores jurídicos y estudiantes de derecho de grado, posgrado, a través de conferencias, seminarios, coloquios en diversas universidades y centros académicos del país.

- El apoyo legal de las médicas que cumplan con los deberes profesionales que

la Corte señaló incluso antes de marzo de 2012. Y en el apoyo de las médicas que efectuaron los abortos que, como en, "F., A. L." los tribunales ordenaron realizar.

- La tarea legislativa de quienes redactaron proyectos de ley para regular el art. 86 en las Legislaturas del país. Y, en especial, la tarea de quienes lo hicieron para conseguir la ley 14 que, por unanimidad se aprobó en Chubut.

- La colaboración con las periodistas y los medios de comunicación que cubrieron los casos.

- La investigación recopilando datos empíricos sobre la judicialización del aborto y rastreando sentencias, dictámenes, jurisprudencia comparada para luego divulgarlos, comentarlos en documentos y publicaciones que ampliaran los contornos del debate legal.

- La colaboración con otras organizaciones de abogadas de América Latina que están trabajando local y regionalmente para asistir en las reformas de los regímenes jurídicos del aborto.

Pienso que vale la pena celebrar la existencia de esta movilización legal feminista nacional y regional porque tiene la potencia de ofrecer parte de los recursos humanos necesarios para hacer cumplir "F., A. L." Pero también sería importante celebrarla porque es probable que ella ofrezca también el capital humano para cooperar en la dimensión jurídica de otras luchas del movimiento de mujeres en la región para las cuales un trabajo jurídico más sofisticado será fundamental. Esa movilización legal feminista cuenta hoy con más recursos que antaño, con muchas más voluntarias, y parece tener claro, como la Corte, que la lucha por ha-

cer cumplir el derecho y la sentencia de la Corte en "F. A. L." en él, es parte de su tarea para promover el cumplimiento de las promesas de igualdad formuladas en la Constitución. Esa movilización legal feminista no hará tan fácil hoy que las provincias o el gobierno federal ignoren la sentencia de la Corte. Tampoco hará fácil que la nueva comisión redactora de un Código Penal se mantenga en silencio sobre la penalización del aborto. Ello sería intolerable por las mismas razones señaladas por la Corte en "F. A. L.": hace noventa años que el artículo 86 del Código Penal no se cumple y a cuatro meses del fallo tampoco la Corte ha logrado alterar esa realidad.

**¿Qué rol pueden jugar las Facultades de Derecho frente a un escenario como el actual, para lograr la implementación de las indicaciones ya contempladas en la ley sobre abortos no punibles? Pueden ser un actor relevante para instalar la demanda de legalización del aborto? Qué investigaciones hacen falta en Argentina para instalar o acompañar el debate sobre el aborto?**

Las Facultades de Derecho son espacios centrales en la producción del derecho y el conocimiento sobre él. Por lo tanto, es obvio que pueden ser un espacio desde el cual contribuir al debate sobre la legalización del aborto y la implementación de las indicaciones del art. 86 de múltiples formas. Por ejemplo, pueden generar investigaciones jurídicas e interdisciplinarias, pueden producir debates académicos y contribuir a los debates en otros foros de la sociedad civil involucrando a sus estudiantes y sus docentes. Pueden continuar formando profesionales del derecho que comprendan cómo

el derecho funciona al mismo tiempo como reproductor de la desigualdad y herramienta para su transformación. Las Facultades de Derecho pueden producir publicaciones destinadas a distintas audiencias en las que se transmita la información y los diversos argumentos que aporten a la deliberación pública sobre la regulación jurídica del aborto más adecuada a las demandas de la Constitución.

Y dentro de las Facultades de Derecho, los docentes e investigadores pueden emitir declaraciones y tomar postura frente a distorsiones argumentales como las que durante años se usaron para promover interpretaciones restrictivas del art. 86 del Código Penal. En ese sentido, cabe recordar, por ejemplo, que en 2008 cuando pocos se pronunciaban sobre el inc. 1 del art. 86, más de cuarenta profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la Universidad de Palermo, la Universidad Di Tella y la Universidad de San Andrés y, entre ellos varios titulares de Cátedra de Derecho Constitucional, Penal y Teoría del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se pronunciaron a favor de una interpretación del art. 86 inc. 1 como la que abrazó la Corte en "F. A. L." de la misma forma lo hizo dos años después la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Me consta que ambas declaraciones fueron sumamente importantes para apoyar los discursos jurídicos más marginales que defendían la interpretación que adoptó en "F. A. L." la Corte al leer el art. 86, inc. 2 del Código Penal.

Finalmente, son muchísimas las investigaciones jurídicas e interdisciplinarias que podrían aportar a los debates sobre

el aborto en el país y a los más específicos centrados en la dimensión legal. Sólo por citar un par de ejemplos diría que sería importante realizar estudios sobre: (a) las normas, la jurisprudencia y las prácticas de aplicación de esas normas en los países que han legalizado el aborto en los últimos cuarenta años; (b) la eficacia de la penalización en distintas jurisdicciones del país; (c) las prácticas médicas en materia de derechos humanos y, en especial, de lo que los profesionales de la salud suponen es un ejercicio de la objeción de conciencia cuya “legalidad” pondría en duda, cualquiera que haya trabajado con médicos argentinos; (d) las razones legales de quienes dentro y fuera del sistema de salud se oponen a la legalización del aborto; y (e) las prácticas y los fundamentos del activismo legal restrictivo del derecho al aborto y otras agendas vinculadas (i.e., la lucha contra la anticoncepción de emergencia, la anticoncepción quirúrgica, la educación sexual, los programas de salud reproductiva, la regulación del infanticidio, etc.). En este último punto, y ya desde una agenda interdisciplinaria, creo que sería especialmente importante contar con investigaciones sociológicas —sensibles a los distintos contextos del país— como la clásica realizada por Kristin Luker en *Abortion and the Politics of Motherhood*<sup>(1)</sup> en la que entrevistó a activistas de los años ochenta que se identificaban como *pro-choice* y *pro-life*<sup>(2)</sup> en USA. El trabajo de Luker fue especialmente importante para facili-

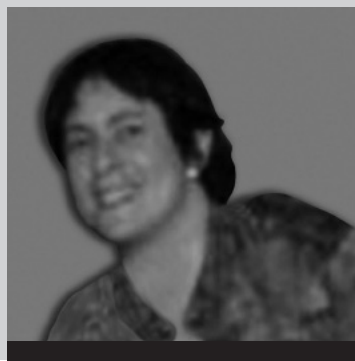
tar la comprensión recíproca de visiones confrontadas sobre el aborto y creo que sería útil para los debates legales sobre el aborto contar con investigaciones de ese tipo. Creo también que sería útil disponer de estudios como el recientemente publicado por Clifford Bob, *The Global Right Wing and the Clash of World Politics*<sup>(3)</sup> rastreando las prácticas de las redes conservadoras que a través del mundo se organizan para confrontar agendas progresistas como las del movimiento de mujeres. Y por último, sería importante contar con investigaciones sobre las dinámicas que explican el muy positivo avance de otras agendas de derechos sexuales como la del matrimonio igualitario o la legislación sobre identidad de género en nuestro país. A pesar de que claramente lo que está en juego en la lucha por el aborto es más desafiante que lo que proponen hoy otras reivindicaciones de los derechos sexuales que han logrado más éxitos, es mucho lo que hay que aprender de las estrategias y las tácticas concretas del movimiento por la diversidad sexual en nuestra comunidad. Estos son tan sólo algunos ejemplos de investigaciones que podrían ofrecer información importante para comprender mejor el contexto social y político de la deliberación para liberalizar la legislación vigente. Además sería información importante para abordar las cuestiones legales con mayor información y sensibilidad sobre las posturas enfrentadas y las dimensiones políticas del proceso de reforma.

(1) LUKER, KRUSTIN, *Abortion and the Politics of Motherhood* (Aborto y las políticas de Maternidad), Berkeley: California University Press, 1984.

(2) Nota del Editor: “pro elección” y “pro vida”

(3) CLIFFORD BOB, *The Global Right Wing and the Clash of World Politics* (La derecha global y el choque de la política global) Cambridge, 2011.

# “En el infanticidio, el denominador común es la vulnerabilidad”



BEATRIZ KALINSKY

**Antropóloga**

Doctora por la Universidad de Buenos Aires.

**Docente e investigadora**

Facultad de Filosofía y Letras UBA y CONICET.

**Publicaciones**

“Madres Frágiles. Un viaje al Infanticidio” (en coautoría con Osvaldo Cañete) y “Antropología del delito y el castigo: Sobre el infanticidio”.

*La entrevista fue realizada por Mariela Barresi en julio de 2012. Los cuestionarios fueron realizados por Cecilia Hopp, Valeria Vegh Weis, Vilma Bisceglia y Mariela Barresi.*

**RDP: ¿Es el infanticidio un hecho aislado o excepcional en Argentina?**

BK: El infanticidio<sup>(1)</sup>, si bien no es cotidiano, es frecuente en Argentina. Por supuesto, no hay estadísticas en la Argentina así que no se puede mensurar la gravedad del problema. Pero, de hecho, se tiene que analizar junto con un conjunto de otros factores, ya que no se da aislado ni “de la nada”. En una época se consideró que su índole era exclusivamente rural y así consta en los expedientes judiciales e incluso en los de la justicia de paz de aquellos tiempos. Sin embargo, es un delito cuya operatoria no ha cambiado sustancialmente a lo largo del tiempo y al menos en la actualidad se sabe que ocurre tanto en los ámbitos rurales como en los periurbanos, suburbanos e incluso urbanos. Tampoco es un delito ligado directamente con la pobreza ya que se registran casos de suficiente capital material, simbólico y cultural de las mujeres que incurrir en esta acción delictiva.

**En su experiencia en investigación en casos de infanticidio, ¿cómo reflexiona la mujer el acontecimiento vivido?**

Las madres infanticidas no suelen reflexionar en forma fluida sobre el tema en las primeras instancias del hecho acaecido. Lo único que expresan es que ellas no estaban embarazadas, con un énfasis tal que puede asimilarse, en un nivel epistemológico, a una absolutización de las creencias. Es decir, que no cabe otra posibilidad aparte de lo que ellas están pensando y diciendo. Además hay signos exteriores que actúan con una insistente complicidad: la panza no crece, no sienten malestares, no usan ropa diferente, algunas tienen sus períodos menstrua-

les durante todo el embarazo, no van al control médico por obvias razones, nadie ha visto cambios en ellas, salvo que duermen o comen un poco más de la cuenta, pero son "detalles nimios" a los que no se les presta ninguna atención.

En general, son jóvenes que viven en las casas familiares, donde la madre, es decir, la futura abuela, desempeña un papel decisivo en el silenciamiento, de manera que sus hijas, embarazadas, ven en ellas un reaseguro de su estado de creencias. Viven bajo la amenaza constante de figuras de autoridad o de parejas sentimentales golpeadoras. En el primer caso: "si volvés embarazada te mato a vos y a tu hijo"; en el segundo de los casos "si te embarazás olvidate de mí y de los chicos. Incendio la casa y después me mato yo". Ya bien se dijo que las palabras así dichas y por quiénes las dicen, se toman en serio. También puede ocurrir con parientes cercanos: hermanas, tías, primas. En otras palabras, "saben" de alguna forma de que hay un embarazo en puerta pero esa absolutización de que no hay tal embarazo hace que nadie hable, nadie diga y nadie ayude.

Son situaciones emocionales muy comprometidas, de modo tal que cuando efectivamente nace, aparece una conmoción de sorpresa y desagrado a la vez. Los partos suelen ser en el baño de la casa, de una estación de servicio, de una terminal de ómnibus, en un arroyo porque son desprevenidos y en "avalancha", de pronto y en muy poco tiempo. Algunas dicen que no sintieron dolores mientras otras reconocen "algún" dolor pero no demasiado diferente a otros posibles.

Pero, las formas de dar muerte son extremadamente violentas. No es el lugar aquí para detallar y tampoco ellas ven el resultado final. Son de las autopsias de donde se sabe estas cuestiones. Ellas no recuerdan. Su memoria deja paso a la oscuridad al momento de sentir algún dolor y necesitar ir al baño y vuelven a ser recuerdos ya internadas; por lo general, están un tiempo con cuidados especiales por la cantidad de sangre perdida. En un caso, cuando le preguntaron al momento de tornar a la conciencia, dónde estaba el bebé, ella responde: "¿Qué bebé si yo no estaba embarazada?". Cuando se inicia la búsqueda policial es fácil encontrar el cadáver porque lo han dejado casi para ser visto, para que se lo halle al momento. Maniobras torpes, con nada de sofisticación y, diríamos, sin ánimo de esconder o haber meditado cuáles iban a ser los planes, paso a paso, para cuando el bebé nazca. No había bebé, entonces no iba a haber ningún parto.

Durante los debates están presentes y ausentes a la vez: no hablan, no dicen siquiera en las palabras finales antes de que el tribunal se retire a deliberar, no intercambian miradas, o escuchan lo que pueda decir el fiscal, no trabajan junto a su defensor. Parecen observadoras poco interesadas en los resultados. Ciertamente, con matices: en los casos de absolución se alegran de volver a casa y ya nadie piensa en el niño muerto sino en la posibilidad de regresar a la normalidad de la vida. En otros casos, muy excepcionales en la actualidad, condiciones extraordinarias de atención, referidas más que nada a la falta de antecedentes penales, la extrema juventud de la imputada, o eventualmente "su igno-

rancia cultural", hacen que la mujer esté "poco tiempo" presa en comparación con lo que les habían dicho, una condena "para siempre". No se alegran ya que van a la cárcel pero tampoco se desesperan. Mantienen una emocionalidad plana pero estable y como otras mujeres presas por otros delitos, inician un proceso de planificación de la vida en la cárcel, asimilándola lo más posible y de acuerdo a los recursos que tengan, al ambiente doméstico.

Debemos mirar al cuadro general: el infanticidio como otras formas de abuso sobre los niños está muy relacionado con la violencia de algunas vidas. Frente a la presencia real de un hijo que finalmente ha nacido, a pesar del deseo profundo de su no nacimiento, surge un torrente incontrolable de emociones y acciones inhibidas hasta entonces. No sólo se trata de un eventual estado transitorio como la psicosis o depresión puerperales; es la firmeza de las convicciones de no poder sostener emocionalmente a un hijo la que se encamina a su eliminación física. Quizá esa muerte se convierta en una expresión del "no-deseo"; el impulso por deshacerse de algo no querido las lleva a desubicarse / equivocarse moralmente en referencia a valores sociales, comunitarios y familiares declamados pero de total abstinencia en ese momento. Padres biológicos pero ocasionales, parejas alcohólicas, golpeadores y violentos, familias disgregadas junto a la desprotección económica y desempleo se conjugan para arrastrar a sus hijos a la desdicha. Luego, los niños nacen en una situación particular: no son bienvenidos y, si sobreviven, las madres deben hacer un gran esfuerzo, logrado quizá a

medias, para encariñarse con ellos, cuidarlos, criarlos, proveerlos y asistir a sus demandas.

En los casos de supervivencia de los hijos, la constitución de su identidad se desarrolla en malas condiciones de manera tal que no logran alcanzar un factor vital para su futuro que es la autonomía como personas: una maduración progresiva pero sustantiva que les permita, en el futuro, ser reflexivos, críticos, evaluadores de diferentes opciones, constructores de esas diferentes opciones que eviten, ante todo, reproducir los modelos familiares, y su reproducción intergeneracional. Son niños acostumbrados a modos de comunicación violentos pues la violencia ha sido la tela con que se ha tejido sus vidas. Retraídos, con pocas habilidades sociales, callados, intentan pasar desapercibidos ya que no quieren ser el centro que desencadena, de manera súbita y sin razón aparente, la furia e ira de las figuras de autoridad, generalmente el padrastro o algún otro familiar cercano, pero a la que le tienen respeto y miedo, siempre en un escenario teñido de violencia. Tantan de cuidar a sus hermanos menores, recibir los golpes en vez de los más chiquitos y curarlos (desinfectan sus lastimaduras, les ponen apósitos, les pueden pintar las uñas cuando están moradas, les dan de comer, los acuestan, y les dicen, sobre todo, que todo va a estar bien).

Ven a la madre ser víctima de la misma violencia así que también se imponen este trabajo, cuidarlas invirtiéndose los roles en una edad en que no están preparados y no saben cómo hacerlo. Intentan lo que pueden, y no es mucho de manera que se les genera mucha culpa cuando

creen que, o efectivamente, no lo logran. Luchan contra un mundo que no está a su alcance reacomodarlo y menos aún enfrentarlo: no conocen otra forma que la violencia, y si saben de otros modos posibles no pueden implementar nada en tanto ellos mismos no sean rescatados de ese ámbito siniestro.

Cuando es la madre quien es violenta con ellos su sufrimiento llega al límite posible: la confianza se vuelve terror y espanto. No es raro que surjan patologías que les permiten "salir del paso", abandono del hogar sin ningún recurso, quebrantamiento de una identidad ya deteriorada, abuso de alcohol y drogas con las consecuencias que todos sabemos.

Y ante todo, lo que se debilita o es inexistente es el lazo madre/hijo (o persona que cumpla la función materna) que los une en un amor incondicional, libre de cualquier débito, tan fuerte que puede sostener cualquier embate y al que siempre se puede volver, aun de adulto o aun cuando la madre ya sea sólo pura presencia simbólica. La manera en que la madre mira a su hijo, en una situación estándar, y en la que lo sostiene no puede reemplazarse por nada ni por nadie que no cumpla con estas condiciones del llamado "maternaje". Si este requisito personalísimo e inicial no se cumple, o se cumple sólo a medias, tendremos el resultado de niños como los descriptos.

De madres donde las peleas y golpizas de los hombres son su rutina y quienes, ellas mismas no han tenido este sostén (*holding*) es difícil esperar que, sin ayuda, y dentro del mismo patrón de vida puedan emerger otros horizontes. Ellas

siempre vivieron en un ambiente de violencia que no pocas veces terminaban en delitos. De esta forma, las cosas tienen que tomar un cariz desmesurado como para que ellas puedan definir la situación como "abusiva". Lo que es "abuso" para el común de la gente, para ellas es su propia forma de vida y por esta razón no les es posible denegarla o situarla en un papel de "excepción". Se necesita mucho para que su señal de alarma se active. Los niveles de tolerancia frente a lo que, en términos generales, se considera sufrimiento, crueldad, abuso y hasta malicia son la trama de que están hechas sus vidas cotidianas. Siempre se puede pensar y hasta aceptar más horror y sufrimiento. Si la primera relación, aquella con sus madres, ha sido abusiva, entonces ya las demás serán siempre "un poco menos". Nada destruye más al ser humano que verse "de-negado", "des-conocido" por la propia madre o quien cumpla esa función. Sus propias madres (biológicas o de crianza) dejaron pasar y aceptaron todo lo que ellas sufrieron y las consolidaron como las personas que son ahora: insensibles al dolor, calladas para la expresión de sus sentimientos y, a la vez, sometidas a la autoridad del hombre, dependientes de sus parejas hasta extremos insospechables, y con esperanzas en un futuro mejor en compañía de hombres violentos y casi siempre cercanos o dentro de comportamientos delictivos. Ellas no pueden percibir esta paradoja quizá hasta el desenlace fatal.

El infanticidio es un acto extremo que obedece a un conjunto de muy diversas razones pero que, por sobre todo, reafirma una maternidad rechazada en un tiempo y lugar determinados en la



biografía de una mujer. El denominador común es que carece de deseo, habilidad o de ambos para dar sostén a ese hijo.

Los hijos son bienvenidos bajo cualquier circunstancia o rechazados también bajo toda circunstancia. En el primero de los casos, aun en situaciones de escasez, las madres pueden convertirse en artífices de la prosperidad de los hijos, y todo costo será para ellas poco en relación al fin perseguido.

En el segundo caso, hay una enorme variedad de comportamientos que irán delineando la maternidad: madres indiferentes, desapegadas, maltratadoras con todos o con algunos de sus hijos. Cuando las circunstancias hacen toda la diferencia, estas distintas valoraciones se convierten en la clave y la excusa para llegar a situaciones extremas. Una de ellas resumió la idea con la siguiente frase: "a este hijo no lo traje al mundo con amor".

Ningún tipo de violencia es realmente castigado más allá de la letra legislativa y de las declaraciones de condena que no han tenido, hasta ahora, ningún efecto en los hechos violentos. Pero la doméstica, o contra las mujeres está históricamente legitimada, incluso institucionalizada por religiones y políticas; por eso es, quizá, más esperable y menos condenada.

La violencia contra la mujer, incluso aquella tan poco estudiada como la provocada por mujeres contra otras mujeres o contra sus hijas, ha entrado en la corriente contemporánea de su aceptación

como un estilo de vida, una forma de ser que la integra, usa y potencia. Su tolerancia es cada vez más abierta siendo quizá la forma más utilizada para resolver componendas familiares.

La situación de la mujer en este contexto ha desmejorado a pesar de la serie de reivindicaciones legislativas, normativas, institucionales, de grupos de interés y la presión internacional que existe de los organismos de derechos humanos.

Las mujeres sufren más de una victimización en estos lugares sociales violentos: por un lado, suelen ser víctimas directas de la violencia doméstica, ya sea en su hogar de origen (padrastros, hermanos o parientes violentos y madres abusadoras) y en el que pueden llegar a formar, estable o no, con sus parejas sentimentales. Por el otro, se han visto obligadas a salir del ámbito doméstico, el único en donde aún hoy se las respeta como su ubicación social apropiada, para solventar las economías de sus hogares. Deben cumplir con ambas funciones a la vez, lo que significa que están precarizadas en el ámbito laboral y se las señala como "insuficientes" en cuanto a su *performance* en el cuidado del hogar. En otras palabras, no cumplen como se debiera ninguna de las dos funciones: la primera, el cuidado del hogar, por un cierto abandono sobre todo en su desempeño en la crianza de sus hijos, y la segunda, el mantenimiento económico de la vida doméstica ya que acceden a puestos de trabajo de poca o sin calificación, mal pagas, sin respeto por las obligaciones contractuales, por los aportes previsionales y cargas sociales que estabilizarían ambas situaciones —laboral y doméstica—.

Además, deben soportar el desempleo de sus maridos o parejas sentimentales con las consecuencias de un cambio del estatuto social y político del varón que conlleva sentimientos de ira y frustración que desembocan en violencia psicológica o física contra ellas.

La mujer puede enfrentar a las condiciones de pobreza y pobreza extrema porque consigue lugares de trabajo de bajísima cotización social pero que reportan algún ingreso para subsistir en alimentos, vestimenta y con suerte la escolarización de los hijos. El papel del varón en el suministro de insumos para el desenvolvimiento del hogar está en algunos ambientes destruido, por la falta de empleo y de oportunidades alternativas. El varón se queda en la casa sin hacer nada, esperando el regreso de la mujer que se encargue de lo que "en realidad" le corresponde: comprar alimentos, hacer la comida, lavar la ropa, atender a los chicos y, en su percepción, sobre todo ocuparse de satisfacer sus necesidades. La soledad existencial en que se ven sumidas estas mujeres, luchando por el pan de cada día, soportando las condiciones miserables de vida, viendo que se desmoronan sus esperanzas de que sus hijos tengan el futuro que ellas esperaban para convertirse en "algo más" que ellas mismas; sumado al funcionamiento de la familia extensa puede llegar a convertirse en un infierno de chismes y acusaciones entrecruzadas sobre su supuesto mal comportamiento en las horas donde está fuera de casa, se une a los mismos padecimientos de sus vecinos en localidades donde la violencia se ha instalado como respuesta casi única a la solución de los conflictos.

Si de algo se acusan a sí mismas, es de su imposibilidad de sentir el amor en otros hombres que no sean violentos, con ellas y con los hijos de parejas anteriores e incluso con los que tengan en conjunto. El hijo muerto no tiene remedio y con el paso del tiempo este acontecimiento se hace encajar en esta "imbecilidad" de la que padecen para elegir la ecuación "pareja/violencia/hijos/muerte". Allí termina su razonamiento, que no del todo equivocado, es al menos incompleto. No da cuenta de las condiciones estructurales de la violencia doméstica y de cómo lo público se ha metido en sus hogares y sus vidas.

### **¿Hay pautas estandarizadas que podrían utilizarse para pensar una política criminal dirigida a evitar estos casos?**

Aquí hay un problema que se debería aclarar debidamente porque genera confusión. Se suele decir que el aborto está al alcance de las clases medias y altas, mientras que el infanticidio es para quienes no alcanzan a pagar un aborto, en las condiciones que sea.

Si bien es cierto que las mujeres pobres son quienes intentan los abortos caseiros y son las que llegan al hospital para salvar sus vidas, el patrón del infanticidio es diferente al del aborto y, por ende, no asimilable.

Dos son los rasgos fundamentales que distinguen uno y otro. La futura infanticida no reconoce que está embarazada; por ende, ni siquiera se le pasa por la cabeza la idea del aborto. Si no está embarazada es claro que no tiene sentido pensar en un aborto.

No sienten al niño gestándose, no engordan, no les crece la panza, no necesitan de ropa especial, no preparan nada que se necesite para un futuro bebé, simplemente porque no hay bebé que vaya a nacer. Este fenómeno no ha sido explicado siquiera por la psicología o el psicoanálisis. El no deseo de ser madre quizá pueda ser tan poderoso como para anular las características de un embarazo normal.

El segundo rasgo tiene que ver con que cada hijo nace en una constelación familiar distinta aunque sean los mismos padres, o sólo la misma madre: tiempos vitales diferentes, situaciones económicas y emocionales distintas, deseos, anhelos, expectativas, frustraciones, proyectos de vida que van cambiando a lo largo de la trayectoria de una mujer, hacen que ella se comporte, piense y sienta de maneras radicalmente diferentes. Es así que pueden ser excelentes madres de unos hijos y ser infanticidas en otros momentos. No creo que estemos frente a una contradicción propiamente dicha ya que la persona, en este caso la mujer, no tiene una identidad homogénea y estable sino, al contrario, cambiante y mezclada que va relacionándose de manera diversa con el mundo: lo va ampliando o, al revés, lo va achicando, abre o cierra perspectivas, se centra o descentra en determinados intereses. De modo tal que si bien nos reconocemos como alguien "permanente" durante nuestra vida, también tenemos cambios lentos o bruscos, por lo que no habría homogeneidad ni unidad. Con esto quiero decir que también somos historia (y no esencia) y ninguno de nosotros tiene una experiencia "plana". En todos conviven una pluralidad de sentidos dis-

persos y la categoría cartesiana de "sujeto racionalista y trascendental" da paso a su des-totalización. Si al menos como hipótesis aceptáramos que esta es la situación, podríamos asignarle distintos sentidos y sentimientos al "ser madre" en un momento particular de la vida de una mujer, que siempre es distinto: de orgullo o de sinrazón, de fruto pletórico de amor o como he oído decir en alguna oportunidad: "estoy otra vez enferma" con amargura y cierta resignación al saber del nuevo embarazo.

Otro punto clave para tomar en cuenta, en busca de un patrón, es el momento del nacimiento que no se lo vive con protagonismo. Ellas son observadoras pero no participantes, aunque sean quienes han parido y eventualmente matado al recién nacido. Es común expresiones como: "eso que me pasó", "esa desgracia que tuve", "me perdí", "no era yo". Difícilmente recuerden los detalles y no humanizan al bebé. Más bien, lo tratan, desde lo simbólico, como una cosa; por ejemplo, "eso que quedó en el inodoro", "eso que se cayó al suelo", "algo que me salió", "yo estaba durmiendo y cuando me desperté vi algo en la cama y no sabía qué era". No puedo responder aquí sobre las aristas psicopatológicas de la cuestión, aunque cuando existía el tipo penal de "infanticidio" en nuestro Código Penal fuera un homicidio atenuado debido al llamado "puerperio" o "psicosis puerperal" como si ese estallido de un estado psicótico fuera a causa del parto. Esto puede ser así, pero seguramente hay condiciones predisponentes, teniendo en cuenta de que la depresión post-parto es un tema bien diferenciado.

Creo que si bien todas ellas, antes y después, discriminan el "bien" y el "mal", lo "correcto" e "incorrecto", y el principio del "no matarás", en ese preciso momento se autorizan, ellas mismas, a una excepción del cumplimiento de la ley. Entonces no cabe ya orientarse por las normas que todos debiéramos cumplir, cuando se considera que la vida de uno merece tal excepcionalidad.

Desde el punto de vista de la legitimidad de las normas, podría decirse que en ciertas circunstancias esas normas no son pertinentes y, por ende, se quiebran con un fuerte sentido de legitimidad de que lo que está haciendo puede ser hecho.

Si bien reconocen, entonces, que hay normas a las que deben obedecer, en ciertos momentos las quiebran sin un significado de incorrección ni de culpa, en un sentido amplio (como pecado, como rotura existencial, o posición filosófica, además de la asignación semántica jurídica). Pero volviendo al cuadro general, no debemos perder de vista la incompatibilidad extrema que hay entre un eventual "derecho" de la madre a disponer de su propio cuerpo en el caso de aborto y el "no matarás" universal con pocas excepciones (guerra, defensa propia, como las más representativas. Hay otros casos que involucran todavía grandes discusiones). Los derechos de los niños, aún por nacer, están ya reconocidos y les son pre-existentes al propio nacimiento. Hay un marco institucional y legislativo armado para recibirlos y darles la bienvenida como sujetos de derecho a pesar de los deseos o de las intenciones, aun inmediatas al nacimiento y no planificadas, como en los casos de los filicidios. Creo que llegados a este

punto, no está demás recalcar que estas mujeres no pueden deslindar el hecho de que ha nacido un ser humano que si bien fue parte de ella, al momento de nacer, ya es un "otro" independiente en cuanto a los derechos que lo asisten. Para ellas ha nacido pero no ha nacido alguien, un ser humano, una persona. Esta ambigüedad las hunde en un abismo a-racional y a-moral donde no hay derecho real y que tenga un peso concreto en sus decisiones sobre el bebé y que valga la pena ser reconocido y respetado. Quien nació y no nació al mismo tiempo es y va a ser lo que ellas quieren que sea: un cadáver en la sala de autopsias de la morgue.

