

## **EL DELITO DE "ABORTO" DESDE LA PERSPECTIVA POLITICO CRIMINAL**

**Ricardo KURLAT**

Trenque Lauquen

Trabajo final de la asignatura

Política Criminal

a cargo del Prof. Ernesto E. Domenech

### **Exhordio**

Completábamos el año lectivo 2003 con el Trabajo Final sobre Epistemología Penal, dictada por el mismo profesor de Política Criminal, Doctor Ernesto Domenech, con el trabajo que epigrafiamos "Reflexiones Epistemológicas acerca del Concepto y Definición del Delito de "Aborto" y el Código Penal Argentino", en el cual, en derredor del artículo 85 del Código Penal y el concepto mismo de "Aborto" se hizo girar aquella monografía. Advertimos entonces en su propuesta e introducción, que se había escogido este tema, en función de que en el delito en cuestión (Aborto), confluyen campos tan diversos del conocimiento, como lo filosófico, lo teológico, lo histórico, lo social, lo jurídico y hasta lo biológico, advirtiendo que el lenguaje objeto, presentaba las características del lenguaje natural, y por lo tanto era insuficiente, vago, ambiguo y de textura abierta a partir del artículo 85 del Código Penal, y al procurar un análisis incorporando conceptos de la medicina legal y de las ciencias auxiliares, no sólo no se encuentran mayores precisiones, sino que se agudiza dicha característica en función de la vaguedad potencial del texto legal (textura abierta), dado que los elementos ponderativos concurrentes y sus variantes temporo espaciales, por gravitación de los avances científicos, lo hacen aún más relativo y por lo tanto más incierto e inestable.

La sugerencia efectuada por el Profesor Domenech en la última de sus clases en Trenque Lauquen, en cuanto a la posibilidad de insistir en el mismo tema escogido para Epistemología en la asignatura que nos ocupa, me llevó a advertir en ese intento, no sólo que las dificultades señaladas en cuanto al enfoque epistemológico impregnaban también el abordaje político criminal, sino que esta cuestión (el delito de Aborto) cuando no estaba ausente, aparecía muy soslayada en quienes hacían de la Política Criminal el objeto de su estudio y la focalización de su

atención. La cuestión de la seguridad que desde comienzos de 2004 en que eclosionó el "Caso Blumberg" ocupó durante todo el año la atención pública, fue reemplazada, en Enero de 2005 por "República Cromañón" donde casi 200 muertos en un lugar de diversión nocturna, eran el saldo de la irresponsabilidad, y la desidia negligentes.

La cuestión del "Aborto", (este trabajo se centra en el "provocado" por la propia madre y/o con la participación de terceros con su consentimiento) parece seguir siendo uno de los temas "malditos", tabúes, vergonzantes, en general presente apenas en las estadísticas donde se hace referencia al mismo como "otros delitos contra las personas", es uno de los temas menos trabajados por la literatura jurídico penal, nadie hace referencia a este delito cuando se habla de política criminal donde los delitos contra las personas, contra la propiedad, o contra la libertad en función de las nuevas modalidades de "secuestro y secuestro express" ocupan un lugar destacado y central; no obstante lo cual y precisamente por las características apuntadas para la figura escogida, que la hace al mismo tiempo tan reprochable desde el punto de vista humano, pero atractiva desde el del análisis jurídico, insistimos sobre ella en este intento monográfico en cuanto a su visión y alcances desde el punto de vista político criminal, y alternativa de solución que se resume, sobre la base de la bibliografía que nos fuera indicada en clase, más la eventualmente consultada, sin dejar de insistir en las limitaciones bibliográficas y estadísticas que se advierten sobre la cuestión que nos convoca.

## **I) Introducción.**

### **Nociones de Política Criminal.**

Ensayar una definición suficientemente comprensiva de la política criminal en la actualidad requiere, previamente, relevar los datos más sobresalientes de la situación de crisis que exhiben los sistemas dirigidos a reprimir y contener el delito, y fijar los elementos constitutivos del fenómeno criminal como objeto formal de aquella disciplina.

Un dato actualmente insoslayable es la incidencia de la denominada "globalización", en su doble y polarmente divergente sentido de internacionalización de la criminalidad y de hegemonización jurídica, esta última, como consecuencia necesaria de la globalización política, económica y tecnológica.

"Para Feuerbach, es el "conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen (la sabiduría del Estado legisferante)"; mientras que Von Liszt afirma que constituye "el principio sistemático de principios por medio de los cuales el Estado y la sociedad deben organizar la lucha contra el crimen" (Mahiques, Carlos A. *Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal*. Editorial Fabián Di Plácido. Bs.As., 2002, página 34).

## **Los Medios y los Instrumentos de la Política Criminal:**

En cuanto a los medios e instrumentos de la política criminal, es indispensable efectuar una delimitación. En verdad, en una acepción amplia del término y asumiendo que en los actuales ordenamientos penales "medios" e "instrumentos" político criminales son en sustancia recursos exclusivos de las instituciones estatales (públicas) no puede desconocerse la extrema variedad tipológica de este instrumental. El grado de la evolución teórica producida en los últimos treinta años confirma la idea de que el instrumento sancionatorio penal no es la única opción político criminal. Esto implica que no sólo existen instrumentos no punitivos (preventivos, promocionales, asistenciales, de incentivación, etc), y que el radio de acción de la política criminal no se agota en la dimensión individualista del sujeto criminal singular, sino que se extiende hasta comprender las condiciones sociales generales en las cuales el fenómeno criminal puede más fácilmente configurarse y desarrollarse.

De este modo la Política Criminal potencia, por una parte, el valor de los datos empíricos y científicos en la consideración del fenómeno delictivo y reafirma, por otra, la necesidad de diversificar los medios de contención de la criminalidad, que no pueden limitarse exclusivamente a los legislativos o punitivos, sino que deben ser ampliados a otros de naturaleza administrativa, social y de control, concerniente a la realidad familiar, escolar, económica, social, etc.

## **Política Criminal y Dogmática Jurídica:**

"En la formalización jurídica de sus estrategias, la política criminal produce un objeto -el sistema legislativo penal- que es común con la dogmática penal. ¿Cómo se conectan a través de este objeto común, la ciencia y la política del derecho?. La reproblematicación político-criminal de la dogmática es un tema que vuelve al centro de la reflexión penalista, especialmente a partir de Roxin" (Mahiques. Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal. Ed. Di Plácido. Bs.As. 2002, Pág. 41).

En el trasfondo del debate se encuentra la tensión entre el pensamiento sistemático y el pensamiento problemático en la ciencia jurídica y su raíz está en una exigencia, no de superación, sino de recuperación de fundamentos más sólidos para un sistema jurídico formal.

Orden y claridad conceptual, relación con la realidad en la orientación de los fines de la política criminal, son éstos los elementos que el sistema penal debe sintetizar y reflejar en sus distintos componentes.

En su conexión sistemática, política criminal y dogmática jurídica se confirman como planos distintos, la política define los objetivos últimos y predispone el instrumento general, el sistema jurídico penal, la dogmática trabaja sobre y con él, filtrando a su través los fines político criminales.

Desde el punto de vista de la política criminal, la dogmática jurídica, es considerada como un instrumento técnico necesario, en la "elaboración de soluciones sistemáticamente coherentes para objetivos de política criminal".

### **Política Criminal y Derecho Penal.**

#### **El Derecho Penal Como Instrumento y Límite de la Política Criminal.**

"El derecho penal es la infranqueable barrera de la Política Criminal", esta frase de Von Liszt, pone de relieve una tensión que todavía hoy está viva en nuestra ciencia. Ella opone a los métodos jurídicos en sentido estricto de ordenación y elaboración sistemático-conceptual de los presupuestos del delito, los principios del tratamiento adecuado de la conducta desviada que descansan en fundamentos empíricos. O dicho de una forma más abreviada: La frase caracteriza al Derecho Penal, por un lado como ciencia social, y por el otro como ciencia jurídica.

En este doble carácter de la "ciencia universal del Derecho Penal" fundada ciertamente por él, se materializan para Liszt tendencias contradictorias. En la política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho Penal; mientras que al Derecho Penal, en sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del "leviathan" del Estado. Para decirlo una vez más con otras dos frases de Liszt, que pertenecen hoy a las citas clásicas del penalista: La "idea de fin en Derecho Penal", bajo la que el autor había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la Política Criminal, mientras que el Derecho Penal como "magan carta del delincuente", según expresa confesión de Liszt, protege no a la comunidad, sino al individuo que "se rebela contra ella", garantizándole el derecho "de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales" (Roxin. Política Criminal y Sistema de Derecho Penal., Editorial Hammurabi., Bs.As. 2002., Página 31).

