

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados, etc

Artículo 1º — Suprimase el segundo párrafo del artículo 86 del Código Penal y sus dos incisos.

Art. 2º — Derógase el artículo 29 del Código Penal.

Art. 3º — Incorpórase al Código Penal como artículo 29, en el libro I, título IV, Reparación de Perjuicios, a la siguiente norma:

Al abocarse a la causa, el juez interviniente deberá ordenar la protección médica y asistencial que fuera necesaria para la recuperación de las personas que han resultado víctimas del delito.

Art. 4º — Incorpórase al Código Penal como artículo 29 bis a la siguiente norma:

La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.
2. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuera posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más de estimación si lo tuviere.
3. El pago de costas.
4. Cuando la reparación no se hubiere cumplido durante la condena o cuando se hubiere establecido a favor del ofendido o de su familia una pena de indemnización, el juez, en caso de insolvencia señalará la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas obligaciones, antes de proceder a otorgarle la libertad condicional.

Art. 5º — Incorpórase al Código Penal como artículo 88 bis en el libro II, título I, capítulo I a la siguiente norma:

Será reprimido con prisión de hasta tres años el que causare un daño en el cuerpo o la salud de una persona por nacer.

Art. 6º — Incorpórase al Código Penal como artículo 88 ter en el libro II, título I, capítulo I, a la siguiente norma:

Será reprimido con prisión de hasta dos años el que por su imprudencia, negligencia e impericia, causare un daño en el cuerpo o la salud de una persona por nacer.

Art. 7º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Eduardo A. González.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

La democracia cristiana argentina insiste nuevamente en el respeto que merece la persona por nacer. En dos

oportunidades anteriores hemos presentado proyectos que tienden a la protección del *nasciturus*. Primeramente fue la protección de la mujer embarazada en situación de conflicto; luego la protección a la persona por nacer a través de la educación en torno a la dignidad de la vida humana naciente y la sexualidad humana y su plenitud en el pacto de amor conyugal.

Hemos venido efectuando aportes para prevenir la destrucción de la vida humana más inocente y no podemos seguir permitiendo la grave contradicción que existe en los ordenamientos civil y penal de la República respecto a los límites y alcances de los derechos de la persona por nacer.

Venimos a pedir la derogación del artículo 86 del Código Penal en cuanto permite a un médico diplomado destruir la vida humana naciente cuando dicha vida sea resultado de una violación (sentimental) o de un ultraje al pudor en la mujer idiota o demente (eugénico).

Venimos a oponernos a esta autorización legal para matar que desconoce los derechos fundamentales del hombre como lo es el derecho a la vida de todo ser concebido.

Venimos a oponernos a la autorización legal para matar que tienen los médicos diplomados en abierta contradicción al principio de igualdad ante la ley (artículo 16 de la Constitución Nacional) y en oposición a los claros conceptos de los artículos 63 y 70 del Código Civil.

Matilde Zavala de González, jurista cordobesa de nota, ha puesto a nuestra disposición para ser transcrito íntegramente en nuestra presentación; su excelente trabajo publicado en la revista "La Ley" el día 10 de noviembre de 1983.

Se trata de un profundo análisis jurídico que delata las contradicciones graves que existen en nuestro ordenamiento jurídico por el accionar de ese cuerpo extraño que es el artículo 86 del Código Penal.

Nos alienta el clamor que surge de la nueva Constitución de los cordobeses, que viene a marcar el nivel de sensibilidad de la opinión pública nacional respecto a la protección del *nasciturus* (ver artículos 4, 19 inciso 1 y 59 de la Constitución cordobesa).

También venimos a suplir una incomprensible omisión de la ley penal cual es la falta de sanción a aquellas personas que lesionan al *nasciturus* sin causar su muerte.

El código ha castigado hasta ahora la muerte de las personas por nacer a través de las penas impuestas al aborto (artículos 85 a 88 del Código Penal), por ello proponemos la integración al Código Penal de los artículos 88 bis y 88 ter a fin de proteger a la vida humana naciente de toda agresión recibida a título de dolo (88 bis) o imprudencia, negligencia o impericia (88 ter).

Queremos destacar que hemos llegado al aspecto penal de la cuestión, luego de haber abordado convenientemente la cuestión de la prevención del mismo, en nuestros anteriores proyectos de protección a la persona por nacer a través de la protección a la mujer embarazada en situación de conflicto y a través de la educación en torno a la dignidad de la vida humana naciente y de

la sexualidad humana y su plenitud en el pacto de amor conyugal.

La derogación de la autorización para matar por motivos sentimentales va acompañada en nuestro proyecto de la incorporación de una nueva norma en reemplazo del actual artículo 29 del Código Penal, el cual pasa a constituirse en 29 bis.

La nueva redacción del artículo 29 contempla la atención obligatoria que debe brindar el órgano jurisdiccional interviniente a las personas que han sido víctimas de delitos a fin de ayudarlas a superar los efectos traumáticos que la agresión ha producido en ellas.

Dice Matilde Zavala de González que: El hombre es un ser vivo. Al igual que otros seres de la naturaleza, tiene una vida biológica, pero se diferencia de ellos por su vida psíquica depurada, racional, que le permite tener conciencia de sí mismo, hacer del yo el centro del universo y comprender el sentido de las cosas; y por estar dotado de libertad, con la cual rige su existencia y puede determinarse a sí mismo, en lugar de estar incondicionalmente determinado por factores ajenos.

El hombre es, pues, un ente biopsíquico y espiritual. (1) Su dimensión espiritual lo caracteriza como ser humano, capacitándolo para orientarse hacia el mundo teleológicamente, conforme a fines y valores, en lugar de ser determinado por él. (2)

Por el hecho de vivir, el derecho le reconoce un derecho a seguir viviendo. Lo existencial es el necesario antecedente y soporte de lo normativo; media una prioridad lógica del ente, del ser, del concepto de la naturaleza sobre el deber ser, sujeto de derecho, el concepto jurídico: el hombre es un ser vivo antes de tener derecho a la vida.

Pero la vida, además de condición necesaria del derecho a gozarla, es también condición suficiente, que obliga (éticamente) al derecho a reconocerla y protegerla allí donde se encuentra. El hombre debe tener derecho a la vida por el solo hecho de vivir. Cuando efectivamente el ordenamiento jurídico respeta este imperativo, lo ontológico y lo normativo ofrecen una simultaneidad cronológica: el derecho a la vida es de los llamados innatos, porque viene adscrito indisolublemente a la existencia del hombre. (3)

La protección jurídica de la vida se satisface con su simple presencia. La existencia humana debe ser respetada por ella misma y no por lo que es (su esencia) y no por cómo es (su circunstancia). "Si no se respeta la vida humana en sí, por ella misma, y se le exigen ciertos accidentes o connotaciones para ser respetable, una vez perdida la esencia, ¿qué garantía de permanencia ofrecen tales accidentes?" (4)

En virtud de su libertad, el hombre es dueño de sí mismo. Conferir a otros la facultad de disponer de su vida, cualesquiera sean las razones que se invoquen, importa afectar esa libertad, y de tal modo, la condición esencial que lo distingue entre todo el universo.

Son accidentes que hacen a la circunstancia y no a la esencia de la vida: la etapa de evolución en que se encuentra, la carencia de autonomía o viabilidad, la mala constitución física, los sufrimientos personales, etcétera; y también lo son las repercusiones de esa vida en otras personas: las dificultades económicas, problemas sociales o dolor que suscita en sus allegados, la

inconveniencia de su prolongación para la sociedad o el Estado, las modalidades de su origen (deseada o no por los padres, la calidad del vínculo de filiación, etcétera), el que el sacrificio de dicha existencia sea necesario para salvaguardar otra y otras vidas, etcétera. Sin embargo, muchos de estos accidentes suelen esgrimirse para justificar la muerte de los seres humanos concebidos en el seno materno.

Determinar cuál es el valor que la vida humana tiene para el derecho representa un problema de axiología jurídica. Para solucionarlo, debe tenerse en cuenta la orientación individualista de nuestro ordenamiento jurídico, cuyo eje fundamental es la persona humana, principio, sujeto y fin de todas las instituciones jurídicas: *hominum causa omne ius constitutum est*.

En su significación propia y técnica, "individualismo", es el "sistema filosófico que considera al individuo como fundamento y fin de todas las relaciones morales y políticas" (5); es decir, aquella concepción que asentada en la dignidad de la persona, hace del hombre un fin en sí mismo —no un medio o instrumento—, un sujeto y no un objeto, en virtud de lo cual no puede ser subordinado ni condicionado a otros. (6)

La concepción del hombre como portador de un fin autónomo e intrínseco, indispensable para que pueda satisfacer cualquier fin extrínseco, engendra una estima absoluta e incondicionada de la persona humana, frente a todo otro término de comparación. De conformidad a ello, es jurídicamente imposible mirar al hombre bajo el prisma utilitario de cuánto sirve (o no sirve) a sí mismo, a otros hombres o a la sociedad, y en función de ello decidir su aniquilamiento o mutilación, física o espiritual.

Entre los bienes inherentes al hombre que el derecho protege, la vida es el supremo, pues sirve de asiento para cualquier otro y para la realización de todos los demás valores.

Efectivamente, la vida es un bien fundante, el soporte necesario para el goce actual o potencial de los restantes bienes. Si el hombre no está vivo, falta en "ente" al que se imputa la capacidad de derecho, es sustrato indispensable para la titularidad de cualquier derecho u obligación (artículo 30 Código Civil). La vida no es sólo objeto de un derecho, sino también el presupuesto esencial de la calidad de sujeto de derecho. De allí que no admite matices: se tiene o se pierde, y la pérdida es total, definitiva, irreversible. Así, de los bienes humanos, la vida es el primero y el último: el hombre es tal cuando la vida comienza, y deja de serlo cuando ésta termina. Ello demuestra que la vida es la realidad radical, al decir de Ortega y Gasset, aquella donde arraigan todas las demás. (7)

Se ha objetado la superioridad axiológica de la vida en el ámbito jurídico, como pensamiento nacido de una concepción materialista burguesa y egoísta. Se afirma que, por el contrario, conforme a otra espiritualista, solidarista y no sólo temporalista del hombre, existen valores superiores a la vida, como puede ser el bien común. (8)

También podría impugnarse la preeminencia de la vida sobre los demás bienes desde alguna perspectiva religiosa. Por ejemplo, para el cristianismo, la vida no vale en sí misma, ni en bien ni en mal, pues sólo se justifica en

relación a otros valores. El valor de la existencia no es intrínseco a ella, sino extrínseco.