Sin embargo, de nuestra experiencia, todas han cortado y anudado el cordón umbilical como corresponde, ofrenda simbólica a la nueva vida. Hay un instante ínfimo donde el niño respira, aunque parece que no llorara de acuerdo a sus narraciones, y suponemos imaginariamente (o no tanto) que "implora" por su vida y, por ende, sus derechos. Y quizá una también ínfima deliberación acerca de otorgarla o no de parte de una madre que se niega a serlo. En este último sentido, no debemos olvidar que hasta ahora perdura la idea de que los hijos son "propiedad" de los padres, en la manera de orientarlos por la vida, educarlos, exigirles, depositar expectativas que por lo general les son ajenas, y algunos pares "madre/hijo", "padre/hijo" o "madre/padre/hijo" perduran toda la vida.

**Podría pensarse que el debate respecto al infanticidio involucra una esencialización ya que quienes consideran que no debe existir la figura atenuada asumen una concepción de mujer como**

**madre "por naturaleza" y por ende el hecho de matar a su hijo la convierte en una "desnaturalizada".**

No hay reparación que pueda amortiguar la insatisfacción social que se desencadena cada vez que se suceden hechos relativos al filicidio. El espanto social que causa, la dimensión del castigo que se pretende, la sanción moral a la que se somete a las mujeres imputadas de este delito devela que el estereotipo de una "buena madre" aún persiste como algo inscrito en la "naturaleza" de la mujer.

Para la opinión pública, inmersa en un sentido común tamizado tanto por la divulgación del conocimiento científico como por los prejuicios, estas madres revelan la antítesis de lo que la esencia maternal mandaría hacer que la actitud hacia estas mujeres las lleve a un estado de "in-civilidad" con el que ya no podrían lidiar. Ellas serían la muestra patente de las formas en que a veces "la naturaleza" se trastoca en lo contrario, dando la pauta de que las cosas deben ser de una sola manera. Se las juzga desde valores absolutos sin matices, excepciones ni sentimientos como la conmiseración o la piedad.

A la mujer juzgada por este tipo de delitos se la percibe como alguien que no cabe en los parámetros morales ni existenciales de una sociedad "sana", "normal" y con vocación hacia la vida. Si pudiéramos aceptar, aunque sea en forma provisoria, que nuestra sociedad se rige por lo que medianamente se considera sano, normal y vital, ellas no encajan en ninguna categoría moral aceptable —en casi ningún caso se las reconoce como "enferma" sino más bien como "desvia-

da" (a-moral) y con impulsos de muerte—. Deben renunciar a ser siquiera calificadas, se cierra cualquier forma de dar cuenta de lo que ha ocurrido, se acallan sus propias voces para dar fin a un problema que no tiene solución. El castigo extremo dentro de lo que manda la ley sería un signo positivo que muestra que la sociedad sigue funcionando como corresponde, y que a quien se sentencia se ha equivocado en forma grosera. No es que se intente seducirla para que vuelva a los carriles sino simplemente es una forma de mostrar que hay mujeres que, por ignorancia, desidia, o maldad inherente, ya no pueden vivir en sociedad. Parece imponerse una relación directa entre "naturaleza" (entendida como "índole") y "moral", es decir, que se la vacía de las mediaciones que usualmente estarían en cualquier otra situación humana: religiosas, culturales, sociales, políticas, vitales, legales, discursivas y de acciones individuales.

En el tipo penal de "infanticidio", hasta su derogación, contemplaba una culpabilidad disminuida en el que jugaban dos factores: la honra de la mujer ya que estaba previsto para mujeres solteras, solas, que debían esconder a sus hijos porque perdían el empleo, en general de empleadas domésticas y, ya no podían emprender una vida, dentro de sus posibilidades, más o menos satisfactoria con ese "hijo natural" a cuestas. De esta forma, se las "perdonaba" en algún grado sin dejar de marcar la índole desbaratada de su maternidad frustrada.

En las zonas rurales, los primeros expedientes a los que pudimos acceder en la Patagonia que fueron redactadas según

el Código Penal de 1921 se refieren casi siempre a mujeres jóvenes campesinas, viviendo en parajes aislados, haciéndose cargo de tareas rudas, con jornadas laborales larguísimas, sin vida de relaciones sociales más allá del núcleo familiar y de lo que se solían llamar “forasteros”, gente de paso por tránsito o por trabajos temporales, con cierta opacidad emocional por la falta de oportunidades; que encuentran una mísera ocasión de ampliar su ámbito de emociones y quedan embarazadas. Habiendo mancillado su honor dan por terminada la vida de estos hijos producto de la “lujuria”, a falta de una vida ordenada como lo que debiera haber sido.

### **¿Cómo opera el estado puerperal en estos casos?**

El segundo factor es el llamado “puerperio” o “psicosis puerperal” de índole biológico/psicológica en donde el estallido hormonal relacionado con el emocional hace que la madre no sepa a ciencia cierta si ha tenido un bebé, si ese bebé es suyo, si es deseado, si podrá cuidarlo y sostenerlo a lo largo del tiempo. En todos los casos en que hemos trabajado, más allá de si las pericias psiquiátricas y psicológicas han registrados huellas de psicosis (las pericias son siempre retrodictivas) ellas han narrado un estado de malestar que ha acompañado a todo el embarazo y al momento del nacimiento, se han “perdido”. Queda abierta la posibilidad de que haya un estado previo de malestar o sufrimiento psicológicos de la que es sólo la propia mujer la que podrá dar cuenta, así como algún testigo muy cercano; aunque, como dijimos casi todo ellos participan del pacto de silencio alrededor del embarazo. Salvo, claro está,

que tenga ya antecedentes psicopatológicos que será una cuestión completamente diferente.

En general, se tiende a la preservación y cuidado de los hijos aunque estos objetivos puedan verse obstaculizados, avasallándose el propio orden familiar. No siempre las personas estamos preparadas para la función materna o paterna.

Si bien hay un mandato cultural sobre la obligación de amar y cuidar a los hijos, el papel de “buena madre” es una construcción social y, por ende, un modelo para seguir. Ello no significa, porque no se ha comprobado empíricamente en ninguna cultura, hasta ahora, que los mandatos culturales sean excluyentes, prescriptivos e inalienables.

Si bien se espera incondicionalidad del amor materno, una cosa es el sentido general de los valores y otra es la aplicación concreta y fehaciente en uno mismo, su vida, su familia o el ámbito sometido a nuestra propia decisión y acción. Dicho de otra forma, la norma social puede ser reconocida en un sentido abstracto, pero no cumplida cuando de las propias cuestiones se trata.

### **¿Cuál sería el aporte del factor cultural?**

Si bien los modelos culturales van marcando las formas de comprender y actuar en el mundo, la acción individual no es una réplica exacta de los primeros. Hay un margen para el juicio individual que es incierto en cuanto a los contenidos que vamos adjudicando no sólo a nuestras categorías cognitivas sino, y en especial, a nuestras emociones y decisiones.

Si buscamos uno o varios factores o indicios "culturales" no encontraremos, por ahora, más de lo dicho hasta aquí. En una época se sostuvo que el "factor cultural" era sinónimo de personas que no tenían ningún control sobre sus vidas debido a que hacían lo que las respectivas culturales "le ordenaban". Como dije, ahora se piensa que la "cultura" dicha a secas, puede ser una fuente de inspiración para los pensamientos, decisiones y acciones (función heurística) pero no un mandato que permite o prohíbe en forma taxativa, prometiendo bienestar o catástrofes si no se cumplen sus designios (función prescriptiva). Hay un margen de decisión individual, una capacidad de acción personal que tiene que ver con cuestiones emocionales, morales y sociales que hace, entonces, borrosa la influencia cultural.

Sin embargo, ha quedado en el imaginario popular la vieja idea de cultura. No faltan quienes pueden sostener que las jóvenes del campo son más "propensas" al infanticidio porque están acostumbradas a la parición de los animales y entonces parir ellas o los animales es más o menos lo mismo. Otros aceptan que es una suerte de control de la natalidad "cultural". Según nos parece, aun si fuera una hipótesis no puede sostenerse ya que se equipara la complejidad cultural a una acción cuasi instintiva a la que no se podría asimilar un ser humano.

Hay un *pattern* que se está desarrollando, por estudios científicos en distintas partes del mundo académico, que conformaría el núcleo duro de su identificación.

- no aumentan de peso;
- no les crece la panza;

- no usan ropas especiales;
- pareciera que nadie se da cuenta con lo que hay una complicidad familiar y social;
- siguen su vida normalmente;
- son jóvenes socializadas en vínculos emocionales y vinculares violentos;
- suelen estar con parejas sentimentales también violentas;
- en no pocos casos, ese embarazo es producto de una violación e incluso de incesto. Y en no pocos casos, las jóvenes no "entienden" que son víctimas de abuso porque el padre, el tío, el primo "se sirvió" de ellas en alguna ocasión y ahí terminó todo el episodio, según creen. No hacen denuncia y no se lo cuentan a nadie. En otros casos, se da dentro de una estabilidad inestable con parejas golpeadoras, y "servirse de ellas" por la fuerza se ve como un "derecho" del hombre en esa situación;
- poseen una parentalidad pobre, donde quien debió desempeñar la figura materna no brindó la seguridad, confianza e incondicionalidad que necesitamos los seres humanos para poder desarrollar una identidad fuerte, independiente y crítica; sus modelos de maternidad son deficitarios donde el denominador común es el abandono, la negligencia y un caos emocional que se pone en marcha, justamente, al momento de tener los propios hijos. No hay habilidades sociales ni psíquicas para sostener y comunicarse con un bebé recién nacido y no hay deseo de dar vida. Es algo que ha salido de su propio cuerpo y por ende tienen derecho sobre qué hacer al respecto;

- Y, fundamentalmente, no creen que están embarazadas.

Por otra parte, hay otros casos que rozan este núcleo duro de lo que se sabe, por ahora, del infanticidio aunque no cubren todos los rasgos definidos que configuran, hasta el momento, el infanticidio. Por ejemplo, aquéllas mujeres que han sido violadas y que han quedado embarazadas producto de la violación, o que han tenido infidelidades. Saben que lo están pero se van ubicando, con el correr del tiempo, cerca de algunos de los parámetros que definen al infanticidio: la panza no crece, no aumentan de peso o su parentalidad ha sido deficitaria. Continúan con sus vidas, incluso atendiendo a otros hijos que ya tienen, pero con dificultades; es decir, aparentan una cotidianeidad pero en su intimidad están desesperadas porque saben que viven en una trampa que puede ser mortal aunque, en ese momento, no saben para quién.

En uno de los casos en que trabajamos, la mujer embarazada de su tercer hijo producto de una infidelidad con un amigo de su esposo golpeador, nos decía que ella se "dividía en dos": la vida de todos los días, atendiendo a los hijos, al esposo, a la vida cotidiana en general. Iba de visita a lo de sus suegros como si nada pasara, nadie se daba cuenta ni siquiera su marido que dormía en la misma cama. Usaba la ropa de siempre. Pero, en los momentos en que se quedaba sola, se sentaba tranquila, respiraba hondo y aparecía la panza con las dimensiones adecuadas a cada momento del embarazo. Allí le hablaba a la niña diciéndole que todo iba a salir bien, que no se preocupara, que ella,

la madre iba a cuidarla siempre, que no tuviera miedo y que le tuviera paciencia. Ella, la madre iba a hacer las cosas bien cuando llegara el momento oportuno. Sabía que era una niña porque se hacía los controles con el mismo médico que la había atendido con sus otros dos hijos. El médico estaba "un poco" sorprendido porque no iba a la consulta acompañada de su marido como en sus dos primeros embarazos. La respuesta fue vaga: "está con mucho trabajo", "no tiene tiempo" y después ya no se interesó en ahondar en el tema. Tampoco supo que el marido era golpeador.

El momento oportuno nunca llegó y el papá de la criatura la abandonó por temor a la violencia de su amigo. Esto ocurre en el 2008 de modo que es juzgada sin la figura penal del "infanticidio" aunque se encuentran condiciones extraordinarias de atenuación. Sigue cumpliendo una condena de 15 años, su marido se separó de ella y casi no ve a sus dos hijos a quienes la unía un amor entrañable.

Por mandatos familiares y sociales, el marido al que todos le tenían terror era un "buen partido" y ella debía casarse porque ya era tiempo de que formara una familia. La madre y la abuela, víctimas ellas mismas de la violencia conyugal, le dijeron que esa —la violencia— era una cuestión menor, que había que ser fuerte y aguantar.

**La forma en la que se enseña derecho y la estructura educativa de las facultades de derecho condiciona ciertos modos de pensamiento. En este sentido ¿Qué asignaturas o tópicos debieran**



**ser incluidos en el programa y planificación universitaria a fin de pensar y problematizar cuestiones como las que aquí se revelan?**

Creo que se debería sensibilizar a los estudiantes y jóvenes graduados así como los operadores del Poder Judicial acerca de temas relativos a lo social, cultural y psicológico. Conocer al menos algunas de las teorías usadas, por ejemplo, en las pericias psicológicas, psiquiátricas, en los "informes de abono" para saber cuál es el sustrato teórico en que se fundan, en vez de ser tomadas como conclusiones que no se cuestionan o que fueron así como dicen la pericia y no cabe otra posibilidad.

Desde la antropología, podrían implementarse cursos teórico/prácticos de algunos temas epistemológicos a definir en su momento y que tuvieran directa incidencia sobre las cuestiones que se ventilan en un proceso penal: universalidad /particularismo; objetividad/ subjetividad; racionalidad/emocionalidad; así como diferentes sentidos del delito, de la pena y del castigo, entre otras posibles cuestiones. Analizar pericias y sentencias en clave antropológica puede ser un trabajo interesante para elaborar, mediante la práctica de la interpretación, la correspondencia o no, de categorías conceptuales que devienen de distintas matrices teóricas y ayudar así a diferenciarlas y contextualizarlas. Así como la relación entre "Estado", "cultura" y "legalidad". Conflictos y armonías entre cosmovisiones posibles o la función social y cultural de la ley en la sociedad.

**En relación con la investigación científica, ¿qué líneas de investigación resultan relevantes a fin de avanzar en el**

**conocimiento de esta realidad social y así definir la pauta normativa?**

No sé realmente si se va a volver a definir una pauta normativa para este delito. La opinión pública es desfavorable, los proyectos ya presentados no avanzan en su estado parlamentario y los jueces sentenciantes se sienten "más tranquilos" al resolver por una pena perpetua o buscar las "condiciones extraordinarias de atenuación" basándose en los mismos argumentos de siempre: nivel sociocultural "bajo", juventud (o a veces, "extrema" juventud), o que tiene otros hijos de manera que una condena como la que impone el Código Penal actual la desvincularía del todo de su familia.

No obstante, es importante dar visibilidad pública a esta cuestión y un panorama lo más amplio y completo posible tanto para lograr dar un sentido, aunque parcial, a este estado de cosas para que cuando se juzgue, ya sea en las situaciones de juicio como en la vida diaria, a estas mujeres, durante y después de cumplir la pena que se les ha impuesto. Tiene igual importancia la investigación como la divulgación del conocimiento para complejizar los usos sociales y cualificarlos.

No se puede saber de antemano, al menos por ahora, si una mujer embarazada puede ser o será finalmente "infanticida". Me parece que con más información a la que se tenga acceso, las personas tienen más posibilidades para optar y decidir líneas de acción. Esta divulgación de lo que la ciencia conoce por ahora podría desbaratar, por ejemplo, el silencio y complicidad que se da dentro de los grupos familiares pero que llegue a involu-

crar, por ejemplo, a los propios sistemas de salud. Por caso, un agente sanitario o una asistente social que tienen contacto con estas familias.

Solicitar mayor detalle y justificación en las pericias es otro punto que obligaría a usar conocimiento devenido de otras ciencias sociales como la sociología y la antropología. Lo mejor, realmente, sería el asentamiento de equipos interdisciplinarios a la hora de emitir un juicio de interpretación sobre cada caso en particular; y no sólo para aquéllos en los que se cree jugaron factores "culturales".

Otro punto en que es bueno insistir es el de continuar intensificando su análisis y cooperar con distintas perspectivas para ir completando el *pattern* al que me he

referido y hacerlo más inteligible a la luz de las condiciones que se plateen, de vuelta, en cada caso.

Es conveniente enfatizar que el denominador común es la vulnerabilidad, como para tantos otros problemas sociales y también para muchos de los demás delitos configurados por el Código Penal. Si bien algunos de ellos parecen aceptarse como más esperables, como por ejemplo: "y bueno, con la vida que llevo cómo no iba a ir a parar a la cárcel", el tema del infanticidio atrapa en forma desprevénida quitándole toda luz de conocimiento, no sólo a la misma acción cometida por la mujer, a veces en colaboración con algún otro muy cercano, sino a su ámbito doméstico, familiar, educativo, laboral, barrial, religioso y demás. La figura penal como tal se vuelve opaca y sometida al pre-juzgamiento.

.....

(1) La entrevistada realiza algunas aclaraciones terminológicas a fin de lograr claridad: "A la muerte del bebé hasta las 48 hs. de nacer en manos de su madre, o padre o pariente cercano se lo llama 'neonaticidio'", aunque en el Código Penal, cuando existía el tipo penal, estaba bajo el nombre de "infanticidio". Cuando el niño es más grande y hasta que puede tener alguna relación social fuera de su familia, la escuela, por ejemplo, se lo llama "infanticidio". Al conjunto de todas estas acepciones, incluso ideas más generales como que se manda a los jóvenes a la guerra y por ende a la muerte, se lo llama "filicidio".

.....

Es una cuestión terminológica. Creo que estaría bien que en el CP se lo vuelva a llamar "infanticidio", si se reflatara el tipo penal vía legislativa, aunque el contenido de la justificación que argumente una disminución de la pena debería tener otras bases: ya no más el "honor" de la madre (soltera) porque se han firmado los pactos internacionales sobre los derechos de los niños. Creo que deberían incluirse razones de climas culturales, sociales e institucionales: violencia doméstica, violencia de género, cantidad de hijos precedentes, pobreza material y emocional, parentalidad pobre, etc.





# Organización judicial

---



El escenario de reformas procesales penales que se ve en nuestra América Latina y el camino que han recorrido los estados provinciales argentinos es útil para reflexionar y aportar datos sobre el modo en que se organizan los poderes judiciales y cómo se puede continuar avanzando en la senda que nos libere de prácticas coloniales, que aún hoy persisten y nos condicionan culturalmente, resistiendo el progreso hacia modelos más eficaces y eficientes de acuerdo a nuestras actuales necesidades.

En esta oportunidad, se presentan dos artículos referidos a la distribución de asuntos penales, que comúnmente se enmarca en las “cuestiones de competencia” y que, desde la perspectiva de los tribunales, consiste en la regulación del flujo de trabajo de los jueces.

En el primero de ellos, se realiza un recorrido de carácter histórico por las diferentes normas que han tratado la materia, se describen los problemas que surgen producto de un esquema de organización arcaico, fuertemente anclado en la tradición inquisitiva, y culmina con algunas ideas sobre los pasos que serían necesarios para avanzar hacia una justicia más democrática.

Precisamente de un modelo de esas características se trata el segundo trabajo, que describe la experiencia de la provincia de Chubut en esos aspectos, cuyos avances en organización de justicia no tienen comparación en nuestro país y pocos en el continente que nos alberga. El intercambio de las experiencias de las provincias en la materia —que incluye desde la básica separación entre funciones administrativas y judiciales hasta la compleja maquinaria necesaria para la realización de juicios por jurados— posiblemente sea, en los próximos años, el acervo de conocimiento sobre el proceso penal más moderno de nuestro medio.

Esperamos que, con este aporte sobre las reglas de distribución del trabajo hacia el interior de la institución judicial, sean más los que se animen a pensar en cuestiones de organización de justicia, teniendo presente que nos encontramos en un medio donde las ideas parecen perder fuerza frente a las arraigadas prácticas que heredamos de un pasado ya demasiado lejano. Ese esfuerzo vale para no detenernos en el avance hacia un proceso penal respetuoso de los principios constitucionales que se presenta como la principal herramienta de las sociedades modernas para la canalización de sus más cruentos conflictos.

---

# Distribución de casos y la indeterminación legal del juez

por **JUAN PABLO IRIARTE**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

Por la distribución de facultades entre el Estado federal y las provincias, en nuestro país coexisten dos administraciones de justicia: federal y provinciales; de forma excepcional, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 1994 conviven tres sistemas de justicia: federal, "nacional" y local<sup>(2)</sup>. Estas categorías vienen impuestas por el diseño institucional de la Nación, pero otras responden a consideraciones políticas no tan explícitas, como la división entre diferentes especialidades del derecho: penal, laboral, civil, etc.; que se ha transferido a la organización de justicia en la forma de "fueros". En cualquier caso, "las cuestiones de competencia" son materia central del derecho de organización judicial, pues no sólo existen judicaturas diferentes sino que a su interior hay otras variables, como el aspecto territorial o la función.

Entre nosotros, los criterios para determinar qué juez debe entender en un caso han sido plasmados en leyes de creación de dependencias con

.....

(1) Abogado, UBA. Funcionario del Poder Judicial de la Nación. Importantes comentarios y reflexiones plasmados en este trabajo pertenecen a Nahuel Perlinger, a quien agradezco sus observaciones.

(2) Constitución Nacional, art. 129 y ley 24.588. Para evitar confusiones, llamaré "nacional" al híbrido que se registra en la ciudad de Bs. As. (desde ahora CABA o Capital Federal), "federal" a lo estrictamente federal y "provincial" o "estadual" a la competencia local.



una determinada competencia y en otras que, ante la sucesiva creación de tribunales varios, han reorganizado su funcionamiento. También en los códigos de procedimientos y cuando se tipificaron conductas específicas se han incorporado reglas sobre la cuestión. Por último, los órganos jurisdiccionales han reglamentado otros aspectos, no menos sustanciales. En lo que sigue reseñaré los criterios adoptados en esos niveles, que traslucen el mantenimiento de una estructura que no ha variado desde los tiempos coloniales<sup>(3)</sup>.

## 2 | Evolución de un ordenado desorden

1. Podría decirse que uno de los primeros actos de gobierno sobre la administración de justicia implicó mantener la estructura judicial colonial. El 23 de enero de 1812, se dijo que: “(n)o hay un motivo para ampliar ó restringir la jurisdicción de los jueces ordinarios, consiguientemente será la misma que hasta aquí, pero se ejercerá con arreglo á las leyes que han debido regirlos”<sup>(4)</sup>. Una regla específica previó que “[l]os juicios criminales por justicia y humanidad reclaman un despacho preferente” y “a este fin podrá hacerse un reparto de causas criminales en varios de los individuos de la Cámara”<sup>(5)</sup>. Posteriormente, se instituyó que: “[l]os Alcaldes de la Hermandad (...) conocerán en los cinco casos criminales que designa la ley” y que “[l]os juicios criminales son de preferencia y privilegio”<sup>(6)</sup>.

(3) Me centraré en el sistema de justicia federal no por una inclinación centralista o unitaria, sino porque su historia y magnitud dan cuenta de un abanico de situaciones que pueden registrarse en las administraciones de justicia provincial. Del desarrollo de éstas últimas, en todo caso, tienen mucho que aprender los legisladores y tribunales federales.

(4) RAVIGNANI, EMILIO, “Reglamento de institución y administración de justicia del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata”, art. 1, en *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Peuser, 1937, T. 6, 2da. parte, pp. 932 y ss. Texto disponible en [ravignanidigital.com.ar](http://ravignanidigital.com.ar)

(5) Constitución Nacional, art. 28.

(6) RAVIGNANI, EMILIO; op. cit., arts. 1, 3, 10 y 36, del 01/09/1813, T. 1, pp. 68 y ss. Ese reglamento creó “una Comisión de Justicia, integrada por 3 miembros (el intendente de policía y otras 2 personas), que intervenían en los delitos de robo, muerte y asesinato (...) con el fin de poner límite a la gran cantidad de tales hechos delictuosos; la Comisión fue disuelta en agosto de

Bajo la Constitución de la Confederación, los primeros intentos de organización judicial no fueron integrales sino destinados a establecer tribunales en los territorios “provincializados”<sup>(7)</sup>, o la reglamentación de los casos de contrabando, asignados al “juzgado federal más inmediato”. Aunque llegó a sancionarse una ley de competencias para la justicia federal y las provinciales<sup>(8)</sup>. El territorio confederal se dividió en cinco distritos encabezados por Cortes de Justicia, con competencia originaria en algunos casos y el gobierno judicial del departamento<sup>(9)</sup>. Los jueces de los territorios federalizados entendían en los casos federales y en los ordinarios y los “federales de sección” en los primeros, pero podían revisar decisiones de los provinciales cuando así lo prefiriera la parte. Esa norma puso en manos de la Suprema Corte de Justicia el dictado de reglamentos para su régimen interno, el de las cortes de distrito y los juzgados de sección<sup>(10)</sup>.

2. Con el texto constitucional de 1860 se sancionaron nuevas leyes de competencias. Una primera ley reglamentó qué casos conocería directamente la Corte Suprema y cuáles los Juzgados de Sección<sup>(11)</sup>. Luego se excluyó a los juzgados provinciales de esos asuntos, salvo que no hubiera jueces federales en el lugar; pero aquéllos podían detener al acusado<sup>(12)</sup>. La Corte Suprema decidía las cuestiones de competencia y dictaba “los

1812”; LEVENE (H), RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2da. ed., T. 1, Bs. As., De Palma, 1993, pp. 42/43.

(7) Ley 84, sobre la “provincia federalizada de Entre Ríos”, dividida en 2 circunscripciones (publicada el 22/08/1856), arts. 4 a 6. También en la Prov. de Bs. As.; ley 160 (publicada el 07/10/1857), art. 9; y ley 220 (publicada el 03/09/1857). Debido a la extensión que hubiera tomado, se ha omitido transcribir los textos de las diversas normas citadas, indicándose sólo el número de los artículos; sin embargo, el lector puede acceder a ellos en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar).

(8) Ley 182 (promovida el 28/08/1858), arts. 4 a 6, que remitía al art. 97 de la Constitución de la Confederación, análogo al actual art. 116, CN.

(9) Ley 182, arts. 20 y 24. Una posterior ley 191 (publicada el 14/09/1858) precisó la competencia en “causas de empleados nacionales”.

(10) Ley 182, arts. 33, 34 y 48.

(11) Ley 27, de “organización de la justicia nacional”, (promulgada el 16/10/1862), arts. 2, 7, inc. 1, y 20. La ley posibilitaba que los tribunales procedieran sin intervención fiscal (art. 15), lo cual es contradictorio con su art. 2, hoy vigente, que veda proceder de oficio.

(12) Ley 48, de “jurisdicción de los tribunales nacionales”, (publicada el 14/09/1863), arts. 1, 2, 3 y 12; dejaba a salvo la jurisdicción militar, art. 7.

reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos”<sup>(13)</sup>. Otra ley precisó qué delitos debían juzgar los tribunales federales<sup>(14)</sup>.

Disposiciones particulares, como la de abolición de la “aplicación de la pena de azotes”, tipificaba ese delito y lo asignaba a los tribunales nacionales<sup>(15)</sup>. Se modificaron los juzgados de sección en territorios como Salta y Jujuy<sup>(16)</sup> y se proyectó reglamentar el juicio por jurados<sup>(17)</sup>.

En la ciudad de Buenos Aires se estableció que los “jueces de lo criminal” conocían en los delitos con pena de prisión mayor a un año y en la evasión de impuestos municipales<sup>(18)</sup>. Los “de lo correccional” lo hacían en los casos con pena entre cuatro días y un año de arresto y revisaban las decisiones de los jueces de paz, quienes entendían en los hechos con menos de cuatro días de pena<sup>(19)</sup>. Había una Cámara de Apelaciones para los casos comerciales y penales<sup>(20)</sup>. Un solo juez federal entendía en el contrabando, los hechos perpetrados en ultramar, ríos, puertos o por piratas más cercanos a su asiento que el de otros jueces federales, salvo que éstos hubieran prevenido<sup>(21)</sup>.

---

(13) Ley 48, arts. 17 y 18. La Corte tomó la iniciativa: en el “Reglamento para los Juzgados de Sección” estableció que se debía dar preferencia a las causas criminales; Fallos 1:12, art. 6.

(14) Ley 49 (publicada el 14/09/1863), un verdadero catálogo de conductas delictivas. La ley 50, “de procedimientos ante los tribunales nacionales”, no reguló la distribución de asuntos entre los diferentes órganos; el sumario criminal se instruiría como en los juzgados provinciales, art. 352.

(15) Ley 94 (publicada el 27/08/1864), art. 2.

(16) Leyes 767 (publicada el 27/06/1878) y 1039 (publicada el 30/09/1880), respectivamente.

(17) Ley 483 (publicada el 06/10/1871).

(18) Ley 1144 (publicada el 30/09/1881), de “Organización de la Justicia de la Capital Federal, del Registro de la Propiedad y del Archivo de los Tribunales”, arts. 1 y 52. El art. 53 establecía que esos jueces “[i]ntervendrán en los juicios por jurados en los casos determinados por la ley de procedimientos; pero no podrán emitir opinión ni votar en las deliberaciones, limitándose a aplicar las penas que por la ley correspondan, según la declaración del jurado”, precioso antecedente que cabría observar a luz de los debates actuales.