"Política Criminal y Derecho Penal son los dos términos de una relación que puede entenderse, en, al menos, distintas perspectivas. En primer lugar la política criminal es el contenido variable de las normas que constituyen el derecho penal. En esta perspectiva, entre derecho penal y política criminal se establece una relación de identificación y el estudio de esta última se resuelve en el análisis de las elecciones que debe efectuar el legislador y en las formas típicas en que se vuelcan en la legislación penal de un determinado ordenamiento jurídico. La ciencia política criminal es, en este sentido, un conocimiento sistemático de la evolución de los institutos penales y un análisis de su configuración con el fin de evaluar la adecuación de los mismos a los objetivos perseguidos por el legislador.

En relación a la identificación entre política criminal y derecho penal puede llevarse hasta posturas extremas, como la sostenida por Roxin, según la cual las exigencias de la política

criminal constituyen la clave hermenéutica para entender la esencia de las categorías generales de la teoría del delito (de la legalidad a la tipicidad, y de la antijuridicidad a la culpabilidad). Estas últimas más que "dogmas" elaborados por la ciencia penal, serían las cristalizaciones -necesariamente variables- de exigencias político criminales, a la luz de las cuales esas categorías podrían ser enteramente comprendidas y penetradas por la ciencia penal.

En una segunda perspectiva, política criminal y derecho penal constituyen los términos de una relación problemática, casi antinómica y sobre todo, históricamente inestable en el sentido de que el péndulo del sistema penal, en todos y cada uno de sus componentes, legislador, jurisprudencia, ciencia -puede inclinarse algunas veces hacia la política criminal y otras hacia el derecho penal-. La reciente experiencia europea muestra claramente como la ciencia penal ha atravesado tres distintas etapas.

La primera fase, que sintéticamente puede identificarse con la dirección "técnico - jurídica" (Von Liszt) duró hasta la Segunda Guerra Mundial. Se caracterizó por la indiferencia hacia el contenido político del derecho penal y su incondicionada indiscutibilidad: la elección político criminal del legislador y su valoración no eran competencia del estudio del derecho penal.

En la segunda etapa que comienza después de la segunda gran guerra hasta los años sesenta y setenta, la ciencia y las magistraturas europeas occidentales privilegiaron la dimensión político criminal de la justicia penal por sobre la jurídico penal.

La tercera etapa, es la actual, en la cual el péndulo parece haber vuelto hacia el derecho, aunque en un marco caracterizado por situaciones cada vez más complejas. En ella la dirigencia política parece haber asumido una mayor consideración de la dimensión jurídica de la vida social sea privilegiando el uso del instrumento jurídico (incluso penal) para el gobierno de la sociedad, (aunque frecuentemente forzando las formas jurídicas tradicionales en beneficio de la política); sea buscando en el derecho -en la tradición jurídica y en la complejidad racional del método jurídico- una confirmación de validez, o al menos un reaseguro de legitimidad para sus elecciones políticas.

"Por otra parte, el generalizado descubrimiento de la intromisión del poder político en las instituciones y en la sociedad civil, como también la vasta red de corrupción frecuentemente enquistada en sus estructuras, hizo resurgir el valor de la legalidad y del derecho como el único "poder de los débiles" (Mahiques Carlos A., Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal. Editorial Di Plácido. Bs. As. 2002 página 47).

"Si se pudiese sintetizar un "slogan" el sentido de esta contraposición se podría decir que "la política criminal es el reino de la voluntad, mientras que el derecho penal es el de la racionalidad", la primera es la sede privilegiada de la fantasía inventiva, mientras que el segundo representa el límite consolidado en la tradición; la política criminal vive necesariamente en la sociabilidad, mientras que el derecho penal puede deslizarse en la lógica y la metafísica de los conceptos" (Mahiques Carlos A., op. cit., pág. 47).

Es difícil afirmar que el sistema penal conserve hoy su autonomía. Las superposiciones con otros órdenes jurídicos ligados a la organización misma de la vida en sociedad (y por ello irresistibles), y el doble movimiento de extensión de otros dominios y la diversificación de las sanciones aplicables, convergen en una incoherente coexistencia de diversas redes extrapenales concurrentes entre sí y sin una significación propia todavía bien definida. Luego, no se puede pensar el derecho penal de manera aislada, lo que significa, a su vez, un punto de partida de una política criminal como "estrategia diferenciada", es decir una política legislativa y judicial que no se limite a la mera reacción y represión, sino que se esfuerce por desentrañar la coherencia propia de cada sistema de sanciones y su relación con cada red jurídica correspondiente. Las superposiciones entre conjuntos normativos diversos (construidos según una lógica diferente y coherente con la naturaleza de la autoridad de aplicación) coloca al Juez Penal en la situación de tener que aplicar (como una computadora de última generación debe "leer" y funcionar según programas diferentes escritos en lenguaje diferente) normas heterogéneas para resolver conflictos que como en supuestos de deberes éticos profesionales, experimentación en biotecnología o aplicación de pactos internacionales, no integran el catálogo de las leyes penales convencionales, aunque originan hechos sancionables cuya comisión esta sometida al juzgamiento de los tribunales.

## **II) El Delito de Aborto como cuestión de Política Criminal.**

Estados Unidos y Europa.

"Basta con leer las páginas amarillas de la guía telefónica de Manhattan (Nueva York) para comprender los alcances del Aborto en un país como los Estados Unidos, donde el Aborto está legalizado. Bajo la voz "abortion" se ofrecen allí con entera libertad, a lo largo de varias páginas, servicios médicos para practicar Abortos -pagaderos mediante todas las tarjetas de crédito- con la misma naturalidad con que se proponen servicios de carpintería, plomería o venta de sombreros. El hecho puede sorprender a un observador extranjero proveniente de un país como la Argentina donde el Aborto todavía es ilegal, pero en modo alguno resulta extraño en Estados Unidos, donde ya se ha celebrado las bodas de plata del caso judicial en el cual la Corte Suprema legalizó ampliamente esta práctica" (Bianchi, Alberto B., En Contra del Aborto. Editorial Depalma. Bs. As. 1999 página 22).

En Estados Unidos en 1991 se practicaron 26,4 Abortos por cada 1000 mujeres entre 15 y 44 años. Las estadísticas dicen, además que en 1988, al igual que en años anteriores el 26% de las abortantes tenía menos de 23 años y el 58% menos de 25 años. El 83% no estaba casada.

Según Alberto Bianchi (ob. cit. Pág. 23) se practican aproximadamente un millón y medio de Abortos en los Estados Unidos por año, cifra que computada desde su legalización por la

Corte Suprema en 1973 alcanza a 30.000.000. Si comparamos esta cifra con la de los muertos y heridos en la guerra de Vietnam, el resultado es increíble.

En Inglaterra en 1987 se practicaron 174.276 Abortos, de los cuales 38.482 tuvieron lugar en mujeres de menos de 20 años y 69.505 fueron realizados en hospitales dependientes del National Health Service, es decir que fueron gratuitos para abortantes y costeados con fondos estatales.

Francia: Allí el Aborto fue legalizado por la Ley 75-17 del 17 de Enero de 1975 (Ley Veil) que derogó la de 1920 que lo prohibía. Bajo esta ley, el Aborto es legal hasta la décima semana de embarazo. Existen en ese país unos 250.000 Abortos voluntarios por año.

Italia: Aprobó el 22 de Mayo de 1978 la ley 194 que legalizó ampliamente el Aborto, convirtiéndose en una de las más liberales de Europa. Pero en la práctica -y quizás debido a una seria advertencia papal que amenazó con la excomunión a quienes lo practicaran- el 70% de los médicos se han excusado de intervenir en ellos invocando una cuestión de conciencia. Las estadísticas revelan que en 1990 se practicaron 12,7 Abortos por cada 1000 mujeres entre 15 y 44 años, lo que supone una declinación importante si se toman que cuenta los 19,6 Abortos por cada 1000 mujeres de igual edad en 1982. Pero, de todos modos, la práctica clandestina del Aborto es grande y se estima que en la década de 1980 se habrían practicado entre 220.000 y 800.000 Abortos por año.

En España el Aborto fue legalizado por ley orgánica número 9 de 1985 bajo las siguientes condiciones: 1) que se evitara un daño mental o físico grave para la mujer determinado por otro médico que el que practicará el Aborto; 2) que el embarazo fuera el resultado de una violación denunciada ante la policía y que el Aborto fuera practicado dentro de las doce semanas del embarazo; 3) que el feto, en caso de nacer, sufriera graves defectos físicos o mentales, siempre que el Aborto se practicara dentro de las veintidós semanas de embarazo. No existen en España hospitales públicos que ofrezcan servicios de Aborto, el que se practica en clínicas y sanatorios privados. En 1991 se realizaron 4,8 Abortos por cada mil mujeres entre 15 y 44 años, lo que traducido en cifras más concretas arroja una cifra que puede llegar, según algunas mediciones hasta 300.000 Abortos por año entre los legales e ilegales.