Questionamientos de esa índole descuidan que el punto de vista aquí escogido es jurídico. La superioridad de la vida se cimienta exclusivamente en la protección que el derecho le confiere (o debe conferirle) en relación a otros bienes jurídicos, privados (personales o patrimoniales) o públicos (la salud pública, los intereses del Estado, la represión de los delitos, etcétera).

Entonces la oposición entre quienes afirman y niegan el valor absoluto y supremo de la vida es más aparente que real: jurídicamente la vida vale en sí misma y es lo que vale, aunque el hombre, atendiendo a una particular concepción filosófica, puede preferir otros valores. Y es para asegurar su libre consecución que el derecho debe tutelar la vida de modo prioritario. Así, no es lícito privar de su existencia al hombre como medio para su fin, pero él mismo puede lícitamente encauzarla hacia éste, aun a riesgo de perderla.

Lo expuesto entraña una paradoja: es precisamente la estrecha relación concreta de la vida con los demás bienes lo que conduce a asignarle en abstracto un valor absoluto, no supeditado a otros, la vida es protegida en sí misma, en razón de ser el puente de tránsito necesario para arribar a valores distintos. Porque es el punto de partida de toda trascendencia, se la tutela en cuanto vida, en su immanencia. La afirmación incondicionada de este principio es posible por su genérica e ilimitada concreción en los hechos.

El valor supremo de la vida humana es un postulado que no admite excepciones, ni siquiera frente a bienes de la misma naturaleza: mi vida, la suya, la de cualquiera, no tienen gradación diversa para el ordenamiento jurídico. Para la moral será más valiosa la del hombre bueno, para la economía la del que produzca más; pero el derecho protege indiscriminadamente la de todos de igual manera, en cuanto vida, y no por los valores o bienes que ella logra o puede lograr (9).

No es admisible jurídicamente el criterio comparativo subjetivo (que mi vida valga más que la del otro) ni lo son los objetivos que pretendieran introducir consideraciones cualitativas (juventud, sabiduría, virtud, poder económico) o cuantitativas (la vida de uno en relación a la de varios otros).

En consecuencia, la muerte inferida a una persona no puede constituir un mal "menor" a los efectos del artículo 34 3º del Código Penal: el sacrificio de la vida ajena no puede encuadrarse jamás en un estado de necesidad. (10).

La legitimidad de la muerte causada por la necesidad de la defensa no empaña el lugar primigenio de la vida entre los bienes jurídicos, porque lo que justifica esa conducta no es el valor inferior de la existencia del agresor, sino la legitimidad de su acto (11). La legítima defensa no es propiamente una negación, sino una consecuencia inmediata del derecho a la vida, porque no confiere la facultad de matar, sino la de defender la propia persona, aunque de ello resulte la muerte del defensor (12).

Tampoco es incompatible con los principios expuestos la posibilidad jurídica de disponer de la vida propia en un acto de abnegación (13). Esta conducta altruista es respetada por el derecho, porque el sujeto no pierde su condición de tal, sino todo lo contrario: logra con su

autosacrificio un objeto valioso, voluntariamente escogido, que lo dignifica. Es el mismo autor el que utiliza su vida pero para darle un fin intrínseco, por cierto sublime y heroico. Como el bumerán, que arrojado vuelve al punto de partida, la muerte realiza simultáneamente la vida perdida.

Es persona para el derecho, el ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones (artículo 30, Código Civil).

Por tanto, en el lenguaje jurídico, persona es quien tiene aptitud para ser titular de derechos y deberes y que, por tal razón, es el sujeto de las relaciones jurídicas. Quien tiene esa capacidad es, precisamente por tenerla, persona (13).

Ahora bien, la capacidad de derecho o personalidad jurídica no se confiere a la nada, sino a un sustrato real, "pues ninguna cualidad puede existir por sí misma, sino como atributo o carácter de alguna cosa o sustancia" (14): Este eje soporte que recibe la aptitud para ser portador de derechos es un ente (artículo 30, Código Civil), algo que es, que tiene realidad, natural y no sólo ideal: el individuo humano o grupo de individuos.

Cuando lo personalizado es el hombre, hablando de personas de existencia visible (artículo 51, Código Civil). Las restantes personas se llaman de existencia ideal o personas jurídicas (artículos 31, 32, Código Civil).

En cambio, en sentido filosófico, persona es el hombre —*persona est naturae rationalis individua substantia*—. Esta otra concepción es reconocida por nuestro Código Civil, donde es el hombre el sujeto de derecho por excelencia (todos los hombres son personas en sentido jurídico), y las otras personas se llaman "jurídicas", es decir, sólo personas para el derecho y en ningún otro sentido.

En consecuencia, mientras que el hombre es una realidad ontológica (un ente biopsíquico y espiritual), persona es, dentro del derecho, una categoría jurídica (el ente, humano o no, que goza de capacidad de derecho). "El hombre existe en la naturaleza, la persona solamente en el derecho." (14)

Además de diferentes, los conceptos de hombre y persona no coinciden siempre en los hechos, pues la personalidad jurídica se otorga también a entes distintos del hombre y no siempre éste ha sido investido de ella.

De allí que, así como la atribución de personalidad jurídica no decide la naturaleza del sustrato que las recibe, su negación a algunos seres humanos (como ha ocurrido con los esclavos o los muertos civilmente y sucede actualmente con los concebidos antes de su nacimiento en algunas legislaciones) sólo los priva de ser personas y no, en cambio, de su calidad de hombres. Y en función de esta última opera la exigencia ética de que el derecho proteja sus vidas. Efectivamente, la existencia del hombre en cuanto tal no está supeditada a que se difiera en el tiempo la concesión de capacidad de derecho (hasta el nacimiento o hasta que nazca viable) o a que dicha capacidad sea limitada y puesta a extinguirse, como ocurre en nuestro derecho con las personas por nacer.

En otros términos, así como las personas de existencia ideal no tienen derecho a la vida, por ausencia del hecho natural que es objeto de este derecho, la circuns-

tancia de que ciertos hombres no sean personas para el derecho no margina su existencia natural de la órbita jurídica. Porque la vida humana debe ser protegida, y de hecho lo es en la mayoría de los ordenamientos, por ser tal, por su sola presencia, y no por la condición jurídica que pueda tener el hombre que goza de ella.

De este modo, en el derecho español es persona el nacido que vive veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (artículo 30, Código Civil).

Pero si bien la personalidad civil está en suspenso durante veinticuatro horas, ello no impide que aun en el curso del primer día de vida tenga el recién nacido la protección del derecho público, y así, en el caso de que alguien le diera muerte, cometería un delito contra la persona del niño como sujeto de derecho protegido ya por el ordenamiento jurídico, y no evidentemente, contra la persona de la madre.

El recién nacido que ha vivido menos de veinticuatro horas desde la separación no es persona según el derecho civil español, pero como es hombre, se protege su vida. Si sólo a quien tiene capacidad de derecho se le hubiese de respetar la vida, cabría matar impunemente al niño antes de ese plazo. Por la misma razón no procede negar la tutela de su existencia al que sólo ha sido concebido en virtud de que todavía no sea persona para el derecho.

En síntesis, la carencia de personalidad jurídica del ser concebido en algunos sistemas, no determina por sí misma, en modo alguno, la legitimidad de la provocación de su muerte.

En cambio, toda vez que un ordenamiento jurídico otorga capacidad de derecho al hombre antes del nacimiento, si bien no le confiere su condición humana (la tiene por lo que es, no por lo que el derecho dice al respecto), está reconociendo un hecho fundamental: la existencia del hombre ha comenzado. Y de ello deriva una consecuencia jurídica más trascendente que la posibilidad de adquirir bienes patrimoniales: el imperativo de que su vida, el bien personalísimo fundamental, sea respetada.

Entonces, si bien el comienzo de la existencia del hombre es una cuestión determinada por la naturaleza, ajena en cuanto tal al derecho, cuando éste imputa a la concepción del ser humano efectos jurídicos de derecho privado, con mayor razón debe preservar su existencia, que es el basamento necesario de todos los demás derechos y de los deberes jurídicos. Esta es la situación en el derecho argentino, según estudiamos a continuación.

El comienzo de la existencia del hombre para derecho: son personas de existencia visible "todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes" (artículo 51, Código Civil).

En consecuencia, en el derecho argentino son personas todos los hombres sin distinción alguna, porque la ley no repara para conceder personalidad en las "cualidades o accidentes", cualesquiera éstos sean e indudablemente es una "cualidad o accidente", la circunstancia de que el ser humano no haya nacido todavía, el que la naturaleza no le haya permitido romper aún la ligazón física con su madre. (15)

En esa formulación jurídica se ve la proyección de un principio ético cual es la capacidad de derecho inherente al hecho de la existencia de una persona humana, sin consideración a las circunstancias de esa existencia como su mayor o menor duración (artículo 72, Código Civil y su nota), o que todavía se desenvuelva en el vientre de su madre (artículo 63 y su nota).

Efectivamente, "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas" (artículo 70 Código Civil) (16); y tal no es una afirmación puramente jurídica, sino la comprobación y declaración por el derecho de un suceso natural; la presencia en el mundo de un hombre, al que se otorga la calidad de persona o sujeto de derecho, conforme señala a continuación el mismo artículo: los seres concebidos "antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido".