(19) Ley 1144, arts. 10, inc. 3, 54 y 55.

(20) Ley 1144., arts. 69, 72, 78 y 80; los últimos sobre integración para penas de más de diez años y de muerte.

(21) Ley 1144, art. 104, incs. 10 a 13. El art. 106 indicaba que para este juez federal sería aplicable la ley de procedimientos nacional. Posteriormente se dispuso que el juzgado más

Más tarde se establecieron otros criterios para determinar la competencia, según el monto de la pena o multa<sup>(22)</sup>; a los jueces federales se asignaban ciertos casos<sup>(23)</sup>. Las contiendas eran decididas por las cámaras, que podían dictar reglamentos pero no sobre distribución de asuntos, lo que permaneció en manos de la Corte Suprema<sup>(24)</sup>.

3. El Código de Procedimientos en Materia Penal mantuvo el modo de distribuir el trabajo<sup>(25)</sup>. El conocimiento de los delitos del fuero federal correspondía a la "Suprema Corte de Justicia Nacional" y a los jueces de sección y de territorios federales; en éstos últimos, se asignaban los casos según dónde fueran cometidos los hechos, qué leyes violaran o qué intereses afectaran<sup>(26)</sup>. La "jurisdicción criminal ordinaria o del fuero común en la Capital de la República y en los Territorios Nacionales", era ejercida por jueces del crimen y correccionales, según el tipo de delito y sus autores o cuando afectara a la administración local<sup>(27)</sup>. Aquí, los jueces correccionales intervenían en contravenciones municipales o policiales graves y en delitos menores (sin que la acumulación de sus penas incidiera), mientras que a los del crimen se asignaba una lista de delitos y aquellos no atribuidos a otros jueces<sup>(28)</sup>.

Las contiendas de competencias eran decididas por la Corte o por la Cámara, que debían atender a la "naturaleza" del delito y a "las circunstancias especiales en que se haya producido", el lugar de comisión, la residencia "del culpable" y el juez que "hubiese procedido al arresto"

.....  
antiguo de la Prov. de Bs. As. desempeñara sus funciones en la Capital Federal, ley 1255 (publicada el 22/10/1882), derogada por la ley 1344.

(22) Ley 1893, del 02/11/1886; arts. 64 y 66.

(23) Ley 1893, 111, incs. 10 a 13.

(24) Ley 1893, arts. 101, 102 y 103. Una norma posterior definió que en la Capital Federal habría 2 jueces de lo criminal y 2 de lo correccional, ley 2222 (publicada el 15/11/1887), art. 313.

(25) Ley 2372 (sanción el 04/10/1888), en adelante CPMP (que entraría en vigencia el 01/01/1889).

(26) Ley 2372, arts. 20, 21 (sobre la Corte) y 23 (relativo a los juzgados).

(27) Ley 2372, art. 25. Nada ello alteraría la jurisdicción militar, art. 26.

(28) Ley 2372, arts. 28 y 29, (sobre los correccionales) y 31 (respecto a los del crimen).

o prevenido; en casos de concurrencia de delitos, procedía el juez del más grave, el federal o el de la Capital Federal, otros criterios o "por lo que resuelva la Suprema Corte o la Cámara"<sup>(29)</sup>. Cuando se crearon tres juzgados de instrucción para la Capital Federal, se estableció que sería el Poder Ejecutivo quien "dividirá en tantas secciones el municipio, cuantos Juzgados de Instrucción funcionen"<sup>(30)</sup>.

Estas primeras reglas dan cuenta de la complejidad que adquiere el sistema cuando concurren jurisdicciones y, de forma previsible, del tiempo que insume el sólo hecho de determinar el juez competente; lo que repercute en la celeridad y calidad del servicio de justicia. Ya a fines del siglo XIX se hacía evidente la limitación de un sistema basado en un aparato de distribución de casos sumamente rígido y librado a la decisión de los órganos jurisdiccionales. Ya en esos tiempos las "cuestiones de competencia" se perfilaban como una materia específica dentro del sistema penal.

4. A comienzos del siglo XX se introdujeron cambios sustanciales en la justicia federal de las provincias, registrándose la creación de muchos órganos, lo cual hizo necesario establecer los criterios para distribuir los asuntos penales. El método utilizado consistió en la reorganización las jurisdicciones territoriales, entre los órganos nuevos y los ya existentes<sup>(31)</sup>.

También se diferenció cuándo la Corte Suprema dirimiría las contiendas de competencia y cuándo las Cámaras<sup>(32)</sup>. Se estableció que la primera ejercía "superintendencia sobre las Cámaras Federales, Jueces de Sección, Jueces Letrados de Territorios Nacionales (...), debiendo dictar los

(29) Ley 2372, arts. 34 a 44. Se estableció un detallado procedimiento para tramitar las "cuestiones de competencia", arts. 45 a 73.

(30) Ley 2644 (publicada el 15/10/1889) de "organización del fuero criminal de instrucción en Capital Federal", arts. 3 y 4. Una ley posterior determinó que "[l]a Justicia de Instrucción Criminal de la Capital será desempeñada por 4 Jueces Letrados"; ley 2942 (publicada el 18/07/1893), art. 1, que estableció en 4 el número de juzgados de esa ciudad.

(31) Leyes 4074 (publicada el 04/06/1902), arts. 1 a 3, que creó un juzgado y organizó la justicia federal de Santa Fe en 2 secciones, y arts. 5 y 6, que agregó un juzgado en la Prov. de Bs. As., también dividida en 2 secciones; 5011 (B.O. 06/10/1906), arts. 1, 2 y 5, de creación de un juzgado en Entre Ríos; 8843 (B.O. 19/12/1911), arts. 1 y 2, que sumó otro juzgado en la Prov. de Córdoba, desde ahora con 2 secciones (esta competencia territorial sería modificada por ley 21.830 —B.O. 06/07/1978—, arts. 1 y 2).

(32) Ley 4055, (publicada el 11/01/1902), arts. 2, 9 y 19

reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia". Aunque ya existían conflictos con las Cámaras al respecto, nada de ello supuso un cambio en la distribución del trabajo<sup>(33)</sup>; sólo se reajustaron las competencias de las cámaras nuevas<sup>(34)</sup>, en Buenos Aires se creó una Cámara con competencia penal exclusiva y otra en el interior<sup>(35)</sup>.

5. La primera dictadura militar —al igual que las posteriores— fue prolífica en materia de organización judicial, creación de nuevos órganos y modificación de sus competencias<sup>(36)</sup>. En general esto no supuso más que modificar sus competencias y, cuando se superponían, delegó en tribunales fijar los criterios de distribución de los asuntos. En la ciudad de Buenos Aires se previó que la Cámara "distribuiría entre los juzgados en lo criminal y en lo correccional los asuntos en los que corresponda aplicar las leyes especiales, sin perjuicio de las tareas que deban desempeñar, conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimiento en lo criminal"<sup>(37)</sup>. En la provincia de Buenos Aires se expandió la competencia de sus juzgados más allá de su territorio<sup>(38)</sup>.

Del rol central de la Corte Suprema en el sistema de administración de justicia federal da cuenta su primer reglamento con pretensión de abarcar

(33) Ídem., arts. 10, 22, 23 y 27. Ver ZAVALÍA, CLODOMIRO, *Derecho Federal*, Bs. As., Menéndez, 1921, p. 129.

(34) Ley 7099 (B.O. 20/09/1910), arts. 1 y 3, de creación de la Cámara Federal de Rosario, que pasaría a revisar las decisiones de los juzgados de su provincia, aunque estuvieran tramitando ante la Cámara de Paraná.

(35) Leyes 7055 (B.O. 22/08/1910), arts. 3, 4, 8 (sobre los 4 jueces en lo criminal, 4 correccionales y 10 de instrucción criminal), posteriormente reorganizada por ley 8918 (B.O. 17/09/1912) y 11.192 (B.O. 27/10/1922), que creó la Cámara Federal de Mendoza.

(36) Leyes 11.732 (B.O. 02/10/1933), juzgado letrado de Esquel (Chubut); 12.112 (B.O. 19/10/1934), juzgado federal de San Rafael (Mendoza); 12.138 (B.O. 29/12/1934), juzgado letrado de Gral. Pico (La Pampa); 12.239 (B.O. 11/10/1935), juzgado federal de Río Cuarto (Córdoba).

(37) Ley 12.327 (B.O. 13/11/1936), art. 6.

(38) Leyes 11.192 (B.O. 27/10/1922), juzgado federal de Mercedes (Bs. As.), que conocería de los asuntos de los departamentos centro y norte, con la exclusión de algunos lugares del noreste de esa provincia; 12.211 (B.O. 07/10/1935), arts. 3 a 5, sobre la competencia territorial de las Cámaras Federales de La Plata y Bahía Blanca (con jurisdicción sobre La Pampa, Río Negro y Neuquén) y los juzgados de esas ciudades y el de Mercedes. Luego se amplió el número de juzgados federales de la Prov. de Bs. As., al crear 2 en Azul y San Nicolás, con competencia territorial en los partidos circundantes; ley 12.716 (B.O. 23/10/1941).

todos los aspectos de organización. Allí se indicaba que se le daría preferencia a, entre otras, los *habeas corpus* y causas de naturaleza penal y que: “en los lugares donde hubiera más de un juez se turnarán mensualmente para la distribución de causas. La misma norma regirá para los fiscales y defensores determinándose el turno mensual por la fecha en se disponga su intervención. El turno establecido en este artículo para los procuradores fiscales, no regirá respecto de las causas sobre infracciones electorales, las que serán distribuidas entre los de cada sección”. Mandaba a las cámaras a ajustar sus reglamentos al nuevo estatuto, lo que supuso mantener concentradas estas cuestiones en el Máximo Tribunal<sup>(39)</sup>.

6. Con la sanción de la Constitución Nacional de 1949, una nueva ley de organización estableció que las Cámaras Nacionales de Apelaciones se reunirán en pleno para reglamentar la distribución de la labor entre sus salas y entre los juzgados, así como para resolver las contiendas<sup>(40)</sup>.

En la ciudad de Buenos Aires, se constituyeron dos Cámaras, una “en lo Penal Especial” (federal) y otra “en lo Penal” (local) y en el interior del país se conservaron las mismas Cámaras con distintas jurisdicciones territoriales<sup>(41)</sup>. Los juzgados en lo Penal Especial conocían cuando al menos un hecho o persona caían bajo su competencia y los juzgados en lo penal (correccionales, de instrucción y de sentencia) mantenían sus competencias<sup>(42)</sup>. A los jueces federales se les agregaron asuntos concernientes al transporte, los negocios particulares de los agentes consulares y los *habeas corpus* cuando estuviera involucrada una persona perteneciente a la autoridad nacional<sup>(43)</sup>.

(39) “Reglamento para la justicia federal y letrada de los territorios nacionales”, que comprendió “la revisación de las acordadas publicadas desde el tomo 1º hasta el 208 de la colección de fallos de la Corte Suprema y de aquéllas existentes en los libros del Tribunal y no publicadas”, del 03/03/1948, arts. 35, 47 y 156 (Fallos 210:196).

(40) Ley 13.998 (B.O. 11/10/1950); art. 28. Las cuestiones de competencia, como ha sucedido desde siempre, fueron también reglamentadas en la creación delitos; por ejemplo, la ley 14.034 (B.O. 26/07/1951), de “represión de actividades anti argentinas”, competencia de la justicia federal, art. 2.

(41) Ley 13.998, arts. 32, inc. 1, aps. a) y d), 53 y 54

(42) Ley 13.998, arts. 43, 44 y 46.

(43) Ley 13.998, arts. 55, incs. b), c) y d). La ley mantuvo el anterior régimen de organización judicial y puso en manos de la Corte Suprema la redistribución y reorganización de

Bajo esta ley se crearon diversos órganos jurisdiccionales en el interior del país, lo cual implicó complejas reorganizaciones territoriales, traslados de órganos y determinación de sus competencias materiales<sup>(44)</sup>. En Buenos Aires se agregó otro juzgado y se delegó en la Corte “la forma en que han de distribuirse los asuntos en trámite entre los juzgados existentes y los nuevos (...), como así también los turnos para conocer en las nuevas causas”<sup>(45)</sup>. Por otro lado, se sancionó un Código de Justicia Militar que estableció una competencia especial para estos casos<sup>(46)</sup>.

Tiempo después, la CSJN dictó un estatuto para “dar cumplimiento a las exigencias reglamentarias de la nueva ley orgánica”, donde fijó el orden de despacho que se debía dar a las causas, entre las que primaban los “*habeas corpus*, (...) las de naturaleza penal [y] las cuestiones de competencia” y estableció que “[e]l turno de los jueces será establecido por la respectiva cámara nacional”<sup>(47)</sup>. Al descentralizar la administración del sistema de distribución de asuntos, se dejaba de lado la posibilidad de un régimen uniforme en el país; situación que se arrastra hasta nuestros días.

7. Quienes se apropiaron del poder en el año 1955 restablecieron el texto constitucional de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y decretaron “con fuerza de ley” la norma identificada al día de hoy como “Ley de la Justicia Nacional”<sup>(48)</sup>. Allí se dispuso que las Cámaras “reglamentar[ían] su labor o la distribución de la labor entre sus salas, si las hubiere, y entre los juzgados de primera instancia que dependan de ella, resolviendo las

funcionarios y empleados de los juzgados federales y de la justicia nacional; arts. 76, 79 y esp. 84.

(44) Leyes 13.580 (B.O. 13/10/1949), juzgado en La Plata; 13.584 B.O. (20/10/1949), juzgado en Paso de los Libres (Corrientes); 13.946 (B.O. 09/10/1950) juzgado San Isidro (Bs. As.); 14.291 (B.O. 17/12/1953), arts. 1 a 7, de creación y traslado de los juzgados en las ciudades de Eva Perón, San Martín y Mar de la Plata en las Provincias de Eva Perón y Presidente Perón (hoy La Pampa y Chaco).

(45) Ley 13.278 (B.O. 07/10/1948), arts. 1, 2, 3 y 10.

(46) Ley 14.029 (B.O. 06/08/1951), arts. 1, 121, 870 y 872.

(47) Ac. N° 12/1952, “Reglamento para la justicia nacional”, del 17/12/1952, arts. 36, 104 y 127, respectivamente.

(48) Decreto/ley 1285/1958, ratificado por el Congreso de la Nación mediante ley 14.467 (B.O. 29/09/1958).



cuestiones que se susciten al respecto”<sup>(49)</sup>. En la Capital Federal se abría una Cámara “en lo Criminal y Correccional” y juzgados “en lo Criminal y Correccional Federal”, “en lo Criminal de Instrucción”, “en lo Criminal de Sentencia” y “en lo Correccional”, y en las provincias, cámaras, juzgados y la justicia de paz de los territorios nacionales.<sup>(50)</sup> Ese diagrama estuvo vigente hasta la década de 1990; salvo los últimos, que fueron transformados o eliminados por la provincialización de los ex territorios nacionales.

Luego se reorganizó la justicia penal de Buenos Aires: se modificó la integración de la Cámara en materia común, transformaron algunos juzgados correccionales en de instrucción y se sumaron otros, entre los cuales se redistribuirían los asuntos pendientes según lo estableciera la Cámara, que además elegiría uno para las causas de menores<sup>(51)</sup>. También se crearon tribunales para el “juzgamiento de las infracciones a las leyes represivas del agio y la especulación”; la Cámara respectiva dictaría “las normas y reglamentaciones para el mejor funcionamiento del tribunal”<sup>(52)</sup>. Luego se les renombraría “en lo Penal Económico” y se les asignarían otros delitos<sup>(53)</sup>.

La siguiente etapa histórica —con intermitentes quiebres institucionales— no se caracterizó por la creación de nuevos órganos en el interior del país, sino por la ampliación y la modificación de los existentes<sup>(54)</sup>. Por el contra-

(49) Decreto/ley 1285/1958, art. 27, inc. a).

(50) Decreto/ley 1285/1958, arts. 32, inc. 1º, aps. a) y d), inc. 2, aps. f), g) y h), y 49

(51) Leyes 14.458 (B.O. 29/08/1958), arts. 1, 2, 3, 9, 10 y 11, que agregaron 4 de instrucción, 1 de sentencia y otro correccional, y 15.736 (B.O. 25/10/1960), que amplió el número de jueces de la Cámara de la Capital Federal.

(52) Ley 14.558 (B.O. 03/11/1958), arts. 1 y 12. Se creaban 18 cargos de jueces y una cámara de 5 miembros; art. 5.

(53) Ley 14.831 (B.O. 24/09/1959), art. 1. Los delitos eran el del art. 300, C.P., y los tipificados en las leyes 12.906, 11.275, 11.226, 11.228 y decreto ley 8509/1956, 12.236, 11.742, 12.253 y decreto ley 19.697/1956, 14.516, 14.770, 14.799 y decreto ley 62/57.

(54) Leyes 14.479 (B.O. 26/09/1958), art. 1, que amplió la Cámara de Córdoba y 16.871 (B.O. 23/12/1965), art. 1, la de Rosario; 20.670, (B.O. 14/06/1974), art. 1, amplió la competencia del juzgado de Concepción del Uruguay (Entre Ríos); 15.403 (B.O. 27/10/1960), arts. 1 a 3, sobre los de Viedma y Gral. Roca; las causas continuarían en el juzgado en que estaban, salvo pedido de traslado por las partes, art. 4. Sólo se crearon en Goya y en la ciudad de Corrientes; ley 14.937 (B.O. 14/12/1959), posteriormente derogada.

rio, en la ciudad de Buenos Aires se multiplicaron e, incluso, se trasladaron órganos desde el interior<sup>(55)</sup>.

Además, en esta época se tomó una decisión que perdura hasta nuestros días. Se evaluó que “el contrabando y sus delitos conexos constituyen una forma especial de delincuencia económica que, por razón de especialización, es conveniente centralizar en los tribunales en lo penal económico, donde estos se hallen constituidos” y que “el extraordinario auge del tipo de delincuencia examinado y la interconexión de los actos que la configuran, especialmente en la Capital Federal y partidos circunvecinos, hacen necesaria la unificación jurisdiccional de tales distritos”<sup>(56)</sup>. También leyes sobre estupefacientes y sobre “actividades subversivas”, ambas de competencia federal, afectaron la distribución de casos<sup>(57)</sup>.

Los regímenes dictatoriales también edificaron procedimientos especiales para ciertos hechos, delimitados por el delito, el lugar de comisión o el afectado, dirigidos contra las comunicaciones o autoridades nacionales, “cometidos con motivo u ocasión de huelgas, paros u otros movimientos de fuerza, de alcance nacional o interprovincial” o con cualquier otro delito vinculado “en razón de medio a fin” con los anteriormente enumerados<sup>(58)</sup>. Luego, se creó una Cámara con jurisdicción en todo el país (“el camarón”), que juzgaría los hechos nuevos de ese tipo<sup>(59)</sup>. Fue eliminada años más tar-

(55) Ley 17.928 (B.O. 31/10/1968), arts. 18, 19 y 21, que creó 10 juzgados de instrucción; decreto ley 5.115/63 (B.O. 01/07/1963), arts. 1 y 5, sobre nuevos juzgados de sentencia en la Capital Federal; la Cámara indicaría cuáles conocerían en causas de menores. Decreto ley 6.442/63 (B.O. 07/08/1963), art. 1, que movió un juzgado desde Neuquén hacia Bs. As.

(56) Decreto ley 6660/63 (B.O. 22/08/1963), arts. 2 y 3; en estas causas “corresponderá conocer y decidir en forma originaria a los jueces nacionales de primera instancia en lo penal económico y a los jueces federales del interior del país, dentro de sus respectivas competencias territoriales” y que “la competencia atribuida (...) a los tribunales en lo penal económico comprenderá, además del territorio de la Capital Federal, los siguientes partidos de la Prov. de Bs. As.: Almirante Brown, Avellaneda, Esteban Echeverría, Florencia Varela, Gral. Rodríguez, Gral. San Martín, Gral. Sarmiento, Lanús, Lomas de Zamora, La Matanza, Marcos Paz, Merlo, Moreno, Morón, Quilmes, Pilar, San Fernando, San Isidro, San Vicente, Tigre, 3 de Febrero y Vicente López”.

(57) Leyes 20.771 (B.O. 09/10/1974), art. 11, y 20.840 (B.O. 02/10/1974), art. 13.

(58) Ley 18.670 (B.O. 05/05/1970), arts. 1 y 2. Se juzgaban en instancia única por las Cámaras, que fijarían cómo se distribuirían esos casos entre sus salas, art. 3. El presidente del tribunal designaría al vocal encargado de instruir el asunto, arts. 12 a 14.

(59) Ley 19.053 (B.O. 01/06/1971), arts. 1 a 4, 71 y 72.

de, sus jueces cesanteados y las causas remitidas a “sus jueces naturales”; tarea que se delegó en la Cámara Federal de Buenos Aires<sup>(60)</sup>.

Posteriormente se amplió y reorganizó la justicia federal del interior del país: en las grandes ciudades los juzgados compartirían jurisdicción y, en otros casos, su creación involucró el rediseño de sus competencias territoriales y relaciones de revisión de decisiones<sup>(61)</sup>.

La última administración militar no adoptó una estrategia clara sobre la justicia penal de la ciudad de Buenos Aires: cuando eliminó un juzgado de instrucción dejó en manos de la Cámara la distribución de sus causas pero cuando reorganizó los juzgados federales esa tarea fue encomendada a la Corte<sup>(62)</sup>. Centralizó en un juzgado los pedidos de detención y el trámite de las rogatorias provenientes de los tribunales del país<sup>(63)</sup>. Su reglamentación aduanera mantuvo la competencia territorial ampliada de los juzgados en lo penal económico<sup>(64)</sup>.

En el interior del país, frente a la creación y eliminación de Cámaras se modificaron sus jurisdicciones pero no se adoptó una única solución para las causas en trámite; sí respecto de los juzgados, que mantuvieron sus causas<sup>(65)</sup>. Se empezaron a establecer órganos sólo penales y delimitaron zonas de un juzgado, sin redistribución de asuntos y también se separó

(60) Ley 20.510 (B.O. 28/05/1973), arts. 2 a 5. Su art. 1 derogó varias leyes que establecían la jurisdicción federal para determinados delitos.

(61) Leyes 21.161 (B.O. 07/11/1975), arts. 1, 3, 5, 8, 10, 11, sobre las jurisdicciones de San Martín (Bs. As.), Rosario, Santa Fe, Mendoza, Córdoba, Tucumán, Chubut; 21.188 (B.O. 06/11/1975) de un juzgado en Roque Sáenz Peña (Chaco), luego modificada por ley 26.218 (B.O. 24/01/2007), arts. 1 a 5.

(62) Ley 21.582 (B.O. 09/06/1977), arts. 1 a 5. Al crear nuevos juzgados “de sentencia” no precisó sobre la distribución de causas, ley 22.106 (B.O. 21/11/1979).

(63) Leyes 21.628 (B.O. 31/08/1977). art. 5, que también ampliaría la Cámara de Apelaciones no federal, ley 22.088 (B.O. 23/10/79), art. 1, y 22.777 (B.O. 12/04/1983), art. 3.

(64) Ley 22.415, “Código Aduanero”, (B.O. 23/03/1981, segunda sección) art. 1027, que mantuvo la redacción del decreto ley 6660/63, ver nota 56.

(65) Leyes 22.176 (B.O. 06/03/1980), arts. 1, 5 y 6, en Chubut, luego derogada; 21.653 (B.O. 04/10/1977), arts. 1 a 3, una Cámara en Goya, (Corrientes), se necesitaba la conformidad de las partes; 21.830 (B.O. 06/07/1978), art. 1; 22.848 (B.O. 15/07/1983) en Córdoba; 22.414 (B.O. 06/03/1981), arts 1 y 2, un juzgado en Santa Cruz.

entre juzgados penales y “multifuero”<sup>(66)</sup>. Concluye así una etapa en la que no se revelan otros criterios rectores que la delegación en las Cámaras y la creación de “fueros” para materias específicas.

8. En la década de 1980 los poderes democráticos mantuvieron el esquema de organización de justicia, especialmente respecto de la distribución de asuntos penales. Sin olvidar que se promulgaron leyes especiales que trataban sobre cuestiones particulares (como la ley de *habeas corpus*)<sup>(67)</sup>, el rasgo distintivo de estos años fue la creación de varias Cámaras en el interior del país<sup>(68)</sup>. El modo consistió en la indicación de los juzgados dependientes y modificación de sus competencias (delimitada por los partidos o departamentos de las provincias; en algunos casos, se reasignaron los asuntos y en otros, continuaron tramitando en los mismos órganos<sup>(69)</sup>).

Esta tendencia se mantuvo durante la siguiente década, pero no se adoptó una estrategia común: en general se dejó la tarea en manos de las Cámaras<sup>(70)</sup>. Rara vez se indicó que los asuntos se distribuirían “por turno mensual” y se les delegó la reasignación de los pendientes “en forma proporcional y atendiendo a su complejidad” o encargó que estudiaran “la conveniencia de establecer un turno permanente para los nuevos juzgados hasta su pleno funcionamiento o la redistribución de las causas en

(66) Leyes 22.403 (B.O. 20/02/1981), arts. 1 a 6, reformada por ley 22.850 (B.O. 21/07/1983), y 22.292 (B.O. 02/10/1980), arts. 1, 3, 6, 10 y 11.

(67) Ley 23.098 (B.O. 25/10/1984), arts. 2 y 8.

(68) Leyes 23.138 (B.O. 07/11/1984), art. 2, en Posadas (Misiones); 23.158 (B.O. 09/11/1984), art. 1, en Gral. Roca (Río Negro); 23.650 (B.O. 07/11/1988), art. 1, en la ciudad de Corrientes; 23.735 (B.O. 18/10/89), art. 1, en la Ciudad de Mar del Plata, que recibiría las causas que estuvieran en trámite ante la de La Plata, art. 6.

(69) Leyes 23.138 (B.O. 07/11/1984), art. 1, en El Dorado (Misiones); 23.156 (B.O. 09/11/1984), arts. 1 y 3, en Bariloche (Río Negro); 23.371 (B.O. 09/12/1986), arts. 1, 7 y 8, en Junín (Bs. As.); 23.574 (B.O. 27/07/1988), arts. 1, 2 y 4; en Morón (Bs. As.); 23.641 (B.O. 07/11/1988), arts. 1 y 2, en Zapala (Neuquén).

(70) Leyes 24.136 (B.O. 01/10/1992), sobre un juzgado en Campana (Bs. As.); 23.867 (B.O. 30/10/1990), arts. 1 y 3, sobre un juzgado en la ciudad de Salta; además de la Cámara de Apelaciones de esa ciudad, arts. 4 y 5. Posteriormente se derogó la regla que mantenía las causas en el juzgado existente, ley 24.656 (B.O. 15/07/1996), art. 1. A menos que hubiera oposición de parte.

trámite”<sup>(71)</sup>. En otras jurisdicciones, se dispuso que la Cámara “dispondrá en ejercicio de las superintendencia que le es propia la distribución de turnos de los nuevos juzgados”<sup>(72)</sup>. De forma más explícita, se indicó que los juzgados “se turnarán en el conocimiento de las causas de acuerdo con lo que disponga la reglamentación a dictarse por el respectivo Tribunal de Superintendencia”<sup>(73)</sup>.

9. El Código Procesal Penal de la Nación conllevó la creación de muchos órganos y cambio de estructuras, pero ninguna modificación en el modelo de organización de justicia, anclado en estructuras independientes, alrededor de las cuales sigue girando todo el sistema, marcadamente segmentado y rígido y con acentuada delegación en los propios órganos jurisdiccionales<sup>(74)</sup>. Esto último ahora se ha hecho regla, pues se faculta a “[l]os tribunales competentes [a dictar] las normas prácticas que sean necesarias para aplicar [el] Código, sin alterar sus alcances y espíritu”; sin embargo, los tribunales no le han dado casi uso<sup>(75)</sup>.

El CPPN establece la naturaleza y extensión de la jurisdicción penal y las prioridades de juzgamiento respecto de otras jurisdicciones<sup>(76)</sup>; prevé que “[e]l juez de instrucción investiga los delitos de acción pública de compe-

(71) Leyes 23.863 (B.O. 20/09/1990), arts. 1, 2 y 3, en la capital de la Prov. de Jujuy; 23.869 (B.O. 30/10/1990), arts. 1, 3, 4, 6 y 9, respecto de los juzgados de San Nicolás (Bs. As.), donde quedaba uno solo con competencia penal y de Rosario (Santa Fe), ver asimismo ley 22.292, art. 1. Siempre que las partes no se opusieran.

(72) Ley 23.937 (B.O. 26/06/1991), arts. 2, 4, 6, 7, 9 a 15, 17 y 18; que creó nuevos juzgados en las ciudades de San Martín, San Isidro, Morón y Lomas de Zamora (Bs. As.).

(73) Ley 24.047 (B.O. 09/01/1992), arts. 1 y 2, sobre los juzgados Formosa.

(74) Ley 23.984 (B.O. 09/09/1991), vigente desde un año después de su promulgación, art. 539. Desde aquí, CPPN 24.091 (B.O. 29/06/1992), arts. 1 y 2, que duplicó los juzgados federales de la Capital Federal. Los existentes continuarían entendiendo en las causas en trámite, pero la Cámara “conforme a pautas de equilibrio en la distribución del trabajo y siempre que no perjudique el trámite de los procesos” podía sortear causas para su tramitación a los nuevos juzgados. Además, “[l]os nuevos juzgados entenderán exclusivamente y en forma continua en las causas que se inicien a partir de la fecha de su habilitación, durante un año, y en la forma que disponga la citada Cámara”.