Bélgica: Este país legalizó el Aborto en 1990, el que es permitido dentro de las doce semanas de gestación. Bajo la legislación anterior, en 1985 se practicaron 9,4 Abortos por cada 100 nacimientos.

En Alemania la cuestión del Aborto suscitó una de las más grandes controversias que tuvieron lugar en el momento de la unificación, ya que en la República Democrática el Aborto poseía mayor tolerancia que en la República Federal. Finalmente el 26 de Junio de 1992 se aprobó una ley que permitía el Aborto dentro del primer trimestre de embarazo si la mujer había recibido suficiente asesoramiento médico, psicológico y de asistentes sociales, a quienes debía convencer de que el Aborto era preferible al nacimiento del niño.

Suiza: El Aborto está prohibido -en términos generales-. Pero de hecho -a diferencia de Alemania- la interpretación judicial ha ido liberando el uso del Aborto en gran cantidad de los veintiséis cantones. Hacia 1970 las prácticas abortistas suizas ya eran de las más liberales en Europa y por ello muchas mujeres de otros países concurrían allí con tales fines. Así, mientras en 1950 se registraron 667 condenas penales, en 1971 solamente hubo unas pocas.

De las más antiguas legislaciones sobre Aborto en Europa, es la de Suecia que data de 1938. Luego de ser reformada en 1946 fue sancionada una nueva ley en 1975 que permitió el Aborto a sólo requerimiento de la mujer dentro de las dieciocho semanas de gestación. Pasado ese término debe requerirse autorización del Consejo Nacional de Salud y Bienestar. En Suecia desde 1975, se practican entre 30.000 y 37.000 Abortos por año y no se reportan Abortos ilegales.

Una situación similar se registra en Noruega donde existe una legislación abortista desde 1964. Luego en 1978 la ley 66 del 16 de Junio amplió aún más la posibilidad de abortar. En Noruega el 50% de los embarazos en mujeres menores de veinte años finaliza en Aborto.

Dinamarca posee desde 1973 una legislación que permite el Aborto ante el mero requerimiento de la mujer dentro del primer trimestre de embarazo. En 1987 y con índices de descenso se registraron 18,3 Abortos cada 1000 mujeres entre 15 y 44 años.

También lo permiten ampliamente en Holanda desde 1981 habiéndose registrado en 1984: 43.200 Abortos

Rusia registra muy altos índices de Aborto y en todos los países europeos del bloque socialista donde el Aborto ha sido legal. Durante la existencia de la URSS en 1955 el Aborto fue despenalizado y la legislación posterior sucesivamente permitió esta práctica con la intención de disminuir el Aborto ilegal en un país donde el uso de anticonceptivos es escaso. Con estos antecedentes se registraron 3,9 millones de Abortos en Rusia dando una proporción de 119,6 Abortos por cada 1000 mujeres entre 15 y 44 años, cifra que no obstante ha descendido si tomamos la de 1970: 156,5.

#### América Latina.

La situación en América Latina -con excepción de Cuba donde el Aborto es legal- está dominada principalmente por tres factores: 1) una legislación prohibitiva del Aborto en términos generales; 2) un alto índice de Abortos ilegales; y 3) un bajo índice de condenas penales.

En la Argentina se registra uno de los índices más altos en el mundo con un (1) Aborto cada dos (2) nacimientos. Asimismo, una información proporcionada por el Diario "La Nación" dice que en nuestro país se producen aproximadamente mil (1.000) Abortos diarios, lo que da un registro de aproximadamente cuarenta (40) Abortos por hora"

No existen cifras exactas sobre Uruguay, pero se estima que hay tantos Abortos como nacimientos.



En Brasil se estima que se practican anualmente hasta 4 millones de Abortos ilegales y en Bolivia un estudio de 1980 reveló que el 27% de los fallecimientos de mujeres embarazadas fue causado por Abortos realizados en malas condiciones de higiene, cifra que fue del 11% en El Salvador para el período 1973-1974.

En Chile el índice de Abortos ilegales es considerado alto. En 1983 se practicaron 13,4 Abortos por cada 100 nacimientos, cifra que en Perú fue de 14,3 en 1978, en Colombia de 21,8 en 1975, en Honduras de 22,2 en 1971, en Guatemala de 14,3 en 1971, en Venezuela de 18,9 en 1972, en Costa Rica de 14,4 en 1972, en Nicaragua de 12,8 en 1972, y en Ecuador de 16,2 en 1972.

En Méjico, por último, el índice es alto también estimándose en 800.000 la cantidad anual de Abortos ilegales que se practicaban a comienzos de la década de 1980.

### **El Aborto en Cifras Económicas.**

A nadie puede escapar, que el debate en torno al Aborto no está alimentado solamente por el romanticismo filosófico-liberal de quienes luchan desprendidamente por una sociedad igualitaria en términos absolutos. Por el contrario, estas inquietudes cívico morales de los scholars -en el fondo- sirven de sustento teórico para el gran negocio que en términos económicos representa el Aborto como renglón de la medicina.

Para enterarnos y tomar conciencia de ello, basta con navegar un poco en Internet y encontrar los múltiples anuncios que las clínicas especializadas hacen de sus servicios y de los honorarios y costos, a título ejemplificativo basta señalar que un Aborto en la Madison Abortion Clinic de Madison Wisconsin cuesta un promedio de U\$S 700,00. según el siguiente detalle:

Asesoramiento preAborto.....	U\$S 75,00.
Hasta 12 semanas.....	U\$S 325,00.
13-14 semanas.....	U\$S 400,00.
15-16 semanas.....	U\$S 500,00.
17-18 semanas.....	U\$S 625,00.
19-20 semanas.....	U\$S 775,00.
21-22 semanas.....	U\$S 1.025,00.
23-24 semanas.....	U\$S 1.275,00.
Más de 24 semanas.....	U\$S 1.750,00.

Si multiplicamos esta cantidad por 1,5 millones de Abortos por año que se practican en los Estados Unidos, tenemos que el negocio del Aborto mueve una cifra de aproximadamente Mil (1000) millones de dólares anuales solamente en ese país.

## **Psicogénesis de la conducta delictiva en el Aborto:**

Todos los casos de Aborto criminal presentan antecedentes que se relacionan con la personalidad y el mundo circundante de la propia pareja progenitora.

En la determinación del Aborto inducido intervienen conflictos conscientes e inconscientes, criterios socio culturales, histórico familiares y circunstancias individuales o de la pareja que culminan en la aceptación del embarazo o en la eliminación violenta del ser en gestación.

El Aborto no puede ser aislado del embarazo que lo precede ni puede ser desinsertado como una determinación o consentimiento de la mujer sino de la pareja que lo decide, aunque se le asigna al integrante femenino una extraordinaria carga decisiva.

Si bien desde el punto de vista jurídico no hay dudas de la intencionalidad ejecutiva en los Abortos provocados o inducidos y en la falta de voluntad en el resultado en los Abortos espontáneos existe en ciertos casos un determinismo bio-psico-social en algunas mujeres cuya historia personal acumula antecedentes de Abortos interactivos ya sea provocados o espontáneos y en muchos casos con Abortos de ambas etiologías, alternados o consecutivos. Hay embarazos aparentemente deseados, pero inconscientemente rechazados y casos en que el psicoanálisis ha revelado que no se ansía el embarazo, sino el Aborto como mecanismo de rechazo por sentimiento de negación del Yo. Según Arnaldo Rascovsky, "existen tendencias filicidas universales y el Aborto es en todos los casos un filicidio" (García Maañón - Basile. *Aborto e Infanticidio*. Editorial Universidad. Buenos Aires 1990 página 234).

## **El Abortero:**

El abortero habitual es, casi siempre, un profesional del arte de curar, por lo menos teniendo en cuenta lo que prevalece en los centros urbanos. Se trata, a menudo de un médico, de una partera y a veces de un farmacéutico que soluciona este tipo de problemas. Constituyen el tipo de delincuente profesional con o sin refractariedad al trabajo en la calificación de Ernest Seeling. En muchas circunstancias, la práctica del Aborto criminal se alterna con la de trabajos honrados, pero, en un elevado número de casos el trabajo legal es sólo una pantalla para la ejecución de estos ilícitos por avaricia de dinero. En ciertos institutos o clínicas también en consultorios privados se practican Abortos en forma habitual y casi siempre exclusiva.

Es muy común, especialmente en medios rurales, que la ejecución de Abortos criminales esté en manos de enfermeras, comadronas o simplemente prácticos, cuando no de curanderas que los practican por medios no siempre compatibles con la higiene.

En general se trata de delincuentes habituales en la clasificación de Enrique Ferri, pero el hecho puede producirse en forma accidental, en lo que suele comprenderse como "una actitud de

favor", como una práctica circunstancial (delincuentes ocasionales de C. Lombroso, E. Ferri y B. Di Tulio) o como una decisión omnipotente de ciertos cirujanos que "no pueden permitirse dejar de efectuar una intervención tan sencilla".