La primera parte de la norma se refiere, pues, a un hecho: la existencia del hombre arranca en la concepción; la que le sigue, en cambio, consagra la consecuencia jurídica: el concebido es tratado jurídicamente de igual manera que el nacido. No es que ficticiamente se lo reputa existente (ya existe desde la concepción); se le reputa persona como al nacido. En consecuencia, la expresión "como si ya hubiesen nacido" no tiene valor ontológico (considerar hombres a los que no lo son aún), sino exclusivamente jurídico: considerar también persona al hombre concebido, a pesar de que no ha nacido.

La enfática declaración inicial del artículo 70 tal vez era innecesaria ante lo preceptuado por el artículo 63: "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". Po que e ordenamiento jurídico no personaliza a la nada, sino siempre a un ente (artículo 30), y éste es el hombre en el caso del producto de la unión del hombre y la mujer. Por tanto, conferir capacidad de derecho antes del nacimiento importa admitir que el hombre ya es tal desde la concepción.

Persona por nacer significa que el concebido es sujeto de derecho porque existe como hombre: "las personas por nacer son personas futuras, pues ya existen en el vientre de su madre", dice la nota al artículo 63. Y obviamente se refiere a la existencia natural, la cual, a diferencia de la "jurídica" (que es la abstracción), se desenvuelve en un ámbito físico, como lo es el seno materno —o la probeta—, antes del nacimiento.

Jurídicamente hay una persona, porque naturalmente hay un hombre. El derecho no podía personalizar a una parte de la madre, porque en ningún caso porción corporal alguna tiene capacidad de derecho; sólo la tiene el hombre en cuanto ser individual, distinto de cualquier otro.

Las personas por nacer son, entonces, personas visibles en el primer período de su vida, que transcurre entre la concepción y el nacimiento. De este modo, los artículos 54, inciso 1 y 57 inciso 1 referidos a ellas, se ubican en el título "De las personas de existencia visible" (título II, sección I, libro I).

No hay diferencia en el sustrato de las personas de existencia visible: es el hombre lo que existe, antes del nacimiento como después; ni tampoco en la capacidad

de derecho misma, sino en cuanto a su amplitud y perdurabilidad. No es el otorgamiento de la personalidad, y si únicamente su perfeccionamiento y consolidación, lo que arriba luego de la separación del niño de su madre. Este acontecimiento, que es una etapa de las tantas que se suceden en la existencia natural del hombre, también lo es jurídicamente, pues inicialmente la personalidad, sino sólo su irrevocabilidad y contenido potenciales, que pasa a ser ilimitado. El nacimiento constituye una de las cualidades o accidentes (artículo 51) que se presentan en la vida del hombre, por cierto importantísima, pero no en el punto de arranque de su ser y desarrollo, que ha comenzado en la concepción y se desarrollará ininterrumpidamente hasta la muerte. (17)

En síntesis para el ordenamiento jurídico argentino el hombre comienza a existir desde la concepción, pues la capacidad de derecho se otorga a un ente (artículo 30), que es humano en las personas de existencia visible (artículo 51), las cuales existen desde la concepción del hombre (artículo 70), y que se llaman personas por nacer cuando todavía no han nacido (artículo 63).

La existencia biológica del ser humano desde la concepción es tan real e indudable para el derecho que lo permite adquirir bienes (artículo 64) y suplir sus deficiencias para actuar por sí mismo declarándolo incapaz absoluto de hecho (artículo 54, inciso 1) y proveyéndole representantes que obrarán en su nombre, protegiendo sus intereses (artículo 57, inciso 1). Y en la duda sobre si alcanzó o no a vivir después de la separación de la madre, se considera que si, salvo prueba en contrario (artículo 75), para que incluso en la incertidumbre no deje de ser jurídicamente reconocida la existencia del hombre. El Código Civil demuestra de tal manera un respeto reverente a la dignidad del ser humano (18).

También "desde la concepción" entra a funcionar la patria potestad, que es "un conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos" (artículo 264) (18). Y la principal obligación de ambos padres sobre la persona de su hijo, nacido o concebido, es asegurar el respeto por su vida, que implica, desde luego, hacer lo necesario para preservarla y desarrollarla, pero, sobre todo, no destruirla, no matarlo (19). Los que postulan que el feto es una parte integrante de la madre ("*pars visceram matris*") olvidan que para nuestro derecho, y también en la naturaleza de las cosas "el feto tiene un padre: que en principio, no es asunto de una, sino de dos" (20).

Aun en las legislaciones en que impera la regla de que la existencia de las personas comienza el día del nacimiento, se admite el reconocimiento del hijo concebido en el seno materno; solución que con mayor razón cabe en nuestro derecho. Así, el artículo 322 del Código Civil alude al reconocimiento expreso por el padre antes del nacimiento, de donde se interpreta que el hijo por nacer es titular de la correspondiente acción de filiación (21).

De todo lo expuesto surge que el artículo 70 no es una mera declaración abstracta: el comienzo de la existencia humana desde la concepción es un hecho natural

acontecido como principio jurídico afectivo, y debe proyectarse a todo el derecho argentino, por exigirlo así la unidad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, se ha sostenido que la regla de que los nacidos sin vida "serán considerados como si nunca hubieran nacido" (artículo 74) es incompatible con el principio que el mismo código postula de que el concebido es persona antes del nacimiento, y significa que la existencia natural declarada antes del nacimiento, es una ficción. Habría una ficción doble: "cuando está concebido, se lo reputa ya nacido; si nace muerto, se lo considera como 'no concebido'" (22).

Pero ya hemos precisado que el artículo 70, en cuanto señala que la existencia de las personas se inicia en la concepción, no es una ficción, sino por el contrario, el reconocimiento de una realidad que el derecho "encuentra" (23). "Ficticia" es ciertamente la capacidad de derecho que entonces se atribuye, como lo son todos los conceptos jurídicos en el sentido de que el derecho los "inventa" para sus fines propios; también lo es, por supuesto, la capacidad de derecho del hombre ya nacido.

Si es una ficción la contenida en el artículo 74; si los seres concebidos "*muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido*". Se trata de una *mentira legal*, de una deformación jurídica de la realidad, necesaria para la consecuencia que el código allí establece: borrar retroactivamente la capacidad de derecho, lo que borra el hecho mismo que era su supuesto, sino sólo los efectos jurídicos que él producía (artículo 896).

En la falta de poder del derecho para enervar la situación natural pasado lo que determina, precisamente, que deba reputarla "como si" no hubiese sido. La propia terminología de la norma está reconociendo la existencia transcurrida: los no nacidos "serán considerados como si no hubiesen existido"; lo cual significa, es verdad que el concebido existió, pero hagamos de cuenta lo contrario, suprimamos mentalmente esa existencia, no le asignemos proyección jurídica, por no haberse satisfecho el requisito de su prolongación más allá de un cierto límite temporal, que la ley exigía para la consolidación definitiva de la personalidad. Porque el derecho no puede ir contra la naturaleza, pero puede, sin duda, atribuirle o negarle consecuencias jurídicas.

El nacimiento con vida no condiciona, entonces, la existencia misma que el hombre tenía cuando fue concebido, sino únicamente la manutención del efecto jurídico que a ella se imputaba; pues de verificarse aquel feliz acontecimiento, los derechos antes adquiridos son en adelante irrevocables (artículo 70).

Dicho requisito podrá ser parcialmente contrario a la exigencia ética, prácticamente invariable en nuestro derecho, relativa a la personalización del ser humano (24), pero no es incongruente con la lógica jurídica. Pues así como se confiere capacidad de derecho a ciertos sustratos, es jurídicamente factible negarla y aun revocarla retroactivamente, por razones cualesquiera y sin incongruencia formal alguna. Tal vez el Código Civil ha tenido en cuenta que el hombre que no ha integrado en medida apreciable en el mundo de las relaciones humanas, por haber transcurrido su vida en la oscuridad

del vientre materno (25), y que por ello hace inconveniente la subsistencia de los derechos que se le otorgan.

Es tan evidente que el artículo 74 encierra una ficción limitada a la capacidad de derecho, no extensible más allá de este ámbito, que no rige en el derecho penal: causar la muerte del ser que ha comenzado a nacer, antes de la separación del seno materno, se castiga como homicidio (26), lo cual no sería admisible si para el ordenamiento jurídico el ser que no ha llegado a nacer realmente no hubiera existido.

El comienzo de la existencia del hombre según la naturaleza. El sistema jurídico expuesto es congruente con la naturaleza. Hoy la biología no discute que la vida de un nuevo ser se inicia desde el momento mismo en que un óvulo femenino es fecundado por un espermatozoide masculino y que aquél posee ya, en miniatura, todo el patrimonio genético de un adulto. Esa vida es distinta de la de sus progenitores y forma sus propias células, recibiendo de la madre sólo aquello que impulsa su crecimiento y desarrollo (aliento, hormonas, vitaminas, etcétera) (28).

Pero lo que se suele negar es que esa vida tenga carácter humano; o bien, reconociéndose la vida humana desde la concepción, se sostiene, sin embargo, que no hay todavía un hombre. Entonces, aunque el material del problema sea biológico, la óptica con que se lo enfoca —y debe ser enfocado— es filosófica: ¿Cuáles son las notas esenciales del hombre que permiten comprobar cuándo ha comenzado a serlo?

No hay que ser siquiera medianamente inteligente para darse cuenta de que lo engendrado por el hombre y la mujer debe, por fuerza, pertenecer a la especie humana (con la misma fuerza con que los perros no engendran gatos ni los naranjos producen manzanas), por lo que la vida inaugurada con la concepción no puede ser sino humana. En verdad, el ser concebido nunca será humano si no lo es ya entonces (27).

También es evidente que no hay otra forma de tener vida humana sino siendo hombre, porque la vida no se concibe sin el ser que la goza, el hombre es tal sólo mientras vive. Persona humana y vida humana son ontológicamente inseparables (28), y sólo pueden disociarse en un proceso de abstracción mental, como cuando, por ejemplo, se erige a la vida en objeto de un derecho subjetivo del que es titular quien vive.

