

Los sujetos pasivos del aborto

Por Daniel P. Carrera

Las disposiciones de los pactos incorporados a la Constitución nacional con la reforma de 1994 e incluso, las que les antecederan en diversas provincias, dado los avances de la ingeniería genética, conducen a preguntarse si esas normas superiores han modificado o no el derecho interno preexistente, de modo que haya ampliado la protección al nascituro y que, a su vez, matar a “otro” en el homicidio (art. 79, Cód. Penal) tenga mayor alcance del que se le viene acordando hasta ahora.

En nuestra legislación civil, la persona por nacer (feto) encuentra protección si está concebida en el seno materno (art. 63, Cód. Civil) y se le otorga representación siempre que hubieren de adquirir bienes por donación o herencia (art. 64, Cód. Civil). Los pactos incorporados a la Constitución nacional operaron un cambio fundamental: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4, inc. 1°) establece la protección de la vida humana “a partir del momento de la concepción” sin referirla ya al seno materno, puesto que reparó en la maternidad extracorpórea. Casi igual protección acuerda al nascituro el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6°, incs. 1° y 5°). También, la Convención sobre Derechos del Niño arts. 1°, 2°, y 6°, más concretamente aún el art. 2°, párr. 3°, de la ley 23.849, que aprueba la misma.

Así las cosas, la persona por nacer ya no existe jurídicamente sólo por estar concebida en el seno materno, desde que la legislación con valor constitucional repara en la maternidad extracorpórea, quien antes era un feto ahora es un niño desde su concepción, sea o no en el seno materno, hasta los 18 años, con derecho a la vida y a la salud en cualquier tramo de su existencia, extremos éstos que nuestro derecho no reconocía antes con semejante extensión. Debido a ello, al feto se le da representación en protección de su vida y su salud, así, si la grávida, por ejemplo, procura el parto de un niño anencefálico aunque ya estén cumplido los 8 meses de gestación, y se encuentra en condiciones de realizarse un parto procurado –que es un modo de parir cual parto natural– si la muerte se produce durante el proceso de nacimiento (al comienzo de los trabajos del parto), debe hablarse de homicidio o parricidio, antes de ello de feticidio o aborto. Sin embargo, en Córdoba, Isabel Gregorutti, será juzgada por el delito de aborto, ya que se disparó un tiro en su vientre para matar al feto, pero esto no ocurrió, pues al intervenir los médicos lograron, por medio de una cesárea, el nacimiento con vida de una criatura de 3,100 kg, que sobrevivió 20 días¹, razón por la que murió siendo menor (art. 70 y correlativos, Cód. Civil). De prosperar tal imputación, violará el principio de la ley penal previa que mantiene vigencia constitucional (art. 18, párr. 1°, y garantías judiciales de los pactos incorporados), puesto que si bien hubo nexo causal entre la conducta de la madre y la muerte del ya nacido, no hubo un resultado típico ni como homicidio ni como aborto.

En orden al “otro” del homicidio para nosotros sigue siendo quien en el momento fisiológicamente oportuno de su gestación o en el momento artificial médicamente determinado comienza a nacer con vida.

¹ La Voz del Interior, 15/11/2001, A18.

El problema a dilucidar es si el nacimiento con vida tiene lugar por haber sido concebido en el seno de una mujer, o en una probeta por haberse empleado la fecundación *in vitro*, ya que en ambos casos nos encontramos frente a una vida humana, tutelada desde el ángulo penal por el delito de homicidio.

No existe, en cambio, protección penal para el concebido *in vitro* antes del nacimiento con vida, su destrucción, que es poner fin a una vida humana, llevará sí a responsabilidades civiles y administrativas, pero nunca a responder penalmente, pues se quebrantaría el mencionado principio de la ley penal previa.

Por otra parte, el referido principio opera para que, pese a la protección superior para la salud de los concebidos, se llegue a configurar el delito de lesiones al feto, ya que el aborto preterintencional, causado por las violencias ejercidas sobre una paciente cuyo embarazo fuere notorio o le constare (art. 87, Cód. Penal), por la función delimitadora de los tipos en caso de mero daño al feto en su cuerpo o en la salud, impide la configuración de ese delito y si ese daño se produce al fecundado *in vitro*, es, a todas luces, penalmente atípico.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.

