EL ABORTO ES UN DELITO EN OKLAHOMA: UNA REFLEXIÓN

Rudi Di Marco

1. Introducción

En los últimos meses las agencias de prensa se han hecho eco de una noticia sobre el aborto que, entre unas cosas y otras, parece haber pasado en silencio, o más bien parece no haber suscitado el debate público que legítimamente cabía esperar y que, sin duda, se habría avivado si la ubicación geográfica de la misma hubiera sido diferente.

La noticia en cuestión aborda un tema «políticamente incorrecto» y difícil de tratar: el aborto, o mejor dicho... el aborto, que de ser un «derecho subjetivo» pasa a ser, por norma, un delito sancionado penalmente. Que esto ocurra en la «patria» de la libertad liberal, la cuna de las llamadas libertades civiles, es muy interesante y significativo.

Las asperezas ideológicas que caracterizan el tema del aborto, en efecto, no son fáciles de suavizar, porque da lugar a una cuestión dirimente tanto a nivel civil como moral, político como jurídico: ¿a favor o en contra?

No es casualidad ni cosa reciente que la cuestión se plantee, al menos en el debate social, pero desgraciadamente también en el doctrinal, en términos de una oposición estéril entre *pro-life* y *pro-choice*: entre las tesis que defienden la vida (del concebido) y que están a favor de ella, incondicionalmente; y aquellas, opuestas, que defienden la elección, obviamente la de la mujer embarazada, considerando la elección en sí misma un valor, un valor de libertad (negativa), supremo y absoluto, superior incluso al bien de la vida.

Y es obvio que la cuestión se plantea en términos de oposición, precisamente porque lo que está en juego no es sólo la vida y la autodeterminación de la mujer embarazada con respecto a su propio cuerpo –cuestión que en sí misma no

Fundación Speiro

estaría exenta de problemas–, sino que en particular también está en juego la vida del concebido, es decir, la vida de un ser humano inocente que existe –¡y se plantea precisamente porque existe!– y cuya inexistencia no puede ser fingida, no puede actuarse *tamquam non esset*.

Que se recurra o se quiera recurrir a fórmulas imaginativas y se afirme que el concebido no es una persona, sino un sujeto –tesis apoyada *ex cathedra* por el Tribunal Constitucional italiano, por otra parte–, produce una cierta incomodidad en el tratamiento de la cuestión, pero sin embargo deja clara la opción por la primacía conceptual de la voluntad y la elección de la mujer embarazada, de su libertad negativa, respecto a la protección de la vida del concebido en el supuesto de que, al depender del cuerpo de aquélla, depende también de su voluntad, arbitrariedad y capricho.

Por lo tanto, la cuestión de si se puede sacrificar la vida del niño concebido para cumplir con el deseo de la madre, no puede sino implicar algunas de las cuestiones más profundas e internas de la sociedad civil: cuestiones políticas, cuestiones morales, cuestiones jurídicas.

Si además las asperezas en cuestión, como en este caso, se ven agravadas por una «fuerte» intervención normativa procedente de los Estados Unidos de América, es decir, de la «patria» del liberalismo, es evidente que la incomodidad crece hasta el punto de sustituir el escándalo por el silencio o casi silencio.

2. El cambio legislativo de Oklahoma

¿De qué se trata?

Según nos enteramos, precisamente, por la prensa, se trata de una ley del Estado de Oklahoma –el *Senate Bill* (proyecto de ley del Senado) 612– que en su sección 1, letra B. dice lo siguiente «no obstante cualquier otra disposición legal, una persona no podrá realizar o intentar realizar un aborto de propósito, excepto para salvar la vida de una mujer embarazada en una emergencia médica».

La disposición en cuestión, en el punto siguiente, el número 2, introduce un compendio significativo de penas:

Fundación Speiro

establece, en efecto, que «una persona condenada por realizar o intentar realizar un aborto será culpable de un delito grave castigado con una multa que no excederá de cien mil dólares [...], o con el confinamiento en la custodia del Departamento de Correcciones por un período no superior a diez [...] años, o con dicha multa y prisión».

El cambio en la ley –como es evidente– no es de poca importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que la misma ley también circunscribe la noción (legal) de *medical emergency* («emergencia médica»), cuya concurrencia, en el caso que nos ocupa, exculpa de hecho la práctica del aborto; es decir, la priva de su propia antijuridicidad y, por tanto, de las consecuencias penales para su autor.

Utilizamos estas categorías conceptuales, que sin embargo deben ser adecuadamente discutidas, refiriéndonos a la gramática del delito como hecho típico, antijurídico y culpable, precisamente para facilitar la lectura y comprensión de estas páginas.

Pues bien, el punto 2 de la sección 1, letra A., establece que «"emergencia médica" significa una condición [física de la gestante] que no puede ser remediada por el nacimiento del niño, en la que un aborto es necesario para preservar la vida de una mujer embarazada cuya vida está en peligro por un trastorno físico, una enfermedad física o una lesión física incluyendo una condición física que pone en peligro la vida causada por o derivada del propio embarazo».

El compendio legislativo antes considerado, pues, da cuenta de una disciplina normativa que contrasta fuertemente con la *Weltanschauung* imperante hoy en día, incluso en los Estados Unidos de América: en efecto, lejos de considerar la práctica del aborto como el ejercicio de un derecho subjetivo (*facultas agendi ex norma agendi*) de la mujer embarazada, un derecho único de y a la libertad, y lejos de considerarlo un analogado de su derecho a la *privacy* (intimidad), castiga el aborto provocado como un delito penal siempre que no sea etiológicamente indispensable para salvar la vida de la mujer embarazada.

Es decir, el único ámbito de maniobra en el que se puede procurar el aborto sin incurrir en una sanción penal, y

Fundación Speiro

sin dar lugar a un delito, según el texto de la citada Ley 612 del Senado, es aquel en el que la vida de la mujer embarazada está efectivamente en peligro por una condición física de la misma, objetivamente relacionada con su embarazo. Se trata, por supuesto, de una condición patológica objetiva y diagnosticable, actual y contingente, vinculada a un problema físico que pone directamente en riesgo la vida de la persona. Repetimos: la vida, no cualquier deterioro de la salud.

¡El punto es decisivo! Y se puede resumir en los siguientes términos: la vida del concebido sólo puede sacrificarse cuando el sacrificio de la misma es indispensable e inevitable para salvar la vida de la mujer embarazada.

Desde cierto punto de vista, y al margen de las consideraciones que podrían hacerse, se trata de una invocación y restricción conceptual del estado de necesidad: es decir, la práctica del aborto, según la nueva ley de Oklahoma, sería no punible sólo en el caso en que fuera requerido por la necesidad de salvar a la mujer embarazada de un peligro actual de daño grave, no a la persona entendida en sentido amplio, sino específicamente a su vida.

Que esta nueva ley da un paso adelante respecto a la protección de la vida humana es evidente: de hecho, eliminar la práctica del aborto de la lista de facultades legalmente ejercitables *ad libitum* es, sin duda, una forma de ampliación normativa y legal de la protección de la vida humana, en este caso de la protección de la vida humana del concebido.

No sólo: también es un paso implícito –*absconditus*, por así decirlo– y efectivamente incompleto, tal vez incluso incierto, respecto al reconocimiento del *status personae* propio del concebido.

Este es un aspecto que no se desprende directamente de la norma, pero que en parte puede deducirse según una interpretación lógica de la misma: si la protección de la vida de la mujer embarazada –por eso hemos insistido antes– es la única causa de ausencia de responsabilidad respecto a la práctica del aborto, es evidente que el aborto no consiste sino en la supresión de una vida humana axiológicamente idéntica a la de la propia mujer embarazada, y por tanto es claro que el concebido no puede ser sino una persona y sujeto como cualquier otro.

Fundación Speiro

Sin embargo, el entusiasmo de los antiabortistas –hay que señalarlo de inmediato– debe contenerse sensiblemente: esta lectura, en efecto, corre el riesgo de probar demasiado, como se dice en estos casos, ya que no tiene debidamente en cuenta otro aspecto pertinente. Volveremos sobre este punto más adelante.

3. Algunas dificultades

Pero sigamos el discurso.

Resulta igualmente evidente que el pasaje anterior representa una extralimitación y, al mismo tiempo, un punto de fricción conceptual con respecto a la jurisprudencia estadounidense más consolidada encabezada –como es bien sabido– por la sentencia *Roe vs. Wade* del Tribunal Supremo de 1973.

Sin embargo, hay que señalar, de nuevo con referencia a las informaciones de prensa, que la estabilidad diamantina del precedente en cuestión (*Roe vs. Wade*) parece que ya no es tan granítica como hasta ahora, y ello sobre todo tras la divulgación de la *opinion of the Court* firmada por el juez Alito, según la cual la conexión del llamado derecho al aborto con los principios constitucionales sería al menos cuestionable bajo diversos perfiles.

El problema –aquí está el *punctum dolens*– no es jerárquico, aunque el peso del Tribunal Supremo no sea irrelevante para el éxito y la supervivencia de la ley en cuestión. El problema no es ni siquiera cuantitativo, es decir, relativo a la mayor o menor protección concedida a la vida humana, aunque también este aspecto es indudablemente importante (por cierto, señalemos que el Estado de Texas, en el *Senate Bill* (proyecto de ley del Senado) 8 de 2021, restringió la legalidad del aborto al período en que el latido del concebido aún no es audible).

El problema se refiere, al menos para el análisis que estamos considerando aquí, a las categorías conceptuales asumidas y utilizadas, y esto hace que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea incomunicable –si es que puede decirse así– con la legislación del Estado de Oklahoma que aquí se comenta.

Fundación Speiro

En el planteamiento del Tribunal Supremo, de hecho –la referencia es siempre al conocido precedente *Roe vs. Wade* de 1973–, el problema no se refiere a la protección de la vida del concebido, ni a la ponderación de ésta con el deseo de la mujer embarazada de no llevar el embarazo a término. El problema real y más profundo, en efecto, se refiere a la naturaleza y a la dimensión a-jurídica de la esfera privada, dado que el embarazo entra indudablemente en el ámbito de la esfera privada del derecho.

Con la sentencia *Roe vs. Wade* de 1973, en efecto, los jueces quisieron eliminar el embarazo, es decir, la relación entre la mujer embarazada y la concepción, los aspectos relativos a la autodeterminación sobre el propio cuerpo, etc., del objeto del derecho y no sólo del espectro de la regulación de ciertas normas positivas.

Con la citada sentencia, por tanto, los jueces han realizado una *actio finium regundorum* en cuanto a lo que ha de considerarse de relevancia jurídica y lo que, a la inversa, pertenece a la esfera de la *privacy* (intimidad), al ámbito de lo privado; y han considerado esto último no como una rama del derecho, no como un derecho en sentido propio, sino como un espacio (tomamos prestada la observación de Danilo Castellano de que el liberalismo no reclama derechos, sino espacios) (1), como campo de y para la afirmación de la absoluta autodeterminación de la voluntad individual.

Con respecto a esta «nueva» concepción liberal de lo privado, entonces, lo privado –reducido al contexto de la *privacy*– no sería más que un espacio, una esfera y un sector en el que el individuo se queda solo y en el que, siendo soberano sobre lo suyo, se encuentra en una condición de anarquía sustancial: puede hacer lo que quiera, puede disponer de su propiedad –para recordar las tesis lockianas– como prefiera. En otro lugar hemos utilizado la expresión micro-soberanía del individuo para referirnos a un poder esencialmente absoluto de él, no regulado ni regulable, pero necesariamente circunscrito y limitado *ab externo* por el ordenamiento (2).

(1) Nos remitimos a Danilo Castellano, *Introduzione alla filosofia della politica. Breve manuale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 151.

(2) Rudi Di Marco, *Autodeterminazione e Diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

Fundación Speiro

No es casualidad que los teóricos del llamado derecho a la *privacy* (intimidad) –Warren y Brandeis– hablen puntualmente de un *right to be let alone* (derecho a ser dejado en paz). Sólo con respecto a la ley, sólo con respecto a las normas, sólo con respecto al derecho, sólo con respecto a los principios morales, etc.

Esta nueva disciplina legislativa del Estado de Oklahoma, en cambio, no deja en absoluto sola a la mujer embarazada, ni se desinteresa de la relación entre la gestante y el niño concebido, defiriendo a la voluntad de la primera toda decisión relativa al segundo, sobre el supuesto de la dependencia fisiológica de éste respecto al cuerpo de la primera.

La disciplina en cuestión, por el contrario, entra en el fondo de esta relación precisamente al proteger la vida del concebido con respecto a prácticas que la comprometen y con respecto a decisiones que la subordinan a otros fines. El sacrificio de la vida del hijo concebido, en efecto, se admite y se permite sólo cuando es necesario para salvar la vida de la madre-embarazada según el esquema impropio del estado de necesidad, ya que la madre-embarazada no puede abdicar por otras razones de su «papel» natural y no puede, por otras razones, dejar de cumplir sus obligaciones naturales.

Sin duda, este último aspecto merece ser tenido en cuenta, ya que establece un equilibrio con respecto a los bienes y valores en juego. Sin embargo, no puede considerarse plenamente satisfactoria y lógicamente correcta desde el punto de vista de la responsabilidad moral y jurídica.

La cuestión debe ser examinada en profundidad y éste no es el lugar adecuado para hacerlo; sin embargo, cabe señalar que la concepción es en sí misma responsabilidad de la mujer embarazada (y del padre, por supuesto): se deriva de su elección, de su acto libre y consciente, incluso si las consecuencias del acto no estaban previstas o incluso si se habían hecho esfuerzos para evitarlas.

La concepción, por tanto, como consecuencia de un acto libre y voluntario de la mujer embarazada, da lugar a consecuencias que no dependen de su voluntad, y a obligaciones naturales que son igualmente indiferentes al movimiento real de su voluntad.

Fundación Speiro

Mutatis mutandis, el mismo argumento puede aplicarse a cualquier acto: si una persona tiene la intención, por ejemplo, de comprar un animal, no sólo surgen obligaciones contractuales hacia el cedente por la compra de este animal, sino también deberes con respecto al propio animal, de modo que la persona en cuestión, también por ejemplo, no podría abandonarlo, dejarlo morir de hambre o torturarlo de otro modo, ya que incurriría en tales casos en el delito de maltrato de animales. El deber de criar el animal de acuerdo con su naturaleza, pues, es independiente de la voluntad de comprarlo y del acto que concluyó la transacción, y se impone incluso si el comprador-propietario no tenía intención de cumplirlo por las razones más dispares.

En otras palabras, podemos decir que si bien el acto realizado en el ejercicio de la autodeterminación es siempre libre, sus consecuencias morales y jurídicas nunca son libres: nunca dependen de la voluntad del autor del acto en cuestión.

4. Un andamiaje conceptual inadecuado

La protección de la vida del concebido, volviendo a nuestro tema, es responsabilidad entonces de la mujer embarazada, ya que la vida del concebido –mejor deberíamos decir la existencia en vida del concebido– es consecuencia de un acto imputable a ella.

Esto significa que el régimen del estado de necesidad mencionado anteriormente, cuando existe un peligro para la vida de la mujer embarazada relacionado con la continuación del embarazo, no podría aplicarse legítimamente. Y no se trata –que quede claro– de imponer o exigir el martirio de la propia mujer embarazada, sino simplemente de invocar el cumplimiento de una obligación natural suya: se le pide que asuma, y no transfiera a otros –al niño concebido, en particular– la responsabilidad de la concepción que le es imputable, es decir, que es suya en sentido propio. Si esto requiriese el máximo sacrificio, no se puede esperar legítimamente que otros lo hagan en su lugar.

La cuestión, tal y como está planteada, merecería un estudio más profundo que no puede hacerse aquí, pero basta

Fundación Speiro

con exponer los términos del problema (nos remitimos, no obstante, a lo que observamos en el primer capítulo de nuestra última monografía) (3).

Otro aspecto que merece ser destacado, en continuidad con lo que acabamos de ver, y que atenúa ulteriormente las consecuencias (también conceptuales) de la norma de que estamos tratando, se refiere al punto 3 de la letra B del citado procedimiento legislativo, para el que –en efecto– la disciplina sancionadora *sub* 2, ya tratada, no «autoriza que se impute o condene a una mujer por cualquier delito en el caso de la muerte de su hijo no nacido.

¿Qué significa esto?

Se trata de una disposición de la norma que dice mucho más de cuanto pueda parecer *icto oculi*: ésta, en efecto, al exonerar a la gestante de las consecuencias penales del aborto, aun querido por ella, la sustrae de la responsabilidad por un acto que le sería imputable *pleno iure* a título de participación moral.

Exceptuados, claro está, los casos en que el aborto se produzca contra o con independencia de la voluntad de la gestante y, por tanto, exceptuados los casos en que ella sea –por uno u otro motivo– la víctima ulterior, cuando se pidiese o autorizase el aborto por la misma gestante ella sería sin duda la primera y principal responsable. Con expresión técnica podríamos decir que sería el autor mediato.

Responsable es también obviamente quien lo practica, porque pone concretamente en acto la conducta activa finalizada a la supresión del concebido, pero antes que él y con él es responsable la gestante que se lo habría encargado y autorizado, que en último término le habría pedido que eliminase al hijo portado en su seno. Conclusión que –repárese– se puede y debe alcanzar sólo con recurrir al esquema de la llamada participación moral. Y tan es verdad que ésta se halla implícita en el tipo de que estamos tratando, que la legislación ha advertido la necesidad de la norma citada para impedir su operatividad.

(3) Rudi Di Marco, *Diritto e «nuovi» diritti. L'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, Turín, Giappichelli, 2021.

Fundación Speiro

Que la norma en cuestión deje a la gestante sin pena es una *contradictio in adiecto* y representa una distorsión lógica en virtud de la cual no sólo se trastorna la disciplina de la participación en el delito, sino también –éste es el aspecto más significativo– se reduce grandemente el espectro de la operatividad de la ley y por tanto el mismo espectro de la tutela de la vida humana (del concebido). En efecto, quedan fuera, en primer lugar, los llamados casos de autoaborto, esto es, aquellos en que la gestante, sin recurrir al auxilio de otro, procura ella misma el aborto del feto que lleva en sus entrañas.

Esto significa entonces que la ley de que estamos tratando, en sentido fuerte y absoluto, no está puesta para la tutela de la vida humana, de la vida humana del concebido –por más que, en cierto parte, se persiga y alcance meritoriamente–, sino que más bien se limita a tutelarla respecto de una forma particular de injerencia agresiva: la que contempla la intervención de terceros respecto a la relación gestante-concebido. Es además verdadero que esta forma resulta hoy la más difundida. Pero esa es una cuestión ajena al derecho, sino sociológico-cuantitativa.

Quedan, de todos modos, una pregunta y un dilema: si la madre la es la primera que responde por la eliminación, querida y pedida por ella, de la vida de su hija, ¿cómo y por qué pueden ser llamados a responder los terceros cooperadores? Dejamos la pregunta formulada para la reflexión personal. Pero señalamos que estos problemas y estas incongruencias representan el legado, difícil de abandonar, de una concepción en virtud de la cual la elección de la gestante sobre el concebido no entra del todo en la dimensión de alteridad subjetiva propia de la relación jurídica, donde la personalidad del mismo concebido, su *status personae*, no ha entrado a formar parte plenamente de las categorías conceptuales del legislador, el cual –a pesar de un esfuerzo apreciable– permanece prisionero de ciertos esquemas personalistas y utilitaristas.

Si se considera después que la única y verdadera tutela definitiva que debe concederse a la vida del concebido es la que se da a la vida humana *sic et simpliciter*, el aborto no sería

Fundación Speiro

sino un homicidio agravado. Por lo que, el del legislador de Oklahoma no es sino un pequeño y débil paso adelante, que no se sostiene adecuadamente por estructuras conceptuales, jurídicas, políticas y morales idóneas.

Fundación Speiro