Otras veces se trata de delincuentes por convicción en la consideración de E. Seeling, en casos de autoría de Abortos eugenésicos o por considerar desprotegidas a las madres solteras ante la sociedad.

Franz Exner denomina delincuentes en estado activo a los aborteros teniendo en cuenta el tipo de actividad delictiva como especialidad profesional.

### **La Mujer que Aborta:**

La mujer que aborta criminalmente responde, casi siempre a una situación de crisis psíquica, social o económica, constituyendo por lo general las delincuentes por crisis de la clasificación de Seelig. El hecho ilícito en este tipo delincencial se configura a menudo en madres solteras, jóvenes engañadas o seducidas, mujeres con relaciones sexuales extramaritales o integrantes de hogares que han procreado múltiple descendencia con o sin condiciones de miseria económicas.

Fuera de los casos de crisis, algunas mujeres llegan al Aborto criminal por comodidad o por "coquetería" para evitar deformaciones corporales, por vanidad, etc.

"No es frecuente que la embarazada experta o con cierto de grado de cultura practique su propio Aborto mediante dolencia física, aplicándose golpes en el vientre, efectuando saltos o ejercicios intensos o extenuantes o por la introducción en la vagina de objetos varios (sondas, agujas de tejer, etc) destinados a penetrar en el útero" (García Maañón – Basile, *Aborto e Infanticidio*. Ed. Universidad. Bs. As., 1990, página 239).

Alberto A Bianchi (Bianchi Alberto A., *En Contra del Aborto*. Editorial Depalma. Bs. As. 1999 página 71) al sintetizar las razones invocadas por las mujeres que abortan formula el siguiente cuadro:

Razones invocadas	Total de Mujeres
Preocupación por el cambio de vida que el nacimiento ocasionará	76
Imposibilidad de sostener económicamente al bebé	68
Problemas de relación o para evitar ser madre soltera	51

No estar preparada aún para asumir la responsabilidad de ser madre	31
Ocultar que han tenido relaciones sexuales o que se está embarazada	31
Ser demasiado joven	30
Tener suficientes hijos y estar todos ya crecidos	26
El marido desea el Aborto	23
Problemas de salud del feto	13
Problemas de salud de la mujer	7
Los padres de la mujer desean el Aborto	7
Violación o Incesto	1
Otras razones	6

### **El Aborto y la causa de muerte:**

Sobre 100 autopsias realizadas por Aborto con muerte de la mujer se arrojó el siguiente resultado:

1) Peritonitis	27 casos (26,46%)
2) Embolia Gaseosa	21 casos (20,58%)
3) Pelvipерitonitis	12 casos (11,76%)
4) Inhibición cardiaca vagal	11 casos (10,76%)
5) Septicemia gaseosa	11 casos (10,76%)
6) Septicemia estreptococia	8 casos (7,84%)
7) Piemia	3 casos (2,94%)
8) Hemorragia	2 casos (1,96%)
9) Tétanos	1 caso (0,98%)
10) Endocarditis	1 caso (0,98%)
11) Septicemia	1 caso (0,98%)

De aquí se deduce que la causa más frecuente de muerte no es la hemorragia (1,96%) que ocupa el octavo lugar como causa de óbito post Aborto. En cambio los procesos de inflamación peritoneal, considerados en conjunto, comprenden el 38,22% de éxito letal, las embolias gaseosas el 20,58% ocupando el segundo lugar, la inhibición cardiaca vagal el 11.72%

ubicándose en el cuarto lugar y los procesos infecciosos estimados en conjunto el 24.48% de los casos mortales. (García Maañón - Basile. Op. cit., con cita de Keit Simpson, página 250)

### **III) Antecedentes nacionales y propuestas legislativas.**

#### **Antecedentes:**

El Proyecto Tejedor sancionaba con prisión de un año a la mujer que causare su propio Aborto o consintiera que otro lo provocare (si fuera de "buena fama" y cometiera el delito poseída por el temor de que se descubra su fragilidad, se le disminuirá la mitad del tiempo). Al que lo causase le imponía pena de tres años de prisión (esta pena se reducía a la mitad para el caso en que la mujer hubiese solicitado el Aborto, y a la tercera parte si éste se hubiese ocasionado mediante medios que no hubiesen tenido por objeto directo hacer abortar, sino producir otro mal menor). Los médicos, cirujanos, parteras, o farmacéuticos que abusaren de su arte para causar un Aborto sufrirán tres años de prisión e inhabilitación perpetua para ejercer su profesión.

El Código de 1886 sancionaba con pena de tres a seis años al que ejerciera violencia sobre la mujer embarazada, de dos a tres aunque no ejerciera violencia si obrare sin consentimiento de la mujer y con prisión de uno a tres si la mujer lo consintiera. Para los profesionales del arte de curar (médicos, cirujanos, farmacéuticos, parteras) la pena que establecía era de prisión de tres a seis años e inhabilitación especial por doble tiempo.

El proyecto de 1891 establecía las penas de tres a diez años si obrare sin consentimiento de la mujer, pena que era elevada hasta quince años si el hecho era seguido de la muerte de la mujer, y con penitenciaría de uno a cuatro años si obrare con consentimiento de la mujer. Estableciendo las mismas penas para los médicos, cirujanos, farmacéuticos y parteras con la accesoria de inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena. Para la mujer que consintiera su propio Aborto establecía pena de uno a cuatro años.

El proyecto de 1906 preveía la pena de prisión de tres a diez años si obrare sin el consentimiento de la mujer, de uno a cuatro si obrare con consentimiento de la mujer; para los profesionales del arte de curar establecía las mismas penas más inhabilitación especial por doble tiempo y para la mujer que causare su propio Aborto o consintiera en que otro lo causare la pena es de uno a cuatro años, desincriminando la tentativa de la mujer.

El proyecto de 1917 que el que causare un Aborto 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 la muerte de la mujer. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años si obrare con consentimiento de la mujer. El maximun de la pena se eleva a seis años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

## **Proyectos:**

El proyecto de 1937 impone prisión de uno a cuatro años a la mujer que causare su propio Aborto o consistiere en que otro se lo causare. Cuando el hecho respondiera al propósito de ocultar su deshonor, la sanción será prisión de seis meses a dos años. A la simple tentativa de la mujer no corresponde sanción alguna. Impone prisión de seis a doce años al que causare un Aborto sin el consentimiento de la mujer y de uno a cuatro si fuere con consentimiento de ésta, imponiendo las mismas penas e inhabilitación especial por doble tiempo a los profesionales del arte de curar que incurrieran en este delito.

El proyecto de 1937 prevé expresamente que "No dará lugar a sanción alguna el Aborto que practique un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer o de su representante legal, cuando el embarazo proviene de una violación".

El proyecto de 1941 sanciona con privación de la libertad de tres meses a un año a la mujer que causare su propio Aborto. Al que lo practique con consentimiento de la mujer le aplica privación de libertad de seis meses a dos años. La tentativa de la mujer no es punible.

Cuando el Aborto obedeciera al propósito de ocultar la propia deshonor, o de la esposa, hija, hermana o madre, el juez podrá atenuar libremente la sanción. No dará lugar a sanción alguna el Aborto proveniente de una violación o incesto practicado antes de los tres meses del embarazo.

Según el Proyecto de 1960 el que causare la muerte de un feto en el seno materno o mediante su expulsión prematura, será reprimido: 1) Con reclusión o prisión de tres a diez años si obrare sin el consentimiento de la mujer o si esta fuere menor de dieciséis años.

2) con prisión de uno a cuatro años o reclusión hasta cuatro años si obrare con consentimiento de la mujer.

La mujer que hubiere prestado consentimiento para el Aborto será reprimida con prisión de uno a cuatro años.

La mujer que causase su propio Aborto será reprimida con prisión de uno a cuatro años.

Si el Aborto hubiese sido cometido para ocultar la deshonor de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de prisión hasta dos años.

En el proyecto de 1960 no es punible el Aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer encinta: a) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y este peligro no podía ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Si la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal.

### **El proyecto de 1979 establecía:**

El que causare la muerte de un feto en el seno materno o mediante su expulsión prematura, será reprimido: 1) con reclusión o prisión de tres a diez años si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de diecisiete años; 2) con prisión de uno a cuatro años o reclusión hasta cuatro años si obrare con consentimiento de la mujer. La mujer que hubiere prestado consentimiento para el Aborto será reprimida con prisión de uno a cuatro años. Reprime con prisión de seis meses a tres años a la mujer que causare su propio Aborto. La tentativa de la mujer no es punible.

Si el Aborto hubiese sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de prisión hasta dos años. Si como consecuencia del hecho ocurriera la muerte de la mujer, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

No es punible el Aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer encinta; a) Si se ha hecho con el fin de evitar un serio peligro para la vida o grave y permanentes consecuencias para la salud de la madre, y este peligro no podía ser evitado por otros medios; b) Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada; c) Si la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal.