Entonces, si desde la concepción hay algo vivo y distinto, y ese algo pertenece a la especie humana, desde entonces existe el hombre, con todos los caracteres, potencias, cualidades y defectos individuales. El feto es uno de nosotros y no algo diferente e intermedio entre la nada y el hombre. Esto, que pareciera no discutible, sin embargo se discute. Pero cuándo se produciría en tránsito de lo no humano, si ese instante se fija más allá de la concepción? Los tres sistemas principales que han intentado responder a esta pregunta indican, respectivamente, la actividad cerebral, la viabilidad o la autonomía. Antes de satisfacerse estas exigencias, el feto no sería un hombre, sino parte integrante del cuerpo de su madre, o a lo sumo, una expectativa de hombre.

De este modo, se sostiene que durante las primeras semanas de vida no se advierte aún lo que caracteriza al ser humano, la inteligencia, porque en esa etapa el concebido

no tiene actividad nerviosa registrable, pudiendo obtenerse únicamente un electroencefalograma plano.

Pero, por una parte es suficiente que la dimensión racional del hombre exista como aptitud o potencialidad, sin ser menester su presencia como cualidad efectiva y perfecta; y en el feto las células nerviosas ya se encuentran, a pesar de que todavía no desarrollan una actividad probable. Por la otra, "la vida humana es concebible con un electroencefalograma plano (29), que no es signo infalible de la muerte de un hombre. Opinar que el ser concebido no es humano porque no posee actividad cerebral comprobable, conduce a privar de la misma calidad a quienes por algún factor patológico tampoco poseen. Autorizar la destrucción de aquél porque todavía no es un hombre, autorizaría también la de éstos porque han dejado de serlo. Y aunque todas esas vidas tengan el mismo valor jurídico, existe una diferencia circunstancial destacable: la del concebido ha empezado con toda la fuerza, las otras probablemente están por extinguirse.

Algunas legislaciones limitan la posibilidad de abortar, estableciendo como tope la presunta viabilidad del feto, conforme a su grado de madurez (alrededor de los seis meses); es decir, la aptitud de prolongar autónomamente la vida de seguir viviendo una vez separado de la madre.

Un sistema de tal índole es congruente únicamente si se entiende la viabilidad como exigencia de la condición humana; pero este entendimiento es contrario a la naturaleza de las cosas, de conformidad a la cual la vida humana es posible aunque haya imposibilidad de prolongarla (véase el artículo 72 Código Civil y su nota). De lo contrario, habrían dejado de ser hombres los enfermos desahuciados.

Además de incongruente, el sistema es aberrante, si se admite que el feto no viable es un hombre, porque entonces desprecia totalmente el derecho a existir de quienes, sin ser capaces de vida autónoma todavía, tienen ya vida humana (29).

En realidad, el requisito de la viabilidad equivale al de autonomía potencial para la existencia de la persona humana. Valen por ello, a su respecto, las consideraciones que formulamos a continuación en relación a quienes postulan para el mismo efecto, la autonomía efectiva del hombre.

Así, cierta opinión estima que el hombre es tal recién cuando ha nacido, porque sólo a partir de este momento su existencia es autónoma. En tal sentido, se ha señalado que el concepto general de la persona humana "alude al hombre después del nacimiento, es decir, cuando ha adquirido vida individual y autónoma". Tampoco el derecho puede, lógicamente prescindir de estas notas esenciales, pues persona es quien puede ser sujeto de derechos y deberes y es obvio que este sujeto debe ser autónomo de otro cualquiera (40).

La nota de la autonomía es exacta, pero errada su interpretación. Lo que es autónoma es la existencia del hombre, pero puede o no serlo su subsistencia sin que ello afecte la condición humana. La autonomía no debe referirse a la forma como es posible la vida, sino que a éste sea una sustancia reconocible como propia, ac-

tual, individual, inconfundible y radicalmente inconfundible con otra.

La vida del hombre es siempre autónoma, pues es suya, le pertenece a él y a nadie más, es ontológicamente independiente y distinta; y no deje de ser hombre quien está subordinado a otras personas para la permanencia, conservación o estabilidad de su vida: el hombre es tal desde que vive aunque necesite de los demás para seguir viviendo. La esencia de la condición humana es la existencia misma en este carácter, y constituye una mera circunstancia el modo, autónomo (autosuficiente) o dependiente (subordinado), en que esa existencia se desarrolla (31).

Si se entiende que sólo son personas las que pueden subsistir sin sujeción a las demás, quizá ninguno de los que llamamos hombres lo sería, por la interdependencia que crea la vida en sociedad; menos aún los hermanos siameses (sobre todo si la unión opera a través de un órgano vital), el recién nacido (completamente supeditado a los cuidados ajenos, con mayor intensidad si es prematuro), o cualquier persona física o económicamente desvalida, que requiriese de la asistencia de los demás para continuar viviendo.

El ser concebido tiene efectivamente una vida propia y de ningún modo puede ser considerado como una parte integrante de la madre, aunque se desarrolle a sus expensas. El impulso que alienta la existencia proviene de la madre, pero ésta es sólo el soporte o apoyo de una vida de la que no es titular nadie más que el nuevo ser. El feto no necesita de la madre para ser (ha necesitado de los padres para poder llegar a ser, después ya es por sí mismo), sino para seguir siendo. Cuando una mujer está embarazada hay dos realidades biológicas, dos seres vivos, si bien uno precisa el auxilio del otro. La naturaleza crea, para la protección y no para la desjerarquización del hombre en la primera fase de su existencia, una íntima relación vital entre el hijo y su madre, que cuenta con dos términos, ninguno de los cuales desaparece o se subsume en el otro. El feto es un inquilino o huésped en un cuerpo ajeno y no uno de los órganos, es un prisionero a la espera de una liberación que sobrevendrá fatalmente. La relación entre el hijo concebido y la madre puede ser comparada con la media entre la planta parásita y el árbol del cual se alimenta, que son dos entes biológicamente diferentes ("autónomos"), aunque conexos (uno depende del otro para prolongar su vida).

Lo afirmado se refuerza con múltiples argumentos. Es posible matar al hijo concebido sin afectar la existencia de la madre; y a la inversa como señala Vélez Sarsfield en la nota al artículo 70, recordando una antigua ley romana, también lo es abrir el cuerpo de una mujer embarazada después de su muerte, a fin de salvar a su hijo. Ninguna de ambas cosas sería factible si la vida de los dos fuera una sola.

El efecto existe contingentemente en el cuerpo de la mujer, es innecesario para contemplar su figura, no representa una anomalía patológica y tiene vocación de ulterior independencia (33). "Las células de la madre tratan de expulsar al feto, pero éste tiene un mecanismo defensor contra la madre que falla a los nueve meses. Durante este tiempo es sólo un prisionero" (34).

Se ensaya actualmente implantar en la matriz de mujeres receptoras, de óvulos ajenos ya fecundados, en donde se advierte perfectamente la diferencia de los términos en la relación feto-portadora (35).

Finalmente, si en la realidad el ser concebido fuera una parte de las entrañas maternas, la madre sería su dueña exclusiva, pero ocurre que aquél tiene además un padre, con derechos y obligaciones sobre su persona. Esta dual procedencia generacional trasunta una autonomía con relación a la madre también en el origen de la nueva vida, incompatible con la tesis que la ve como mera prolongación del cuerpo de ésta.

El derecho de nacer. La determinación por el derecho civil del momento en que el hombre comienza a existir debe acarrear consecuencias jurídicas trascendentes. La declaración contenida en el artículo 70 del Código Civil no sólo es jurídicamente ociosa o superflua, sino que no puede ser circunscrita a las relaciones de derecho privado, a riesgo de violar el principio de la no contradicción y la unidad del ordenamiento jurídico.

Si para el derecho argentino el hombre existe desde la concepción, si a partir de ese instante es persona o sujeto de derecho o, no puede carecer del derecho fundamental de ser humano: el derecho a la vida. Por tanto, su primera manifestación es el derecho a nacer una vez concebido, que es el propio derecho a la vida en la etapa inicial de la existencia humana; y que, como los demás derechos personalísimos, es oponible a todos los demás individuos (*erga omnes*) incluida la propia madre. Negar el derecho a nacer es destruir la base de todos los demás.

Es cierto que, aunque se opine que el concebido no es todavía un hombre, la ley debería igualmente prohibir su destrucción, en atención al hombre futuro; pero obviamente no es lo mismo tutelar una mera esperanza de vida humana que otra actual: siempre es inferior axiológicamente el bien existente, aunque esperado, que el ya logrado.

Si por el contrario, antes de nacer ya hay un hombre, la protección de su vida debe hacerse con la misma intensidad que la de los ya nacidos, dado el valor absoluto, incondicionalmente y supremo que tiene la existencia del hombre para el derecho, cualquiera sea su marco condicional.

En consecuencia, en nuestro sistema jurídico, el respeto de la vida humana es imperioso desde su mismo comienzo y la prohibición de matar debe regir con fuerza similar antes del nacimiento como después.

Si la vida humana tiene jurídicamente un valor absoluto, por ella misma y no por sus accidentes, toda discriminación entre las personas en cuanto a la protección de su preservación física es odiosa, irrazonable e ínicua. "Una discriminación fundada sobre los diversos períodos de la vida no se justifica más que otra discriminación cualquiera. El derecho a la vida permanece íntegro en un anciano, por muy reducido de capacidad que esté; un enfermo incurable no lo ha perdido. No es menos legítimo en un niño que acaba de nacer que en un hombre ya maduro" (36).

Es también injustificable la discriminación que pretendiera introducirse según que el hombre viva aún dentro de su madre o haya salido ya de su cuerpo: violaría el principio de igualdad ante la ley (artículo 16, Constitu-

ción Nacional), ya que los seres humanos concebidos también "habitan" en la Nación Argentina, aunque temporalmente su residencia inmediata sea el seno materno.