(75) Ley 23.984, art. 4. Ver BRUZZONE, GUSTAVO A., “La dimensión política de la Cámara Nacional de Casación Penal como un problema del derecho de la organización judicial”, en *CDJP*, Casación N° 1, Bs. As., Ad-Hoc, p. 51.

(76) Ley 23.984, arts. 18, 19 y 20; los 2 primeros modificados posteriormente cuando se eliminó la jurisdicción militar.

tencia criminal, excepto en los supuestos en los que el ministerio fiscal" lo haga<sup>(77)</sup>; de manera que aquél concentra el ingreso de los casos al sistema penal. En la ciudad de Buenos Aires, su competencia se ve recortada por la "correcional", que comprende los casos sin pena de prisión o menor de tres años, la "de menores" para los de menores de 18 años o de "simple inconducta, abandono material o peligro moral"<sup>(78)</sup>. La competencia federal se indica por medio de la enumeración de lugares, bienes o actos afectados y delitos.<sup>(79)</sup> Finalmente, se prevén los criterios que se deben tener en cuenta para determinar la competencia material<sup>(80)</sup>, territorial<sup>(81)</sup>, cómo se vinculan los casos y el órgano competente<sup>(82)</sup>. Junto al CPPN se dictaron dos leyes que definieron aspectos de la distribución de asuntos y modificaron los criterios de aquél.

Una primera ley diseñó el organigrama del Poder Judicial, enmarcado en dieciséis distritos nacionales que comprenden la sección correspondiente a la competencia de cada Cámara. Uno de esos departamentos corresponde a la Capital Federal, dividida en siete zonas judiciales de acuerdo a grupos de comisarías. Se delegó en la Cámara de Casación establecer la asignación de los juzgados "que tendrán competencia territorial determinada en las zonas judiciales de la Capital Federal [y] el mecanismo de distribución equitativa de trabajo entre los juzgados asignados al mismo

(77) Ley 23.984, art. 26; se refiere al instituto de la "delegación", previsto en los arts. 196 y ss.

(78) Ley 23.984, art. 27, respecto de los primeros, y 29 sobre los segundos.

(79) Ley 23.984, art. 33, inc. 1, ap. e), "Los delitos previstos por los artículos 142 bis, 149 ter, 170, 189 bis, a excepción de la simple tenencia de arma de guerra salvo que tuviere vinculación con otros delitos de competencia federal, 212 y 213 bis del Código Penal".

(80) Ley 23.984, arts. 34 a 36: pena máxima y/o más grave, delito consumado, incluir las figuras agravadas, el momento en que se debe definir la cuestión y los efectos del desconocimiento de las normas relativas a la competencia (nulidad),

(81) Ley 23.984, arts. 37 a 40: lugar de comisión, cese de la continuación o permanencia de sus efectos o último acto de ejecución del delito, el tribunal que previno, el momento en que se debe definir la cuestión y los efectos del desconocimiento de las normas relativas a la competencia.

(82) Ley 23.984, arts. 41 a 43: relación entre autores o delitos; el delito más grave, primero conocido, con el primer detenido, en el que se haya prevenido o, subsidiariamente, lo que beneficie una "mejor y más pronta administración de justicia"; salvo que ello implique "un grave retardo para alguna de [las causas], aunque en todos los procesos deberá intervenir un solo tribunal".

distrito judicial” y “los criterios de distribución del trabajo entre los restantes tribunales”<sup>(83)</sup>.

De modo que, el mapa judicial se edificó sobre las Cámaras y jurisdicciones policiales, conservando el método de organización por celdas: en la mayoría de los casos la competencia material de los juzgados se hizo mediante una remisión a los parámetros del Código y a sus distritos judiciales<sup>(84)</sup>; aunque respecto de los juzgados de menores se agregó una regla que les asignó todos los asuntos con jóvenes implicados<sup>(85)</sup>.

La segunda ley tampoco afectó el tradicional enfoque que se ha dado a las cuestiones de organización de justicia, pues confió a la “Corte Suprema de Justicia de la Nación o el órgano judicial competente, [fijar] el criterio de distribución equitativa de las causas en trámite y de aquéllas iniciadas a partir de la fecha de entrada en vigencia” del nuevo Código de Procedimientos<sup>(86)</sup>.

En el interior del país, la incorporación de órganos se hizo indicando su ámbito territorial y excluyendo a los anteriores de ese área; los asuntos en trámite podían permanecer en la misma sede o ser trasladados según la etapa del proceso<sup>(87)</sup>. En algunos casos, no se indicó cómo se prorratearían los de una misma jurisdicción y en otros, se hicieron algunas considera-

(83) Ley 24.050 (B.O. 07/01/1992), art. 5.

(84) Ley 24.050, art. 2; cabe remarcar que se trató de una ley que no contenía toda la estructura judicial, pues dejaba abierta la posibilidad a “[l]os demás organismos que se establezca por la ley” (inc. h), 3 (permitía que leyes especiales establezcan otros distritos) y 22 a 27.

(85) Ley 24.170 (B.O. 30/10/1992), art. 1, que sustituyó la ley 24.050, art. 24, párr. 2.

(86) Ley 24.121 (B.O. 08/09/1992), art. 91. También se delegaron en la Corte otras cuestiones, como la evaluación de la necesidad de nuevos órganos y su lugar de funcionamiento; el modo en que las causas serían “distribuidas en forma equitativa” entre las secretarías de juzgados que se trasladaban a las fiscalías; y el “modo de distribución” de asuntos para los juzgados de ejecución, entre otros (arts. 16, 32 y 74).

(87) Leyes 24.164 (B.O. 23/12/1993), arts. 1, 2, 4 a 6, en Reconquista (Santa Fe), modificada por ley 26.131 (B.O. 30/08/2006), arts. 1 a 3 y 5, un juzgado en Rafaela (Santa Fe); 24.368 (B.O. 30/09/1994), arts. 1 a 3, 5, 6, 9 10, un juzgado en Necochea (Bs. As.); 24.400 (B.O. 12/12/1994), arts. 1 a 7, 11 a 13 y 15, un juzgado en Río Grande y reorganización de la justicia federal de su provincia; 25.519 (B.O. 19/12/2001), arts. 1 a 6, en Quilmes (Bs. As.); 25.862 (B.O. 15/01/2004), arts. 1 a 6, en Victoria (Entre Ríos); 25.927 (B.O. 09/09/2004), arts. 1 a 6, un juzgado en Gral. San Martín (Jujuy); 25.959 (B.O. 03/12/2004) arts. 1, 2, 4 a 6, un órgano en Gral. Pico (La Pampa);

ciones<sup>(88)</sup>. Entre éstas últimas, se previó que la Cámara “resolverá cómo se procederá a la distribución de las causas (...) en base a criterios de necesidad, proporcionalidad y eficacia”<sup>(89)</sup> y que los asuntos “se asignarán a ambos tribunales por turnos mensuales”, correspondiendo a uno de ellos “las iniciadas en los meses impares y al [otro] las iniciadas en los meses pares”<sup>(90)</sup>.

En los últimos años, se modificaron las áreas de juzgados<sup>(91)</sup>, se asignaron a los federales cierto tipo de conductas antes locales y nuevos delitos<sup>(92)</sup> y se eliminó la “jurisdicción militar”, que representaba un pesado resabio anacrónico<sup>(93)</sup>. En la ciudad de Buenos Aires, se pretendió crear un “fuero penal tributario”<sup>(94)</sup>; se pusieron en funcionamiento fiscalías con “intervención directa y exclusiva en todos los casos de hechos presuntamente ilícitos de competencia de la justicia de instrucción, correccional y menores,

.....  
25.970 (B.O. 21/12/2004), arts. 1 a 3, 7 y 8, un juzgado en Villa María (Córdoba); 26.212 (B.O. 23/01/2007), arts. 1, 2, 5 y 6, un juzgado en Oberá (Misiones); 26.214 (B.O. 24/01/2007), arts. 1 a 3 y 7, en Villa Mercedes (San Luis); 26.261 (B.O. 05/06/2007) arts. 1 a 4 y 6, de un juzgado en Caleta Olivia (Santa Cruz); 26.344 (B.O. 09/01/2008), arts. 1 a 5, un juzgado en Esquel (Chubut); 26.503 (B.O. 02/09/2009), arts. 1 a 3, 7 y 8, un órgano en Goya (Corrientes).

(88) Leyes 24.251 (B.O. 05/01/1994), arts. 1, 3 y 4, en la ciudad de Neuquén; 25.012 (B.O. 29/09/1998), arts. 1, 2, y 7, en el Partido de 3 de Febrero (Bs. As.), modificada por la ley 25.340 (B.O. 13/11/2000), arts. 1 y 2; 26.143 (B.O. 29/09/2006), art.1, de los juzgados de Mar del Plata.

(89) Leyes 26.174 (B.O. 20/12/2006), arts.1 a 4 y esp. 5, sobre la jurisdicción penal en la ciudad de Corrientes; y 26.528 (B.O. 24/11/2009), arts. 1 a 3, esp. 5, de un juzgado de Moreno (Bs. As.).

(90) Ley 26.406 (B.O. 27/08/2008), arts. 1 a 5, esp. 4, de un juzgado en Resistencia (Chaco).

(91) Leyes 25.652 (B.O. 02/10/2002), 25.884 (B.O. 05/05/2004) y 25.991 (B.O. 11/01/2005), juzgado de Mercedes (Bs. As.); 26.282 (B.O. 06/09/2007), arts. 1 y 2, sobre juzgados de Villa María y Río Cuarto (Córdoba); 26.414 (B.O. 07/10/2008), sobre las causas en trámite del juzgado de Villa María.

(92) El art. 33, inc. 1, ap. e), CPPN, fue modificado por varias leyes: 25.886 (B.O. 05/05/2004), art.3, agregó el art. 189 bis (1), (3) y (5) y eliminó la salvedad de la simple tenencia de arma; 26.364 (B.O. 30/04/2008), art.13, sumó los arts. 145 bis y 145 ter; 26.679 (B.O. 09/05/2011), art.2, adicionó el art. 142 ter; y 26.734 (B.O. 28/12/2011), art.7, agregó los arts. 41 *quinquies* y 306, todos del Código Penal.

(93) Ley 26.394 (B.O. 29/08/2008), arts. 20 y 21, que eliminaron la excepción “de los delitos que correspondan a la jurisdicción militar”, existente en el texto original del CPPN (ley 23.984, art. 18).

(94) Ley 25.292 (B.O. 16/08/2000), parcialmente observada vía decreto 688/2000, arts. 3 y 17; sobre los delitos de la ley 24.769.



cometidos”, lo cual supone una novedad de corte acusatorio<sup>(95)</sup>; se concibió una nueva Cámara de Casación Penal no federal (aún no delegada a la C.A.B.A.), que todavía no fue puesta en funciones y se alteró la distribución de los asuntos de ejecución penal<sup>(96)</sup>.

### 3 | La desorganización reglada

Como surge del punto anterior, el legislador ha delimitado de un modo caótico la competencia federal y territorial y, además, no estableció ninguna regla general de cómo distribuir los casos entre juzgados con igual competencia. Cuando lo hizo, procedió de forma asistemática, sin una estrategia común, pues sólo se cuentan normas aisladas y disímiles. Las decisiones al respecto parecen estar guidas por requerimientos particulares de las zonas donde conviven muchos órganos; gran parte de las definiciones (y del trabajo) está en manos de las Cámaras de Apelaciones.

Al respecto, el desarrollo histórico muestra que si bien en un principio esas atribuciones estuvieron concentradas en la Corte Suprema, paulatinamente han recaído en las Cámaras, que han establecido distintos y complejos sistemas de asignación de causas dentro de su jurisdicción, sin ningún tipo de coordinación entre ellas. Esto no sólo terminó por acentuar la desorganización del sistema de administración de justicia (hasta alcanzar un nivel de dudosa constitucionalidad), sino que también impactó en la calidad del

(95) Leyes 25.748 (B.O. 02/07/2003), en los barrios Saavedra y Núñez; y 25.749 (B.O. 02/07/2003) en La Boca.

(96) Ley 26.371 (B.O. 30/05/2008), arts. 1 a 3, 9 y 72 bis. La otra cuestión que se dio en esta etapa afectó a la distribución de asuntos respecto de los órganos de revisión. La ley 25.269 (B.O. 21/07/2000) estableció que los tribunales orales federales de Catamarca, Formosa, Jujuy, La Rioja, Neuquén, San Juan, San Luis, Santa Cruz, La Pampa, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y uno de Santa Fe, que no contaban con Cámaras, pasaran a constituirse y denominarse como Cámaras Federales de esas jurisdicciones provinciales. Sin embargo, la Corte advirtió que: “con particular referencia a los Tribunales Orales en lo Criminal Federal comprendidos en el art. 1º de la ley 25.269, el cumplimiento de la competencia juzgadora que les atribuyen los arts. 28 y 32 del Código Procesal Penal de la Nación (ver ley 24.050, art. 16) es constitucionalmente incompatible con la atribución que, por meras razones de conveniencia, les asigna el art. 90 de la ley 24.121 en cuanto reenvía a las funciones de órgano de alzada de las resoluciones de los jueces de instrucción” (Ac. N° 23/2005). Luego, declaró la inconstitucional que los tribunales que debían entender en el juicio revisaran, en función de Cámara de Apelación, las decisiones de la instrucción (Fallos 329:3034, “Dieser”, del 08/08/2006).

servicio, como lo demuestran las periódicas discusiones sobre la competencia en casos complejos o de criminalidad inter jurisdiccional. Los casos de reglamentos que se relatan a continuación intentan dar cuenta de la dispersión reinante y, en cuanto sea relevante y a pesar de su magnitud, de los puntos que dejan sin resolver<sup>(97)</sup>.

1. En la jurisdicción penal no federal de Buenos Aires se presenta una situación atípica, pues coexisten dos administraciones de justicia penales: una "nacional" que conoce de la mayor parte de los delitos que aún no han sido transferidos a la administración de justicia local, la que se encarga de los cedidos y de las contravenciones<sup>(98)</sup>.

(a) La Cámara del primer sistema establece que "[p]ara fijar el turno de los juzgados de instrucción se divide la Capital Federal en once distritos judiciales, integrados en la forma que se especifica" en un cuadro con once categorías conformadas por comisarías y otras dependencias preventoriales; cada uno de ellos atiende un distrito en forma quincenal<sup>(99)</sup>.

Ese cuadro regula los sumarios iniciados por "prevención o información policial motivada en situaciones de flagrancia"; "denuncia en (...) dependencias preventoras"; "denuncias y querellas iniciadas por presentación directa ante la Oficina respectiva" y sorteados; "denuncias procedentes de los juzgados y las fiscalías" iniciadas en las divisiones departamentales de la policía y asignadas mediante sorteo. Las denuncias ante divisiones policiales deben ser "remitidas de inmediato a la Oficina de Sorteos" de la Cámara. Este proceder tiene origen en un caso de *forum shopping* que consistió en presentar una denuncia en una dependencia policial cuyas funciones no tenían relación con el objeto del pleito y sólo

(97) Aunque incompletos en muchos casos, son los que se encuentran disponibles en los sitios web de las Cámaras ([www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)). Quizá una de las mayores deudas del poder judicial federal es su ausencia de transparencia y débil publicidad de sus actos, ajenos así al control social e institucional.

(98) Ver los convenios sobre traspaso de competencias suscriptos entre el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 07/12/2000, ratificado por ley nacional 25.752 y ley local 597; 01/06/2004, ley nacional 26.357 y ley local 2.257; y ley nacional 26.072, sin convalidación de la Legislatura local a la fecha.

(99) El "Reglamento para la jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal" y sus anexos, en adelante RJCC (disponible en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)), art. 220; se alude al Anexos XVII y XVIII.

respondían a la voluntad de elegir el juez<sup>(100)</sup>. Los juzgados de menores tienen turnos de “forma rotativa semanal” que abarcan todos los distritos en forma conjunta<sup>(101)</sup>. En cuanto a los juzgados correccionales, “la Capital Federal se divide en tres distritos judiciales” conforme una tabla análoga a la de los de instrucción, atendiendo “en forma rotativa un distrito judicial”<sup>(102)</sup>.

En los amparos conocen por sorteo todos los jueces, mientras que en los *habeas corpus*, sólo los de instrucción y de menores, conforme a un listado diario de órganos<sup>(103)</sup>. El RJCC tiene una regla subsidiaria para la asignación de casos no previstos: sorteo en la oficina de la Cámara, conforme el régimen para las denuncias o querellas presentadas directamente allí<sup>(104)</sup>.

Se prevén reglas comunes sobre qué actuación o dependencia policial determina el turno y cómo deben proceder los jueces que reciben causas de la jurisdicción y consideran que pertenecen a otro juzgado o cuando el sumario proviene de otra jurisdicción<sup>(105)</sup>. También se instituye un trámite para las contiendas, las razones por las cuales puede iniciarse una discusión de competencia<sup>(106)</sup>, y se prohíbe “la anotación del o los detenidos [y] efectos pertenecientes a la causa, a la orden del otro tribunal hasta que aquélla quede dirimida”<sup>(107)</sup>. De forma contraria al fuero federal, no existe “la compensación de causas, sin perjuicio de lo cual, en casos excepcionales, [se]

(100) RJCC, art. 221; Anexo XVIII. Ver sobre el caso referido SLONIMSQUI, PABLO, *Forum Shopping*, Bs. As., Di Plácido, 2008, pp. 32 y ss.

(101) RJCC, art. 223; se trata del Anexo XIX.

(102) RJCC, arts. 225 y 226; que se remite a los Anexos XX y XXI, respectivamente.

(103) RJCC, art. 230, se refiere al cuadro de turnos de *habeas corpus* que figura como anexo.

(104) RJCC., art. 231. El art. 232 establece el régimen de sorteos, que deberá observar a) presentación del escrito y sorteo; b) registro; c) certificación; d) denuncia verbal; e) sorteo y f) recibo de las denuncias o querellas. Respecto de la salas de la Cámara, su turno “se determinará por sorteo”, art. 233.

(105) RJCC, arts. 227 a 229.

(106) RJCC, arts. 234 y 235. El art. 236 veda hacerlo “en base al aviso telefónico o parte telegráfico preventivo de la policía”, que comunica el delito.

(107) RJCC, art. 237, regla que cabría reformular para los casos de apelaciones o casación con detenidos.

podrá[n] tomar las medidas (...) necesarias para una mejor administración de justicia”<sup>(108)</sup>.

Finalmente y como consecuencia de un fallo de la Corte Suprema, se construyó un procedimiento —no previsto en la ley— según el cual los jueces correccionales al momento de clausurar la instrucción “deberán remitir la causa a la Oficina de Sorteos de la Cámara para que se desinsacule otro juzgado con idéntica competencia, que deberá llevar a cabo el juicio”<sup>(109)</sup>.

(b) En el mismo ámbito territorial, el “Reglamento para la jurisdicción penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, establece que su Cámara “aprobará por acuerdo general (...) el cuadro de turnos y los criterios de asignación (...) para la distribución de las causas penales, contravencionales y de faltas entre los juzgados de primera instancia del fuero”<sup>(110)</sup>. Prevé reglas especiales para los casos que se inicien por prevención ante un hecho flagrante o por denuncia; de oficio o por denuncia ante un representante del Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF); por la remisión de testimonios o causas de otros fueros; en los *habeas corpus* y respecto de algunos juzgados excluidos de los cuadros de turnos<sup>(111)</sup>.

2. La Cámara Penal Federal de la ciudad de Buenos Aires originariamente aplicaba supletoriamente el reglamento de la justicia “nacional”<sup>(112)</sup>. Sus antecedentes reglamentarios dan cuenta de la confusión sobre sus roles de las partes en el proceso<sup>(113)</sup>, de la distribución del trabajo según su origen “con el objeto de disminuir el cúmulo de tareas de que los tribunales”;<sup>(114)</sup>

(108) RJCC, art. 238.

(109) RJCC, art. 82; igual trámite se aplica a las causas de menores por delitos con penas inferiores a 3 años; se trata de Fallos 328:1491 (“Llerena”).

(110) Texto ordenado por Res. N° N° 870/CM/2005; 1050/CM/2010 y 151/CM/2011 y Ac. N° 4/2010, art. 41.

(111) Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, Acuerdo 21/2004, Anexo.

(112) Ac. N° 33/1978, del 22/10/1978. Posteriormente, como la Cámara del Crimen reformó su reglamento, se ratifica la aplicación transitoria y subsidiaria de dicho reglamento; Ac. N° 6/1980, del 20/03/1980

(113) Ac. N° 12/1979, del 21/06/1979, y 35/1984, del 30/08/1984, que trataban sobre las contiendas de turno entre juzgados y fiscalías.

(114) Ac. N° 70/1988, del 23/11/1988, el trabajo se prorrataba “de acuerdo al origen o procedencia de las causas en: a) comisarías, Departamento Central de Policía, Prefectura

las medidas ingresadas “fuera del horario habitual de los tribunales”<sup>(115)</sup> y las denuncias urgente y causas con detenidos que se remitan desde otras jurisdicciones<sup>(116)</sup>.

De forma relevante, el procedimiento a seguir en casos de recusación, excusación o nulidad de sentencia, que sufrió varios vaivenes, representa uno de los puntos más delicados del sistema. En un primer momento no había “compensación” de trabajo, pero luego se resolvió establecerla, y quien debía resolver esas cuestiones “le remitiría a su colega otra causa en trámite en compensación con respecto a la que recibió por aquellos motivos, teniéndose en cuenta, a tales fines que se trate de una verdadera compensación, es decir, que la voluminosidad, complejidad, número de detenidos y otras circunstancias, sean razonablemente equivalentes entre ambos procesos”<sup>(117)</sup>.

Recientemente se aprobó un nuevo estatuto sobre la “adjudicación de causas para el fuero criminal y correccional federal de la Capital Federal”<sup>(118)</sup>. Establece que “[l]os turnos para los juzgados del fuero se dividen en períodos quincenales”, durante los cuales un juzgado estará de turno “con Policía Federal Argentina, Policía de Seguridad Aeroportuaria, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía Metropolitana de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y demás fuerzas de seguridad”, mientras que a los otros “les serán adjudicados los expedientes, mediante sorteo que efectuará la mesa de entradas de la Secretaría General”. Los turnos son fijados anualmente y los juzgados inician el año por quincenas y correlativamente según su numeración<sup>(119)</sup>.

Naval Argentina y demás fuerzas de seguridad; y b) denuncias, querellas, incompetencias, exhortos y oficios en los que se soliciten diligencias que deban cumplirse en esta jurisdicción”, ap. 3; que derogó las Ac. N° 30/1978 y 5/1984 y ratificó las Ac. N° 12/1979 y 35/1984. Los aps. 4, 5 y 11 detallaban en procedimiento según el *input* y el ap. 13 la distribución de asuntos entre las salas de la Cámara.

(115) CCCF, Ac. N° 73/1988, del 06/12/1988, ampliatoria de la Ac. N° 70/1988.

(116) CCCF, Ac. N° 44/1994, del 01/06/1994, que es una ampliación de la Ac. N° 73/1988.

(117) CCCF, Ac. N° 60/1993, del 02/07/1993, modificatoria de la Ac. N° 2/1982.

(118) CCCF, Ac. N° 37/2012, del 06/06/2012; el nuevo texto entrará en vigencia el 01/08/2012; art. 51.

(119) CCCF, arts. 1, 2 y 3.

La “forma de inicio de las actuaciones” determina que un órgano de “turno con las fuerzas de seguridad [conoce] en los sumarios que se inicien por prevención o información de dichas fuerzas motivadas en situaciones de flagrancia”<sup>(120)</sup>. También se enuncian supuestos particulares en los cuales conocerá el primer juzgado<sup>(121)</sup> y cuándo los demás<sup>(122)</sup>. Se prevén reglas especiales para los casos de denuncias repetidas y se mantiene el sistema de compensación ante excusaciones o recusaciones, que valora la complejidad y voluminosidad de los asuntos<sup>(123)</sup>. Las contiendas de turno, conexidad y compensación, son resueltas por uno de los jueces de la Cámara<sup>(124)</sup>.

3. La Cámara en lo Penal Económico y Tributario estableció que los juzgados “tendrán turno quincenal” o “turno mensual”, según su materia y se sucederán según su numeración<sup>(125)</sup> y que, “[c]uando el sumario haya comenzado por prevención de la Policía, Aduana de la Nación, Prefectura Nacional o Gendarmería Nacional, conocerá el juez que estuviera o hubiera estado de turno en la fecha de la primera actuación de los organismos mencionados”; en los exhortos entiende “el juez en lo penal tributario que se encontrare de turno” a su recepción<sup>(126)</sup>. Existe mayor indefinición

(120) CCCF, art. 4, se prohíbe que los jueces declinen la competencia de sus juzgados mediante orden a la autoridad encargada de la prevención.

(121) CCCF, art. 5; en los casos de prórroga de jurisdicción, denuncias en comisarías y por vía telefónica y medidas ingresadas fuera del horario de atención de tribunales, este juzgado debe realizar las medidas urgentes y, luego, remitir el asunto a sorteo (cfr. también art. 12).

(122) CCCF, art. 6; denuncias verbales o escritas presentadas en la mesa de entradas de la cámara o recibidas por jueces o fiscales, testimonios remitidos por otros juzgados, causas recibidas de otras jurisdicciones, excusaciones y recusaciones, extradiciones, exhortos, elevaciones a juicio o a etapa de plenario en casos correccionales.

(123) CCCF, arts. 23 y 49

(124) CCCF, arts. 27, 28, 44 y 46.

(125) Reglamento para los tribunales en lo penal económico y en lo penal tributario de la Capital Federal, art. 23; modif. por Acta 3023, pto. 240, ap. B, del 03/06/2003). Originalmente este reglamento preveía los turnos para las fiscalías y las defensorías (arts. 27 y 28). Aunque no han sido eliminados del texto, hoy se aclara que “[e]n la actualidad los turnos son fijados por la Defensoría Gral. de la Nación [y la Procuración Gral. de la Nación], organismo del cual dependen”.

(126) Reglamento para los tribunales en lo penal económico y en lo penal tributario de la Capital Federal, art. 23; modif. por Res. de superintendencia del 18/12/2003, reg. 93, vigencia a partir del 17/05/2004.

en "las causas que se inicien en los juzgados de turno durante el mes de enero" que serán atendidas por "los jueces titulares o por los que designe la Cámara, interinamente"<sup>(127)</sup>.

El "sorteo y adjudicación de causas para juzgados estará a cargo de la Mesa General de Entradas y Salidas", cuyo "sistema adjudicará los expedientes, por sorteo automático e igualitario, según la competencia, en razón de la materia, entre todos los juzgados en lo penal económico, por una parte, y entre todos los juzgados nacionales en lo penal tributario, por otra parte, con excepción del juzgado en lo penal económico que se hallare de turno con las autoridades de prevención, distribuidos en las categorías" de amparos, recusación o excusación, "todos los restantes" y exhortos, que entenderá sólo en estos asuntos<sup>(128)</sup>.

4. Respecto al interior del país, se registra el caso de la Cámara Federal de Tucumán, que instaló un sistema unificado de distribución de asuntos en su jurisdicción, fundado en la necesidad de unificar y actualizar el funcionamiento de su Mesa General de Entradas. Reglamentó que "la iniciación de los expedientes que ingresen a los Juzgados (...) se realizará en todos los casos de manera informatizada". El registro es "por materia: civil, penal, fiscal y previsional, derechos humanos y leyes especiales" y consta de la posibilidad de compensación "mediante sorteo automatizado por Secretaría, con excepción de la de derechos humanos, por ser única; y penal y leyes especiales sección penal, las que continuarán distribuyéndose en función de los turnos"<sup>(129)</sup>.

Para las ferias judiciales se establecen turnos anuales, siendo competente uno "en los años impares y [el otro] en los años pares", de forma alternativa. Para los *habeas corpus*, sólo se prevé que "la distribución se realizará conforme a lo establecido para el turno penal", por lo que esa vía de acceso a la justicia no tiene un régimen especial. La cámara dejó

(127) Reglamento para los tribunales en lo penal económico y en lo penal tributario de la Capital Federal,, art. 26; modif. por acta 3023, pto. 24, ap. B, del 03/06/2003.

(128) Reglamento de informática de la mesa general de entradas y salidas del fuero en lo penal económico, arts. 1 y 2.

(129) Ac. N° 86/2011. A "las causas penales y de derechos humanos se les asigna en el sistema un rubro al solo fin de homogeneizar en lo posible la denominación de las carátulas con fines estadísticos, ya que la distribución en estos casos no se efectúa por sorteo".

la compensación en manos de los propios jueces, quienes “podrán por resolución interna, en caso de resultar necesario para brindar un eficiente servicio de justicia, efectuar una diferente distribución de las causas que tramitan por ante las secretarías de sus respectivos juzgados, siempre que lo resolvieran en forma conjunta y concordante”; lo cual podría afectar su imparcialidad, pues deciden qué casos intercambian para “compensar” y el fondo del asunto.

## 4 | Principios y razones de la distribución de casos

Visto el escenario en el cual se ha desarrollado históricamente la cuestión de la distribución de asuntos penales, el enfoque determinante con que se debe iniciar cualquier análisis sobre la administración de justicia es si su arquitectura legal resulta acorde con los principios constitucionales. Decisiones como su división conforme a las ramas del estudio del derecho, el número de tribunales y su ubicación territorial surgen frente a necesidades específicas que tienen un número indeterminado de respuestas, más o menos sujetas a los mandatos del constituyente.