### **Iniciativas Legislativas Posteriores:**

Año	Proyecto	Contenido
1986	Senado	Orientado a mejorar la redacción de la figura del Aborto no punible del Código Penal, buscando de esta manera superar discusiones en torno a la interpretación del Aborto cuando mediare embarazo debido a una violación.
1989	Diputada Florentina Gómez Miranda	Propuso la no incriminación del Aborto en los casos de violación argumentando que ésta era la real voluntad del codificador de 1922.

1991	Diputados	Aclaraba la redacción del artículo relativo a la despenalización del Aborto cuando el embarazo provenía de una violación cuya acción penal hubiere sido iniciada. Incluía el caso de violación de menores, estableciendo la necesidad del consentimiento de su representante legal.
1992	Diputados	Desincrimina el Aborto cuando el embarazo fuere consecuencia de violación o estupro.
1993	Proyecto de ley de educación sexual	Reconoce el derecho de toda mujer a decidir la interrupción de su embarazo durante las primeras 12 semanas, incluyendo que los costos deban ser cubiertos por el sistema social.
1994	Proyecto de ley de Procreación Responsable	Establece la no punibilidad de la mujer y las condiciones en que podrá hacer uso del derecho a interrumpir su embarazo.
1995	Diputados	Incluye los supuestos de figuras no punibles el peligro para la vida o la salud de la madre, la presunción de que el feto nazca con graves taras físicas en el embarazo provenientes de violación y el embarazo de mujer idiota o demente proveniente de violación.
1997	Senado	Se limita a discriminalizar el a-



borto menteniendo sólo las figuras del Aborto sin consentimiento de la mujer y del preterintencional.

#### **IV) El delito de Aborto y los Paradigmas de 1921.**

Distintas definiciones se han dado para caracterizar el delito de Aborto provocado. Digo de Aborto provocado aún cuando en adelante suprimiré la calificación, porque aquél que no hubiese tendido lugar merced a un acto voluntario, importaría una casualidad o una desgracia, pero nunca un delito. El Aborto consiste en la expulsión del feto del seno materno ejecutada con dolo, sea por los padres o por extraños antes del tiempo natural requerido para el parto. Se define también diciendo que se caracteriza por la dolosa muerte del feto en el seno materno o la expulsión violenta que sea seguida de la muerte. Otros dicen que consiste en la expulsión prematura o violentamente provocada del producto de la concepción independientemente de toda circunstancia de tiempo, de vitalidad y aún de formación.

Se expresa también que es la dispersión prematura, violenta o maliciosamente provocada del producto de la concepción con el objeto de impedir el desarrollo y nacimiento sin reparo alguno a la mayor o menor distancia respecto a las épocas de la concepción y del parto.

Crivellari dice que estas definiciones divergen porque en algunas se hace referencia a la expulsión del feto solamente y en otras a la muerte del mismo.

El delito de Aborto tiene por objeto destruir la vida del feto. No se trata con el mismo de anticipar el parto, sino de impedir el nacimiento. Por lo demás, cuando el Aborto se provoca, el ser en formación no está en condiciones de nacer, esto es, de tener vida, desde que su desarrollo no es el que se requiere para la existencia extrauterina" (Moreno, Rodolfo. *El Código Penal y sus Antecedentes*. H. A. Tomassi Editores. Buenos Aires, 1923. Tomo III Página 408).

Paradigma: "Ejemplo o ejemplar. Cada uno de los esquemas formales a que se ajustan las palabras nominales y verbales para sus respectivas flexiones. Conjunto virtual de ejemplos de una misma clase. Clase gramatical que puede aparecer en un mismo contexto" Diccionario de la Real Academia Española. 1984. Tomo II. Voz "Paradigma". Página 1010).

La sociedad de 1921 tenía otras prácticas sexuales, otras valoraciones sociales, otras concepciones éticas del comportamiento. El paradigma de 1921 estaba impregnado de conceptos tales como "mujer honesta", "de buena fama", el Código de 1921 hablaba de "tocamientos imbercundos" que en relación al delito que nos ocupa, no ha sido superado por "nuevos paradigmas" los que no han podido superar la "parálisis paradigmática" en que ha caído. Es posible que no exista un nuevo paradigma en la materia lo suficientemente acabado para reemplazar al viejo, respondiendo a cuestiones que en el anterior paradigma eran enigmáticas. El

nuevo paradigma debe dar respuestas a lo que en el viejo era vacío o insuficiente. Se entiende por noción de "parálisis paradigmática" la falta de observación, registración y apreciación de datos que no se adecuan y son incoherentes a los supuestos básicos del paradigma, y hacen a su necesidad, alternativas y posibilidades de cambio y/o reemplazo. Lo que imposibilita el cambio del mismo y la no recepción de las apreciaciones de las personas situadas en la periferia como oportunidades para modificar el paradigma, advirtiéndose solo como amenazas o peligros. La parálisis paradigmática constituye la fosilización cristalizada de conceptos e ideas, impermeabilizadas a la crítica, el análisis y las propuestas en el deseo consiente o inconsciente de la perpetuación de los conceptos e ideas consagrados; que es en la cuestión que nos ocupa y más allá de las siempre posibles alternativas, oposiciones, resistencias, opiniones y ángulos de mira de la cuestión que nos convoca, la revisión de la "punibilidad o desincriminación del Aborto provocado en determinadas condiciones y/o circunstancias" como, más allá de ellas parece abrirse camino en la legislación comparada.

No obstante ser necesariamente el delito que nos convoca protagonizado por mujeres (sea que cause su propio Aborto o consienta en que otro lo provoque) Cerro y Meloni (Cerro, Ana María y Meloni, Osvaldo *"Análisis Económico de las Políticas de Prevención y Represión del Delito en la Argentina"*. Premio Fulvio Salvador Pagani 1999. Ediciones Eudecor. Córdoba 1999) nos dicen: "el delito parecería ser cosa de hombres. Al menos eso indican las estadísticas disponibles. Sobre el total de inculcados de hechos delictuosos en el país en el período 1991/97, el 88.7% son hombres. El porcentaje a través de las provincias presenta algunas variaciones con relación al promedio del país. La provincia con menor porcentaje de mujeres en el período 1991/97 fue La Pampa con el 20%. En el otro extremo están Formosa y Corrientes con el 50%.

En cuanto a la tasa de crecimiento, las mismas conclusiones se obtienen si se analizan las variables en el tiempo de la cantidad de inculcados por cada 10.000 habitantes clasificados por sexo. La tasa de crecimiento fue del 7,2% mientras que la de las mujeres sólo el 5.5% no obstante cuando analizamos la participación de la mujeres en actividades delictivas por tramos de edad, encontramos que la tasa de crecimiento promedio anual de las menores de 21 años es superior por una décima a la de los hombres (9,3% versus 9,2%).

No ocurre lo mismo con las inculcadas mayores de 21 años cuya tasa de crecimiento del 4,3% es bastante inferior a la masculina del 6,5%. Al parecer en las actividades ilegales se produce un fenómeno similar al observado en las actividades legales: La mujer se retira del mercado laboral durante algunos años para dedicarse a la maternidad. En este análisis cabe la misma aclaración que hicimos anteriormente: Es decir, los jóvenes delincuentes están sujetos a un proceso de aprendizaje por lo que la caída en la tasa de crecimiento de los mayores de 21 años por cada 10.000 habitantes se explica por un aumento en la experiencia que le permita evadir el arresto".

### **Crisis Paradigmática del Modelo de 1921.**

El Código de 1921 fue superado por la modernidad que incorporó nuevos valores, destruyó viejos paradigmas y construyó nuevos.

Zygmund Bauman en *Modernidad Líquida*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Bs. As., 2003. Capítulo III. Espacio y Tiempo, al referirse a la modernidad considera que la "historia del tiempo" comenzó con la modernidad, por cierto la modernidad es, parte de otras cosas y tal vez por encima de todas ellas, la historia del tiempo. La modernidad es el tiempo en que el tiempo tiene historia".

Michael Maffesoli, citado por Bauman (En *Du Nomadisme Bagaondages Initiatiques*, 1997), califica el mundo que todos habitamos actualmente de "territorio flotante" "en el que los frágiles individuos se topan con la realidad porosa. En ese territorio sólo pueden encajar cosas o personas fluidas, ambiguas, en un perpetuo estado de devenir, en un constante estado de autotransgresión. El desarraigo sólo puede ser dinámico. Debe ser autotransgresión. El desarraigo debe ser reexpresado y reconstruido diariamente, precisamente por medio de la repetición del acto de autodistanciamiento, ese acto fundacional e inciático que es "seguir viaje, estar en camino", tras compararnos a todos los habitantes del mundo actual con nómades, Jackes Attali (en *Chemins de Suages*, 1966) señala que aparte de viajar livianos y ser amables, amistosos y hospitalarios con los extraños que se cruzan en su camino, los nómades deben estar constantemente alertas, sin olvidar que sus campamentos son vulnerables, ya que carecen de muros o trincheras para detener a los intrusos, sobre todo los nómades que luchan por sobrevivir en un mundo de nómades, necesitan acostumbrarse a un estado de constante desorientación a viajar por caminos cuyas dirección y duración desconocen sin mirar más allá de la próxima curva o encrucijada, necesitan concentrar toda su atención en el tramo de camino que deben recorrer antes del anochecer. La velocidad entonces es una de las características de la modernidad. Los individuos frágiles -o no- necesitan, reclaman, buscan seguridad y por eso se esfuerzan por hacer todo a la mayor velocidad posible. Cuando uno corre junto a corredores veloces no esforzarse implica ser dejado atrás. Cuando se patina sobre hielo delgado, no correr rápido implica la amenaza de ahogarse. La velocidad por tanto ocupa el primer puesto de la lista de los valores de supervivencia".

Con relación a la crisis de los modelos tradicionales, se destaca la crisis provocada en la cultura por los medios masivos de comunicación.

La concentración de riqueza material y la difusión del estilo de vida consumista ha sustituido todos los modelos tradicionales (adquiridos o impuestos) por uno globalizado y dependiente del mercado.

Con relación a este tema, es sumamente ilustrativo el libro de Sartori, que analiza la cuestión de la cultura, los medios y las valoraciones sociales desde el ángulo del "Homo sapiens",

el "Homo videns", Información Televisiva, Subinformación, Desinformación, Sondeo de Opinión y Video Política.

Nos encontramos en plena y rapidísima evolución de multimedios. Un proceso que tiene numerosas ramificaciones (Internet, Ordenadores Personales, Ciberespacio) y que, sin embargo, se caracteriza por un común denominador: Tele Ver y como consecuencia nuestro Video Vivir. El video está transformando al "Homo Sapiens" producto de la cultura escrita, en un "Homo Videns" para el cual la palabra está destronada por la imagen. Todo acaba siendo visualizado. ¿Pero qué sucede con lo no visualizable que es la mayor parte?.

Homo sapiens. De este modo clasificaba Linneo a la especie humana en su sistema de la naturaleza de 1758. Lo que hace único al Homo Sapiens es su capacidad simbólica. Lo que indujo a Ernest Cassier a definir al hombre como un animal simbólico. Así pues la expresión animal simbólico comprende todas las formas de la vida cultural del hombre. Y la capacidad simbólica de los seres humanos se despliega en el lenguaje, en la capacidad de comunicar mediante la articulación de sonidos y signos provistos de significado. Las civilizaciones se desarrollan con la escritura, y es el tránsito de la comunicación oral a la palabra escrita lo que desarrolla una civilización, pero hasta la invención de la imprenta la cultura de toda sociedad se fundamenta principalmente en la transmisión oral.

La ruptura se produce a mediados de nuestro siglo con la llegada de la televisión y del televisor. La televisión es "ver desde lejos". Y en la televisión el hecho de ver prevalece sobre el hecho de hablar, en el sentido de que la voz del medio, o de un hablante es secundaria, está en función de la imagen, comenta la imagen. Como consecuencia, el telespectador es más un "animal vidente" que un "animal simbólico". Para él las cosas representadas en imágenes cuentan y pesan más que las cosas dichas con palabras. Y esto es un cambio radical de dirección, porque mientras que la capacidad simbólica distancia al "homo sapiens" del animal, el hecho de verlo acerca a sus capacidades ancestrales, al género al que pertenece la especie del "homo sapiens".

La palabra es un símbolo que se resuelve en lo que significa, en lo que nos hace entender, y entendemos la palabra sólo si podemos, es decir, si conocemos la lengua a la que pertenece, en caso contrario es letra muerta, un signo o un sonido cualquiera. Por el contrario, la imagen es pura y simple representación visual. La imagen se ve y eso es suficiente, y para verla basta con poseer el sentido de la vista, es suficiente con no ser ciegos. La imagen no se ve en chino, árabe o inglés, se ve y es suficiente.

La televisión es la primera escuela del niño (la escuela divertida que precede a la aburrida) y el niño es un animal simbólico que recibe su impronta educacional en imágenes de un mundo centrado en el hecho de ver. ¿Este niño que ha crecido frente al televisor, se convierte algún día en adulto?. Naturalmente que sí, a la fuerza, pero se trata siempre de un adulto sordo de por vida a los estímulos de la lectura y del saber transmitido por la cultura escrita. Por tanto, el video-niño no crece mucho más.

"Las posibilidades de Internet son infinitas para bien y para mal. Son y serán positivas cuando el usuario utilice el instrumento para adquirir información y conocimientos es decir, cuando se mueva por genuinos intereses intelectuales, por el deseo de aprender y de entender. Pero la mayoría de los usuarios de Internet no es y preveo que no será de esta clase" (Sartori). La paidea del video hará pasar a Internet a analfabetos culturales que matarán su tiempo libre en Internet, en compañía de almas gemelas, deportivas, eróticas o de pequeños hobbys.

Si los cibernautas toman a la navegación demasiado en serio corren el riesgo de perder el sentido de la realidad, es decir los límites entre lo verdadero y lo falso, entre lo existente y lo imaginario, para ellos todo se convierte en trampa y manipulación, y todo puede ser manipulado y falseado.

El pronóstico del autor (Sartori) es que "la televisión seguirá siendo el centro en detrimento de la cibernavegación porque la televisión no tiene techo. En 1992 ya existían en el mundo 1.000.000 de millones de televisores (un billón). Si excluimos a los marginados y a los que realmente se mueren de hambre, la televisión cubre casi el 100% de las casas. En cambio, para los demás inventos, hay un techo. Internet produce saturación y ver pasivamente es más fácil y más cómodo que el acto de ver activamente las navegaciones cibernéticas, sin contar que la televisión muestra una realidad que nos atañe de verdad, mientras que el ciber mundo nos enseña imágenes imaginarias.

Es esta cultura la que influye sobre el pensamiento y la valoración hasta determinarla. A modo de conclusión Sartori dice: "aunque no desespero, tampoco quiero ocultar que el regreso de la incapacidad de pensar al pensamiento es todo cuesta arriba, y este regreso no tendrá lugar si no sabemos defender a ultranza la lectura, el libro y en una palabra la cultura escrita. La cultura audiovisual es inculta y por lo tanto no es cultura. Para encontrar soluciones hay que empezar siempre por la toma de conciencia. Los padres, aunque como padres ya no son gran cosa, se tendrían que asustar de lo que sucederá a sus hijos: cada vez más almas perdidas, desorientados, aburridos, anómicos y en psicoanálisis, con crisis depresivas y en definitiva, enfermos de vacío. Debemos reaccionar con la escuela y en la escuela. La costumbre consiste en llenar las aulas de televisores y procesadores, cuando deberíamos en cambio evitarlos (permitiéndose solamente el adiestramiento técnico) como sería con un curso de dactilografía. En la escuela los pobres niños se tienen que divertir, pero de este modo no se les enseña ni siquiera a escribir, y la lectura se va quedando cada vez más al margen. Y así, la escuela consolida al videoniño en lugar de darle una alternativa. Sucede lo mismo con los periódicos, imitan y siguen a la televisión alejándose de contenidos serios, exagerando sucesos emotivos, aumentando el color o confeccionando noticias breves".

Dentro de ese contexto se difunden (y como tales se incorporan) usos y costumbres de "avanzada" al estilo norteamericano (pero no el real sino el "for export", ya que el estadounidense

típico ni adopta ni pondera esas conductas), las uniones libres, el sexo de ocasión, el divorcio estilo Las Vegas, el uso de estupefacientes, los anticonceptivos, el Aborto.

Inclusive, la utilización del Aborto Provocado, aún cuanto ilícita y punible, ha llevado a la conclusión de que en los países que lo sancionan como el nuestro "es legal mientras no pasa nada". Cuando pasa (complicaciones, lesiones, muerte de la madre) entonces, "es delito" porque hay investigación, denuncias, juicio, condena. En ese marco podríamos decir que para buena parte de la población (culturalmente marginal) hasta podríamos estar en presencia de una anomia: "Una acción colectiva es más eficiente que otra que podría realizarse en la misma situación cuando los bienes que la primera produce, descontados los costos de la acción son de un valor superior a los de los bienes producidos por la segunda, descontando igualmente los costos. Si una determinada norma jurídica, moral, religiosa o social es generalmente o recurrentemente desobedecida en el curso de una acción colectiva, diremos que dicha acción es anómica. Según este desarrollo, una acción colectiva es anómica en el sentido de ilegalidad "boba" que aquí nos interesa, si ella es menos eficiente que cualquier otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara una cierta norma. Hay anomia boba sólo cuando la acción colectiva en cuestión se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación. Una acción colectiva en la que se observa alguna norma puede ser ineficiente, pero no anómica. Y una acción en que no se observa ninguna norma, pero no hay una norma asequible que condujera a una acción colectiva más eficiente para satisfacer los intereses de los participantes no es anómica en el sentido de ilegalidad "boba" (Nino, Carlos. *Un País al Margen de la Ley*. Estudio de la Anomia como componente del Subdesarrollo Argentino. Editorial EMECE. Bs. As., 1992. Capítulo III. La Anomia en la Vida Social de la Argentina).

## **V) Hacia una reformulación racionalista de la cuestión que nos ocupa.**

Si como está comprobado, "ha sido calculado estadísticamente que se producen dos (2) Abortos por cada nacimiento y que se practican de manera ilegal más de 300.000 Abortos por año en la Argentina. En el Hospital Rivadavia de Buenos Aires, asiento de la Segunda Cátedra de Ginecología, se ha observado que casi el 50% de las adolescentes asistidas tenía entre sus antecedentes personales un Aborto provocado, revelando en la anamnesis" (García Maañón Basile. Op. cit. Editorial Universidad. Bs. As., 1990, Página 227) y que como ya se ha dicho "Es muy común, especialmente en medios rurales, que la ejecución de Abortos criminales esté en manos de enfermeras, comadronas o simplemente prácticos, cuando no de curanderas, que los practican por medios no siempre compatibles con la higiene" (García Maañón Basile. Aborto e Infanticidio. Editorial Universidad. Bs. As. 1990, Página 237).

Si las complicaciones del Aborto criminal tienen una incidencia gravitante en la muerte de la víctima, que se describe en el cuadro que Bonett (*Tratado de Medicina Legal*. Editorial López Libreros. Bs. As., 1989, Tomo II. Página 1162), no puede negarse que por este solo hecho, e independientemente de las demás esgrimidas por la llamada "Tesis Abortista", la cuestión merece al menos una revisión desde el punto de vista de la razón práctica y legislativa:

Mortalidad Post Aborto (Aborto provocado ejecutado en medio doméstico y/o por prácticos comadronas y/o enfermeras).

Elemento	%
Sondas	47,03.
Hilo eléctrico de teléfono	6,31.
Tallo de Perejil	5,78
Cuerpos Extraños	
Tallo de hiedra	4,21.
Aguja de Tejer	3,15
Catéter	1,05.
Tubo de Plástico	1,05
Agua jabonosa	11,57.
Quinina, ergotina	
foliculina	6,31.
Inyecciones	
Intrauterinas:	
Agua	5,25
Inyección de Aire	1,05
Tintura de yodo	0,52
Permanganato de	
Potasio (comprimidos)	
Intraservical o intrauterino	2,63
Sustancia	
Medicamentosa	
Apiol	1,05
Otros elementos no especificados	2,63

Atienza (*Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y el Razonamiento jurídico*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1993. Capítulo VI. Nacionales y Extranjeros. Las Sin Razones de una

discriminación) nos dice: "Cada una de las fases de formación legislativa tiene características propias: Prelegislativa, Legislativa, Post legislativa puesto que el papel que asumen los participantes en la discusión es diferente, al igual que los presupuestos de que se parte en cada caso, los objetivos, los destinatarios de la argumentación ética. De todos modos el proceso de producción de las leyes puede contemplarse de una forma relativamente unitaria si se considera que el mismo consiste en una serie de interacciones que tienen lugar entre los forjadores, los destinatarios del sistema jurídico, los fines y los valores que dan lugar a diversas nociones o niveles de racionalidad es de los que pueden evaluarse las leyes".

Estos niveles serían (según el autor):

Racionalidad Lingüística; en cuanto a que el emisor (el edictor o forjador) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario).

Racionalidad Jurídico Formal: ya que la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un determinado sistema jurídico.

Racionalidad Pragmática: pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescripto en la ley.

Racionalidad Teleológica: ya que la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y

Racionalidad Ética: Pues las conductas prescriptas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética.

Atienza sostiene que los argumentos utilizados en las diversas fases de discusión de una ley tendrían que ser de alguna manera combinación de esos tipos de niveles de racionalidad.

El autor concluye en que la Racionalidad Ética opera en todos los casos (en la formación y aplicación del derecho) como el último nivel de racionalidad al que han de subordinarse los otros. Estos criterios de racionalidad lingüístico, jurídico formal, pragmático y teleológico presuponen una noción de racionalidad instrumental. Indican qué medios son adecuados para conseguir ciertos fines. La racionalidad ética, por el contrario, señala qué fines valiosos perseguir y qué medios pueden o no utilizarse en la prosecución de objetivos sociales.

## **VI) Propuestas de solución en torno a la cuestión del Aborto provocado (¿Desincriminación o represión?).**

El Aborto eugenésico y el Aborto sentimental (Violación).

"El derecho argentino presenta hoy una de las estructuras jurídicas más sólidas que existen en el mundo en contra del Aborto. Si bien la reforma de 1994 reforzó este andamiaje, cierto es que antes de ella el sistema ya poseía anticuerpos importantes. La Constitución de 1853 y sus reformas sucesivas hasta la de 1994 no se refirieron expresamente al derecho a la vida,



pero las leyes dictadas en su consecuencia no dejaron duda alguna de que el primer intérprete de la Constitución, en un orden cronológico, esto es el Congreso de la Nación, entendió que la vida humana comienza con la concepción y que por lo tanto el Aborto es un delito. Cada uno de los Códigos de fondo respectivos en el área de su competencia, sancionaron normas concordantes con estos principios. El Código Civil estableció en el art. 70 "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas" y el Código Penal lo hizo al reprimir el Aborto en los artículos 85, 86, 87y 88 con las excepciones legisladas en el segundo de ellos. Los tribunales argentinos a su turno han convalidado implícita o explícitamente la validez de estos principios" (Bianchi. Alberto B. *En Contra del Aborto*. Editorial Abaco. Bs. As., 1999, página 92.)

### **Síntesis de la Tesis Abortista.**

Los argumentos que justifican el Aborto de conveniencia son de diverso orden: 1) La igualdad entre hombres y mujeres; 2) La ausencia de persona hasta la existencia de signos externos; 3) La tesis de la viabilidad y la privacidad de la mujer; 4) Razones de orden económico; 5) El peligro para la salud de la mujer que representan los Abortos clandestinos; 6) La maternidad como derecho y no como deber.

### **Síntesis de la Tesis Antiabortista.**

Se ha dicho que es indudable que todos los argumentos abortistas parten de la afirmación -o al menos la duda- de que no existe persona humana desde el momento de la concepción. Al eliminar este primer paso del razonamiento ya todo argumento pasa a ser considerable y eventualmente valedero. Pero para quienes sostienen la tesis antiabortista, los que parten de este supuesto lo hacen desde un punto de vista que obedece a especulaciones científicamente infundadas, como la tesis de la viabilidad ensayada en "Roe vs. Wade". Eliminando así el derecho a la vida lo que se opone al Aborto es ya un argumento mucho más débil: el interés del Estado. Pero ocurre según dicen, que científicamente está demostrado que existe vida humana en el momento de la concepción. No se trata de un ser humano en su potencia plena, pero no por ello podemos caer en la sencillez absurda de quienes sólo ven un ser humano en aquella persona que ya ha nacido y se comunica con sus semejantes.

Las razones económicas han sido refutadas argumentando que si la pobreza fuera justificativo suficiente para el Aborto, podría establecerse un ingreso mínimo por hijo, y a partir de superado ese límite cada mujer podría abortar libremente. Pero en realidad no podemos erigir el Aborto como uno de los medios para paliar la pobreza. Con igual criterio, una familia con varios hijos que han nacido en una época de prosperidad podría matar a los menores que todavía no

pueden aportar económicamente al hogar, si cayera en bancarrota. No es permitiendo el Aborto como el Estado debe morigerar las diferencias socio-económicas entre pobres y ricos.

El Peligro para la salud de la mujer que representan los Abortos Clandestinos ha intentado ser desvirtuada como argumento abortista diciendo "Es cierto que la pobreza -o peor aún, la miseria-, y la promiscuidad y desesperación que ellas engendran son vehículo muchas veces de situaciones lamentables. Pero ¿ello significa que debemos desincriminar el homicidio?. A todos nos repugna en nuestra conciencia social la idea de que una persona de pocos recursos económicos, no sólo esté -generalmente- más cerca del delito que quién cuenta con ellos, sino que una vez cometido aquél sus posibilidades de defenderse sean más difíciles. Ya lo decía Martín Fierro con palabras que hoy conservan alarmante actualidad, y esto también constituye una preocupación en todos los países, aún los más avanzados. Pero la solución a mi entender no pasa por modificar el Código Penal, esto es, por desincriminar los delitos para que los pobres, que están más expuestos a sus peligros que los ricos no sufran las consecuencias. Con ello atacamos las consecuencias y no las causas" (Bianchi Alberto, op. cit, pág. 115).

En cuanto a la maternidad como derecho y no como deber como argumento abortista se ha dicho que quienes avalan este criterio parecen no comprender que hay muy pocas situaciones en la vida que nos enfrentan con un derecho sin su correlativo deber. Generalmente se trata de situaciones triviales. Pero el sexo es algo lo suficientemente importante como para engendrar deberes al lado de los derechos. Del sexo depende, nada más ni nada menos, la continuidad de la especie humana y por ende sería pueril pretender despojarlo de sus cargas obligacionales. Y quienes lo han ejercitado por puro placer, desprevenidamente o sin intención de prolongar con él la especie, no están liberados de las cargas que les corresponden.

En los anales legislativos argentinos, salvo el Proyecto de Ley de Educación Sexual (1993), el proyecto de Diputados de 1994 y los de 1995 y 1997 correspondientes a la Cámara de Diputados y al Senado, respectivamente, no se registran antecedentes definitivamente "Abortistas" entre nosotros. Como hemos visto, en varios de ellos (Proyecto de 1937, 1941, 1960 y 1979) se despenaliza el Aborto como consecuencia de una violación o Aborto Sentimental. En el ámbito legislativo, el proyecto de 1986 se orientaba a mejorar la redacción de las figuras de Aborto no punibles del Código Penal, buscando de esta manera superar las discusiones en torno a la interpretación de Aborto cuando mediare embarazo debido a una violación, en el mismo sentido el proyecto de 1989 de la Diputada Florentina Gómez Miranda aclaraba la redacción del artículo relativo a la despenalización del Aborto cuando el embarazo provenía de una violación. El proyecto de 1992 desincriminaba el Aborto cuando el embarazo fuere consecuencia de violación o estupro. En 1993 el Proyecto de Ley de Educación Sexual reconoce el derecho de toda mujer a decidir la interrupción de su embarazo durante las primeras 12 semanas, incluyendo que los costos deban ser cubiertos por el sistema social, el proyecto de 1994 establece la no punibilidad de la mujer y las condiciones en las que podrá hacer uso del derecho a interrumpir el embarazo.

El de 1995 incluye en los supuestos de figuras no punibles el peligro para la vida o la salud de la madre, la presunción de que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas, en el embarazo proveniente de violación y el embarazo de mujer idiota o demente proveniente de violación. El de 1997 se limita a descriminalizar el Aborto manteniendo sólo las figuras del Aborto sin consentimiento de la mujer y del preterintencional.

### **Propuesta:**

No obstante la resistencia y oposición que el inagotable debate que plantea la cuestión que nos convoca ha generado desde siempre, parece haberse impuesto el criterio de la desincriminación del llamado Aborto Sentimental -en caso de violación- (que además del eugenésico y terapéutico) de consagrarse esta posición desincriminativa, en consonancia con lo que posiblemente fue la voluntad de legislador de 1921 según se argumenta, serían los únicos supuestos de Aborto no punibles en nuestro derecho positivo.

Pero con relación al "Voluntario o Provocado", sigue la polémica, siendo como se ha adelantado la cuestión de singular interés Político Criminal por las mismas razones expuestas e "in extenso" desarrolladas.

Todo parece sugerir que "desincriminar" el Aborto voluntario y provocado para la madre (y obviamente para el tercero que lo efectúe con su consentimiento), hasta determinado avance del mismo (presumiblemente 12 semanas de gestación) efectuado por médico diplomado en establecimiento adecuado y condiciones de higiene y salubridad, tal como se ha impuesto en los países más desarrollados del mundo y más allá de las limitantes éticas, filosóficas, teológicas, y hasta biológicas que enmarcan y condicionan la cuestión que nos convoca y solución de *lege ferenda* como respuesta a una situación "real y comprobada", sería desde el punto de vista político criminal un avance en función de un desenlace ni ideal ni deseado, pero como "mal menor" y alternativa de resolución a la "clandestinidad y los riesgos" de una práctica furtiva, pero impuesta y arraigada, imposible de prevenir, reprimir o suprimir, y que por lo tanto impone no sólo la tolerancia, sino la profilaxis y la higiene no sólo física y material a su desagradable y reprochable práctica, sino también jurídica y social.

### **Legislación Actual Vigente (Código Penal Argentino) *Lege Lata*.**

Artículo 85: "El que causare un Aborto será reprimido: 1) Con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; 2) Con reclusión o prisión de uno (1) a cuatro (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. El maximun de la pena se elevará a seis (6) años, si el hecho fuera seguido de la muerte de la mujer".

Artículo 86: "Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior, y sufrirán además inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar un Aborto o cooperen a causarlo. El Aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta no es punible: 1) Si se ha practicado 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".

Artículo 87: "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que con violencia causare un Aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare".

Artículo 88: "Será reprimida con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, la mujer que causare su propio Aborto o coincidiera en que otro lo causare. La tentativa de la mujer no es punible"

### **Propuesta de Resolución mediante reforma legislativa (*Lege Ferenda*).**

Artículo 85: "El que causare un Aborto será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin el consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuera seguido de la muerte de la mujer" (suprime: "Con reclusión o prisión" de uno (1) a cuatro (4) años, si obrare con el consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis (6) años si el hecho fuese seguido de la muerte de la mujer").

Artículo 86: "Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior, y sufrirán además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos, que abusaren de su ciencia o arte para causar un Aborto o cooperen a causarlo. 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 por la cual la acción penal haya sido iniciada y hasta los tres (3) meses de embarazo. Tratándose de menores o incapaces el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el Aborto. 3) Cuando fuese practicado dentro de las 12 semanas de gestación y a pedido expreso y documentado de la mujer. (deja subsistente el Aborto Terapéutico, y unifica el Aborto eugenésico y el sentimental. Autoriza el Aborto provocado voluntario: Limita la práctica a tres (3) meses o doce (12) semanas de gestación en atención a que un mayor desarrollo, además de perfeccionar completando la formación de no nato, multiplica los riesgos quirúrgicos en perjuicio de la madre).

Artículo 87: "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que con violencia causare un Aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constase" (Aborto Preterintencional: Queda sin modificaciones).

Artículo 88: (Se reemplaza por el siguiente): " El que sin ser médico diplomado practicara un Aborto con el consentimiento de la mujer encinta será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años. El maximun de la pena se elevará a seis (6) años si el hecho fuera seguido de la muerte de la mujer. La mujer que causare su propio Aborto, o lo consintiera por quien no revista la calidad de médico diplomado será reprimida con prisión de uno (1) a cuatro (4) años. La tentativa de la mujer no es punible. (penaliza la práctica por comadronas, parteras, enfermeras o prácticos, que queda limitada a Médicos Diplomados. Y mantiene la punibilidad de la mujer que cause su propio Aborto, en función que uno de los propósitos esenciales de la reforma es asegurar la práctica en condiciones de higiene y salubridad que reduzca las complicaciones y muertes post Aborto esgrimidas como una de las razones básicas de Política Criminal en la cuestión que nos convoca. Mantiene la desincriminación de la tentativa en la mujer como esencialmente protectora del feto y su viabilidad, mas que de la madre).

## **Bibliografía**

- Atienza, Manuel, (1993) *Tras la Justicia, Una Introducción al Derecho en el Razonamiento Jurídico*. Editorial Ariel S.A. Barcelona España.
- Bauman, Zygmund, (2003). *Modernidad Líquida*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Bs. As..
- Bonett, E., (1989), *Tratado de Medicina Legal*. Editorial López Libreros. Bs. As.
- Bianchi, Alberto B. (1999). *En Contra del Aborto*. Editorial Depalma. Bs. As.
- Cerro, Ana María y Meloni, Osvaldo, (1999) *Análisis Económico de las Políticas de Prevención y Represión del Delito en la Argentina*. Premio Fulvio Salvador Pagani. Ediciones EUDECOR, Córdoba.
- García Maañón, Ernesto (1990). *Aborto e Infanticidio*. Editorial Universidad. Buenos Aires.
- Mahiques, Carlos A. (2002). *Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal*. Editorial Fabian Di Plácido. Bs. As..
- Moreno Rodolfo (h), (1923). *El Código Penal y sus Antecedentes*. H.A. Tomassi Editores. Bs. As. (7 volúmenes).
- Nino, Carlos. *Un País al Margen de la Ley*. Estudio de la Anomia como componente del Subdesarrollo Argentino. Editorial EMECE. Bs. As. (A) Capítulo III. La Anomia en la Vida Social Argentina.
- Roxin, Claus. (2002) *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*. Editorial Hammurabi. Bs. As.

Sartori, Giovanni. *Homo Videns. La Sociedad Teledirigida*. Editorial Taurus.