No obstante, se pretende explicar la diferencia de pena entre el aborto y el homicidio, porque en aquel caso se destruye únicamente un germen o esperanza de vida y en el otro una definitivamente adquirida (37). Por una parte, esta opinión no condice con la propia ley penal, donde es homicidio y no aborto, la muerte causada al hombre antes de nacer, si el parto se ha iniciado (infra, N° 4), en cuyo caso no puede hablarse de una vida consolidada por el nacimiento. Pero además, es menester destacar con énfasis especial que, en materia de vida en general y de vida humana en particular, sólo puede aludirse a una "esperanza" de vida con relación a quienes aún no viven, pero se desea que lleguen a hacerlo (como el hijo deseado por una pareja), y nunca de quienes ya viven, cualquiera sea la fase o la precariedad de su existencia. Y en un cierto sentido, todos los que viven, concebidos y nacidos tienen vidas (definitivamente adquiridas), porque dicha adquisición es rotunda y categórica: es un bien, cuya determinación no ofrece matices: o la hay o no, sea porque todavía no existe, sea porque la que existía se perdió. Y en otro sentido, referido a la conservación de la vida adquirida, la de ninguno es definitiva por el carácter incierto y efímero que ofrece la de todos los llamados mortales ("nadie tiene su vida comprada", dice el vulgo).

En virtud de todo lo expuesto, cualquier razón (o sinrazón) para matar al hombre antes de nacer, puede esgrimirse con igual validez contra el ya nacido en similar situación fáctica; es decir, aduciendo un móvil terapéutico, sentimental, eugenésico, económico, social, etcétera. Si ante estas razones no hay motivo prevaeciente para que un ser concebido nazca, tampoco habrá para que un nacido siga viviendo (38).

Frente a quienes defienden la legitimación del aborto con mayores o menores restricciones, por consideraciones "humanistas" o "progresistas", debe afirmarse con firmeza que la verdadera humanidad y el verdadero progreso "está en el derecho a la vida: en salvaguardar en todos los ámbitos la existencia humana, la de todo ser que tenga vida humana sin condición ni límite fundado en la pequeñez o en la defensión del ser" en cuestión o en la circunstancia de la madre (39).

Desde el punto de vista legal, lo característico del aborto es la muerte provocada del hombre antes de que haya comenzado a nacer, siendo indiferente el método con el que se causa este resultado.

En consecuencia, el bien jurídico protegido en las normas punitivas del aborto es la vida del hombre en una cierta etapa de su evolución: desde la concepción y hasta el momento en que se inicia el parto. Quien causa un aborto atenta contra la existencia de un ser humano, del mismo modo que el que comete un homicidio.

En efecto, la represión del aborto se emplaça en el libro II, título I (Delitos contra personas), capítulo I (Delitos contra la vida), no habiendo sido allí utilizado el concepto de persona como equivalente a sujeto de derecho, sino el sentido más limitado y restringido de persona física (40).

Que el bien lesionado por el aborto es directa y esencialmente la vida resultaba evidente, además, porque se castiga a la mujer que causa su propio aborto (que ando sin valor la tesis que considera al concebido como parte de su madre): porque se reprime al tercero que lo causa aunque obre con el consentimiento de la mujer (es víctima aquí solo el ser concebido); y porque esta última conducta se sanciona con mayor severidad en defecto de dicho consentimiento, lo que pone de manifiesto que entonces se protege, además de la vida del nuevo ser, la libertad y maternidad de la mujer (41). Ahora bien, nuestros autores llaman "feto" a la víctima del aborto, concepto que no coincide con el médico (42), y que podría ser admisible se le asigna un sentido convencional y didáctico, para hacer una distinción con la víctima del homicidio, que permite la delimitación de ambas figuras. Pero esa terminología es inaceptable si con ella se significa una diferencia sustancial en cuanto a la naturaleza o condición del titular de la vida destruida, que es el hombre en ambos casos: el no nacido en el aborto, el naciente o nacido en el homicidio. La diferencia entre las penas correspondientes a los delitos de aborto y homicidio debe buscarse en razones de política jurídica ajenas a la calidad intrínseca del bien tutelado en los dos supuestos.

Puede, verdaderamente, efectuarse una separación esencial entre la provocación de la muerte del hombre por nacer y la del ser que está naciendo o ya nacido. En sentido afirmativo, se ha pronunciado, en general, la doctrina penal: se considera homicidio la muerte inferida al hombre y aborto la inferida al feto (43), con lo cual queda implicado que éste es un ser diverso del primero; se estima que el feto es una "persona en formación", en curso de individualización y todavía como *pars visceram matris* (44); y del aborto, a diferencia del homicidio, implica la destrucción de un germen y de una vida definitivamente adquirida (45).

Esas opiniones no sólo contravienen los principios insertos en el resto de nuestro ordenamiento, ya estudiados, sino que son incongruentes con la propia ley penal. Pues dentro de ellas no hay diferencia entre el sujeto pasivo del aborto y del homicidio (que es el hombre), ni en cuanto al bien jurídico que comprometen: esos delitos (que es la vida humana), y si únicamente, en relación a la fase circunstancial que atravesaba la existencia de la víctima: hay aborto u homicidio según que el hecho se cometa, respectivamente, antes o después del "comienzo natural o artificial y oportuno de la expulsión del niño del seno materno" (46); así, en el parto natural, el filo de la navaja que separa ambas figuras es la iniciación de los dolores de parto. Entonces, la distinción no radica en que en un caso se cause la muerte del concebido y en el otro del nacido, sino que en el proceso que lleva al nacimiento haya comenzado, aunque no concluido.

Efectivamente, el homicidio se atenúa cuando, para ocultar su deshonra, la madre mata a su hijo durante el nacimiento o bajo influencia del estado puerperal (artículo 81, 2, Código Penal); lo que significa que, no mediando esas condiciones de autor o motivo, se aplica el tipo genérico, es decir, el homicidio. Por consiguiente, para la ley penal ya hay un hombre antes del nacimiento (que, en cuanto efecto, supone la vida des-

pués de la completa separación de la madre), porque puede cometerse un homicidio desde el principio mismo de la expulsión, a pesar de que todavía no se haya concretado.

En otros términos, el Código Penal no acepta que el nacimiento sea el hito que marca la existencia de la persona humana: no todos los no nacidos con víctimas posibles del aborto ("fetos", en el lenguaje penal), ni las víctimas posibles del homicidio ("hombres" en esa terminología) son necesariamente los nacidos, pues la muerte del no nacido se castiga como homicidio si se provoca cuando está naciendo.

A la incuestionable afirmación de que el hombre no deja de ser tal en razón de no haber nacido ¿puede agregarse ahora la de que sólo es hombre para el Código Penal el que ha comenzado a nacer, porque únicamente entonces puede ejecutarse un homicidio? Ya descartada la tesis del nacimiento o autonomía efectiva del hombre, ¿puede razonablemente aceptarse que el límite divisorio entre lo no humano y lo humano sea el mero inicio del proceso que eventualmente conduce al nacimiento? ¿Dicho factor es el que decide la condición humana de la víctima? La opinión positiva implica el absurdo de que sería "hombre" el ser no expulsado todavía de su madre, si el parto ha comenzado; y algo distinto e inferior —"feto"— el que también sigue unido a ella, y que incluso puede ser viable, por la sola circunstancia opuesta.

Por el contrario, y al igual que las demás eventualidades ulteriores a la concepción, el principio del proceso de expulsión del niño no define su naturaleza humana, aunque sí determine la aplicación de uno u otro tipo penal, a í como la vida al cabo de la expulsión determina la consolidación de la capacidad de derecho que le había sido otorgada.

La injustificable justificación del aborto: el artículo 86 segundo párrafo, del Código Penal, dispone, al tiempo de la publicación originaria de este artículo: "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 grave 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 por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demende, será necesario el consentimiento de su representante legal".

La doctrina entiende que la ley ha consagrado aquí tres causales de justificación del aborto, de modo que el practicado en uno u otros supuestos es lícito. El primero es llamado terapéutico, por perseguir finalidades curativas; el segundo, sentimental, por atender a la impresión repulsiva y amarga que la madre suscita el fruto de la violación de la que fue víctima; y finalmente el aborto eugenésico.

El aborto terapéutico es considerado como un caso especial de estado de necesidad, que se diferencia del regulado por el artículo 34 inciso 3º del Código Penal, por no requerir la inminencia del mal que amenaza y sí, en cambio, su inevitabilidad por otros medios. Por no ser urgente o constituir un aborto "en frío" (47), requiere al consentimiento de la mujer encinta y que lo practique un médico diplomado, opinándose que am-

bas condiciones (48) o sólo la segunda (49) pueden dejarse de lado cuando se llega a una situación extrema o apremiante.

Por el contrario, opinamos que el aborto terapéutico contradice la raíz fundamental, de naturaleza axiológica, que sustenta la justificación por estado de necesidad, que radica en la desproporción de los males en juego: el causado debe ser menor que el que se busca evitar (artículo 34 inciso 3). Efectivamente, aun cuando el peligro debe ser grave, si lo que se procura preservar es la vida de la madre, estaríamos en presencia de males iguales; (50) y si lo comprendido en su salud, matar al hijo para salvaguardarla implicaría causar un mal mayor, además que la ley ni siquiera exige que las consecuencias lesivas para la salud tengan carácter permanente.

Es innegable que pueden existir una serie de razones subjetivas o personales, generalmente de índole afectiva, para preferir los bienes maternos, (51) pero ellas no pueden fundar una solución de juridicidad o antijuricidad, la cual debe atenerse a la entidad objetiva de los males en juego, según el valor que ellos tienen para el ordenamiento jurídico y no para alguno de los titulares de los bienes comprometidos. (52) Y objetivamente los bienes personalísimos de similar naturaleza tienen para el derecho idéntica jerarquía, además, el valor absoluto y supremo de la vida humana, impide disponer lícitamente de ésta como medio o instrumento, aunque el fin sea la preservación de otra vida (supra, número 2 b). Esto, que constituye el principio general ¿debe tener una excepción por la circunstancia de que los bienes en conflicto pertenezcan a una madre y a su hijo, ¿cuál razón, fuera de la maternidad misma, podría invocarse para afirmar el valor objetivamente prioritario de la existencia o salud de una mujer frente a la existencia de su hijo?

Si realmente los bienes de la madre fuesen más importantes, cabría obrar sino contra su voluntad no sólo en la hipótesis del artículo 34, inciso 3º, sino también el aborto en frío, pero la ley no lo acepta en este caso. Y si aquella premisa fuese exacta, debería legitimarse también el homicidio terapéutico, cuando el peligro para la vida o la salud de la madre se presenta durante el parto, dada la identidad de los bienes jurídicos protegidos en el aborto y el homicidio; no obstante, la ley ni siquiera atenúa el infanticidio que persigue finalidades curativas para la madre.

El derecho no puede aprobar la destrucción de un ser humano inocente, (53) justificando el acto de la muerte. Este debe ser reprobado en sí mismo (ilícito), aunque el autor pueda ser impune por otro motivo.

No compartimos la opinión de que la posibilidad que tiene la madre de optar entre su vida o salud (o situación espiritual, en la hipótesis del apartado 2º del artículo 86) constituya la puerta que la ley abre a una maternidad heroica (54). En efecto, cuando la madre decide no practicar el aborto, aunque ello le signifique un daño personal, no realiza un acto heroico —que supone el sacrificio espontáneo y abnegado de lo propio—, sino un acto debido, pues se limita a no sacrificar lo ajeno, en el caso, de la vida de su hijo. No exige una conducta heroica cuando la opuesta importa un

daño para terceros, aunque el cumplimiento de la debida pueda ser dolorosa y difícil. No está en juego aquí, como la legítima defensa, el derecho del ser humano de luchar por su supervivencia, a pesar de que lesiona otros intereses, (55) sino el pretendido derecho a disponer de la vida de los demás en beneficio personal, que el ordenamiento jurídico niega en general y debería negar también en el aborto. Variando un ejemplo que se ha dado para ilustrar esta situación, la obligación no radica en que cubra yo con mi cuerpo el de un amigo al que dispara un asesino, (56) sino que no cubra el mío amenazado con el del amigo; nadie puede válidamente consentir para que se mate a un ser humano, ni siquiera la madre, que no puede decidir sobre la vida que no le pertenece, aun cuando se encuentre en conflicto con la suya.

La relativización del valor de la persona humana que se desprende del artículo 86, párrafo 2º fuera de ser contraria al sistema general, ofrece serios peligros por la posibilidad de su extensión, como principio de interpretación en el estado de necesidad, a otras situaciones conflictivas en que puede aparecer igualmente explicable desde el punto de vista subjetivo la muerte dada a otro, por razones emotivas o de angustia o flaqueza humana, pero en que se altera la significación jurídica disvaliosa del acto en sí, por ausencia del requisito o de la desproporción de los males. Es que si la represión del aborto y el homicidio atiende al mismo bien jurídico, según hemos demostrado, no puede ser justificado uno de esos hechos en una hipótesis en que el otro no lo es, si se admite la muerte del ser concebido por motivos terapéuticos, habría que admitir también toda otra muerte necesaria para salvar una o más vidas para evitar un grave peligro en la salud de otras personas (por ejemplo, la causada en experimentaciones científicas en seres humanos con el fin de lograr la cura de enfermedades mortales que aquejan a la humanidad); y de tal manera quedaría radicalmente subvertido el principio de respeto incondicional a la persona humana que proclama nuestro ordenamiento jurídico.

Debe distinguirse la disculpa del autor, que deja en pie la legitimidad del acto, de la aprobación de este mismo, la cual no debe otorgarse si no satisface un interés jurídico preponderante. La impunidad de la mujer en el aborto terapéutico seguramente procede dentro de la doctrina normativa de la culpabilidad, por aplicación del principio de la no exigibilidad; y eventualmente en la concepción psicológica, con tal que se interprete con amplitud el concepto de amenaza (artículo 34, inciso 2), comprendiendo toda perspectiva de un mal inminente y grave, aunque no tenga su origen en un anuncio humano. Esa impunidad debiera completarse con la excusa absoluta para el médico, pues de lo contrario, el temor constreñiría a la mujer a provocar ella misma el aborto o recurrir a personas no idóneas.

Felizmente, el dilema entre la madre y el hijo, inexistente en la ética (la cual obliga a hacer todo esfuerzo para salvar a ambos) se encuentra también prácticamente superado en la realidad: "tal como está hoy la medicina, es imposible concebir una situación en la que no detener el embarazo pueda significar su muerte. La naturaleza es muy sabia y en el caso rarísimo de que un parto no pueda llegar a buen término, se produce el abor-

to espontáneamente" (57). Y los supuestos marginales que restan se obvian adelantando el parto de modo que tanto la madre como el hijo puedan vivir.

Dejando un poco de lado la argumentación de Matilde Zavala de González, es conveniente recordar las palabras del doctor norteamericano Barnard Nathanson, fundador de la Asociación Nacional para la Implantación de la Legalización del Aborto (NARAL).

En 1971, el doctor Nathanson fue designado director del Centro de Salud Sexual de Nueva York, la mayor clínica abortista del mundo occidental, en la que se practicaba una media de 120 abortos diarios.

En 1973, se puso al frente del Servicio de Embriología y Perinatología del St. Luk's Hospital de Nueva York, siendo autor de 16 libros sobre su especialidad. Este hombre que fue llamado el "Rey del aborto", interrogado sobre el aborto terapéutico manifestó: que tal como está la medicina hoy, es imposible una situación en la que no detener el embarazo de la madre puede significar su muerte. La naturaleza es muy sabia, y en el caso de que un parto no pueda llegar a buen término, se produce el aborto espontáneo (Madrid, Revista "Telva", Nº 454, diciembre de 1982).

La doctrina penal opina que es justa la legitimación del aborto sentimental (artículo 86, inciso 2, Código Penal), "pues contempla la situación moral de la mujer que ha concebido al ser víctima de un delito, esto es: sin capacidad de aceptar el acto o sin voluntad de realizarlo. Nadie puede imponer a la mujer el deber de aceptar un hijo en tales condiciones" (58).

La autorización del aborto sentimental importa que la ley asigna preeminencia a la defensa de la condición espiritual o afectiva de una persona sobre la vida de otra (59). Esta preferencia no sólo es injusta, sino incluso opuesta al más elemental sentido valorativo común: un sentimiento, por más innecesaria que sea la situación de quien lo padece, vale más para el derecho que una existencia humana? ¿Cuántos otros sentimientos, igualmente respetables, podrían entonces invocarse para matar lícitamente?

La justificación de los actos lesivos no puede supeditarse a los móviles morales de sus autores, por más comprensibles que resulten, aunque puedan determinar, en cambio, una atenuación legal o judicial de la punibilidad. De este modo, la condición espiritual de la madre no enerva la lesión formal y sustancial que produce en el ordenamiento jurídico la destrucción de un bien que él protege, sin que exista otra jerarquía superior, porque ninguno puede tenerla frente a la vida de un ser humano.

La autorización contenida en el artículo 86, inciso 2, significa enjugar una violencia antijurídica (la violación) con otra violencia (el aborto), que es jurídica pero injustificable desde el punto de vista de la justicia y la ética. Y esta nueva violencia no remedia ciertamente la primera: el sufrimiento y el daño moral producido por la violación no se borra con este crimen del cual la madre, antes víctima, es ahora autora, y que probablemente agregará un nuevo recuerdo doloroso al que necesariamente debe ya soportar. Y si el hijo le rememora aquel amargo trance, ¿por qué la ley no le permite matarlo después de nacido cuando indudablemente juega el mismo motivo que con anterioridad? Además, el terreno afectivo es jurídicamente resbaladizo e inseguro: ¿sabe la ley con cer-

teza que el primer sentimiento de rechazo moral ante el fruto de la violación no se transformará con el tiempo en amor ante el hijo propio? La más mínima duda al respecto torna endeble el fundamento sentimental del aborto.

Es exacto que la concepción es la consecuencia de un delito no cometido por la madre; pero "tamboco el hijo tiene la culpa del delito del padre". (60) "Las circunstancias en que un niño ha sido concebido, por más dolorosas que sean para la madre, no deben condenarlo a muerte". (61) El hecho de que el hijo no haya sido deseado, sino impuesto, ¿es título valedero para matarlo?

La circunstancia de que la madre no desee cargar con el hijo resultante de la violencia ajena puede condicionar muchas consecuencias jurídicas, en cuanto a una mayor benignidad en el castigo de aquella o en cuanto a la suerte futura de éste (por transferencia de dicha carga a otras personas o a la sociedad), pero en modo alguno sustentar una autorización legal para eliminarlo.

Si se permite el aborto en caso de violación, hay que permitir el infanticidio en el mismo caso. Pero la ley, que justifica el primero, ni siquiera privilegia el segundo, lo cual, además, es incongruente con la atenuación prevista para el infanticidio por causa de honor (artículo 81, inciso 2º), donde la víctima es producto de una conducta sexual voluntaria y reprochable de la madre; como también es incongruente que esta disminución de la escala penal no se haya hecho extensiva al aborto por causa de honor. (62)

Ahora bien, la irreprochabilidad de la conducta anterior de la madre, sin capacidad o voluntad para realizar el acto sexual, si bien puede computarse para especializar el aborto, nunca puede justificar la muerte del hijo, concebido, naciente o nacido, pues ¿qué agrega o quita sobre el valor jurídicamente protegido en el aborto y el homicidio? No obstante, en el sistema vigente, la vida del hijo disminuye su valor, autorizándose su destrucción cuando proviene de una violación, y no en general sino hasta que el parto se inicia, a partir de ese momento, el hecho es punible como homicidio simple o como parricidio según el caso.

La gravedad de la justificación del aborto sentimental se magnifica porque ni siquiera existe la efectiva comprobación del supuesto condicionante; esto es la existencia de la violación y que el embarazo procede de ella. Basta, simplemente, la iniciación de la acción penal, lo cual no suministra grado alguno de certeza sobre aquellos requisitos. Y a esta incertidumbre el derecho sacrifica la vida de un ser humano.

No deseamos concluir este análisis sin hacer nuestra reflexión que nos impactó, especialmente pertinente en terreno sentimental en que se cimienta el aborto en caso de violación: "Amigo lector: cuando tenga que opinar sobre el aborto, ¿no podría ponerse en lugar del embrión? A fin de cuentas, por ahí empezó usted"

En la disposición se justifica el aborto llamado eugenésico porque lo que se computa no es, genéricamente, la ausencia de voluntad de la mujer víctima del hecho fuente del embarazo, sino, de modo específica, su situación de idiota o demente, como peligro con proyección en la conformación de su hijo.

Jiménez de Asúa, ha venido a aclararnos algunos aspectos inéditos del porqué de la existencia de la autorización para matar "eugenésica" del artículo 86 del Código Penal. Este autor nos brinda una cita del profesor Augusto Morizot que expresa: "...Nuestro código, en el inciso que analizamos, después de la palabra violación, agrega: o de un atentado al pudor...". Está de más el agregado. En el proyecto suizo, de donde fue copiada la expresión, encaja perfectamente, porque allí se establece distinción entre la violación común y la violación hecha a la mujer idiota o demente, a la que no se llama violación, sino "ultraje al pudor". Por eso es que es más amplia la disposición suiza que la nuestra, ya que comprende cualquier caso de violación, cosa que nuestro código no hace, ya que sólo contempla la violación de la mujer idiota o demente. (63)

Sabemos entonces que nuestros senadores procedieron en 1923, a copiar textualmente a un proyecto suizo de 1916, que nunca fue ley en la nación helvética.

También nos dice Jiménez de Asúa que no cree que la comisión senatorial argentina tuviera en sus manos el proyecto suizo de 1916, sino que lo habrían tomado de su libro *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*.

Restará pensar en qué pensaban los suizos de 1916 para concebir la "autorización para matar" al hijo de una mujer incapacitada mentalmente.

Jiménez de Asúa nos lo relata de la siguiente manera: "...porque el inciso del Código Argentino está textualmente copiado del artículo 112 del Proyecto de Código Penal Suizo de 1916 (sin más que haber suprimido el caso de que el embarazo provenga de incesto) y los comentaristas helvéticos de este artículo distinguen en su texto el caso de 'incesto', en que el motivo será de 'orden ético', y el atentado cometido sin violencia sobre una mujer idiota, enajenada, etcétera, en que el aborto será más característicamente aún en 'interés de la raza', de aquellos otros casos en que se produjo la gravidez por una violación *sensu stricto*..." (64)

Dijo la Comisión Senatorial Argentina: "La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones en sus principios para combatir con mejor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia en 1911, se ocupa de la esterilización de los criminales y en trece estados de Norteamérica se han dictado ya leyes de esterilización de los criminales y enfermos mentales. Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir para terminar este punto, que si bien no se admite hoy en día, ni por la ciencia ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delinquentes aunque sean incorregibles, con fines eugenésicos, sintiéndose por esa medida, según dijera Von Hamel, una repugnancia afectiva, es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado por intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza. El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueron víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales. (64)

Es inaudito que aún se mantenga en nuestro país una autorización para matar a la vida humana más inocente. Estas normas de "protección de las razas" es más propia del tiempo hitleriano que de una república democrática y deben ser derogadas de inmediato.

Agradecemos a la doctora Matilde Zavala de González y al doctor Fernando Félix Allende los valiosos aportes que de ellos hemos recibido para el presente proyecto.

Eduardo A. González.

—A las comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad.

ANEXO

(1) Los temas jurídicos fundamentales, como lo son todos los vinculados a la vida misma del hombre o a sus relaciones de familia, suelen ser analizados por los hombres de derecho con argumentos confesionales o anticonfesionales; lo que es situar la disputa fuera del punto de partida originario. Sobre el aborto tiene que decir la religión, pero también todas las ciencias normativas, y la autonomía del derecho obliga al jurista a prescindir de su personal posición religiosa cuando desea la validez objetiva de sus conclusiones jurídicas.

Por tanto, las citas que se efectúan en este artículo atinentes a la posición de la Iglesia Católica sobre el problema del aborto, han sido acogidas exclusivamente por su valor científico y no por su autoridad espiritual y dogmática.

(2) Conf. Buteler Cáceres, José A., *Manual de derecho civil. Parte general*, p. 3, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1975.

(3) Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, p. 110, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1935.

(4) No aludimos al espíritu en el sentido de don sobrenatural otorgado por Dios a algunas de sus criaturas, sino en el más limitado —por cierto, no incompatible con el anterior— de elemento inmaterial que diferencia al hombre de los demás seres animados.

(5) En sentido concordante: Ortega y Gasset, José, *Obras completas*, (Revista de Occidente t. 6, ps. 83 y 84, Madrid, 1930; Martínez Morán, Narciso, *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y el derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia, eugenesia*, Revista de la Facultad de la Universidad de Complutense, p. 147, núm. 2, Madrid, 1979; nuestro trabajo: *Derecho a la intimidad*, ps. 17 y siguientes, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

(6) En cambio, nos parece incorrecto postular derechos anteriores a su reconocimiento por el orden jurídico. No hay derechos subjetivos si el derecho objetivo no los otorga. Así, el hombre puede nacer vivo, pero sin el derecho a la vida. Otra cosa es que sea siempre justo concederlo.

(7) La Cruz Berdejo, José Luis, *Aborto, persona y vida. Reflexiones de un civilista*, a publicarse en la Revista del Colegio de Abogados de Córdoba.

(8) *Diccionario de la lengua española*, segunda acepción, Real Academia Española, Madrid, 1970.

(9) Hoy en día se prefiere hablar de "personalismo", concepción que, teniendo su base en el individualismo,

habría superado su carácter atómico y disolvente, al reemplazar la prioridad patrimonial (el "tener") por la espiritual (el "ser") y acentuar la dimensión social del hombre.

(10) Expresado jurídicamente, ello significa que el derecho a la vida funda todos los demás derechos humanos, pues ninguno tendría sentido sin él. Por eso, en realidad el derecho a una vida humana digna es la expresión genérica en la que se encuentran subsumidos todos los demás derechos del hombre, pues todos ellos se encaminan a que el hombre "viva dignamente" (Martínez Morán, ob. cit., p. 151).

(11) Hernández, Héctor H., *Acercas del derecho subjetivo* (reflexiones con motivo de un fallo judicial). Rev. "La Ley", t. 1982-C, p. 956.

(12) Véase Ortega y Gasset, ob. cit., t. 3, p. 183.

(13) Algo muy distinto es que el resarcimiento del daño patrimonial causado por un homicidio se funde en pautas económicas (lo que la víctima producía o podía producir): lo que se indemniza no es la vida misma, sino la repercusión pecuniaria que en otras personas acarrea su pérdida. La vida en sí es incommensurable económicamente, lo que valen en este sentido son los bienes que crea el hombre vivo.

(14) Analizamos en profundidad el tema en un libro en preparación. Conf. Orgaz, Alfredo, *La ilicitud*, p. 145, Ed. Lemer, Buenos Aires - Córdoba, 1974: "Ningún sistema de derecho que acepte este principio (del valor absoluto de la persona humana) puede reconocer, sin contradicción íntima y sustancial, la licitud o juricidad de la acción por la cual una persona, para salvar su vida, se sirve como medio de una vida ajena, sin que ésta sea la causa del peligro, y sí, al contrario inocente". No obstante, de manera sorprendente, el autor admite las diferencias cuantitativas: la salvación del mayor número (p. 146, nota 39).

(15) Conf. Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino. Parte General*, t. 1, p. 325, nota 136, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1964.

(16) Conf. Martínez Morán, ob. cit., ps. 152 y 153.

(17) Por tanto es incorrecto argumentar para el estado de necesidad (causar un mal a otro) de modo válido únicamente para el acto de abnegación (sufrir un mal propio). En el sentido impugnado: Núñez, t. 1, ps. 323 y 324, quien en el estado de necesidad se refiere a la imposibilidad de obligar al individuo a posponer "la propia preservación en holocausto de otro individuo/a, o del mayor número o del gobierno", y de exigir que nadie, "renunciando a su propia conservación, se sacrifique en interés ajeno". Pero no está en juego aquí el derecho a la vida, sino la facultad de disponer de la vida ajena. Y así como no existe aquella obligación de sacrificar la vida propia, tampoco esta facultad: la obligación de no matar rige aunque la muerte de otra persona sea necesaria para la preservación de la propia, porque el estado de necesidad, presupone la desproporción de los males en juego, y en la hipótesis nos encontramos frente a males de igual entidad.

(18) Conf. Orgaz, *Personas individuales*, p. 7, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1946.

(19) Idem, p. 11.

- (20) *Idem*, p. 7.
- (21) Conf. La Cruz Berdejo, *ob. citada*.
- (22) El nacimiento sólo romperá la unión material con la madre, pues el nacido seguirá estrechamente vinculado a ella.
- (23) Soler, *ob. y vol. cit.*, p. 18, olvida el art. 70 del Código Civil (y todos sus concordantes) o no le asigna contenido efectivo alguno, cuando afirma erróneamente que para el Código Civil "la existencia de las personas comienza con la separación completa del seno materno, aun cuando se pueden adquirir derechos antes de ello". La cita que efectúa en apoyo de este pensamiento el artículo 74 no es procedente, porque, como más adelante señalamos, esta última norma no tiene incidencia en el principio de existencia de la persona física, sino la subsistencia o no de la capacidad de derecho que le había sido conferida.
- (24) Conf. Martínez Morán, *ob. cit.*, p. 172.
- (25) Conf. Buteler, *ob. cit.*, p. 81.
- (26) Véase, en sentido concordante: Cafferata, José Ignacio, *La protección jurídica del niño y la familia en el derecho civil argentino*, núm. 53, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1980.
- (27) Conf. Hillar, Plinio, "Deberes familiares", diario "La Voz del Interior", 25/7/83, quien indica como deber paterno "no interrumpir el curso de la vida naciente y procurar que el alumbramiento se produzca en las mejores condiciones posibles".
- (28) Conf. La Cruz Berdejo.
- (29) Véase nuestro artículo: "La acción de filiación extramatrimonial del hijo póstumo", *Rev. "La Ley"*, s. 1982-D, p. 333.
- (30) Orgaz, *Personas individuales*, *ob. cit.*, p. 35 y nota 8.
- (31) Y es tan real que el hombre no nacido, que los ordenamientos que postergan más allá de la concepción la calidad de sujeto de derecho, establecen en general que la adquisición tiene efecto retroactivo a ese momento, solución que únicamente se explica si desde entonces existe el hombre.
- (32) Hablamos de contrariedad sólo parcial porque mientras vivió fue sujeto de derecho y en tal carácter pudo actuar efectivamente en el mundo jurídico.
- (33) La persona por nacer es la menos "visible" de todos las personas de existencia visible. Faltaría en su caso la nítida aparición corporal, fácilmente perceptible por los sentidos de cualquiera, a que hace referencia Savigny, citado en la nota al art. 45 del Cód. Civil.
- (34) Conf. Núñez, *ob. cit.*, *Parte especial*, t. III, p. 124, nota 360, Bibliográfica Omeba, 1981.
- (35) Conf. Blázquez, Niceto, *La dictadura del aborto*, Cuadernos BAC, p. 16, núm. 4, "Lo que biológicamente somos hoy los adultos no es esencialmente otra cosa que lo que fuimos como óvulos fecundados. Nuestro ser y nuestra humanidad está allá ya como una microscópica diapositiva, lo que somos hoy no es más que su ampliación o agrandamiento cuantitativo, mejor o peor logrado", Botella Llusia, *Más sobre el aborto, razones de un biólogo*, cit. por Martínez Morán, *ob. cit.*, p. 171: "Lo que constituye la esencia de nuestra propia individualidad empieza en el momento mismo en que un espermatozoide y un ovocito se aparean", Nathanson, Bernard *Legalizar el aborto es rendirse a la violencia*, Revista Telva, núm. 454, Madrid, primera quincena de diciembre de 1982: "La nueva ciencia de la inmunología ha demostrado que el feto no es parte del cuerpo de la mujer. Es una cosa distinta de ella".
- (36) Evidencia científica puesta de manifiesto en: *Declaración sobre el aborto*, p. 2, Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, Ed. Paulinas, Córdoba, 1979.
- La teratología ha demostrado la imposibilidad de que una mujer pueda engendrar un monstruo; las malformaciones del concebido en su cuerpo son siempre humanas.
- (37) Conf. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 1, núm. 326, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1970. En contra Orgaz, *Personas individuales*, *ob. cit.*, p. 34, para quien hay "vida" humana desde la concepción, pero sólo desde el nacimiento hay "persona" humana.
- (38) Botella Llusia, cit. por Martínez Morán, *ob. cit.*, p. 171.
- (39) Conf. La Cruz Berdejo, *ob. cit.* También precisa este autor que, a lo sumo, la aptitud de vida autónoma del concebido podría invocarse como término inicial para que la madre pudiese desprenderse prematuramente del hijo que ya no desea como huésped, pero no como término final de la posibilidad de matarlo, porque es un ser humano, aun cuando no haya llegado a aquel estadio.
- (40) Orgaz, *Personas individuales*, *ob. cit.*, p. 32.
- (41) Es inaceptable que se defienda la tesis de la autonomía "vital" para que exista la persona humana, aludiendo a la exigencia de autonomía "patrimonial" que rige para las asociaciones y fundaciones (que conforme al artículo 33 del Código Civil, no pueden subsistir exclusivamente de asignaciones del Estado). Dicho paralelismo es incompatible con la profunda diversidad de los sustratos de ambas clases de sujetos de derecho.
- En el sentido objetado: Orgaz, *Personas individuales*, *ob. cit.*, ps. 32 y 33.
- (42) Conf. La Cruz Berdejo, *ob. citada*.
- (43) Conf. Nathanson, *ob. citada*.
- (44) La Cruz Berdejo, *ob. citada*.
- (45) *Declaración sobre el aborto*, *ob. cit.*, p. 21.
- (46) Núñez, *ob. cit.*, t. III, ps. 160 y 161.
- (47) Conf. Blázquez, *ob. cit.*, p. 7.
- (48) Conf. La Cruz Berdejo, *ob. citada*.
- (49) Conf. Soler, *ob. y vol. cit.*, p. 16.
- (50) *Idem*, p. 118.
- (51) Desde el punto de vista médico, "feto" es el producto de la concepción de una hembra vivípara (no sólo de mujer), después de transcurrido el período embrionario, que se extiende hasta fines del tercer mes de embarazo de la mujer (con anterioridad se llama embrión); y también es un "feto" el mismo producto de la concepción después de abortado. Véase: *Diccionario Karten Ilustrado*, Editora Karten, S.A., 1977, acepciones "feto" y "embrión".

- (52) Soler, ob. y vol. cit., p. 110.
- (53) García Zavallía, Rafael, *Aborto terapéutico y estado de necesidad*. Rev. "La Ley", t. 44, p. 779.
- (54) Núñez, ob. cit. y lug. cit. supra, nota 46.
- (55) *Idem*, t. III, p. 24.
- (56) Así lo caracteriza Soler, ob. cit., t. III, p. 128.
- (57) Núñez, ob. cit., t. I, p. 340.
- (58) Soler, ob. y lugar cit. supra, nota 56.
- (59) La justificación en esta hipótesis sólo es jurídicamente congruente dentro de un sistema penal como el Código español, donde es suficiente en el estado de necesidad que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar (arts. 8, 7).
- (60) En realidad, atendiendo al terreno afectivo o circunstancial en que se plantea de ordinario el problema, no existe una solución genérica y segura. Así, es posible opinar que la vida del feto, inconsciente y desconocido, debe sacrificarse en holocausto de la madre, que es el ser más importante, rodeado de afectos, y en cuya salvación preferirán todos, incluso el padre del hijo, que es el ser más importante, pronto a gritar al médico que lo consulta: ¡Nada importa el niño! ¡Salvada la madre!, pero también que "la madre casi ha terminado su vida y ha dado, sin duda, lo que estaba en la medida de sus medios; el ser que nace, un varón, quizá, representa por el contrario, el porvenir y la esperanza sociales". Ambas opiniones son citadas por Jiménez de Asúa, Luis, *El aborto y su impunidad*, Rev. "La Ley", t. 26, p. 997, quien también funda en razones extrínsecas y contingentes la superioridad de la vida materna: "La madre es, sin disputa, el ser más importante, del que, por lo general necesitan otras personas, como el marido y los hijos anteriores". Pero ¡la ley igualmente legitima el aborto de la madre soltera o viuda sin hijos! Por otra parte, el valor de una vida debe determinarse en su immanencia, por lo que es intrínsecamente y no por sus circunstancias, en esta perspectiva, todo intento de comparar y graduar las vidas de madre e hijo resulta inevitablemente infructuoso.
- (61) La preeminencia de los bienes maternos sólo es posible si se sustenta, como Soler, ob. cit., t. I, ps. 428/9, un criterio subjetivo: los bienes propios valen más que los ajenos. Sin embargo, incluso este errado criterio es limitado por el autor al conflicto entre bienes iguales, pero ocurre que el aborto legislado en nuestro código permite la lesión de un bien superior (la vida del hijo) para defender uno inferior (la salud de la madre). Además, en él la vida de la madre es siempre más valiosa que la del hijo, como lo reconoce el eximio penalista pese a que el hijo —de poder expresarse y actuar— preferiría casi seguramente la vida propia. Ello significa que la ley acoge con exclusividad la decisión suspendida de la parte más fuerte, y no escucha para eliminarlo al ser indefenso e impotente, que tampoco fue escuchado cuando se lo engendró.
- (62) Es posible considerar injusto agresor a la criatura concebida.
- (63) En el sentido impugnado: Soler ob. cit., t. III, p. 128; García Zavallía, ob. cit., p. 783.
- (64) Afirma lo contrario Martínez Morán, ob. cit., p. 173.
- (65) Lepp, Ignace, *La nueva moral*, p. 116, Ed. Carlos Lohlé, Bs. As. 1974, opina erróneamente que ésa es la conducta equivalente a la de la madre que elige no matar a su hijo.
- (66) Nathanson, ob. y lug. citados.
- (67) Núñez, ob. cit., t. III, p. 182. Dice también Jiménez de Asúa: "¿Debemos condenar en tales casos, a la infeliz mujer escarnecida a conservar un hijo que le recordará hora tras hora el más amargo trance de su existencia?" (El aborto atorzado por el párrafo 2º del artículo 86, en el nuevo Código Penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del derecho penal, p. 245, Ed. Reus, Madrid, 1928).
- (68) Por el contrario, no está en juego el honor de la madre, pues ella no ha sido autora de una conducta reprochable, y si, en cambio, su víctima. Y aunque se afirmase que el nacimiento del niño "publica" su origen desdoroso que la mujer desea ocultar téngase en cuenta que la norma exige la iniciación de la acción penal, con lo que ello implica en cuanto al *strepitus foris*. Finalmente, tampoco el honor de la mujer podría constituir un interés jurídicamente prevalectante sobre la vida del hijo, como lo admite el Código Penal al castigar el infanticidio cometido por aquélla para ocultar su deshonra (art. 81, inc. 2º).
- (69) Martínez Morán, ob. cit., p. 174.
- (70) Nathanson, ob. y lug. citados.
- (71) Lo establecen, en cambio, el proyecto de 1960 (art. 119) y el proyecto de 1979 (art. 125).