1. Por ello, cuando de distribución de trabajo judicial se trata, conviene comenzar con la unidad relevante (el juez) y dejar de lado incluso a los órganos, pues, en definitiva, son las personas las que deciden los asuntos<sup>(130)</sup>. De modo que, cualquier análisis debe partir de los principios que reglan la función de aquéllos y los mecanismos que la rodean, que no son “reglas de los jueces” (privilegios), comprendidos en esa corporación una serie de personas con determinados atributos, sino, por el contrario, de reglas de garantía ‘del justiciable’”, dispuestas para que aquél pueda desempeñar su delicada tarea de decidir sobre bienes y derechos ajenos<sup>(131)</sup>.

Es en este sentido que “[l]a palabra ‘juez’ no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de ‘imparcial’”,

(130) La centralidad de las personas fue abordada, bajo otra problemática de la organización judicial, en IRIARTE, JUAN P. Y PERLINGER, NAHUEL, “Subrogaciones: ¿remedio o síntoma de enfermedad?”, en *Derecho Penal*, N° 1, Bs. As., Infojus, 2012, pp. 357 y ss.

(131) MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, 2da. ed., 3ra. reimp, Bs. As., Del Puerto, 2004, T. 1, p. 742.



denominador que “no puede representar un absoluto, sino, antes bien, menta una serie de previsiones, siempre contingentes históricamente, por ende, relativas a un tiempo histórico y a un sistema determinados, cuyo contenido se vincula al intento de aproximarse a aquel ideal o de evitar desviarse de él”. Ellas “pueden ser esquematizadas en nuestro derecho orgánico (...) por referencia a tres máximas fundamentales, que pretenden lograr en ese ámbito la ansiada aproximación al ideal de la *imparcialidad del juzgador*: la independencia de los jueces de todo poder estatal que pueda influir en la consideración del caso, la llamada imparcialidad frente al caso [y el] principio de *juez natural o legal*, que pretende evitar toda manipulación de los poderes del Estado para asignar un caso a un tribunal determinado”<sup>(132)</sup>.

Un conjunto de esas previsiones legales se pueden entender conformadas bajo el concepto de “juez legal”, que “es aquel tribunal cuya competencia resulta, en el momento del hecho, de las normas legales abstractas”, dispuestas de tal manera que alejen cualquier sospecha de que quien decide esté alejado de aquel ideal que da sentido a su existencia. De allí que, las reglas que regulan la competencia detentan “tan alta significación porque están al servicio de esa importante tarea, eminentemente política”: la imparcialidad de los magistrados<sup>(133)</sup>.

En términos constitucionales, se trata de la prohibición de que alguien sea “juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”<sup>(134)</sup>. La primera fórmula hace alusión a un impedimento dirigido a los poderes públicos de crear órganos especiales, cuya violación resultó evidente en el caso del “camarón”, creado para perseguir ciudadanos por motivos ideológicos. Con la segunda faz se ha profundizado ese sentido meramente prohibitivo: se requieren órganos asentados sobre una estructura legal que rige solamente para el futuro y cancela cualquier sustracción del caso a un juez que ya entiende en él<sup>(135)</sup>. Aspecto de la garantía que podría estar comprometida con los sistemas

---

(132) MAIER, JULIO B. J, op. cit., pp. 739, 741 y 742.

(133) Schmidt, p. 322/323

(134) CN, art. 18

(135) Ver MAIER, JULIO, B. J, op. cit., pp. 764/771.

de “compensación” de trabajo, dada la ausencia de control sobre esas decisiones o simplemente porque pueden ser tomadas por los mismos jueces, introduciendo así un interés propio de éstos: la cantidad de trabajo que deben realizar.

En nuestra administración de justicia, además se prevé que el juzgamiento sea en el lugar del hecho (*forum delicti commissi*), lo que responde a una antigua regla de las contiendas penales, originariamente decididas por vecinos de la víctima y el acusado (“jurado de vecindad”)<sup>(136)</sup>. La reglamentación de este precepto está contenida en el sinnúmero de normas reseñadas que delimitan las jurisdicciones, distritos o secciones de los juzgados y cámaras.

2. Al respecto, el recorrido histórico realizado demuestra que la reglamentación de la división constitucional entre materia federal y local y el despliegue territorial de los órganos están basadas en un abordaje limitado y carente de cualquier sistematización. La genealogía de esta cuestión es un repertorio de formas diversas de delimitar las materias: con la creación de órganos o modificación de sus competencias territoriales; con la tipificación de conductas específicas o catálogos de hechos similares; con la reforma de las leyes de procedimientos; y por medio de convenios particulares sobre la cuestión. De allí la necesidad de que toda modificación sea canalizada a través de una eliminación o inclusión de un simple artículo o inciso, en los cuales confluirían todas las reglas diseminadas en las leyes actuales.

Lo ineludible sería unificar todas aquellas cuestiones que sean competencia de la justicia federal, que es una cuestión ajena a la organización de los jueces en sentido estricto, sino dependiente de consideraciones políticas sobre ciertos casos que, por sus características, integran la delegación de los Estados originarios en el Estado Federal. Esa norma “de delitos federales” debería consistir en un catálogo de casos y permitir una visión integral de qué asuntos son locales y cuáles no, requisito ineludible para el diseño de políticas criminales racionales. La forma básica es una enumeración de los artículos que tipifican las conductas fácilmente identificables y la centralización de las reglas referidas a las conexidades y

(136) CN, art. 118. Ver en este sentido MAIER, JULIO B. J., op. cit., p. 738, 772 y 808.

demás cuestiones referidas a la vinculación de los delitos “federales” con otros “locales”, especificando cuáles de sus circunstancias o elementos son relevantes y cómo se resuelven los conflictos entre ellos.

Este abordaje permitirá concentrar esfuerzos y recursos en discernir cuáles conductas corresponde por mandato constitucional o conviene que investigue y juzgue el Estado federal y cuáles los Estados provinciales. Finalmente, de esa manera se podrá desarrollar un saber específico sobre materia y eliminar trámites que insumen gran cantidad de recursos y repercuten de forma negativa en la administración de justicia.

La segunda ley debería estar referida exclusivamente a la distribución territorial de los jueces y responder a criterios de organización en función de las necesidades del servicio de administración de justicia desde el punto de vista del despliegue de recursos. Una norma de “distribución territorial de los jueces federales” o **mapa judicial** tiene que proveer de una visión general del territorio nacional y racionalizar la cantidad, tipo, ubicación y delimitación de área de incidencia de los órganos jurisdiccionales.

Ello requiere un relevamiento de las leyes que han creado, reorganizado y delimitado las áreas de conocimiento y jurisdicción de los órganos, así como coordinar las normas sobre determinación de competencia en casos de conductas realizadas en diferentes zonas, continuidad delictiva, comienzo, ejecución y efectos del delito y otras semejantes; también de establecer relaciones de revisión y reglamentación (en cuanto las hubiera). Debería dar cuenta de, entre otras, la densidad poblacional, tipos de actividad económica, rutas comerciales, los pasos e interacciones fronterizas y las políticas de seguridad y criminal; puntos estos últimos relacionados con núcleos del proceso penal: la titularidad de la investigación y la relación con las fuerzas de prevención<sup>(137)</sup>. Ello permitiría pensar la conveniencia de jurisdicciones con un único órgano, la separación de tareas jurisdiccionales y administrativas, el aprovechamiento de las economías de escala aplicado a los recursos del Poder Judicial y la utilidad de tribunales itinerantes en zonas escasamente pobladas.

---

(137) Aspectos que probablemente hayan sido materia de análisis y consideración para la instalación de los actuales, pero cuya concentración en un solo cuerpo legal permitiría apreciar con mayor profundidad y racionalidad, sobre todo desde una perspectiva integral y de las necesidades del conjunto.

3. Precisamente, la cuestión de la distribución de asuntos penales entre diferentes jueces es particularmente relevante en lugares muy poblados, donde existen varios juzgados con la misma competencia y que tramitan gran cantidad de asuntos con orígenes diversos: particulares, fiscales, organismos públicos, fuerzas preventoras, otros juzgados, etc. Allí se multiplican las contiendas, conexidades, recusaciones y un sinnúmero de situaciones que necesitan de otro órgano, para que continúe con el trámite o tome una decisión particular. Estas razones demuestran la inconveniencia, en términos de tiempo y recursos, de áreas con un solo juez y están detrás del origen de los reglamentos jurisdiccionales, tal como llegan a nuestros días.

Sin embargo, éstos podrían no estar cumpliendo con los requisitos constitucionales sobre la predeterminación legal del juez, pues "le corresponde al legislador ordinario la facultad de determinar las reglas de la competencia a través de la ley. Ni los reglamentos administrativos, ni los propios fallos de la Corte Suprema, ni clase alguna de acordada, reglamento o decisión de carácter secundario puede modificar la competencia fijada por la ley. Existe, consecuentemente, un sentido garantizador en este modo de comprender el concepto de juez natural, que radica en la exclusiva determinación de legal de la competencia".<sup>(138)</sup>

En otras palabras, las reglas sobre la distribución de casos deberían tener el mismo origen que las relativas a la división constitucional de materias y el apostamiento de los tribunales: legal. No obstante ello, en nuestro país estas decisiones han sido históricamente tomadas por los propios órganos jurisdiccionales, a través de "reglamentos para la jurisdicción", donde se enumeran las reglas para el "turno". Estos estatutos contienen verdaderas definiciones políticas sobre uno de los poderes del Estado, en cuestiones sustanciales como la intervención según el origen del asunto, el tipo de caso, el día, semana o mes y hasta la hora. También por esta vía pretoriana se han resuelto problemas prácticos derivados de la inacción del legislador o de decisiones de la Corte que han invalidado reglas del procedimiento, como el mencionado procedimiento correccional y la reconfiguración de las relaciones de revisión de decisiones de la etapa preparatoria<sup>(139)</sup>.

(138) BINDER, ALBERTO, *Introducción al derecho procesal penal*, 2da. ed., 3ra. reimp., Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 143.

(139) Ver notas 96 y 109. Posiblemente este camino sea la salida para otros escenarios que se han vuelto problemáticos en el proceso penal tal como lo reglamentó el legislador. Un

Además, estos estatutos presentan otra deficiencia de carácter general: como no existe ningún órgano que centralice y coordine sus diferentes decisiones, el crisol de reglas es infinito y solamente se advierten coincidencias casi anecdóticas; el resto de ese universo es particularísimo y de difícil comprensión por su complejidad. Ello atenta contra el carácter básico de advertencia previa que se reclama a cualquier norma estatal, a punto tal que cabría preguntarse si existe alguna determinación legal del juez en este nivel. En esa oscuridad, anida el riesgo de la manipulación de las reglas de asignación de casos como estrategia deliberada para conseguir elegir el juez mejor predispuesto a acoger las pretensiones de las partes (*forum shopping*). Al respecto, se cuenta con experiencias que dan cuenta de la permeabilidad de los cuadros de turnos a maniobras que esmerilan la predeterminación legal del juez y su atributo esencial: la imparcialidad<sup>(140)</sup>.

4. La siguiente observación que se debe realizar es que todas las reglas sobre distribución de casos relevadas —tanto legales como administrativas— parten de considerar al juez como el actor principal del procedimiento penal y organizan la distribución de los asuntos a su alrededor, lo que demuestra con meridiana claridad que las leyes sobre las cuales se ha levantado la actual administración de justicia federal y nacional responden a una tradición inquisitiva. A la luz de esa visión, han surgido definiciones como “juez de la causa”, que enlazan el principio de predeterminación legal con la asignación del trabajo y el ingreso de asuntos a la administración de justicia por intermedio de los magistrados. Ello conlleva una

.....  
ejemplo actual es la disputa sobre las facultades de la Cámara Federal de Casación Penal para anular la sentencia condenatoria y disponer el reenvío del caso (art. 471, CPPN) o para casar positivamente una decisión absolutoria (o modificar una condenatoria según lo pedido por la acusación, art. 470, CPPN) y emitir una primera condena respecto de la cual la defensa sólo cuenta con el remedio extraordinario federal; sobre lo cual la República Argentina tiene un panorama incierto desde el punto de vista de la responsabilidad internacional (Ver el caso “Mohamed v. Argentina” de la Comisión IDH, actualmente en trámite ante la Corte IDH). Frente a ese escenario, una salida que convendría explorar consistiría en la aplicación (vía ley 48, art. 21, que habilita a los tribunales nacionales a aplicar “las leyes particulares de las Provincias”) de la regla prevista en el art. 290 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual supondría la creación de un procedimiento de sorteo de una nueva sala, que revisaría la primera condena dispuesta por otra de la misma cámara.

(140) Ver al respecto SLONIMSKI, PABLO, op. cit., pp. 23/31, 36/42 y 79 y ss, quien con toda razón señala que la organización refleja del MPF sobre la del Poder Judicial permite incluso prever qué fiscal entenderá en el caso (pp.42/52).

organización del MPF “refleja” de la judicial y un reparto de tareas entre los fiscales igual a la prevista para los jueces. De ese modo se consolida una organización rígida de las fiscalías, en la que el “fiscal natural” de la causa (concepto huérfano de sustento legal) carece de una organización acorde a sus fines específicos<sup>(141)</sup>.

Por ello, llegado a este punto es conveniente destacar la existencia de argumentos que denuncian a la regulación federal como contraria a los postulados de la Constitución Nacional<sup>(142)</sup>; que la etapa preparatoria se vuelve el momento central del proceso penal y el juez que investiga es llamado a evaluar si el caso merece ser llevado a juicio<sup>(143)</sup>; desconoce la epistemología básica, según la cual un investigador difícilmente está dispuesto a considerar hipótesis que refuten o falseen la que guía sus tareas<sup>(144)</sup>; y contradice principios del derecho internacional de los derechos humanos y estándares del derecho procesal penal comparado<sup>(145)</sup>. Observaciones éstas en consonancia con el proceso de reforma procesal penal de casi toda América Latina, que suprimió toda participación del juez en la elaboración de la acusación<sup>(146)</sup>, y con el que se da en nuestro país a nivel

(141) Ver MAIER, JULIO B. J., op. cit., T. 2, pp. 310, 361 y ss., y CERLETTI, MARCO L. Y FOLGUEIRO, HERNÁN L., “Ministerio Público en el Código Procesal Penal de la Nación”, en AA.VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993, pp. 130 y ss.

(142) BINDER, ALBERTO, op. cit., pp. 239 y 315/317.

(143) ABREGÚ, MARTÍN, “La instrucción como prejuicio”, en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Bs. As., del Puerto, 2005; PERLINGER, NAHUEL Y BIGLIANI, PAOLA, “Crítica de la fase crítica en el Código Procesal Penal de la Nación”, en *El proceso penal adversarial: Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2008.

(144) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, 8va. Ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 578/610. GUZMÁN, NICOLÁS, *La verdad en el proceso penal*, Bs. As., del Puerto, 2006, pp. 167 y ss.

(145) WOISCHNIK, JAN, *Juez de instrucción y derechos humanos en Argentina*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003, especialmente pp. 157 y ss.; CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Proceso penal y derechos humanos*, Bs. As., del Puerto, 2000, especialmente pp. 93 y ss.; BOVINO, ALBERTO, “Ingeniería de la verdad”, en *Revista No hay derecho*, N° 12, Bs. As., del Puerto, 1995; RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, “¿El juez de instrucción es inconstitucional?”, en *CDJP*, N° 7, Bs. As., Ad-Hoc; DAMAŠKA, MIRJAN R., *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, 121 U. Pa. L. Rev. 1972-1973; ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Procesal Penal*, 3° reimpr., Bs. As., del Puerto, 2006, pp. 569 y 681.

(146) Ver LANGER, MÁXIMO, “Revolución en el proceso penal latinoamericano. Difusión de ideas legales desde de la periferia”, CEJA-JSCA. Texto disponible en [www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=273](http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=273)

provincial, terreno respecto del cual la justicia federal padece un ya histórico e intolerable retraso<sup>(147)</sup>.

Sentado ello, la organización del MPF no debe ser —siquiera— un mero “reflejo” de la de los jueces, pues sus criterios de reparto del trabajo y los principios fundamentales de sus funciones son bien diversos: los jueces deben regirse de acuerdo al principio de imparcialidad y los fiscales utilizar criterios en términos de eficacia y eficiencia de la política criminal. En consecuencia, cualquier consideración sobre la distribución del trabajo de los jueces debe tener una clara distinción con la existencia de asuntos penales que requieren una intervención por parte del Estado, que no necesariamente suponen una actuación de aquéllos. En tanto titular de la acción penal, el MPF decidirá qué casos presentar a los jueces para la aplicación del derecho penal sustantivo. En concreto, cuando se trata de organización de jueces o tribunales, la distribución de asuntos penales refiere a los que se les presentan para decidir (su trabajo) y no, como se desprende de las normas y reglamentos relevados, a la de todos los casos penales conocidos por el Estado.

5. Dicho ello, corresponde una última observación. Tal como fue sugerido antes, en cada departamento judicial será necesario contar con un cierto número mínimo de jueces para resolver los asuntos que se someten a su decisión. Una herramienta útil en este sentido y respecto de la cual se cuenta con experiencias en el ámbito provincial es el “colegio de jueces”, de mejores prestaciones que el que dispone los jueces sobre órganos rígidos que pueden prescindir de las personas y funcionan por delegación de funciones<sup>(148)</sup>. Esa organización, además, permite diferenciar la actividad jurisdiccional —decisoria— y las cuestiones administrativas, ajenas a la función de los jueces, y permite atender a los principios de gestión judicial, “relacionados con la configuración de las estructuras institucionales, los procesos de trabajo, la división de roles y la asignación de competen-

(147) Basta sólo con señalar que, al mismo tiempo que en los tribunales federales se discute la (i)legitimidad de que los jueces y tribunales actúen de oficio en la recopilación y producción de elementos que sustenten la hipótesis acusatoria, en algunas jurisdicciones estatales ya se discute y avanza en el cumplimiento del art. 118, CN, sobre el juicio por jurados.

(148) Sobre esta cuestión ver GARCÍA YOMHA, DIEGO Y MARTÍNEZ, SANTIAGO, “¿Justicia colonial o justicia democrática? El colegio de jueces como herramienta de un nuevo paradigma de organización judicial”, en *Derecho Penal*, N° 1, Bs. As., Infojus, 2012, pp. 401 y ss, especialmente pto. V. Ver también MAIER, JULIO B. J., op. cit., T 1, pp. 773/774.

cias operativas, necesarios para que el producto que deben entregar los tribunales, básicamente decisiones jurisdiccionales, se puedan generar de la forma más eficaz y eficiente posible". Es decir, "decidir los casos con la mayor calidad y celeridad, aprovechando para ello de la mejor forma los recursos disponibles"<sup>(149)</sup>. Ello requiere de una estructura que se ocupe exclusivamente de administrar ese particular recurso (tiempo-juez), que puede consistir en "oficinas judiciales" encargadas exclusivamente de la organización de los pedidos de las partes para ser llevadas (en la forma de audiencias orales) ante los jueces<sup>(150)</sup>.

## 5 | Conclusión

La desorganización que implica el modo en que se organiza la competencia de la justicia federal y el trabajo de los tribunales parece estar entre las preocupaciones de los poderes públicos, que han intentado elaborar planes de sistematización sobre la cuestión. Ya a fines de la década de 1980 se creó la "Comisión de Estudio del Mapa Judicial de la justicia federal" que tuvo "a su cargo el estudio de todo lo inherente al régimen de distribución y funcionamiento de la justicia federal y nacional en el territorio de la República Argentina"<sup>(151)</sup>. En años recientes se registra una nueva iniciativa: la "Comisión del Mapa Judicial, cuyo objetivo será la elaboración de un plan de reorganización de la Justicia Federal en todo el país, en función de los datos de población, superficie, litigiosidad, distancia y optimización de las condiciones del servicio de justicia"<sup>(152)</sup>.

(149) VARGAS VIANCO, JUAN E., "Herramientas para el diseño de despachos judiciales", *Sistemas Judiciales*, N° 10, Ceja-Inecip, pp. 78 y ss. Texto disponible en [www.sistemasjudiciales.org](http://www.sistemasjudiciales.org)

(150) Al respecto, ver GARCÍA YOMHA, DIEGO Y MARTÍNEZ, SANTIAGO, op. cit., p. 430 y ss.; BARROSO GRIFFITHS, RODOLFO D., "Chubut, organización y gestión del trabajo de los jueces por la oficina judicial. Colegios de jueces y sistema de audiencias" en este mismo volumen.

(151) Ley 23.694 (B.O. 17/08/1989), art. 1. También se registra un proyecto de ley que buscó crear una "Comisión Permanente de Estudio del Mapa Judicial, la que tendrá a su cargo el estudio del régimen de creación y modificación de la competencia de los tribunales de justicia, nacionales y federales, y de los órganos del Ministerio Público, en el territorio de la República Argentina" (Expte. 3116-D-00, del Senado de la Nación).

(152) Decreto 930/2008 (B.O. 17/06/2008), art. 1. En sus fundamentos se consideró "[q]ue en el marco de un proceso integral de reorganización de la justicia nacional, resulta indispensable la redistribución racional de las causas judiciales. Que la confección del Mapa Judicial constituye una herramienta idónea para responder a la creciente demanda de la sociedad por la optimización de la administración de Justicia. Que resulta imperioso



Estas decisiones sin duda son valiosas, porque muestran que se advierte la necesidad de intervenir en este campo de la administración de justicia. Sin embargo, el rasgo distintivo del sistema es hoy el mismo que desde el inicio de la organización nacional, producto de la reproducción de la lógica colonialista de conquista territorial, según las necesidades de la época. Ese desorganizado y caótico devenir ha generado una maraña legal que conspira contra la sustentabilidad y razón de ser de cualquier administración de justicia.

Parece innegable la urgencia de definir las bases y principios fundamentales del sistema federal de justicia y, como una de sus partes, adoptar una estrategia que permita racionalizar la distribución de los casos; incluso cuando ello implique romper con arraigadas formas de abordar la cuestión; por ejemplo, regulando la competencia como parte de los Códigos de Procedimientos. Las ideas esbozadas en estas líneas intentan ser un aporte para edificar un servicio de administración de justicia penal acorde con el principio de predeterminación legal del juez, diagramado según las necesidades sociales, económicas y culturales a las que debe dar cuenta y que sea capaz de cumplir con el mandato de afianzar la paz para todo aquel que quiera habitar el suelo argentino.

---

.....

que los Juzgados Federales, sus correspondientes Cámaras de Apelaciones, los Tribunales Orales y el Ministerio Público sean distribuidos siguiendo, principalmente, los parámetros de litigiosidad, sin dejar de atender los demás elementos que conforman un sistema judicial eficiente. Que la extensión del territorio nacional, la distribución de la población y la complejidad de las competencias de la justicia federal resultan parámetros a tener en cuenta para el logro de una mejor organización, acotada por las posibilidades reales de concreción, sin por ello perder el objetivo propuesto de mejorar la administración de Justicia. Que, consecuentemente, la necesidad de crear un Mapa Judicial, torna menester la convocatoria de la totalidad de las instituciones vinculadas con la administración de Justicia, a fin de que puedan contribuir, con su capacidad y experiencia, a la consecución del objetivo perseguido".

.....

# Chubut, organización y gestión del trabajo de los jueces por la oficina judicial.

## Colegios de jueces y sistema de audiencias

por **RODOLFO D. BARROSO GRIFFITHS**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción necesaria

La gentil invitación cursada por las autoridades de la revista para escribir un artículo referido a la gestión y la organización del trabajo de los jueces del fuero penal en la Justicia de Chubut, me hizo pensar sobre cómo delimitar el objeto del presente trabajo en el marco del gran campo que la reforma ha abarcado.

Confieso que me ha sido muy difícil pues, en primer lugar, explicar cómo se gestiona el trabajo de los jueces desde una *Oficina Judicial*, no puede ser abordado en forma directa sin explicar, previamente, cómo está organizada internamente la judicatura penal y cómo los jueces toman sus decisiones jurisdiccionales. En segundo lugar, porque al hablar de temas puntuales, se corre el riesgo de dejar en el tintero aspectos centrales de la reforma que pueden hacer pensar que ella consistió en la mera susti-

.....  
(1) Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Director de la Oficina Judicial de Esquel, Provincia de Chubut.

tución de un código procesal por otro. Externamente, esta mirada puede comprenderse, toda vez que toma posición desde la información suministrada; pero desde lo interno del Poder Judicial, desde la mirada de aquellos operadores que se resisten a todo cambio, pretendiendo sostener el *status quo*, esta postura reduccionista es alentada, porque cumple con el deliberado propósito de negar y/o rechazar cualquier modificación a los paradigmas culturales del sistema. Para este sector, pretender un cambio es directamente una agresión y he aquí el núcleo duro de resistencia cuando el cambio fue puesto en marcha.

Por ello, centrarme en la propuesta de manera alguna implica no considerar el hecho de que la reforma ha sido un punto de partida para un cambio estructural a la administración de la Justicia penal, y que mostrarla en toda su magnitud permitiría poner en evidencia una verdad que, a esta altura, es de Perogrullo: las deficiencias del sistema de enjuiciamiento penal se sostienen en la matriz inquisitiva que ha predominado desde los orígenes de nuestro país. En Chubut, se ha empezado a cambiar.

## 2 | Breve aproximación sobre la historia reciente de la reforma procesal penal en la Provincia de Chubut<sup>(2)</sup>

Considero apropiado hacer una breve referencia a cómo se gestó la reforma, en tanto el sistema actual es producto de un largo proceso que ha sido sostenido en el tiempo y con actores sumamente comprometidos.

Si bien el 30 de abril de 1989 había entrado en vigencia el llamado código "mixto", reemplazando al ordenamiento procesal vigente desde 1955, es con la reforma de la Constitución de la Provincia de Chubut de 1994 que el cambio de sistema procesal penal se tornó ineludible. Las nuevas previsiones constitucionales abordaron el instituto del juicio por jurado (arts. 171/2 y 177), consagraron la oralidad para todo tipo de proceso (art. 172) y,

---

(2) Un informe más exhaustivo puede verse en BARROSO GRIFFITHS, RODOLFO y NIETO DI BIASE, MARCELO, "La reforma procesal penal en Chubut. Implementación de una nueva gestión judicial", *Centro de Justicia de las Américas, Reformas de la Justicia en América Latina. Experiencias de innovación*, disponible en [cejaamericas.org](http://cejaamericas.org); especialmente la bibliografía allí citada.

en lo orgánico, además de crearse el Ministerio Público como órgano que forma parte del Poder Judicial con autonomía funcional (integrado por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces), se estableció que las leyes de organización de justicia podían disponer que determinados órganos judiciales actuaran con carácter itinerante en las distintas circunscripciones judiciales (art. 167).

Debiendo ajustarse el sistema de enjuiciamiento criminal al diseño constitucional, en fecha 9 de diciembre del año 1999, se sancionó un nuevo código que fue elaborado por el Dr. Julio B. J. Maier (Ley 4566), debiendo entrar en vigencia el 1 de marzo del año 2002 o luego de la sanción de las leyes de organización judicial (tribunales penales y ministerios públicos). Sin embargo, nunca lo hizo cesando la situación de “vacancia legislativa” en el 2006, con la entrada en vigencia del código actual.

Es importante señalar que el código “Maier” tuvo notable influencia científica en la ley actual y su condición de “ley vacante” motorizó un proceso que estuvo signado por continuos cambios, siendo destacables: la posibilidad de que el juez de instrucción asigne la dirección de la investigación al fiscal y la sanción de las Leyes 4920 y 5097, orgánicas de los Ministerios Públicos. El proceso fue acompañado con debates y jornadas entre los operadores judiciales referidos, entre otros, a la constitucionalidad del colegio de jueces.

Esta mentalidad de cambio y espíritu reformista fue muy importante, porque no sólo mantuvo a los impulsores y críticos en un estado de continuo debate, y al sistema en avances concretos, sino que posibilitó que, en fecha 12 de abril de 2005, representantes de los tres poderes del Estado suscribieran un acuerdo para la reforma procesal y orgánica de la justicia. De este modo, la reforma procesal penal se convirtió en una política de Estado para la provincia de Chubut; actitud que, pareciera conveniente, estimularse en todas las provincias y, especialmente, a nivel nacional.

Con el propósito de concretar las exigencias constitucionales la reforma debía propender, en materia procesal penal, a concretar el modelo de *enjuiciamiento penal acusatorio*, a *acortar los términos procesales*, a *desarrollar el mandato constitucional del juicio con jurados*, a *fortalecer la protección y defensa de las víctimas de delitos violentos en todos los pro-*

*cesos penales, incluido el ámbito de las leyes de responsabilidad penal del menor y a lograr una respuesta permanente del servicio de justicia.*

En materia de organización de la judicatura, el objetivo era *adecuar las normas orgánicas a fin de instrumentar eficazmente los nuevos modelos normativos adoptados, procurando la organización horizontal de la justicia en lo penal que potencie el servicio y se proyecte en la resolución de las causas en el menor tiempo posible.* Por último la reforma debía además propender a *la racionalización de los recursos presupuestarios que posibiliten la eficiente concreción de la reforma con el menor costo, a la permanente preparación de los operadores y su adecuada ubicación en la organización judicial y al empleo de medios técnicos y científicos en apoyo de las tareas de investigación penal y del desarrollo de los procedimientos.*

La comisión encargada del nuevo proyecto adoptó, como modelo base, el Anteproyecto de Código Procesal Penal para la Nación elaborado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), entrando en vigencia el 31 de Octubre de 2006 (Ley 5478).<sup>(3)</sup>

### 3 | Objeto: el rol de la Oficina Judicial en la gestión administrativa y la función jurisdiccional

Procuraré a continuación explicar cómo desde una Oficina Judicial se gestiona administrativamente la función jurisdiccional de los jueces, a partir de los cambios introducidos en las reglas procesales y en la nueva estructura de organización de la judicatura.

El abandono del sistema inquisitivo-mixto por un sistema procesal de corte acusatorio y adversarial, demandó cambios estructurales en la concepción práctica del proceso y en la mentalidad de los operadores toda vez que en el art. 3 se estableció que: *"... Durante todo el proceso se observarán los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración,*

---

(3) El código procesal penal se identifica como Ley XV Nro. 9. Se han citado las leyes por su número original, siendo que actualmente tiene nueva identificación por el digesto jurídico; véase [www.legischubut.gov.ar/Digesto/index.htm](http://www.legischubut.gov.ar/Digesto/index.htm)

*inmediación, simplificación y celeridad*". Todo un decálogo de principios irrealizables para el sistema inquisitivo.

Pretender que estos principios podían ser implementados desde una concepción tradicional, donde impera la verticalidad y la jerarquía en la organización de la judicatura, donde las decisiones jurisdiccionales son escritas, y las funciones jurisdiccionales y administrativas se encuentran unificadas en cabeza del juez, es desconocer o negar la directa relación que existe entre el diseño procesal y su soporte administrativo. Es decir, el camino que va de la sanción de una ley procesal, a su adecuada implementación, por medio de las respectivas leyes de organización.

Referir previamente a esos cambios es condición ineludible.

## 4 | La organización de la judicatura penal<sup>(4)</sup>

La cultura judicial ha definido como un valor incuestionable que la verticalidad es la esencia de su organización. Como todo lo incuestionable, se ha transformado en un dogma.

Ni las voces más reconocidas,<sup>(5)</sup> ni las exigencias constitucionales derivadas de los nuevos tratados internacionales han podido conmover el pensamiento conservador del Poder Judicial, que sigue afirmando que la concreción de las garantías constitucionales ninguna relación tiene con la forma en como se encuentran organizados los tribunales, "(...) *La idea central de este modelo verticalizado, que confunde las distintas funciones jurisdiccionales (control de la investigación, juzgamiento, control de la sentencia, etc.) con un esquema de jerarquías, es una de los resabios más fuertes y sólidos del modelo inquisitorial y uno de los mayores reservorios de cultura inquisitiva*"<sup>(6)</sup>.

.....

(4) Los cuadros estadísticos han sido extraídos de la obra citada en la nota 2.

(5) BINDER, ALBERTO, "La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república", disponible en [cienciaspenales.org/revista23](http://cienciaspenales.org/revista23) y ZAFFARONI, EUGENIO R., *Estructuras judiciales*, Bs. As., Ediar, 1994.

(6) BINDER, ALBERTO, op. cit. en nota 5.

Chubut no era la excepción. A octubre del 2006 la organización del fuero penal era de tipo piramidal por lo que existían órganos superiores (Superior Tribunal de Justicia y Cámaras), y órganos inferiores (Juzgados).

**TABLA 1: ORGANIZACIÓN DEL FUERO PENAL**

Órgano jurisdiccional	Comod. Rivadavia	Trelew	Puerto Madryn	Esquel	Sarmiento*	TOTAL
Superior Tribunal de Justicia						1
Cámara de Crimen	1	1	1	1	0	4
Cámara de Apelación Instructoria	1	1	0	1	0	3
Juzgado Correccional	1	1	1	1	0	4
Juzgado de Instrucción	3	3	2	1	1	10
Juzgado Penal y Contravencional de niños y adolescentes	1	1	1	1	0	4

\* Juez con competencia universal (civil, comercial, penal, de ejecución, familia y laboral).

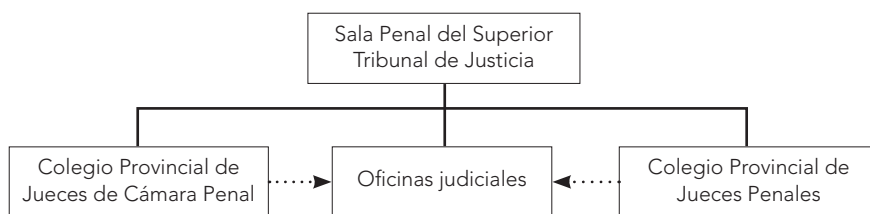
Reflexionaba Maier, en la exposición de motivos de su código “vacante”, que la aplicación de las nuevas reglas exigía una nueva organización judicial, haciendo especial hincapié en que se cumpla el paradigma democrático de horizontalizar el Poder Judicial. La nueva organización judicial no tendría sólo por fin adaptarse a las exigencias del nuevo proceso, sino también la democracia interna a fin de preservar la independencia del juez.<sup>(7)</sup>

Proseguía diciendo que: “(...) En la organización de los jueces, ello significa abandonar la organización sobre la base de oficios rígidos, unipersona-

(7) BIDART CAMPOS, GERMÁN, sostiene que “no se admiten ni son constitucionales las influencias o presiones externas, ni las instrucciones acerca del modo de ejercer la función. Sólo la constitución y las leyes imponen obligaciones a los jueces. Ni siguiera los órganos judiciales de instancia superior pueden intervenir en las sentencias o resoluciones de los de instancia inferior, como no sea cuando la ley les da oportunidad mediante recursos revisores”; cfr. *Manual de la Constitución Reformada*, Bs. As., Ediar, 1997, T. III, p. 333.

*les o colegiados, para reunir a los jueces en audiencias judiciales o cortes de justicia delimitadas territorialmente. Los cuerpos de decisión fijos de antemano o rígidos, transforman rápidamente las reglas de distribución del trabajo, prácticamente, en reglas de competencia. Esta organización, de tipo 'feudal', por la cual a cada cuerpo de decisión del tribunal le corresponde un 'territorio' (juzgado o cámara) y unos 'súbditos' (empleados auxiliares) determinados, que provoca incluso el efecto de jueces que sólo aplican unos pocos artículos de la ley procesal, conforme a su misión específica (tribunales que operan durante la investigación preliminar, tribunales de apelación de esas decisiones, tribunales que operan durante el juicio público, tribunales de ejecución), pretende variar hacia cortes de justicia conformadas por múltiples jueces permanentes, con una organización central que distribuya el trabajo, de manera tal que los jueces permanentes que integran, alternativamente, desempeñen las variadas tareas que el código propone para los jueces. Sólo el Tribunal Superior, por la previsión constitucional, estará considerado aparte de esta horizontalización de la tarea judicial. (...) La organización horizontal de los jueces (...) contribuirá efectivamente a la consecución del ideal relativo a la independencia judicial (interna)."*

Se rompe así con el dogma y la judicatura se organiza horizontalmente. Actualmente existen dos órganos jurisdiccionales y uno administrativo, dependiendo todos ellos de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia. Los demás actores institucionales que integran el sistema penal son los Ministerios Públicos.



Los jueces de la cámara penal y los penales se agrupan en sus respectivos colegios adquiriendo entidad legal con la sanción de la Ley V N° 127 del 15 de mayo de 2009. Con la sanción de esta ley cesó la acalorada discusión interna sobre la conveniencia de suprimir el "colegio de cámara



penal” y ampliar las competencias de los jueces penales, lo que llevaría a la existencia de un solo colegio. En tal sentido había sido remitido por el Superior Tribunal de Justicia un proyecto de ley que propendía a la plena horizontalidad, que en definitiva, no prosperó.

- En términos generales la distribución de competencias es la siguiente:

a) **Colegio de jueces de cámara penal (art. 71)**, su competencia es limitada. Entiende en los recursos del imputado contra el fallo de condena, en lo penal y en lo civil, en contra de la aplicación de una medida de seguridad y corrección, en contra de la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba y del procedimiento abreviado. También entiende en los recursos en contra de las decisiones de autoría responsable, las imposiciones de medidas socioeducativas y de pena, como en la concesión de los recursos deducidos por las partes en contra de sus decisiones. Por Ley V N° 127, la misma de creación de los colegios, se extendió la competencia a los juicios.

b) **Colegio de jueces penales (art. 72)**, tiene competencia amplia. Conoce en el procedimiento de inhibición o recusación; en el control de la investigación, de las garantías y de todas las decisiones de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la etapa preparatoria. Asimismo, en las impugnaciones en contra de las decisiones adoptadas durante la etapa preparatoria; en la impugnación de la sentencia contravencional (decisiones de los jueces de paz); en los juicios penales (unipersonales o colegiados, aún con acuerdo abreviado); en la aplicación de las reglas especiales para niños y adolescentes y en el control de la ejecución de las sentencias y de la suspensión del proceso a prueba.

Conforme a estas reglas los jueces penales intervienen en las siguientes etapas del proceso:

*Penal preparatoria*, cuyo objeto es determinar, (art. 256) “(...) si hay base para el juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación y la defensa del imputado”, donde tienen función de garantía al controlar la investigación fiscal y abocándose a las audiencias de control de detención, apertura de la investigación, control de decisión fiscal a pedido de la víctima, prisión preventiva, revisión, constitución de querellante, prórroga de la investigación y otras tantas.

**Intermedia**, cuyo objeto es (art. 298) el control de la acusación, su admisibilidad o inadmisibilidad, si existe mérito para la apertura de juicio oral y, en su caso, sobre la prueba ofrecida por las partes para el debate, integración del tribunal competente, etc. (puede decirse que es una síntesis lo que para el *sistema procesal mixto* es la elevación a juicio y la admisión de prueba). Para ello se convoca a una audiencia denominada preliminar.

**De juicio e imposición de pena**, realización de las audiencias de debate y de cesura de pena; y, por último.

**Ejecución penal**, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia firme de condena o declaración de responsabilidad, en el caso de menores, como de las medidas de seguridad y corrección impuestas. Todas las cuestiones relativas a la libertad condicional, fijación del ámbito físico donde el condenado cumplirá la pena, sanciones disciplinarias, salidas o libertades anticipadas son tramitadas y resueltas en audiencias orales y públicas. La revisión de una decisión es con tres jueces. El juez penal a cargo de la ejecución lo hace por el plazo calendario de un año (sistema rotativo).

Desde el diseño orgánico y del reparto de competencias se puede advertir que ha desaparecido la concepción verticalista jerárquica entre los jueces de ambos colegios. El colegio de cámara no es un órgano "superior" del colegio de jueces penales, es un órgano jurisdiccional con una competencia específica, distinta una de otra.<sup>(8)</sup>

En lo referido al sistema recursivo esta horizontalidad ha hecho desaparecer la concepción tradicional sobre que el control de las decisiones jurisdiccionales siempre es de tipo vertical (un órgano de mayor jerarquía). Actualmente las vías recursivas son de tipo horizontal y vertical. "(...) El control horizontal se da en la etapa preparatoria y en la de ejecución, pues la decisión de un juez puede ser objeto de revisión por otros dos o tres

(8) Es importante señalar que aun en la escala salarial había "horizontalidad" entre los jueces de ambos colegios e incluso con los fiscales y defensores generales. Sin embargo esta situación inicial se modificó por factores, a mi entender, de presión interna lográndose que hubiera un incremento mínimo para los jueces de cámara de carácter "simbólico". De manera alguna se trató de la carga de trabajo porque hasta la actualidad los jueces penales asumen el 99% de los asuntos que ingresan a la judicatura del fuero penal de cada Circunscripción.

jueces (ejemplo, la prisión preventiva, el rechazo de un anticipo jurisdiccional de prueba, la denegación de la libertad condicional, etc.). Cuando integran dos jueces y en caso de discrepancia, interviene un tercer juez a efectos de la resolución final (artículo 3 de la Ley V N° 127). Las decisiones en la etapa intermedia referidas a la denegatoria de conceder la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado, pueden ser objeto de impugnación ante la Cámara Penal. Si se trata de una decisión de sobreseimiento, se está ante una impugnación extraordinaria que será tramitada ante la Sala Penal. Las decisiones de la etapa de juicio pueden ser impugnadas ante la Cámara Penal (fallo de condena) —impugnación ordinaria— o ante la Sala Penal (fallo de absolución) —impugnación extraordinaria—. A su vez, las decisiones en instancia de la Cámara Penal pueden ser recurridas por vía extraordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia, en pleno o ante su Sala Penal. Para la tramitación de los recursos e impugnaciones deducidos, se debe realizar una audiencia oral y pública (...) Resumiendo, de lo expuesto se colige que los jueces penales tienen una amplia competencia, siendo exclusiva en algunas etapas (etapa preparatoria, intermedia y de ejecución) y en otra compartida con los jueces de cámara penal (etapa de juicio y de impugnación)”<sup>(9)</sup>

La competencia común en materia de juicios, fue reglamentada por un acuerdo plenario, el n° 3815 del Superior Tribunal de Justicia, exigiéndose que previo integrarse con un juez de cámara penal debe agotarse la posibilidad de hacerlo con juez penal local o de otra circunscripción. Por esto último, es habitual la existencia de tribunales integrados con jueces de distintas circunscripciones, lo que concreta el postulado constitucional de órganos itinerantes.

El impacto de esta nueva organización produjo el agrupamiento en el colegio de jueces penales de los ex jueces de instrucción, de niños y adolescentes y correccionales, a los que se incorporaron los nuevos cargos. El colegio de jueces de cámara penal fue integrado con los ex jueces de cámara criminal.

Seguidamente se puede ver lo expuesto a nivel cargos de jueces y de competencia en las diversas etapas del proceso.

---

(9) Nota 2.

TABLA 2: CARGOS DE JUECES EXISTENTES PREVIO AL INICIO DE LA REFORMA

Circunscripción	Jueces de Instrucción	Jueces de Menores	Jueces Correccionales	Jueces de Cámara del Crimen	Total de Jueces
Trelew	3	1	1	3	8
Comodoro Rivadavia	3	1	1	3	8
Puerto Madryn	2	1	1	3	7
Esquel	1	1	1	3	6
Sarmiento	1	0	0	0	1
Total	10	4	4	12	30

TABLA 3: CARGOS DE JUECES EXISTENTES ACTUALMENTE

Circunscripción	Jueces Penales	Jueces de Cámara Penal	Total	Incremento de cargos %
Trelew	9	3	12	55,6
Comodoro Rivadavia	9	3	12	55,6
Puerto Madryn	7	3	10	57,1
Esquel	6	3	9	50,0
Sarmiento	3	No tiene	3	66,7

TABLA 4: CARGOS, COMPARATIVO VERTICALIDAD VS. HORIZONTALIDAD

Antes de la reforma (verticalidad)		Actualmente (horizontalidad)		Diferencia	
Jueces Juzgados de Instrucción, Menores y Correccional	Jueces Cámara del Crimen	Colegio de Jueces Penales	Colegio de Jueces de Cámara	Cantidad	Porcentual
18	-	34	-	16	88,9%
-	12	-	12	0	0,0%
TOTAL	30	34	12	16	53,3%

46

**TABLA 5:** CARGOS, COMPARATIVO VERTICALIDAD VS. HORIZONTALIDAD  
SEGÚN COMPETENCIA EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCESO

Cargos y competencias	Al momento de la reforma	Incidencia porcentual s/ total Jueces del fuero
Jueces de garantía/investigación (Instrucción y Menores)	14	46,7%
Jueces de juicio (Correccional y Cámara del Crimen)	16	53,3%
	Luego de la reforma	Incidencia porcentual s/ total Jueces del fuero
Jueces de garantía, juicio y ejecución penal (Colegio de Jueces Penales)	34	73,9%
Jueces de impugnación (Colegio de Jueces de Cámara Penal)	12	26,1%

El nivel de horizontalidad logrado no tiene parangón en Argentina. Si bien con las reformas implementadas existen órganos donde se agrupan jueces con competencias comunes, como ser en La Pampa, Santa Fe, etc., han quedado resabios de verticalidad en el control de las decisiones jurisdiccionales. La función es competencia de un “superior”.

Resta decir que el incremento sustancial de cargos de jueces fue una consecuencia ineludible de haberse firmado el certificado de defunción del sistema escrito, dado que el código prohibió la delegación jurisdiccional y consagró como principio del proceso la oralidad como forma o método para la toma de decisiones jurisdiccionales en todas las instancias del proceso (arts. 16 y 3). Así la delegación ya no tenía lugar.

## 5 | El cambio de metodología para la toma de decisiones. El sistema de audiencias

No es el objeto específico de este escrito y tampoco puedo siquiera pretender ilustrar jurídicamente sobre el tema. Prestigiosos doctrinarios como Maier y Binder nos han enseñado sobre los beneficios, por así llamarlo, de la oralidad como método para procesar las peticiones de las partes y

para la adopción de la decisión jurisdiccional en todas las instancias del proceso penal. Rescato especialmente uno de esos beneficios porque es totalmente contrario a la tradición inquisitorial, la oralidad ha personalizado la función judicial pues sólo el juez está llamado a tomar la decisión sin que nadie "intermedie" entre esta y los argumentos de las partes.

Con la reforma han desaparecido dos formas antiguas de hacer las cosas tan arraigadas en la cultura judicial: el expediente escrito y su directa consecuencia, los "borradores o proyectos de decisión" confeccionados por los secretarios o, hasta en algunos casos, por un agente judicial "calificado". La desaparición del expediente no implica la inexistencia de constancias escritas de las decisiones adoptadas en audiencias, sino que se vincula al concepto del expediente como centro y continente del proceso, "*quod non est in acta non est in mundo*".

Actualmente, en todas las etapas del proceso, las decisiones jurisdiccionales son adoptadas en audiencias orales y públicas, conforme la programación del calendario que administra la oficina judicial. Existen algunas decisiones excluidas de este método, como ser el sobreseimiento del imputado por pedido fiscal cuando el querellante o la víctima no lo objetan, o la defensa no se oponga a la causal o a los fundamentos.

Hay que destacar que la sabiduría y la inteligencia del código procesal estuvo en establecer como principio del proceso a la oralidad (art. 3) y consagrar paralelamente la siguiente regla de alcance general:

*"Artículo 260. Incidentes. Audiencias durante la etapa preparatoria. Todas las peticiones o planteos de las partes que, por su naturaleza o importancia, deban ser debatidas o requieran la producción de prueba, tramitarán como incidentes. Los incidentes y peticiones se resolverán en audiencias orales y públicas, realizadas bajo los principios de simplicidad, celeridad y concentración de la prueba. Se resolverá de inmediato (...)"*.

Esta norma ha posibilitado que, por un lado, la falta de un artículo específico señalando la convocatoria a audiencia motive la escriturización de la decisión judicial a la vieja usanza (requerimiento, traslado, recepción del responde y decisión judicial escrita); y, por otro lado, que el sistema de audiencias no tenga límites rígidos otorgándole a los operadores atribu-

ciones para su flexibilización sin alterar garantía alguna. De esta manera se sustituye en el proceso actual cualquier resabio de procedimiento escrito disponiendo el juez, a pedido de parte o como director del proceso, convocar a una audiencia oral y pública para sustanciar el requerimiento y decidir.

Por ejemplo, la no concurrencia injustificada del imputado a una audiencia programada habilitaría el dictado de una medida de coerción a fin de asegurar su comparecencia al proceso. Este procedimiento es escrito y tramita inaudita parte. Sin embargo, se acordó en Esquel que sin perjuicio de haberse frustrado la audiencia convocada la misma puede abrirse, mutando su objeto, a fin de sustanciar el requerimiento de detención con intervención de la defensa. Me pregunto: ¿es necesario seguir la norma procesal cuando este procedimiento maximiza las garantías del imputado al posibilitar que sea oída su defensa antes de que el juez decida el pedido de su detención? Otro ejemplo interesante es cuando las partes utilizan la audiencia para informar al juez la existencia de un acuerdo notificándose de la audiencia programada a tal fin en ese mismo momento. Para la oficina judicial esto implica sólo ventajas, dado que refuerza el sistema de audiencias al eliminarse la instancia escrita con sus procesos de trabajo e instala el sistema de audiencias concatenadas dando así mayor celeridad al proceso. También posibilita controlar el proceso comunicacional efectuado para la audiencia, siendo que los eventuales defectos u omisiones son advertidos por las partes y/o el juez a fin de que la oficina examine las causas y accione sobre el proceso de trabajo. Todo en el marco de la oralidad.

Ahora bien, debo señalar que sin perjuicio del cambio de metodología legalmente dispuesto y conociendo los autores del código la tendencia de muchos operadores judiciales de buscar argumentos para sostener la práctica del sistema escriturario, haciendo decir a la norma procesal lo que ellos pretenden que diga, se adoptaron varios reaseguros a fin de que si el juez o tribunal pretendiera frustrar o vaciar de sentido la audiencia como tal, o el sistema en su conjunto, al quedarse en su despacho para resolver de forma escrita no tenga "subalternos" que le elaboren los "borradores" de esa decisión.

Estos reaseguros han consistido en suprimir la figura del secretario, en poner bajo la órbita de la oficina judicial a todos los operadores no juris-

diccionales de la judicatura y en establecer legalmente que es falta grave delegar o pretender delegar la función jurisdiccional en funcionarios o empleados. Si ello sucediera las actuaciones judiciales serán inválidas, el juez será el directo responsable de las consecuencias y al ser causal de mal desempeño deberá rendir cuentas ante el Consejo de la Magistratura (arts. 16 y 75 del CPPCh). Pero la responsabilidad no puede fenecer aquí. Si los funcionarios o empleados a quienes el juez les delegó dependen funcionalmente de la oficina judicial (art. 75 CPPCh), su director deberá responder por haber consentido o autorizado la tarea. La prohibición y la responsabilidad deben ser entendidas en doble sentido.

El otro objetivo de la reforma era la profesionalización de la gestión administrativa separando la función administrativas de la jurisdiccional, tradicionalmente unificadas en cabeza del juez, concentrándose la primera de ellas en la oficina judicial.

## 6 | La Oficina Judicial

En cada circunscripción existe una oficina judicial a cargo de un director y donde prestan funciones todos los funcionarios, profesionales y empleados administrativos. Su competencia surge del artículo 75 del CPPCh. que dice: *"El juez o tribunal y las partes serán asistidos por una Oficina Judicial. Al director o jefe de la misma le corresponderá como función propia, sin perjuicio de las facultades e intervención de los jueces previstas por este Código, organizar las audiencias y el debate, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las comunicaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique (...)".*

Si bien fue prevista para asistir simultáneamente a ambos colegios de jueces, actualmente sólo la de Esquel lo hace, siendo que las demás circunscripciones asisten únicamente a los jueces penales. Esto muestra que la resistencia todavía tiene vida.

Orgánicamente la oficina depende de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia y esto es toda una particularidad ya que, en general, los



proyectos de reforma siguen los lineamientos del modelo chileno donde existen oficinas judiciales por cada colegio de jueces. Allí el juez presidente es quién fija la política general de la gestión con el asesoramiento del administrador, siendo éste el responsable de su implementación. La supervisión y las relaciones con los otros jueces es función específica del juez presidente<sup>(10)</sup>.

Es preciso señalar que el proyecto Maier había previsto un diseño ajustado a este modelo: "(...) Por lo demás, este tipo de organización puede contribuir eficazmente a seguir rutinas democráticas internas en cada tribunal o corte de justicia. Si los jueces de un tribunal se reúnen en asamblea anualmente, para recibir a los colegas que administraron la corte ese año un informe (memoria) sobre la labor anual desarrollada, aprobándola o desaprobándola, y, al mismo tiempo, eligen a aquellos que continuarán esa tarea en el año próximo, es probable que la tarea crítica, siempre necesaria en un tribunal de justicia desde el punto de vista de la política judicial, se acreciente y dé lugar a transformaciones de provecho en cada tribunal. Es probable, también, que ellos mismos cuiden más que nadie una distribución de tareas equilibrada o equitativa. ... Por fin, la carga de administrar el tribunal —con los auxiliares administrativos—, que pesaría sobre algunos jueces anualmente, se compensaría con una rebaja porcentual de sus tareas judiciales".

Sin perjuicio de la influencia de este proyecto, en el sistema actual el modelo implementado en Chubut señala que las funciones de gerencia central del sistema se encuentra en el Superior Tribunal de Justicia, y la Sala Penal es la que fija en concreto la política general y supervisa su observancia a nivel despacho judicial (oficinas judiciales). La relación con los jueces es función del director de cada oficina<sup>(11)</sup>.

Desconozco los motivos de la elección, pero puede ser que entre las razones estuviera la de procurar que la gestión quede exenta de los atributos

---

(10) Ley de reforma de la Pcia. de Santa Fe; por el contrario, La Pampa ha seguido el modelo adoptado en Chubut. Respecto de los distintos modelos se puede consultar VARGAS VIANCO, JUAN E. "Herramientas para el diseño de despacho judiciales", disponible en [cejamericas.org](http://cejamericas.org)

(11) Acuerdo Sala Penal 009/06, art. 4º, "[l]as Oficinas Judiciales (OFIJU) dependen de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia la que dictará las resoluciones que sean necesarias para su correcto funcionamiento, en el marco de la delegación hecha en el art. 5 de la ley 5519".

*de rigor legal que los jueces atribuyen a su tarea jurisdiccional,*<sup>(12)</sup> aunque me inclino más por pensar que influyó la experiencia de otros estados donde al adoptarse el modelo tradicional existió una “excesiva subordinación de los criterios técnicos de los administradores al parecer —y a veces la conveniencia— de los jueces”<sup>(13)</sup>.

A mi criterio ha sido una decisión acertada, porque dotó de amplias atribuciones y gran autonomía en la toma de decisiones al responsable de la oficina en un marco donde hubo que resistir los embates conservadores. Aunque debo reconocer que ha tenido también su “costo”, desde que el diseño no previó la existencia de un canal formal de comunicación interno entre la oficina y los colegios, a fin de evaluar la implementación y la marcha del sistema. La existencia de un mecanismo de concertación y evaluación entre ambos órganos fue dada por supuesta, pero en los hechos no sucedió y en aquellas circunscripciones donde pudo tibiamente concretarse ha sido por la predisposición de los operadores y no por la existencia de una específica política interna. En el otro sistema, la instancia existe desde que el juez presidente “rinde cuenta” a sus pares sobre los resultados de la política de gestión que él mismo planificó.

En definitiva, cualquiera sea el modelo a adoptar hay dos cuestiones que no pueden ser soslayadas, si efectivamente se pretende profesionalizar la gestión administrativa<sup>(14)</sup>. La primera, es que la oficina judicial debe ser garante de la real separación de las funciones administrativas y jurisdiccionales, porque el espíritu y la manera de actuar del inquisitivo perduran en los operadores judiciales. Y la segunda cuestión, es entender que la gestión de la agenda judicial ninguna vinculación tiene con la función jurisdiccional en sí misma. No debe existir en este campo condicionante alguno por parte de los jueces, dado que no se trata de la preeminencia jerárquica de lo jurisdiccional sobre lo administrativo, sino de reglas legales de distribución de competencia. Cada uno a lo suyo.

(12) FUCITO, FELIPE en Quiroga Lavié, Humberto y Federico, Cecilia (dirs), *Gestión Social de calidad en la Justicia*, Bs. As., La Ley, 2005, p. 7.

(13) CEJA, “Exigencias administrativas de la oralidad”, disponible en [cejamericas.org](http://cejamericas.org)

(14) Comparto plenamente lo dicho sobre que hay que pensar en nuestros propios modelos y estrategias de modernización de la administración pública; MATAS, CARLOS R., “Los problemas de implementación de la nueva gestión pública en las Administraciones públicas latinas: modelo de estado y cultura institucional”, disponible en [top.org.ar](http://top.org.ar)

## 7 | La experiencia de creación de la Oficina. Los secretarios

Merece una consideración especial la experiencia de la puesta en marcha de la oficina y que sucedió con los secretarios del fuero penal.

Seré claro y honesto, no se sabía cómo diseñar una oficina de gestión que pueda abordar de manera eficiente el sistema de audiencias y la nueva organización judicial. Sólo teníamos sus competencias. Tampoco hubo mucho tiempo porque desde la aprobación del código nuevo y su entrada en vigencia transcurrieron poco menos de seis meses.

El cambio de sistema procesal era evidente y estaba en el ambiente desde la sanción del código *Maier*, los operadores jurisdiccionales conocían sus implicancias, los desafíos, la capacitación, etc. Pero en materia de gestión nada se había hecho, ni planificado. Todo era incertidumbre.

Vale recordar que al hacer frente a este desafío no existía otro proceso de similares características en nuestro país, por lo que la cuestión demandaba identificar y hacerle frente a todas aquellas ideas, procesos de trabajo o formas de hacer las cosas que se identificaban con la antigua cultura y que, por ello, eran disfuncionales al sistema de gestión pretendido. Además se había hecho evidente que implementar el sistema de gestión sería más difícil y resistido que la reforma en su aspecto jurídico. La cuestión, entonces, tuvo carácter fundacional.

El marco legal estuvo dado, como dije, por las competencias y por los Acuerdos 008/06 y 009/06 de la Sala Penal,<sup>(15)</sup> siendo que en éste último se dispuso que los directores eran los responsables del gerenciamiento. No hubo más normas que estas, por lo que en uso de las amplias atribuciones concedidas se efectuó el primer diseño organizacional de una oficina judicial, es decir su estructura orgánica y funcional, en Esquel (resolución 001/06). Para ello se tomó como modelo el sistema existente en Chile con adaptaciones específicas en virtud de la dependencia orgánica de la oficina.

---

(15) Se pueden consultar en <http://www.juschubut.gov.ar/index.php/normativa/acordadas-y-resoluciones>.

Simultáneamente con la implementación de la forma de organizar y gestionar el trabajo de los jueces se tuvo que abordar otros aspectos administrativos de los que había que hacerse cargo, como ser la cuestión de la infraestructura (construcción y/o adaptación de espacios físicos para el funcionamiento como salas de audiencias), régimen de transición de las causas antiguas (radicación y tiempo de resolución), traspaso del personal de los viejos juzgados a las oficinas judiciales, capacitación de los operadores administrativos, coordinación interinstitucional con los demás organismos relacionados al proceso penal (Policía y Servicio Penitenciario Federal por el traslado de los detenidos, Ministerios Públicos por el sistema de audiencia y recepción de los requerimientos, etc.), equipamiento y sistema informático como de registro de audio/video para las audiencias, desarrollo de un sistema estadístico unificado, etc.. Todos estos asuntos tenían su complejidad y explicar como fuere planificada la actividad excede, con creces, la extensión del presente<sup>(16)</sup>.

Otro gran tema en las propuestas de reformas es el rol de los secretarios en el nuevo sistema, donde quedarán instalados, pues el rol de "fedatarios" es, al igual que la verticalidad, algo incuestionable. Se dice también que su extinción es la muerte del "semillero" de la judicatura.

La reforma en Chubut suprimió los cargos y las funciones de los secretarios y auxiliares previendo que en nuevo sistema procesal existiría una intensa demanda de jueces, fiscales y defensores, dado que las decisiones jurisdiccionales son adoptadas en audiencias.

La experiencia recogida desde la reforma hizo notorio que la función que cumplían los secretarios y/o auxiliares en el inquisitivo era totalmente secundaria en el sentido que existían por y para el juez. El rol que legalmente se otorgaba se reducía a no tener existencia propia, pues ser "fedatario" es, justamente, dar fe de lo que otro hace, el juez. Todos sabemos que el secretario tiene otras muchas actividades y que, en ocasiones, es "la mano derecha" de un juez, pero la pregunta que se impone es ¿son realmente protagonistas de las decisiones? No. Entonces, una gran virtud de la reforma es haber posibilitado que estos funcionarios tengan existencia propia y previo mostrar su idoneidad en concursos ante el Consejo de la Magis-

(16) Obra citada en nota 2 donde se efectúa una descripción más exhaustiva.

tratura hoy actualmente son jueces, fiscales o defensores. Otros, también concurso mediante, somos directores de las oficinas (hablo en primera persona porque era secretario del juzgado de instrucción de Esquel)<sup>(17)</sup>.

Traigo a colación esta anécdota, cuando le pregunté a un ex compañero de trabajo como se sentía en el nuevo rol de juez, me respondió “ahora tengo voz”.

## 8 | La Oficina Judicial, sus funciones actuales

Remitiéndome a las funciones actuales de la oficina judicial, su función principal es la asistir a los jueces del fuero penal en su competencia jurisdiccional. Sin embargo, hoy tiene un cometido más amplio debido a que bajo su órbita se encuentra la cuestión edilicia, de transporte y de mayordomía, es decir, la “superintendencia administrativa” (concepto tradicional con que se identifica en el Poder Judicial a la prestación de los servicios logísticos para la judicatura en su conjunto).

A fin de caracterizar al órgano, traigo a colación lo consignado en el proyecto orgánico funcional de oficina judicial presentado a la Sala Penal y que tuviera recientemente un visto bueno inicial:<sup>(18)</sup> *La Oficina Judicial es un órgano del Poder Judicial dependiente de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Chubut. Su misión es el gerenciamiento de los recursos y procesos con el propósito de asistir a los Jueces Penales en su función jurisdiccional, brindar los servicios logísticos a la judicatura en su conjunto y de información y atención al ciudadano.*

Se recoge así las funciones actuales de la oficina y cobra relevancia una función neurálgica del servicio de justicia, la política comunicacional. Se

(17) Véase la obra citada en nota 2 donde se muestra la modificación de las estructuras de los Ministerios Públicos y la invariabilidad de las estructuras administrativas de la judicatura. Crecieron las primeras, sobre todo en operadores del sistema de audiencia y se mantuvo sin modificación las segundas. Requirió más jueces pero no más empleados.

(18) Elaborado a pedido de la Presidencia por el responsable de la Secretaría de Informática Jurídica, Planificación y Control de Gestión del STJ, Dr. Guillermo Cosentino, por la Ingeniera Julieta Uzcudum —profesional de dicha Secretaría— y por el suscripto.

abordan allí también cuestiones centrales que perfilan las funciones a su cargo:

**Artículo 2do.:** Son objetivos de la Oficina Judicial: a) La planificación de las estrategias de gestión y operativas que resultan de su misión. b) La administración y ejecución eficaz y eficiente de los recursos asignados y estrategias planificadas. c) La evaluación de los resultados de la gestión del organismo para contribuir a la mejora continua. d) La comunicación institucional.

**Artículo 3ro.:** Para el cumplimiento de su misión y la consecución de sus objetivos, las Oficinas Judiciales ejercerán sus funciones con arreglo a los principios de jerarquía, competencia, separación de funciones y control. a) Principio de jerarquía. Conforme su dependencia, la Oficina Judicial cumplirá las políticas generales que en materia de administración de los recursos materiales, humanos, financieros, tecnológicos, de análisis estadísticos, como de comunicación institucional, determine el Superior Tribunal de Justicia, cumpliendo las demás funciones que legal y/o reglamentariamente se establecieran. b) Principio de competencia. La Oficina Judicial ha de obrar estrictamente en el marco de su competencia y deberá respetar la autonomía de los demás órganos, especialmente en la adopción de las decisiones que les son privativas. c) Principio de separación de funciones. La adopción de decisiones de naturaleza administrativa compete exclusivamente al Director, ya sean generales o particulares. Los Directores de las Oficinas Judiciales observarán estrictamente la prohibición de delegación de funciones jurisdiccionales dispuesta en el artículo 75 del código procesal penal, siendo falta grave si no lo hiciere. d) Principio de control. La Oficina Judicial ha de implementar instancias y procesos de control que permitan analizar, evaluar, verificar y medir el desempeño de la gestión, así como prever y corregir desviaciones a fin de lograr el cumplimiento de los objetivos.

**Artículo 4to.:** Las Oficinas Judiciales actuarán con criterios eficiencia, eficacia, efectividad, trabajo en equipo, coordinación, cooperación y comunicación, a fin de brindar una asistencia jurisdiccional y logística eficaz. a) Eficiencia. La especialización y

profesionalización de las labores administrativas de apoyo a la jurisdicción constituyen un importante soporte del sistema de administración de justicia. Por ello, la Oficina Judicial deberá enfocarse en la óptima utilización de los recursos, desarrollando los procesos de trabajo necesarios para la obtención de los resultados esperados de la gestión. **b) Eficacia.** Los procesos administrativos deberán tender siempre al cumplimiento cabal de los objetivos definidos y los resultados esperados. Por lo expuesto, los procesos administrativos tienen un carácter instrumental, lo que supone el grado de flexibilidad necesaria para satisfacer adecuadamente las exigencias y admitir las modificaciones ulteriores que los usuarios internos y externos demanden, si las circunstancias así lo aconsejaren, sin contravenir los restantes principios de la administración. **c) Efectividad.** Obtener los resultados esperados, conforme a los fines organizacionales y operativos del sistema de administración de Justicia penal. **d) Trabajo en equipo.** El cumplimiento de la misión y objetivos de la Oficina Judicial resultará del esfuerzo de un equipo. **e) Coordinación y cooperación.** Las Oficinas Judiciales establecerán mecanismos de coordinación y cooperación interna a fin de asegurar una gestión administrativa uniforme del servicio de justicia en todas las circunscripciones. Asimismo procurarán establecer coordinaciones efectivas con las instituciones relacionadas a la justicia penal, brindando toda la cooperación que, en el marco de su competencia, le sea solicitada por estas. **f) Comunicación.** En el marco de la política comunicacional implementada la Oficina Judicial mantendrá vías de comunicación e información efectiva con los medios de comunicación y la ciudadanía, considerando especialmente lo dispuesto en la Carta de derechos de los ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V N° 108, ex Ley 5442), y en la legislación sobre Acceso a las fuentes de información (Ley I Nro. 156, ex Ley 3764 y resolución administrativa 6711/04 S.A. del Superior Tribunal de Justicia).

El proyecto contempla el organigrama funcional, las misiones y funciones, y otras cuestiones atinentes al gerenciamiento que no es momento de traer a colación, pero que permiten visualizar la concepción actual que se

tiene de la oficina. La de una misión más abarcadora del servicio de justicia y perfectamente compatible con su objeto primordial de asistir a los colegios de jueces del fuero penal.

## 9 | La organización y distribución del trabajo de los jueces

La función de asistencia le exige a la oficina judicial administrar la organización horizontal de la judicatura y la metodología oral de decisiones jurisdiccionales. O sea, un colectivo de jueces con competencia común y el sistema de audiencias. Se entiende por esto último las instancias donde la información ingresa, se procesa y egresa, es decir donde las pretensiones judiciales son planteadas, discutidas —controvertidas— y resueltas.

Pretendo dejar claro que respecto de los jueces penales, quienes tienen la mayor carga de trabajo producto de su amplia competencia, de lo que se trata es de atender todos los requerimientos jurisdiccionales de una manera rápida y en los plazos legales, se trate de un pedido de allanamiento, de detención, de fijación de audiencia de control de detención, de revisión de la prisión preventiva, de libertad condicional, *habeas corpus*, etc., procurando en ello preservar jueces penales para eventuales futuras instancias del proceso (ej. audiencia de debate). Al hacerlo, la oficina debe observar una distribución proporcional de la carga de trabajo de los jueces<sup>(19)</sup>. Por cierto, todo un “combo” de desafíos.

En esta función hay que tener en cuenta —aunque parezca obvio pero no lo es— que no se puede pretender hacer funcionar al sistema de audiencias con la lógica del proceso de gestión administrativa del expediente escrito, dado el correlato directo entre oralidad, como método, y estructura administrativa como soporte; y porque, además, el sistema se debe regir por criterios de eficiencia, eficacia y efectividad en su cometido.

Legalmente, el marco de distribución del trabajo de los jueces, está definido en las normas de competencia mencionadas y en lo dispuesto en

(19) El Acuerdo de Sala Penal 008/06 le indica a la oficina judicial que en la distribución del trabajo deberán regirse por un principio de proporcionalidad teniendo en cuenta la carga de trabajo de cada juez.



los arts. 66 y 72 inc. 2 del CPPCh. En el primero de ellos se dispone que durante la investigación todos los jueces penales de una misma circunscripción serán competentes para resolver las peticiones de las partes y que el Superior Tribunal de Justicia establecerá las normas prácticas de distribución del trabajo teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 167, III párrafo, de la Constitución Provincial (itinerancia) —lo cierto es que dichas normas prácticas han estado a cargo de los directores de cada oficina judicial— ver cita 14. El art. 72 inc. 2, señala que el juez que primero previniera continuará entendiendo para el dictado de medidas investigativas.

En Esquel, de forma conjunta entre la oficina y los jueces penales, se definió el sistema de intervención y distribución de trabajo con el objetivo puesto en lograr que la mayor cantidad de audiencias programadas puedan llevarse a cabo, pues si no hay audiencia no hay decisión jurisdiccional y, sin ello, no hay proceso penal que pueda desenvolverse en los plazos legalmente exigidos. Se entendió y se sostuvo honestamente por parte de los jueces, que ello implicaba preservar y respetar la competencia de la oficina judicial, exigiendo resultados concretos. Esta forma de trabajar ha posibilitado tener una baja tasa de requerimiento de jueces de otras circunscripciones para atender debates y una muy buena tasa de efectividad en el sistema de audiencias (90%).

El criterio sentado fue plasmado en el proyecto presentado a la Sala Penal, consignándose que entre las atribuciones y responsabilidades del director de la Oficina Judicial estaban las de:

“(...) b) Definir el sistema de gestión y el plan anual de trabajo para asistir a la función jurisdiccional de los Jueces, posibilitar el proceso judicial y el control de la gestión de la Oficina Judicial en cada uno de los niveles de su competencia. Contemplará sistemas de revisión oportunos y continuos para evitar el aumento de los niveles de casos sin tramitación o con tramitación retardada, detectando, en su caso, las causas y accionando sobre las mismas (...);

h) Planificar y gestionar, de acuerdo a las normas de competencia y lo dispuesto en el art. 72 inc. 2 del código procesal penal, la asignación y distribución de los casos y requerimientos jurisdiccionales a los Jueces, contemplando una carga de trabajo ra-

zorable y equitativa. Deberán evitarse prácticas que impliquen asignar y distribuir sin controlar intervenciones anteriores, a fin de no afectar la disponibilidad de los Jueces para instancias posteriores del proceso.

i) Planificar y administrar la agenda judicial (art. 75 del código procesal penal), de acuerdo a una política de gestión del sistema de audiencias sobre la base de criterios de programación que aseguren su efectiva realización y que todo requerimiento judicial sea atendido dentro de los plazos legales establecidos. Establecerán procesos de monitoreo permanente a fin de evitar las frustraciones de las audiencias programadas. Son atribuciones exclusivas: 1) La programación y reprogramación de las audiencias, fijando fecha, hora y lugar de realización. Si las exigencias del servicio público lo requieren, se podrá fijar audiencias en horario nocturno, para fines especiales y en cualquier día de la semana. 2) Resolver todo pedido de no realización de una audiencia programada, que aún no hubiera iniciado. 3) Asignar el Juez o los Jueces que habrá/n de intervenir en las audiencias programadas, observando el criterio de distribución del trabajo y lo específicamente dispuesto en el código procesal penal. 4) Efectuar reasignaciones de Jueces para las audiencias programadas, cuando el o los asignado/s no pudiere/n intervenir por ausencia, licencia, vacancia o cualquier otro impedimento, procurando la efectiva realización de la audiencia y que la decisión no afecte la disponibilidad de los Jueces para instancias posteriores del proceso. 5) Controlar el cumplimiento, por parte de los operadores del sistema, de las programaciones dispuestas y del horario de inicio, elaborando informes que den cuenta de ello y remitiéndolos a los Jueces, Fiscales y Defensores. 6) Coordinar con las agencias de seguridad la política de traslado y conducción de personas privadas de libertad desde el exterior a la sede judicial, y dentro de la propia sede, de forma que la audiencias se realicen a horario, se eviten tiempos muertos y se incremente al máximo la seguridad. j) Fijar audiencias en el interior de la circunscripción, cuando sea necesario para facilitar *la aplicación oportuna de la Justicia Penal (art. 128 del código procesal penal) (...)*”.

Pero, honestamente, la experiencia indica que no basta con esto.

Para que un sistema de audiencias pueda implementarse en un estado inicial de la reforma y en el marco de los resabios de las costumbres de trabajo incorporados por una cultura inquisitiva, se necesita imperiosamente que los actores institucionales, esto es, jueces, fiscales, defensores y oficina judicial, se comprometan con el sistema, pues les impone que sus funciones se ejerciten simultáneamente en un día, hora y lugar preestablecido, el que indique el calendario de audiencias. Si bien la logística en la programación de las audiencias está en mano de la oficina judicial, entre las funciones de sus protagonistas está la de cumplir con lo que el calendario indica. Esto no es un tema menor, porque todo aquel que ha transitado los pasillos de los tribunales conoce muy bien que, generalmente, el sistema de audiencias existente se somete a los designios de los operadores, principalmente a los de los jueces (piénsese sino en las audiencias de debate). Este tema ha generado no pocos inconvenientes internos, máxime cuando desde la oficina judicial se decidió registrar en el sistema informático el motivo por el cual las audiencias empiezan fuera de horario o la causa de su no realización<sup>(20)</sup>.

La idea central de la audiencia es que sea una metodología para tomar decisiones jurisdiccionales, pero la función del juez es también procurar evitar conductas o inconvenientes que luego atenten contra ella. En el sistema impacta negativamente, por ejemplo, la exigencia de fundar el escrito de pedido de una audiencia, disponer su “traslado”, cuestiones que impulsan y mantienen el proceso en la tradición escrita, al permitir el reemplazo por memoriales, como el postergar la decisión. Esto último, porque de acuerdo a los principios del proceso se espera que la decisión jurisdiccional se adopte *in situ* y no, como sucede, que se la dilate convocando, sistemáticamente, a futuras audiencias de lectura. Esta no implica desconocer la eventual complejidad de los casos sometidos a consideración del juez, por ello utilicé el término “sistemáticamente”.

Desde la oficina judicial se atenta contra el sistema de audiencias con una mala gestión, concepto amplísimo cuyo análisis excedería el presente.

---

(20) Ingresando al sitio web del Poder Judicial de Chubut —[www.juschubut.gov.ar](http://www.juschubut.gov.ar)— se puede ver el calendario de audiencias, estadísticas y causas de demoras y de no realización.

## 10 | Punto de encuentro. La prisión preventiva

Puede decirse que el sistema muestra la magnitud del cambio en la delicada temática de la prisión preventiva, donde horizontalidad, oralidad y gestión confluyen para el tratamiento de la cuestión.

A fin de no extenderme sobre ello, me remito al excelente trabajo publicado por el INECIP sobre el estado de la prisión preventiva en Argentina, en tanto trata con absoluta claridad el sistema procesal de Chubut<sup>(21)</sup>.

## 2 | Conclusión

Producir cambios en el servicio de Justicia es extremadamente difícil y exige un gran compromiso desde que no se trata sólo de trabajar, sino de cómo cambiar esa arraigada mentalidad que permanente e incansablemente delibera sobre la Justicia en términos abstractos, pero se niega a dar la discusión concreta cuando se plantea la necesidad de cambiar, de abandonar los viejos paradigmas.

Resulta primordial entender que, un proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento penal, que se precie de tal, no puede prosperar sino incluye, con el mismo grado de importancia, la reforma de su sistema de gestión. Si ello no es advertido y atendido en forma simultánea, es altamente factible que muchos de los resultados esperados no se produzcan. La escisión de las funciones administrativas y jurisdiccionales es vital, porque es claro que el sistema inquisitivo sustenta básicamente su concepto de la gestión administrativa en la mera verticalidad, donde legitimidad y certeza de una decisión tiene más relación con el órgano jurisdiccional que la adoptó, que con una concepción moderna de administración y gestión.

La reforma en nuestra provincia ha sido intensa y todavía está en ciernes. Se equivocan aquellos que sostienen que el cambio ya se produjo; que el funcionamiento actual es el esperado. Los embates de hoy se parecen a

(21) GARCÍA YOMHA, DIEGO (dir.), "El Estado de la prisión preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio", publicado en febrero de 2012 y disponible en [inecip.org](http://inecip.org)

los de ayer, no cambian los argumentos, sólo los comentaristas. Desde lo externo se ataca con la conocida falsa relación entre inseguridad y sistema penal y, desde lo interno, están los detractores de siempre, los que sostienen que todo tiempo pasado fue mejor.

La consolidación del sistema todavía demanda que se concrete la exigencia constitucional de la participación ciudadana a través del juicio con y por jurados. En el plano de lo actual, se necesita imperiosamente una instancia donde de manera fluida, intensa y honesta, los operadores articulen las funciones jurisdiccionales y administrativas de forma cohesionada y eficaz para fortalecer el sistema de audiencias.

A esta altura, es claro que la transformación del sistema escrito en uno oral depende mas de las transformaciones de organización interna que de los cambios normativos.

Sobre la oficina judicial se puede concluir que el sistema de gestión actual no es óptimo, tiene mucho de artesanal. Cuánto tiempo perdurará y a qué costo, en términos de crecimiento, es hoy el tema central. Estamos inmersos en un proceso interno de fuertes discusiones en pos de evitar que se consagre una posición dogmática que la excluya del gobierno de la gestión. Por ello, la oficina judicial debe consolidarse como un fuerte protagonista de la marcha del sistema, lo que demanda afrontar cuestiones pendientes, ideas que ya expiraron, formas antiguas de hacer las cosas y al *status quo*.

El deslinde de competencias que trajo aparejado su razón de ser no implicaba solamente terminar con la delegación (en empleados) de la función jurisdiccional, pues de ello se encargaba el sistema por audiencias, sino que procuraba que se afronte y se disuada la resistencia cultural que existe en la judicatura, sobre abandonar definitivamente las funciones administrativas que se le detrajeron con la creación del órgano.

La oficina judicial debe tener un funcionamiento compatible con las exigencias del sistema oral para lo cual es necesario que adapte sus procesos internos a fin de desterrar formas de trabajo que le son disfuncionales. Si no lo hace, corre el riesgo de actuar como una mera oficina de gestión y parecerse, en los hechos, a un juzgado tradicional.

Quienes asumen la difícil tarea de conducirlos, deben tener una visión general sobre la marcha del sistema y, también, la inteligencia de darse cuenta que el proceso de transformación no será sustentable sin esa visión. Toda decisión debe ser adoptada en función de un objetivo estratégico y no de uno de corto plazo o por satisfacer intereses contrarios al cambio. Si así no fuera, a la corta o a la larga, la tradición proveniente de la cultura inquisitiva volverá a emerger. Es sólo cuestión de tiempo y lugar.

En conclusión, la gestión y la organización del trabajo de los jueces en una organización horizontal de la judicatura y en un sistema oral de decisiones judiciales, requiere de una oficina judicial que asuma como función propia la de gestionar los conflictos internos que todo cambio conlleva, para lo cual la conducción, la comunicación y el liderazgo son imprescindibles. Por naturaleza, afrontar desafíos y producir resultados requiere de liderazgo y convicción. Ese liderazgo debe ser inteligente, en el sentido de tener la capacidad de adaptarse a los desafíos que impone el cambio. Se ha dicho *"La calidad nunca es un accidente; siempre es el resultado de un esfuerzo de la inteligencia"*<sup>(22)</sup>. Cuánta razón.

(22) John Ruskin, escritor y sociólogo británico.





# Fuentes citadas

---





## Índice de autores citados

- ABARSHI EBUN; ONWUTEAKA -PHILIPSEN BREJGE; VAN DER WAL G. "Euthanasia requests and cancer types in The Netherlands: is there a relationship?" *Health Policy*, 2ºed., 2009, vol.89 pp.168/173.
- AGAMBEN, GIORGIO; *El estado de excepción*, Ed. Hidalgo.
- ALEGRE, MARCELO, "Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en SELA, *Derecho y sexualidades*, Buenos Aires, Librería, 2009.
- ALTERINI, JORGE H. (dir), suplemento especial de la revista jurídica Argentina *La Ley*, año LXXVI, n° 55, tomo La Ley 2012-B.
- ANDORNO, ROBERTO, Bioética y dignidad de la persona, Madrid, Temos 1998.
- ARRIBERE, ROBERTO y DEL VALLE, ISABEL. "La eutanasia y la necesidad existencial de la muerte", en Blanco Luis (comp.), Bioética y Bioderecho – Cuestiones actuales, Ed. Universidad, 2002, capítulo XII, pp. 377/408
- ASOCIACIÓN ARGENTINA de Profesores de Derecho Penal, declaración efectuada el 02/09/2010, texto disponible en [www.aapdp.com.ar](http://www.aapdp.com.ar)
- BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, 2da ed. actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2006, tomo 1.
- BADENI, GREGORIO; Derecho a la vida y aborto; en ED, 08/08/2006, nro.11.568. Reproducido también en Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos. Foro UCA Vida y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.
- BARATTA, ALESSANDRO, "Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", en *Doctrina Penal*, año 10, N° 37 a 40, Bs. As, Depalma, 1987.
- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Bs. As., Siglo XXI, 2002.
- BARBERO SANTOS, MARINO; "Estado actual de la problemática del aborto en Europa Occidental"; en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1985.
- BASSET, URSULA CRISTINA; La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos; en ED, del 30/08/2006, nro. 11.582. Reproducido también en Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos. Foro UCA Vida y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- BEAUCHAMP, TOM and CHILDRESS, JAMES F., *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Ed. Masson, 1998.
- BEAUCHAMP, TOM and CHILDRESS, JAMES F., "Principism and its alleged competitors", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 3º ed. Vol. 5, September 1995.
- BEAUCHAMPS, TOM L. y CHILDRESS, JAMES F. "Principios de Ética Biomédica", New York, Oxford University Press, 1979.
- BECKER, HOWARD, *Los extraños*, Bs. As., Ed. Tiempo contemporáneo, 1977.

- BELLUSCIO, AUGUSTO C., “Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias”, suplemento *La Ley*, 2006.
- BERGALLO, PAOLA, “De la Libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción”, en Paola Bergallo (comp.), *Justicia, género y reproducción*, Bs. As., Librería, 2010.
- BERISTAIN, ANTONIO. “Eutanasia: dignidad y muerte y otros trabajos”. LL, T-1991-E, sección doctrina, pp. 1560/1562.
- BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA V., “Traducción jurídica del principio bioético de autonomía”, LA LEY, supl. act., 23-2-99
- BIDART CAMPOS, GERMAN, “La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático”. En ED 165-360.
- BIRGIN, HAYDEE; *Las trampas del poder punitivo*, Ed. Biblos.
- BLANCO, LUIS G. “Homicidio piadoso, Eutanasia y Dignidad Humana”, LL, T-1997-F, pp. 509/554.
- BOUMPADRE, JORGE E., “Tratado de derecho penal. Parte especial”, 3° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, T. I.
- BOURDIEU, PIERRE, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000.
- BRUCH, ATTORNEY, “*Neue Entwicklung im Rect. Des Schwangerschaftsabbruchs in Kanada*”, ZStW 105 (1993) Heft 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1993.
- BUERES, ALBERTO J. “Responsabilidad de los médicos”, Tomo I, pp. 208/257. 2° ed. ampliada, Editorial Hammurabi, 1992.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE H. “La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo”. LL, T-1991-B, pp. 363/366.
- BUTLER, JUDITH, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2001.
- CARBAJAL, MARIANA, “El debate del aborto”, nota publicada en el diario *Página 12*, 21/08/2010, Bs. A<a *Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006.
- CARBAJAL, MARIANA, *El aborto en debate (aportes para una discusión)*, Bs. As., Paidós, 2009.
- CASSIRER ERNST. *Antropología Filosófica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- CHERNEY N.I., PORTENOY R.K. “Sedation in the management of refractory syntoms: guidelines for evaluation and treatment”, *J.Palliat. Care*. 1994, vol. 10 pp.31/38.
- CHERNY N.I., COYLE N., FOLEY K.M. “The treatment of suffering when patients request elective death. 1994, vol.10 pp.71/79.
- CIFUENTES, SANTOS. “Derechos personalísimos”, 2° ed., Ed. Astrea, 1995, pp. 231/235 y ss.
- CIFUENTES, SANTOS. “Elementos de Derecho Civil”, pp. 44/69. 3era. ed. ampliada, Ed. Astrea, 1992.
- DE BRANDI, NELLY, TAIANA, A. y LLORENS LUIS R., “El consentimiento informado y la declaración previa del paciente”, en *Bioética y Bio-derecho – Cuestiones Actuales*, Ed. Universidad, 2002, capítulo IV, pp. 117/134.
- DE LUCA, JAVIER A., “Aborto: otra vez sobre viejas discusiones”, conferencia efectuada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal el 10/11/2006.

DE LUCA, JAVIER A., “Abortos justificados. El fallo de la Corte y las mismas viejas discusiones” (comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, del 13/03/2012), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Ed. La Ley, Año II, n°. 4, Mayo de 2012, p. 23.

DERRIDA, JAQUES; *Fuerza de ley*. Ed. Tecno.

DONNA, EDGARDO A.; *Derecho Penal. Parte Especial*; Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, T. I.

DOUGLAS, C.; KERRIDGE IAN, ANKENY R. “Managing intentions: the end of life administration of analgesics and sedatives, and the possibility of slow euthanasia”. *Bioethics*. 2008; 22(7), pp.388/396.

DRANE, JAMES F. “El cuidado del enfermo terminal”. Publicación científica N° 573, *Organización Panamericana de la Salud* (OPS). 1999.

DURKHEIM, EMILIE, *El suicidio*, Madrid, Ediciones Akal SA, 2008.

ELIZARI, FRANCISCO J. “Dignidad en el morir”, *Moralia*, 2002, vol.XXV pp. 410/411.

ENCK, ROBERT E., “Drug induced terminal sedation for symptom control”, *Am.J.Hosp.Palliat.Care*, 5ta.ed, 1991,vol.8 pp.3/5.

FARIAS, GISELA, *Muerte voluntaria*, Bs. As., Ed. Astrea, 2007.

FEINBERG, JOEL, “Voluntary euthanasia and the inalienable right to life”, *Philosophy and public affair*, N° 2, winter, 1978.

FELLINI, ZULITA, “Interrupción del embarazo”, *Revista de Derecho Penal*, Delitos contra las personas II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, vol. 2003-2.

FERRAJOLI, LUIGI; “La cuestión del embrión entre derecho y moral”; en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art15.pdf>

FIGUEROA, FRANCISCO, “El regreso al Derecho Penal Inquisitivo”, texto disponible en [www.eldial.com](http://www.eldial.com), publicado el 19/07/2011.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS, “Tratado de derecho penal. Parte especial”, 2° ed. actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1983, T. IV.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, T. IV.

FOUCAULT, MICHEL, *La vida de los hombres infames*, Bs. As., Ed. Altamira 2002.

FUENTES DE LA CORTE, JUAN L., “Práctico Larousse. Ortografía práctica”, 4° ed., Buenos Aires, Ed. Larousse, 1989.

GARAY OSCAR E. (coord.) “Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética. Bioética y Jurídica: Civil y Penal”. La Ley, Buenos Aires, 2007.

GARAY OSCAR E. (coord.), *Bioética en Medicina*, Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2008.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *Perspectivas Bioéticas*, Año N° 9, N° 17, Segundo semestre de 2004.

GHERARDI, CARLOS G. “La muerte intervenida – Soporte vital: abstención y retiro en el paciente crítico”, Blanco Luis (comp.), en “Bioética y Bioderecho – Cuestiones actuales” Ed. Universidad, 2002, capítulo XI, pp. 351/376.

- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; *Aborto voluntario, vida humana y constitución*; Buenos Aires, Ediar, 2000.
- GOFFMAN, ERVING, *Estigma. La identidad deteriorada*, Bs. As., Ed. Amorrortu, 1993.
- GÓMEZ PONCE DE LEÓN, RODOLFO Y RIZZI, RICARDO, “Misoprostol: su uso para los abortos no punibles”, *Hojas informativas*, n°11, julio de 2009. Disponible en: [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas\\_Informativas/11\\_Ponce-de-Leon&Rizzi.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/11_Ponce-de-Leon&Rizzi.pdf)
- GONZÁLEZ, NOELIA I., “El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad”, en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona, Grupo Antígona UAB, 2009. Disponible en: <http://158.109.129.18/centreantigona/docs/VOL1.pdf>.
- GUERRA LÓPEZ, RODRIGO, “La persona es fin y no medio. El fundamento normativo de la bioética personalista”, *Bioética Personalista: Ciencias y controversias*, Gloria María Tomás y Garrido y Elena Postigo Solana (Editoras), Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007, colección Tribuna Siglo XXI.
- H. KUHSE, «Euthanasia», en P. Singer (ed.), *A Companion to Ethics*. Oxford, Blackwell, 1996, pp. 294-302.
- HALLENBECK JAMES .L, “Terminal sedation: ethical implications in different situations”, *eJ.Palliat.Med.* 2000, vol. 3 (3), pp. 313/320.
- HERRERA, DANIEL A.; *Aborto: ¿De qué se trata? ¿De qué se habla?*; en EDCrim, del 30/12/2004, nro. 11.163. Reproducido también en Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos. Foro UCA Vida y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.
- HIGHTON, ELENA Y WIERZA, SANDRA M. “Consentimiento informado – Relación médico paciente”, Ed. Ad-Hoc, 1991, pp. 183/187 y 217/222.
- HOPP, CECILIA; “Aborto: la política criminal, entre la vida y la libertad”; en *Diálogos de Derecho y Política*, Revista Electrónica, Nro. 4, Año 2, Mayo-Agosto 2010.
- HOPP, CECILIA; “La penalización del aborto: un tipo penal injusto”; en *Lecciones y Ensayos*, Nro. 84, Año 2008.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, “El aborto y su impunidad”, *La Ley*, 1942, tomo 26, p. 977.
- JONES, DANIEL, “Estigmatización y discriminación a adolescentes varones homosexuales”, en Mario Pecheny, Carlos Figari y Daniel Jones (comps.), *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, Bs. As., Libros del Zorzal, 2008.
- KANT, IMMANUEL, *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres* II, AKIV, pp.434/435.
- KRAEMER, HEINRICH Y SPRENGER, JAKOB; *El martillo de Las brujas*, Ed. FEMAR.
- LAFFERRIERE, JORGE N.; “El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto. Análisis sintético del estado actual del debate”; en ED, 215-685; Reproducido también en Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos. Foro UCA Vida y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.
- LARRANDART, LUCILA, Comentario a los artículos 85/88, en David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (dirs.), Marco A. Terragni (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, parte especial. 2° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Hammutabi, T III, 2010, pp. 760 /952.

- LARRANDART, LUCILA; "Comentario a los arts. 85/88 CP"; en ZAFFARONI, EUGENIO R. y BAIGÚN, DAVID (Dir.), TERRAGNI, MARCO A. (Coord.); *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*; Buenos Aires, Hammurabi, T. III.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, "Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para un viejo debate", en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona Grupo Antígona UAB, 2009.
- LE BRAS CHOPARD, ARMELL; *El zoo de los filósofos: de la bestialización a la exclusión*, Ed. Taurus.
- LICHTER I., HUNT E. "The last 48 hours of life", *J. Palliat. Care.* 1990, vol.6(4), pp. 7/15.
- LLAMBÍAS, JORGE, *Tratado de Derecho Civil, parte general*, 16to. ed., Ed. Abeledo Perrot, 1995, Tomo I, pp. 275/278.
- LO, BERNARD, RUBENFELD, GORDON; "Palliative sedation in dying patients: we turn to it when everything else hasn't worked", *JAMA*, 2005; 294(14), pp.1810/1816.
- LÓPEZ GEIST, MARÍA DE LOS ÁNGELES. "El psiquiatra y la muerte digna", en *Derecho de los pacientes al servicio de la salud*, de CARLOS A. GHERSI, Ed. Jurídicas Cuyo, 1998, capítulo XI, pp. 431/445.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS. "Responsabilidad Civil de los médicos", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1997, Cap. I, pp. 87/116.
- MAC KINNON, CATHERINE, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Valencia, Ed. Cátedra, 1995.
- MACKINSON, GLADYS J., "Sobre la dignidad y la calidad en la vida", J.A., número especial de Bioética, 3-XI-99, p. 41.
- MAGLIO, IGNACIO, "Prevención de daños y abogacía hospitalaria", Bs. As., Ed. Arkhetypo, 1998, pp. 86/87.
- MANZINI, JORGE L., "Las directivas anticipadas para tratamientos médicos", *Directivas anticipadas – La historia clínica orientada a valores y la aplicación del método narrativo en bioética*, 2da. Ed., 2001, pp. 1/10.
- MARTÍNEZ, STELLA M.; *Manipulación Genética y Derecho Penal*; Buenos Aires, Ed. Universidad, 1994.
- MASTERSTVEDT L.J., BOSSHARD G. "Deep and continuous palliative sedation (terminal sedation): clinica-ethical and philosophical aspects", *Lancet Oncol*, 2009, vol.10 (6)pp. 622/627.
- MATHEU, LENO B., "Ler normes internationales de la bioéthique", PUF. París, 1998.
- MECCIA, ERNESTO, *La cuestión gay, un enfoque sociológico*, Bs. As., Ed. Gran Aldea, 2006.
- MELOSSI, DARIO y PAVARINI, MASSIMO, *Cárcel y Fábrica*, Bs. As., Siglo XXI, 2005.
- MONTOYA, MARIO D., "El derecho constitucional a morir", LL, T-1991-A, sección doctrina, pp. 1065/1069.
- MORENO, RODOLFO (H); *El Código Penal y sus antecedentes*; H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, T. III.
- NATIONAL ETHICS Committee Veterans Health Administration, "The ethics of palliative sedation as a therapy of last resort", *Am.J.Hosp. Palliat.Care.* 2007, vol. 23 (6) pp. 483/491.
- NICOLAU, NOEMÍ L., "La intervención judicial en el negocio personalísimo entre médico y paciente – dos recientes casos judiciales", LL, T-1998-C, pp. 265/273

- NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*; Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1961, T. III.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1977, T. III.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1976, T. I.
- PAVARINI, MASSIMO, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1988.
- PINTOS, CARLOS A.; *El delito de aborto; en Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nro. 2, abril-junio 1969.
- PITCH, TAMAR, *Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003b.
- PITCH, TAMAR, *Un derecho para dos, la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.
- PREMAT, SILVINA, "Apoya la UBA despenalizar el aborto", publicado en el diario *La Nación*, 12/08/2010, Buenos Aires.
- PRIEUR STEPHAN, *La disposition par l'individu de son corps*, Ed. Les Études Hospitalières. Bordeaux, 1999. N° 444.
- PROYECTOS LEGISLATIVOS.
- HONORABLE CÁMARA de Diputados de la Nación: 0998-D-2010; 0659-D-2010; 0057-D-2010; 0856-D-09; 5223-D-08; 5212-D-08; 4614-D-08; 0761-D-08; 2700-D-08; 0451-D-08; 0247-D-08.
- HONORABLE SENADO de la Nación: 0397-S-10; 62-S-09; 4196-S-08; 0155-S-08; 0112-S-08 l
- PRZYCODA PABLO. "La eutanasia y el suicidio asistido en la Argentina y en otros países". Artículo especial medicina, Bs. As., Servicio de Clínica Médica, Hospital Italiano, 1999, pp. 195/200.
- QUILL T.E., "The ambiguity of clinical intentions", *N.Engl.J.Med.* 1993, vol.329(14)1039-1040.
- RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D. "Responsabilidad del médico", pp. 20/29, 64/97 y 399/421, Ed. Astrea, 1999.
- RADY M.Y., VERHEIJDE J., «Continuous deep sedation until death: palliation or physician-assisted death?», *A. J. Hosp.Palliat. Med.* 2010; 27; 205.
- RIETJENS JUDITH, VAN DELDEN JOHANNES, ONWUTEAK-PHILIPSEN BREGJE, BUITING HILDE, VAN DER MAAS PAUL, VAN DER HEIDE AGNES, "Continuous deep sedation for patients nearing death in The Netherlands: descriptive study",*BMJ* 2008; 336(7648) pp. 810/813.
- RIVERA, JULIO C., "Instituciones de Derecho Civil", parte general, 2da. ed. actualizada, Ed. Abeledo Perrot, 1988, Tomo I, pp. 60/69.
- RUBIN, GAYLE, "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo", *Nueva Antropología*, Vol. VIII, N°30, México, 1986. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/30/cnt/cnt7.pdf>
- SAGUES, NÉSTOR P. "¿Derecho constitucional a no curarse?", LL, T-1993-D, Págs. 125 a 133
- SIMON JÜRGE, "La dignidad del hombre como principio regulador en la bioética",*Revista de Derecho y Genoma Humano*. 13(2000)29.
- SINGER PETER, *Desacralizar la vida humana. Ensayo de Ética*, Madrid, Cátedra,2003.
- SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Buenos Aires, Tea, 1953, T.III.

- STEINHAUSER K.E., CHRISTAKIS N.A., CLIPP E.C., MCNEILLY M., MCINTYRE L., TULSKY J.A. "Factors considered important at the end of life by patients, family, physicians and other care providers". JAMA. 2000; 284 (19), pp. 2476/2482.
- STUART MILL, JOHN, *El utilitarismo*.
- STUART MILL, JOHN, *Sobre la libertad*.
- THEVOZ, MICHEL y JACCARD, ROLAND, *Manifiesto Por una muerte digna* (prólogo de Salvador Pániker) Barcelona, Ed. Kairós, 1993.
- TORRALBA ROSELLÓ FRANCESC, "¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo T. Engelhardt y John Harris", Herder, Barcelona, 2005.
- TREECE P.D., ENGELBERG R.A., CROWLEY L., et al. "Evaluation of a standardized order form for the withdrawal of life support in the intensive care unit", *Crit. Care. Med.* 2004; 332 (5) pp.1141/1148).
- VAN DIJK, TEUN A., "El análisis crítico del discurso", *Anthropos*, 186, Barcelona, septiembre-octubre 1999, pp. 23/36.
- VERSPIEREN PATRICK. "La dignidad en los debates políticos y bioéticos", *Concilium*, N° 300, Año 2003, 198.
- WEIGEND, EWA y ZIELIŃSKA, ELEONORA, "*Das neue polnische Recht des Schwangerschaftsabbruchs: politischer Kompromiß und juristisches Rätselspiel*", ZStW 106 (1994) Heft 1, Berlín, Walter de Gruyter, 1994.
- WELZEL, HANS; Derecho Penal Alemán; Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- WOMEN'S LINK WORLDWIDE, "La liberalización del aborto en Colombia", *Hojas informativas*, n°2, mayo 2007. Disponible en: [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas\\_Informativas/02\\_WomensLinkWorldwide.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/02_WomensLinkWorldwide.pdf)
- ZAFFARONI, EUGENIO; *Manual de derecho penal*, Ed. Ediar.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2005.
- ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición; Buenos Aires, Ediar, 2002.





# Índice Temático

## A

**ABLACIÓN Y TRANSPLANTE DE ÓRGANOS** P. 217, 224, 226, 322, 232, 244, 340

**ABORTO** P. 7, 8, 9, 10, 11, 21, 34, 68, 76, 106, 113, 117, 119, 120, 123, 124, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 144, 145, 147, 148, 149, 151, 152, 188, 189, 190, 192, 259, 269, 273, 276, 278, 289, 290, 292, 293, 294, 296, 297, 313, 319, 320, 323, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 335, 339, 340, 341, 343

**aborto clandestino** P. 16, 17, 19, 20, 143, 150

**aborto legal** P. 274, 279, 280, 282

**aborto no punible** P. 3, 6, 7, 12, 24, 33, 111, 112, 114, 115, 116, 118, 121, 122, 125, 126, 140, 146, 153, 270, 271, 272, 275, 280, 282, 283, 285, 288

**aborto terapéutico** P. 3, 272, 297

**acceso al aborto** P. 13, 23, 33, 270, 271, 280, 285

**autorización judicial** P. 4, 6, 7, 15, 118, 270, 272, 279, 311

**despenalización del aborto** P. 16, 19, 141, 142, 144, 153, 187, 193, 279, 324, 325, 342

**mortalidad materna** P. 11, 19

**penalización del aborto** P. 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 189, 190, 192, 193, 279, 294, 325, 328, 334, 343

**permiso para abortar** P. 140, 145, 146, 147, 274, 297

**prohibición del aborto** P. 116, 130, 138, 139, 140, 141, 142

**AUXILIO AL SUICIDIO** *Vease* SUICIDIO ASISTIDO

## B

**BIOÉTICA** P. 37, 38, 50, 51, 58, 61, 62, 65, 66, 72, 75, 301, 302, 307, 308, 311, 312, 317, 318

**BUEN MORIR** P. 155, 310

## C

**CÓDIGO PENAL** P. 123, 305

**CONCEPCIÓN DE LA PERSONA** P. 16, 17, 18, 24, 62, 65, 76, 87, 116, 133, 142, 149, 176, 178, 195, 204, 208, 253, 274, 275, 276, 277, 278, 290, 291, 296, 314, 321, 322, 323, 324, 327, 330, 331, 334, 335

**existencia de la persona desde la concepción** P. 17, 133, 322, 332, 333, 337, 339, 340

**CONSENTIMIENTO** P. 3, 12, 13, 14, 15, 43, 46, 48, 50, 52, 54, 63, 68, 74, 75, 79, 81, 96, 97, 98, 100, 101, 107, 111, 117, 122, 123, 132, 141, 146, 168, 169, 170, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 214, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 268, 271, 272, 282, 288, 304, 305, 308, 310, 311, 317, 320

**CONSENTIMIENTO INFORMADO** P. 13, 14, 15, 46, 48, 168, 173, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 308, 317

**CUIDADOS PALIATIVOS** P. 44, 47, 81, 102, 109, 156, 163, 164, 175, 183

## D

**DECLARACIÓN JURADA** P. 115, 116, 119, 281

**DELITO** P. 12, 13, 16, 18, 66, 81, 86, 87, 88, 89, 92, 93, 94, 97, 98, 116, 126, 131, 138, 150, 151, 159, 190, 192, 193, 194, 203, 204, 262, 265, 266, 271, 278, 281, 282, 283, 287, 288, 320, 321, 323, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 343

**DELITOS CONTRA LA VIDA** P. 76, 78, 79, 80, 83, 84, 85, 91, 94, 99, 105, 130, 329

**DELITOS SEXUALES** P. 7, 278, 287

**DERECHO A DECIDIR** P. 4, 17, 61, 173, 179, 310

DERECHO A LA INFORMACIÓN P. 180

DERECHO A LA SALUD P. 4, 5, 10, 26,  
38, 137, 281, 300, 301, 303, 311, 314

DERECHO A LA VIDA P. 17, 23, 38, 60,  
66, 68, 75, 76, 77, 78, 94, 115, 116, 168, 207, 255, 275, 276,  
277, 300, 301, 323, 324, 327, 328, 329, 333, 334, 335, 336, 339  
derecho a la disponibilidad sobre la  
propia vida P. 263, 264, 303  
existencia de la vida humana P. 337,  
339, 340

DERECHO A MORIR P. 37, 40, 41, 42,  
46, 54, 55, 56, 69, 70, 75, 99, 106, 108, 155, 209

DERECHO COMPARADO P. 155

España P. 73, 75, 80, 109, 140, 141,  
177, 179, 180, 254, 269, 300, 305

Holanda P. 53, 74, 158, 162, 163, 165,  
202, 211, 304, 316

DERECHO PENAL P. 18, 51,  
82, 102, 114, 117, 120, 122, 124, 127, 131, 150, 152, 188, 190,  
194, 195, 198, 204, 206, 270, 288, 294, 327, 334, 336, 337, 339

DERECHOS DE LAS MUJERES P. 24,  
131, 194, 269, 296, 335, 342

autodeterminación de la mujer P. 145

consentimiento de la mujer P. 3, 12,  
14, 15, 123, 132, 271, 288, 296, 320

derecho de las mujeres a decidir sobre  
su propio cuerpo P. 290

integridad corporal de las mujeres P. 13,  
23, 134, 137, 147, 192, 279, 281, 282, 286,

sexualidad femenina P. 130, 135, 138, 152

DERECHOS EN EXPECTATIVA P. 321

DERECHOS HUMANOS P. 4, 5, 8, 9,  
10, 17, 25, 27, 113, 120, 131, 133, 137, 150, 152, 179, 187,  
269, 270, 273, 274, 280, 301

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUC-  
TIVOS *Véase* SALUD SEXUAL Y RE-  
PRODUCTIVA

DIGNIDAD HUMANA P. 38, 43, 46, 48,  
56, 57, 58, 59, 61, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 75, 76, 77, 99, 106,  
107, 114, 131, 133, 155, 167, 168, 169, 177, 179, 195, 199,  
200, 209, 210, 213, 214, 255, 260, 270, 277, 285, 286, 291,  
303, 310, 312, 317, 318

DISCRIMINACIÓN P. 4, 10, 122, 133, 147,  
153, 195, 274, 278, 280

discriminación contra la mujer P. 133

DOLO P. 80, 85, 86, 93, 94, 156

DONACIÓN DE ÓRGANOS P. 174, 178,  
218, 241, 248

## E

EMBARAZO P. 3, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14,  
15, 16, 18, 19, 20, 21, 29, 111, 112, 113, 114, 116, 119, 121,  
122, 127, 130, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 140, 141, 142,  
145, 146, 149, 150, 270, 271, 272, 274, 275, 277, 279, 281,  
282, 287, 288, 294, 297, 298, 319, 320, 323, 325, 328, 329,  
330, 331, 336, 341

embarazo no deseado P. 9, 11, 17,  
131, 136, 278

ENSAÑAMIENTO TERAPÉUTICO P. 40,  
303

ESTADO DE COMA P. 42, 45, 49, 121, 122,  
123, 178, 226, 227, 228, 230, 242, 246, 247, 249, 266, 294.

ESTADO DE DERECHO P. 68, 71, 133

ÉTICA P. 23, 24, 25, 27, 28,  
44, 46, 48, 50, 51, 56, 61, 62, 66, 70, 71, 73, 77, 107, 133,  
162, 175, 176, 178, 272, 280, 283, 284, 285, 291, 296, 301,  
302, 312, 313, 314

EUGENESIA P. 266

EUTANASIA P. 24, 44, 45, 46, 48, 51, 52,  
53, 54, 55, 56, 61, 62, 63, 64, 65, 72, 73, 74, 75, 77, 79, 80, 84,  
85, 86, 92, 93, 99, 100, 106, 109, 131, 155, 158, 159, 162, 163,  
164, 177, 185, 199, 200, 202, 207, 209, 210, 212, 213, 214,  
253, 294, 301, 313, 317

adistanasia P. 156, 157, 170,  
177, 178, 182, 183, 211, 306

distanasia P. 211, 303

eutanasia activa P. 76, 81, 82,  
83, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 108, 110, 156, 165, 184, 185,  
201, 264, 265, 300, 304, 316

eutanasia directa P. 201, 299, 302, 303, 305

eutanasia exterior P. 304

eutanasia indirecta P. 260

eutanasia interior P. 304

eutanasia pasiva P. 81, 82, 101, 102, 104,  
107, 156, 184, 255, 257, 260, 265, 266, 305  
ortotanasia P. 81, 157, 171, 256, 299, 302

EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD  
P. 105, 199, 200, 203, 207, 210, 211

## F

FEMINEIDAD P. 10, 17, 130, 136, 138,  
139, 141, 145, 148, 152, 153

FETO P. 13, 112, 113, 131,  
134, 135, 141, 142, 150, 191, 276, 282, 293, 294, 295, 296,  
321, 322, 324, 325, 328, 330, 331, 334, 335, 336, 338, 339,  
340, 341, 342

## H

HOMICIDIO P. 105, 305  
homicidio consentido P. 75, 79, 80, 84, 99, 106  
homicidio piadoso P. 51, 105, 305  
homicidio rogado P. 264, 265, 266, 268  
homicidio simple P. 52, 68, 161

## I

IGUALDAD P. 10, 15, 16, 19, 25, 109,  
134, 138, 189, 254, 270, 274, 278, 280, 286, 291, 295

IMPUTACIÓN P. 113, 207, 326, 327, 329

INFANTICIDIO P. 187, 188, 189, 193

INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO  
P. 6, 7, 18, 21, 29, 130, 135, 141, 142, 146, 150, 270, 271, 272,  
279, 281, 328

interrupción voluntaria del embarazo  
P. 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 140, 287, 297, 298, 319, 320, 323,  
329, 330, 341

## L

LIBERTAD DE CONCIENCIA *Véase*  
OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

LIBERTAD DE DECISIÓN P. 188, 260, 268

LIBERTAD PERSONAL P. 267

LIBERTAD RELIGIOSA P. 261, 262, 263, 264

## M

MATERNIDAD P. 10, 17, 132, 133, 136, 138,  
139, 144, 149, 150, 153, 196, 270, 294

MÉDICO *Véase* PROFESIONALES DE  
LA SALUD

MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS P. 8,  
10, 19, 136, 149, 151

MUERTE DE LA PERSONA P. 18, 113,  
223, 227, 230, 232, 233, 234, 235  
determinación de la muerte P. 223,  
229, 243

diagnóstico de muerte P. 215, 217, 225,  
235, 236, 243, 244, 245, 246, 248, 249, 251

momento de la muerte P. 303

muerte asistida P. 108, 155, 306

muerte biológica P. 233

muerte cerebral P. 178, 222, 223,  
224, 225, 235, 241, 302, 340

muerte encefálica P. 216, 217, 224, 241, 249

MUERTE DIGNA P. 48, 51, 55, 56,  
57, 70, 72, 120, 158, 169, 170, 172, 200, 203, 212, 213, 299,  
300, 301, 302, 303, 304, 306, 317

ley de muerte digna P. 120, 158

MUJER IDIOTA O DEMENTE P. 3, 111,  
114, 121, 122, 123, 126, 271, 272, 288, 320

## N

NASCITURUS. *Véase* PERSONA POR  
NACER

## O

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA P. 5, 6,  
7, 14, 15, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36,  
147, 152, 283, 284, 285, 286, 293

P

PACIENTE	P. 28, 29, 30, 38, 39, 40, 42, 43, 45, 47, 48, 49, 51, 52, 64, 70, 82, 137, 138, 156, 159, 162, 164, 165, 166, 168, 173, 174, 180, 201, 256, 257, 258, 259, 267, 283, 285, 286, 299, 300, 304, 308, 312, 317
autodeterminación del paciente	P. 36, 50, 54, 55, 67, 69, 77, 133, 145, 150, 181, 200, 207, 210, 213, 214, 260, 262, 263, 264, 267, 268, 270, 280, 292, 313, 332
autonomía del paciente	P. 60, 65, 66, 68, 107, 170, 177, 178, 179, 181, 207, 291, 292, 309
derechos del paciente	P. 56, 60, 158, 172, 175, 181, 185, 200, 211, 316
libertad del paciente	P. 301, 310
negativa al tratamiento	P. 57, 58, 59, 63, 179, 305, 315
paciente terminal	P. 41, 44, 46, 53, 54, 55, 61, 62, 71, 156, 167, 169, 171, 172, 176, 177, 182, 183, 211, 303, 305, 306, 307, 309, 313, 314, 315, 316
petición de terminación de su vida	P. 160, 161
voluntad del paciente	P. 65, 163, 172, 202, 204, 300, 304, 308, 310, 314
PENA	P. 14, 15, 16, 30, 50, 69, 74, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 113, 115, 120, 135, 158, 159, 161, 167, 170, 187, 189, 193, 255, 258, 259, 262, 265, 267, 270, 276, 312
PERSONA HUMANA	P. 167, 179, 207, 277, 285, 301, 323
concepto de persona	P. 321, 322, 325, 332, 333, 336, 339, 341
status de persona	P. 335, 336, 339
PERSONA POR NACER	P. 17, 18, 113, 116, 120, 122, 133, 277, 325, 330, 335
POLÍTICA CRIMINAL	P. 10, 79, 80, 100, 108, 109, 129, 137, 150, 151, 152, 195, 198, 203, 204, 270, 321, 327, 335, 337, 343
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	P. 140, 270, 280, 290, 291, 296
PRINCIPIO DE LESIVIDAD	P. 206, 292, 321, 328, 329, 326, 327, 337

PRINCIPIO DE PRIVACIDAD	P. 207, 291, 321
PROCEDIMIENTOS MÉDICOS	P. 177, 183, 211, 306
PROFESIONALES DE LA SALUD	P. 3, 9, 12, 13, 21, 42, 44, 45, 49, 50, 52, 55, 57, 58, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 74, 104, 107, 108, 109, 115, 118, 119, 123, 125, 126, 132, 137, 138, 144, 145, 146, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 165, 167, 169, 170, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 181, 184, 185, 188, 190, 201, 210, 211, 212, 213, 215, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 266, 268, 271, 281, 284, 285, 288, 301, 304, 305, 306, 308, 310, 313, 314, 316, 317, 318, 320
deber del médico	P. 53, 163, 164, 182, 300
rol del médico	P. 61, 69
PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO	P. 14
PUNICIÓN	P. 3, 6, 7, 12, 14, 19, 23, 24, 33, 74, 86, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 114, 115, 116, 119, 121, 123, 124, 132, 140, 159, 161, 203, 264, 270, 271, 272, 275, 282, 285, 288, 294, 320, 328, 329, 330
R	
RESPONSABILIDAD PENAL	P. 13, 77, 79, 81, 83, 115, 118, 120, 201
S	
SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA	P. 4, 5, 10, 11, 14, 17, 19, 24, 25, 26, 27, 28, 32, 33, 35, 36, 147, 152, 270, 285, 286, 287
SEDACIÓN	P. 40, 41, 110, 178
sedación continua profunda	P. 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 64, 70, 110
sedación terapéutica	P. 45, 50
SERVICIO DE SALUD	P. 15, 17, 30
SUICIDIO	P. 24, 42, 44, 46, 48, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 66, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 108, 120, 157, 158, 159, 160, 161,

162, 165, 166, 168, 169, 170, 203, 208, 211, 212, 260, 264, 267, 305, 306, 313, 316

**cooperación necesaria al suicidio** P. 77, 79, 80, 82, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 102, 103, 104, 105

**cooperación omisiva al suicidio** P. 81, 91, 92, 101, 170

**inducción al suicidio** P. 49, 74, 75, 79, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 103, 107, 112, 113, 260, 285

**participación en el suicidio** P. 73, 74, 75, 79, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 97

**SUICIDIO ASISTIDO** P. 24, 42, 44, 46, 48, 51, 52, 53, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 72, 74, 75, 76, 84, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 168, 169, 170, 211, 260, 264, 267, 306, 313, 316

## T

**TERCEROS** P. 32, 38, 60, 66, 67, 69, 77, 78, 79, 80, 85, 91, 106, 150, 176, 210, 259, 262, 267, 285, 286, 287, 291, 292, 307, 310, 311, 313, 327

**TESTAMENTO** P. 42, 305, 310

**TIPO LEGAL** P. 85, 86, 91, 99, 103, 156, 171, 202, 206, 213, 319, 321, 328, 339, 342

**excluyente del tipo** P. 204, 205

**TRANSPLANTE DE ÓRGANOS Véase ABLACIÓN Y TRANSPLANTE DE ÓRGANOS**

**TRATAMIENTO MÉDICO** P. 44, 57, 64, 65, 66, 109, 156, 158, 173, 177, 182, 211, 262, 283, 285, 305, 318

**TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES** P. 77, 78

## V

**VIDA DE LA PERSONA** P. 3, 5, 12, 13, 15, 16, 17, 19, 23, 25, 28, 31, 34, 39, 40, 42, 45, 46, 49, 52, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 65, 66, 69, 71, 72, 74, 75, 79, 80, 83, 84, 85, 87, 89, 91, 93, 94, 99, 102, 104, 105, 106, 108, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 121, 126, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 142, 144, 148, 149, 150, 152, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 177, 182, 183, 191, 197, 200, 201, 213, 214, 215, 255, 256, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 281, 282, 285, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 297, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 309, 310, 312, 313, 314, 315, 318, 319, 320, 323, 324, 325, 326, 327, 329, 330, 331, 336, 339, 341

**bien jurídico vida** P. 43, 67, 68, 76, 77, 78, 203, 207, 208, 209, 210, 213, 267, 328

**calidad de vida** P. 38, 40, 44, 50, 54, 56, 64, 68, 81, 253, 254, 265, 266, 268

**concepto biológico de vida** P. 64, 70, 328, 333, 334, 340

**concepto jurídico de vida** P. 18

**existencia de la vida** P. 321, 322, 328, 332, 333, 334, 335, 337, 338, 339, 340, 342

**fin de la vida** P. 24, 37, 47, 51, 53, 55, 62, 64, 70, 73, 109, 202, 209, 211, 253, 316, 322, 333

**valor de la vida** P. 43, 67, 168, 170, 209, 263, 299, 300, 303, 304, 314, 332, 343

**VIOLACIÓN** P. 3, 6, 7, 12, 15, 21, 53, 69, 111, 114, 115, 116, 119, 121, 122, 124, 126, 140, 141, 142, 188, 270, 271, 272, 275, 277, 278, 279, 280, 282, 288, 289, 297, 320

**prueba de la violación** P. 119

**VIOLENCIA DE GÉNERO** P. 8, 10

**VOLUNTAD ANTICIPADA** P. 39, 68, 107, 178, 181, 258, 268







Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en septiembre de 2012.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Teletax: 4981-6500 / 2065-5202  
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar