

# EL DERECHO A LA VIDA EN EL SISTEMA JURIDICO ITALIANO

RAFFAELE BOTTA  
Universidad de Módena

1. Como es de público dominio, este año se ha desarrollado en Río de Janeiro un «*summit* de la Tierra», que ha reunido los jefes de Estado y los respectivos «*staffs*» políticos y técnicos para discutir acerca del concepto de «desarrollo sostenible». Un concepto, este último, sobre el que ya había tenido oportunidad de insistir la doctrina social de la Iglesia —en modo particular con las recientes Encíclicas *Sollicitudo rei socialis* e *Centesimus annus*—, delineando la necesidad (hoy ya ineludible) de referirse a una «ética del desarrollo», que sea capaz, precisamente por sustentarse en un apremiante deber, de promover el «progreso» desde la frecuentemente invocada (y tantas veces solamente invocada) «política de la ecología» hacia una «ecología de la política».

El *summit* de Río ha arrojado resultados decepcionantes que evidencian la falta de preparación —o en el mejor de los casos la «inmadurez»— de los Estados (por lo menos de gran parte de ellos, especialmente aquellos con mayor nivel de desarrollo técnico-económico) frente a los problemas del «ambiente», y en modo particular a los problemas relativos a la relación hombre y naturaleza. El individualismo egocéntrico, típico de una «sociedad de consumo» que devora incluso la riqueza de las generaciones futuras y la persistencia del mito del *homo faber* que gobierna su propio destino y, *playing God*, «forja» la naturaleza, sometiéndola a sus propias necesidades, pareciera que obstaculizan aún fuertemente el desarrollo en la conciencia colectiva de un «deber de abstención» respecto a los (numerosos) procesos naturales para garantizar a la Tierra la posibilidad de «tolerar» el «crecimiento económico» de las naciones sin su inevitable transformación en un «desierto» en el que la «vida» no sea ya posible.

Si por una parte es necesario rechazar las instancias extremistas del denominado «fundamentalismo ambientalista» —las cuales, llevadas a la práctica, podrían transformar el «progreso» en «regreso», sumergiéndonos en la oscuridad de una palinogénica «noche medieval»— es evidente por otra parte que si no surgen valientes decisiones, más que la perspectiva futura de un «futuro sin esperanza» (como recientemente a afirmado el *Osservatore Romano*), temo que podría incluso faltarnos la esperanza de un futuro.

De todos modos, es preciso reconocer que comienza a cobrar fuerza y a difundirse —como lo testimonia el constante «éxito político» de los denominados «ver-

---

<sup>1</sup> El texto original del autor, redactado en lengua italiana, ha sido traducido al español por expreso deseo de aquél.

des»— la opinión de que ha llegado el momento para el hombre de «retroceder un paso», dejando así que la naturaleza vuelva a adquirir su función de «escenario de la historia», escenario con el que el protagonista debe, necesaria y constantemente, confrontarse y relacionarse, si no desea continuar (cada vez más solo) su propio viaje a través de un «mundo virtual», donde terminaría perdiendo inevitablemente incluso a sí mismo.

Resulta, por lo tanto, sorprendente que aun cuando haya crecido la sensibilidad por un respeto de los «procesos naturales» y la oposición a las «intervenciones manipuladoras» y se invoque desde distintos ámbitos el fin de la «tiranía del hombre sobre el planeta, sea precisamente el hombre quien se degrada de sujeto a objeto de una nueva «tiranía» —una vez más como *playing God*—, donde el hombre es tirano de sí mismo.

El desarrollo de las tecnologías biomédicas posibilita «intervenciones manipuladoras» sobre los procesos naturales que gobiernan la procreación humana y estimula la fuerte tentación de «programar» las futuras generaciones, no ya solamente de *standards* cuantitativos, sino más bien cualitativos<sup>2</sup>; el aborto y la eutanasia, reclamados como derechos, pareciera que hayan otorgado al hombre el «dominio pleno» sobre la vida, la suya y la de sus semejantes, de quien él ya gobierna el inicio y el fin, el *an* y el *quantum*<sup>3</sup>.

Es absolutamente legítimo, por lo tanto, preguntarse si existe un *derecho a la vida*, si la vida representa (aún hoy) un derecho (admitiendo que lo haya sido alguna vez)

2. En el sistema jurídico italiano el *derecho a la vida* se invoca repetidas veces. Esto, sin embargo, no garantiza que el mismo se encuentre concretamente tutelado.

La Ley del 4 de agosto de 1955, n. 848, que ratifica y confiere carácter ejecutivo a la Convención Europea para la defensa de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, en el artículo 2, 1.º coma, prevé que «el derecho a la vida de cada persona esté tutelado por la Ley. Nadie puede ser privado de la vida en modo intencional, excepto en el caso de ejecución de una pena capital pronunciada por un Tribunal, en los casos en los que el delito tenga como castigo dicha pena». Pena que, por otra parte, en Italia, se contempla solamente en los casos previstos por las leyes militares de guerra<sup>4</sup>, como resulta del artículo 27, último coma, de la Constitución<sup>5</sup>, y el artículo 1 de la Ley de 2 de enero de 1989, n. 8,

---

<sup>2</sup> M. COMPORI, «Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici», en *Manipolazioni genetiche e diritto*, Actas del XXXV Convegno nazionale di studio, Roma 7-9 de diciembre de 1984, *Quaderni di Iustitia*, Roma 1986, pág. 153 y sigs.

<sup>3</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, «Manipolazioni genetiche e diritto», en *Manipolazioni genetiche e diritto*, cit., págs. 3 y sigs., y en lo relativo en modo particular a la situación del feto, M. MORI, «Il feto ha il diritto alla vita? Un'analisi filosofica dei vari argomenti in materia con particolare riguardo a quello di potenzialità», en *Il meritevole di tutela*, studi per una ricerca coordinata de L. Lombardi Vallauri, Milán 1990, págs. 735 y sigs. Interesantes también los análisis de S. NESPOR, A., SANTOSUOSSO, R. SATOLLI, *Vita, morte e miracoli. Medicina, genetica, diritto: conflitti e prospettive*, Milán 1992.

<sup>4</sup> Sobre este tema, R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milán 1959, pág. 164; R. IANNOTTA, «Morte (pena di): diritto penale militare», en *NssDI*, X, Turín 1964, pág. 943.

<sup>5</sup> G. FIANCADA, «Il 4º comma dell'art. 27», en *Commentario alla Costituzione*, de G. Branca, Bolonia 1991, pág. 346, donde se afirma que la norma expresa «una opción inspirada en el respeto del derecho a la vida como valor primario y, por lo tanto, en este sentido, coherente con el carácter democrático y personalístico de la nueva legislación constitucional». También la Corte Constitucional, mediante sentencia núm. 54, del 21 de junio de 1979 —en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pág. 216, con nota de G. SALVINI, «Delitti punibili con la pena di morte ed estradizione dopo la pronuncia della Corte costituzionale»—,

con el que ha sido ratificado y se ha conferido ejecutividad al Protocolo adicional n. 6 de la citada Convención Europea de los derechos del hombre<sup>6</sup>.

La Ley del 25 de octubre de 1977, n. 881, con la cual se ratifica y da carácter ejecutivo al Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, declara a su vez, en el artículo 6, 1.º coma: «el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho debe ser protegido por la Ley. Nadie puede ser privado arbitrariamente de la vida».

Y, siempre en el ámbito de la normativa de «derivación internacional», podemos recordar que Italia suscribe la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948, cuyo artículo 3 expresamente prevé que «todo individuo tiene derecho a la vida», como así también participa de la Resolución del Parlamento Europeo del 12 de abril de 1989, relativa a la Declaración C.E.E. de los derechos y de las libertades fundamentales, cuyo artículo 2 establece que «toda persona tiene derecho a la vida».

Si estas referencias normativas nos parecen suficientes para aclarar que el sistema jurídico italiano considera la vida un derecho y reconoce la obligatoriedad de una tutela jurídica del derecho a la vida, los artículos 575 y 579 c.p. —que castigan uno el homicidio y el otro el homicidio «del consenziente»<sup>7</sup>—, podrían a su vez constituir un excelente y ulterior (si bien indirecto) testimonio de una real (y efectiva) tutela del derecho a la vida, al que correspondería un deber de no matar, que, a norma del conocido artículo 27, último coma, de la Constitución, obligaría incluso el mismo Estado. Es más, la prevista sanción penal para el homicidio del «consenziente» probaría incluso una *indisponibilidad* del derecho a la vida para el mismo titular<sup>8</sup> —que se encontraría también confirmación en la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo, establecida por el artículo 5 c.c.<sup>9</sup>—, en modo tal que podríamos considerar la tutela asignada a este derecho como particularmente «reforzada».

ha reconocido explícitamente que el artículo 27, 4º coma, protege precisamente el «derecho a la vida».

<sup>6</sup> F. C. PALAZZO, «Pena di morte e diritti umani (referido al Sesto protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo)», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, páginas 759 y sigs.

<sup>7</sup> Sobre este punto, R. PANNAIN, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Turín 1965; ID, «Omicidio (dir. pen.)», en *NssDI XI*, Turín 1965, pág. 839; V. PATALANO «Omicidio (diritto penale)», en *Enc. dir.*, XXIX, Milán 1979, págs. 916 y sigs.; ID, *I delitti contro la vita*, Padua 1984; G. MARINI, «Omicidio», en *NssDI*, Apéndice, Turín 1986, páginas 441 y sigs.; B. PANNAIN-F. SCLAFANI-M. PANNAIN, *L'omicidio del consenziente e la questione «eutanasia»*, Nápoles 1988; V. SERIANNI, «Omicidio», en *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990.

V. PATALANO, «Omicidio», *ob. cit.*, 921, evidencia que de los artículos 575 v sigs., c.p. emerge que la vida humana recibe una amplia tutela: «se trata» —afirma— «de un bien individual (distinto de la incolumidad pública), acerca del cual la ley distingue entre «vida intrauterina», cuya agresión puede configurar el delito de interrupción voluntaria del embarazo según los artículos 17 y sigs. 1. 22 de mayo de 1978, núm. 194 y «vida individual extrauterina», que se toma precisamente en consideración en los delitos que examinamos. Un bien del individuo que, al igual que la salud, la ley protege como «derecho fundamental del individuo e interés de la comunidad».

<sup>8</sup> El informe ministerial sobre el Proyecto de código penal explicaba, efectivamente, que la *ratio* del artículo 579 era la circunstancia que «no se le reconoce al individuo la libre disponibilidad de su propia vida». Sobre el hecho de que sea ésta concretamente la premisa de la norma concuerdan V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, *ob. cit.*, pág. 190; B. PANNAIN-F. SCLAFANI-M. PANNAIN, *ob. cit.*, pág. 7; V. SERIANNI, *ob. cit.*, pág. 8.

<sup>9</sup> Un comentario relativo a dicha disposición normativa, A. DE CUPIS, «Integrità fisica (diritto alla)», en *Enc. Giur.*, XVII, Roma 1989, y, sobre todo, R. ROMBOLI, «Art. 5», en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, de F. Galgano, *Delle persone fisiche*, Art. 1-10, Bolonia 1988, págs. 225 y sigs.

Sin embargo, no es así.

La normativa de «derivación internacional» a la que hemos hecho referencia resulta, a un examen atento, demasiado genérica; probablemente no podría ser de otra manera.

No resulta, de todos modos, suficiente. El artículo 2 de la Convención Europea para los derechos del hombre, reconoce que podemos vernos legítimamente privados de la vida, no sólo por la ejecución de una condena judicial a la pena de muerte, sino también como consecuencia de «el uso de la fuerza por razones de absoluta necesidad: a) para garantizar la defensa de cualquier persona de una violencia ilegal; b) para efectuar una detención legal o impedir la evasión de una persona legalmente detenida; c) para reprimir, en modo conforme a la Ley, una sublevación o insurrección».

El artículo 2 del protocolo adicional n. 6 de dicha Convención, si bien decreta la abolición de la pena de muerte, legitima la previsión de tal pena por parte de los Estados, «por actos cometidos en tiempo de guerra o en caso de peligro inminente de guerra»; caso al que parece referirse también el artículo 27, último coma, de la Constitución<sup>10</sup>. Y el artículo 6 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos no censura *tout court* el hecho que alguien sea privado de la vida, sino la hipótesis en la que dicho homicidio sea «arbitrario»<sup>11</sup>.

El homicidio, además, no es punible si es en legítima defensa (art. 52 c.p.) o en estado de necesidad (art. 54 c.p.)<sup>12</sup>.

Parecería, por lo tanto, que el sistema global de tutela a la vida que puede extraerse sobre la base de las disposiciones citadas hasta aquí es en realidad extremadamente «débil», no solamente por estar referido a un perfil meramente negativo del derecho —entendido éste exclusivamente como derecho a no ser asesinado, o, para usar una feliz expresión de Perlingieri, como «derecho a conservar el mínimo de la existencia»<sup>13</sup>—, sino también porque, en un último análisis, no tutelarían ni siquiera en modo incondicional la vida como supervivencia física. Un *derecho a vivir*, en resumen, y no *un derecho a la vida*<sup>14</sup>.

La «debilidad» de la tutela se encontraría además confirmada con la inspiración netamente patrimonialista del artículo 5 c.c.<sup>15</sup>, el que más que un *derecho a la vida* parecería referir a un *derecho sobre la vida*, considerada ésta como un bien a dis-

<sup>10</sup> Vid. sobre el tema G. FIANDACA, *ob. cit.*, págs. 348 y sigs.

<sup>11</sup> Se puede advertir que cuando se habla de «derecho a la vida», frecuentemente se agrega al sustantivo «vida» los adjetivos «inocente» o «inculpable», degradando de este modo, en una cierta medida, el nivel de la tutela que no puede considerarse así ni absoluta ni incondicional, precisamente porque el objeto específico y directo de la tutela ya no es la «vida» *tout court*, sino aquella «vida (que puede llamarse) inocente».

<sup>12</sup> Observa al respecto A. ESER, «Status dell'embrione umano da un punto di vista giuridico», en *Pol. dir.*, 1989, pág. 422, que «así como la legítima defensa mortal considerada tradicionalmente admisible (incluso en el caso de defensa de bienes puramente materiales), como así también el asesinato justificado en guerra —para no hablar de la pena de muerte, ampliamente aplicada aún hoy en muchos lugares—, demuestran, debemos reconocerlo realísticamente, que la misma vida no es tutelada de manera alguna en un modo tan «sacro» y absoluto, ya que puede ser sacrificada en algunas circunstancias, tanto por intereses meramente económicos como también por exigencias territoriales nacionales, y precisamente sin tener consideración por el hecho de que se trate de una vida individualmente culpable ... De la misma manera, también en el caso de la tutela de la vida aún no nacida, no excluye, ya desde el inicio, una relativización y una diferenciación».

<sup>13</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Nápoles 1972, página 40.

<sup>14</sup> GIOCOLI NACCI P., «Diritto allo sviluppo e diritto alla vita», en *Giur. it.*, 1992, IV, pág. 118.

<sup>15</sup> Véase al respecto, R. ROMBOLI, *ob. cit.*, págs. 225 y sigs.

posición del titular en el marco de una relación identificable con la de propiedad<sup>16</sup>: situación que hace dudar seriamente de la *indisponibilidad* de este derecho que parecía en cambio justificar la sanción penal del homicidio del «consenziente» y pre-rogar casi un *derecho de vivir*.

3. Es preciso, sin embargo, considerar que el derecho a la vida posee en el sistema jurídico italiano un *fundamento constitucional*.

Y esto cambia significativamente las cosas.

Los artículos de la Constitución que más frecuentemente se citan al respecto son: el artículo 2, que reconoce y garantiza los derechos fundamentales e inviolables del hombre; el artículo 3, 2.º coma, que compromete la República a eliminar los obstáculos que puedan limitar la libertad de los ciudadanos e impedirles el desarrollo pleno de la personalidad, y el artículo 32, que confiere el grado de derecho fundamental el *derecho a la salud* y establece una reserva de ley en materia de tratamientos sanitarios obligatorios.

En realidad la disposición más significativa resulta la contenida en el artículo 2, la que —más allá del carácter «abierto» o «cerrado» que queramos reconocerle— es sin duda la norma-clave del proyecto constituyente, o como otros prefieren definirla, la «*Grundnorm*» de toda la Constitución<sup>17</sup>.

La misma, efectivamente expresa cabalmente aquella que, según Valerio Onida, es la idea de fuerza de la Constitución, es decir, la idea «de la centralidad y preeminencia de la *persona humana*»<sup>18</sup>, considerada como objeto de derechos, en cierto sentido anteriores a todo reconocimiento por parte del Estado y, por lo tanto, no condicionados por finalidades colectivas de ningún tipo, si bien limitados y limitables —pero no en cualquier dirección y medida—, en vista de exigencias de los restantes individuos y de la comunidad, y, por lo tanto, en virtud del cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad»<sup>19</sup>.

Esto significa la superación de la lógica patrimonialística que hemos visto expresada en el artículo 5 c.c., ya que no es más posible hablar de *poder*, sino más bien de *libertad de disponer del propio cuerpo* sobre la base del concepto del valor unitario e indivisible de la persona como tal<sup>20</sup>: el valor de la inviolabilidad de la persona está establecido en la Constitución —ha subrayado la Corte constitucional

---

<sup>16</sup> V. al respecto F. CAVALLA, «Diritto alla vita e diritto sulla vita, Sulle origini culturali del problema dell' "eutanasia"», en *Riv. internaz. fil. dir.*, 1988, págs. 16 y sigs., en particular, pág. 26, donde se observa: «de todos modos, cuando se piensa exclusivamente a un derecho *sobre* la vida, y no un *derecho a la vida*, cuando se piensa que la duración de la existencia constituye un fenómeno sujeto y no más allá de la voluntad del hombre, necesariamente se pierde la convicción que siempre la supresión de la vida constituye un delito extremadamente grave».

<sup>17</sup> M. BESSONE-G. FERRANDO, «Persona fisica (diritto privato)», en *Enc. dir.*, XXXIII, Milán 1983, pág. 197. Sobre el valor del artículo 2 Cost., ver también las observaciones de D. MESSINETTI, «Personalità (diritti della)», en *Enc. dir.*, XXXIII, Milán 1983, pág. 355 y sigs., en particular págs. 371 y sigs.

<sup>18</sup> Podemos afirmar, por lo tanto, que la Constitución se refiere explícitamente acerca de «la primacía del hombre como valor ético en sí mismo: del hombre-valor, del hombre persona, del hombre-finalidad; con la prohibición categórica de toda instrumentalización del mismo para todo tipo de interés extrapersonal». De este modo, F. MANTOVANI «Eutanasia», en *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Turín 1990, pág. 424, nos recuerda que contrariamente a la *concepción utilitarística*, corolario de la concepción personalística es el *principio de la indisponibilidad* de la persona humana, considerado en el sentido que, mientras que jurídicamente resulta lícita o tolerada la *disponibilidad manu propria*, es siempre jurídicamente ilícita la *disponibilidad manu alius*.

<sup>19</sup> V. ONIDA, «Costituzione italiana», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Turín 1989, págs. 329 y sigs.

<sup>20</sup> R. ROMBOLI, *ob. cit.*, págs. 241 y sigs.

en la sentencia n. 471/1990—, «como libertad en la que se postula la esfera de la explicación del poder de la persona de disponer del propio cuerpo»<sup>21</sup>. Es decir, que debemos considerar como definitivamente superada la *dualidad* sujeto-cuerpo, que tenía su raíz más probable e inmediata en la dualidad alma-cuerpo y que constituía la matriz ideológica y el fundamento teórico de la concepción de la *propiedad del propio cuerpo*, la que parecía legitimizar (y aún hoy a veces pareciera hacerlo), por una parte, la categoría del contrato de trabajo como contrato de intercambio entre energías laborales y salario, y, por otra parte, la identificación entre lesión personal y daño, siendo en ambos casos el sujeto degradable de persona a *cosa*<sup>22</sup>.

Y no sólo esto. En la perspectiva constitucional delineada el hombre no es nunca *medio*, sino más bien siempre *fin*, y aún más, como observaba Carlo Esposito, es el fin último del sistema<sup>23</sup>. Esto significa que, en virtud del carácter unitario del valor que el sistema se propone concretar, y éste es el de la *persona humana*, la tutela del *derecho a la vida* no puede agotarse en la garantía de la existencia bio-fisiológica del hombre, sino que se debe «enriquecer» de todo aquello que la Constitución desea asegurar al sujeto para que éste realice su propia personalidad.

De ello surge la necesidad de considerar —al delinear el contenido de un *derecho a la vida*, que no puede ser entendido en el sentido material de *vida física* y que posee su punto objetivo de referencia en la existencia no (sólo) *en sentido naturalista*, sino (también) *normativamente* calificada<sup>24</sup>— otras normas constitucionales, como por ejemplo el artículo 36, que impone una medida del salario que garantice *de todos modos* al trabajador y a su familia una existencia libre y digna y que puede ser razonablemente considerada «como una *especificación del derecho a la vida*»<sup>25</sup>; o bien el artículo 35, que consentiría una reconstrucción de la tutela del *trabajo* en función del desarrollo de la personalidad del trabajador y del (mero) logro de un resultado económico; o, por último, el artículo 32, que tutela el *derecho a la salud* entre los derechos fundamentales del hombre<sup>26</sup>.

La *salud*, en la perspectiva constitucional, no es (sólo) *integridad física* (a la que se refiere, por ejemplo, el art. 5 del c.c.) y el *derecho a la salud* no se agota en dicha exigencia de *integridad física*, sino que más bien se extiende, por una parte y en modo dinámico, a la esfera externa en la que el sujeto vive y obra —lo que ha permitido recientemente calificar como derecho a la salud el derecho a vivir en un ambiente salubre<sup>27</sup>—, y, por otra parte, dentro del carácter unitario de la persona, exalta el valor de *integridad psíquica* como factor constitutivo e inseparable de la misma *integridad física*<sup>28</sup>.

El *derecho a la salud* enriquece de este modo el contenido del *derecho a la vida*, transformándolo en *derecho a vivir sano* como derecho funcional para la plena realización del desarrollo de la personalidad del sujeto<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> Corte cons., 22 de octubre de 1990, núm. 471, en *Giur. cost.*, 1990, pág. 2820.

<sup>22</sup> En este sentido, E. CAPIZZANO, «Vita e integrità fisica (diritto alla)», en *NssDI*, XX, Turín 1975, pág. 1004.

<sup>23</sup> C. ESPOSITO, *Libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milán 1958, pág. 4.

<sup>24</sup> Como también E. CAPIZZANO, *ob. cit.*, pág. 1005.

<sup>25</sup> P. PERLINGIERI, *ob. cit.*, pág. 15.

<sup>26</sup> Sobre el artículo 32, v. comentario de D. VINCENZI AMATO, «Art. 32», en *Commentario alla Costituzione*, de G. Branca, Art. 29-34, *Rapporti etico sociali*, Bolonia 1976, páginas 167 y sigs.

<sup>27</sup> En este sentido, M. LUCIANI, «Il diritto costituzionale alla salute», en *Dir. Soc.*, 1980, págs. 29 y sigs. Acerca de la relación entre derecho a la salud y derecho al ambiente, S. PATTI, «Ambiente (tutela civilistica)», en *Dizionari del diritto privato*, de N. IRTI, I, *Diritto civile*, Milán 1980, págs. 29 y sigs.

<sup>28</sup> R. ROMBOLI, *ob. cit.*, pág. 235.

<sup>29</sup> Acerca de la relación entre *derecho a la salud* e *derecho a la vida* en el ámbito de

Alguien, también, razonando acerca de la «fórmula» que ha utilizado el constituyente en el artículo 31, 1.º coma, Const., para identificar el destinatario de la tutela, es decir, el *individuo* —calificación original no utilizada en otras partes del texto constitucional— ha considerado que la norma *de qua* haya «afirmado una posición fundamental sin vincularla a una de las posibles relaciones interpersonales y sociales, aun considerando su indudable significación constitucional», y sin referir la «cuestión prevista a ninguna de las condiciones, subjetivas y objetivas, tomadas en consideración por otras disposiciones»<sup>30</sup>. De este modo, por una parte, el *derecho* a la salud podría colocarse —precisamente por la afirmada ausencia de limitaciones— «en la cúspide de la escala de valores», y, por otra parte, expresaría una «elección del legislador, en virtud de la no identificación normativa entre individuo y persona»: *individuo* sería concepto normativo más amplio que *persona* y comprendería también quien *no es (aún) persona*<sup>31</sup>.

La tutela del *derecho a la vida* se radicaliza y se refuerza en un cierto sentido, extendiéndose a la *tutela del concebido*, elevándose de este modo desde la tutela (exclusivamente) del *actual* a la tutela (también) del *potencial*, la más idónea, probablemente, para interpretar correctamente el *itinerario de realización* del hombre que parece condicionar el entero proyecto social del constituyente.

El «programa» se hace de este modo más ambicioso.

4. Aun cuando no quisiéramos compartir lo dicho en relación con el uso del término individuo en el artículo 32 Const., se reconquista de todos modos en la Constitución la «identidad primitiva» entre *homines* y *personae*, renegada por el mito statual-leagista de la *Begriffs-jurisprudenz*, que llevó, al inicio de los años 30 de este siglo, a Hans Kelsen a afirmar, siguiendo a Savigny, que «la persona física no es un hombre», sino «la expresión unitaria personificada de las normas que regulan el comportamiento de un hombre»<sup>32</sup>. Esto ya podría significar argumento suficiente a favor del carácter ineludible de la tutela del concebido por parte del sistema italiano.

Pero existen aún otras razones.

La protección que la Constitución garantiza a la maternidad (art. 31, 2.º coma), inevitablemente —y lógicamente diría— no puede no implicar (también) la tutela del concebido. Y lo que es más importante aún es que está prevista incluso específicamente una tutela del ser en gestación<sup>33</sup>.

Efectivamente, mientras que el artículo 1, let. c), de la Ley del 29 de julio de 1975, n. 405, institúa consultores familiares, había ya dispuesto la protección autónoma de la salud «de la mujer y del producto de la concepción»<sup>34</sup>, el artículo 1, primer coma, de la Ley del 22 de mayo de 1978, n. 194<sup>35</sup>, que comprende normas

operatividad del artículo 32 Cons., v. las interesantes observaciones de P. GIOCOLI, *ob. cit.*, págs. 119 y sigs.

<sup>30</sup> N. COVIELLO, «La tutela della salute dell'individuo concepito (Note introduttive alla riflessione giuridica sull'aborto)», en *Dir. fam.*, 1978, pág. 255.

<sup>31</sup> N. COVIELLO, *ob. cit.*, pág. 257.

<sup>32</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Turín 1952, págs. 64 y sigs.

<sup>34</sup> Al respecto nota N. COVIELLO, *ob. cit.*, pág. 250, que la ley con texto no equívoco no considera la maternidad como «asunto de la madre, sino más bien como la consecuencia de la procreación y se justifica, por lo tanto, la tutela autónoma del producto de la concepción», que debe identificarse con el *concebido*. V. también al respecto F. MANTOVANI, «Il c.d. diritto del feto a nascere sano (Problemi medico-legali della diagnosi e trattamento del feto in utero)», en *Riv. it. med. leg.*, 1980, pág. 240.

<sup>35</sup> Para un comentario completo de la ley n. 194, L. ROSSI CARLEO, «Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194», en *Legislazione civile annotata con la dottrina e la giurisprudenza*, de P. PERLINGIERI, Nápoles 1985, págs. 521 y sigs.; M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Padua 1992.

para la tutela social de la maternidad y relativas a la interrupción voluntaria de la gestación, ha ulteriormente comprometido más incisivamente el Estado en la defensa de «la vida humana desde su inicio»<sup>36</sup>, ampliando —por lo menos tendencialmente, dada la incerteza acerca del «tiempo de inicio»<sup>37</sup>— la esfera de la garantía del «hombre actual» al «hombre concebido»<sup>38</sup>.

La importancia de la citada norma es sin duda mayor, dado el reconocimiento, por parte de la Corte constitucional, que la misma constituye la «consecuencia legislativa» de la sentencia n. 27 del año 1975, con la que los jueces de la Consulta habían declarado que la situación jurídica del concebido no podía no contarse, si bien con sus particulares características específicas, entre los derechos inviolables del hombre garantizados en el artículo 2 de la Constitución<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Nota M. ZANCHETTI, *ob. cit.*, pág. 2, que la ley oportunamente «relaciona el valor social de la maternidad a la tutela de la vida desde su inicio», cambiando completamente el enfoque de la normativa penal previgente, que calificaba el aborto como un delito contra la integridad y la sanidad de la estirpe, colocando el acento sobre «intereses (la estirpe) extraños tanto a la madre como al concebido». Acerca de la disciplina del aborto precedente a la ley 194, G. ZUCCALA, «Aborto (diritto penale)», en *Enc. dir.*, I, Milán 1958, páginas 128 y sigs.

<sup>37</sup> Más precisa en este sentido es la Resolución del Parlamento Europeo del 16 de marzo de 1989 sobre la fecundación artificial *in vivo* y *in vitro* —que de todos modos no puede considerarse irrelevante en el sistema italiano—, la que invoca explícitamente la «necesidad de proteger la vida humana desde el momento de la concepción», individuando de este modo, indirectamente, el *tiempo de inicio en un preciso momento biológico*.

Acerca de la concepción como tiempo biológico del inicio de la aventura de cada hombre, A. SERRA, «Fondamenti biologici del "diritto alla vita" del neoconceptito», en *Jus*, 1975, págs. 343 y sigs.

Sobre la necesidad de tomar como referencia de todos modos el criterio biológico, como el *criterio menos arbitrario y aleatorio posible*, M. ZANCHETTI, *ob. cit.*, págs. 8 y sigs.

<sup>38</sup> Si bien es verdad que falta la descripción del «preciso momento biológico» que marcaría el *inicio de la vida humana*, no se puede negar que «la importancia de la norma resulta de todos modos evidente, en el sentido que la solemnidad de la afirmación de principio —aun cuando se halle incluida en una ley relativa a la interrupción del embarazo— parece implicar su máxima expansión posible: sugiriendo, por lo tanto, una lectura según la cual la vida humana *jamás*, ni siquiera en sus estados embrionales más precoces, constituye un «quid» sin importancia, del cual el Estado se desentiende, *jamás* el embrión o el feto puede ser considerado una simple cosa, o bien un objeto de propiedad o del que alguien dispone libremente, *siempre* el sistema se hace cargo del mismo desde el primer instante de su existencia»: M. ROMANO, «Legislazione penale e tutela della persona umana (Contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, págs. 69 y sigs.

<sup>39</sup> La sentencia n. 27/1975 está publicada en *Giur. cost.*, 1975, págs. 117 y sigs. V. también comentarios de G. DALLA TORRE, «Riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 27 del 1975 in tema di aborto», en *Dir. fam.*, 1975, págs. 594 y sigs.; R. D'ALESSIO, «L'aborto nella prospettiva della Corte Costituzionale», en *Giur. cost.*, 1975, págs. 538 y sigs.; M. RAVERRA, «Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale dichiarativa dell'illegittimità parziale dell'art. 546 c.p.», en *Giur. it.*, 1975, I, 1, págs. 1415 y sigs.; M. C. BIANCA, «Il problema dell'aborto: interessi tutelati e scelte sociali», en *Riv. dir. civ.*, 1976, págs. 23 y sigs.

Acerca de las relaciones entre la ley 194/1978 y la jurisprudencia de la Corte constitucional, M. C. FOLLIERO, «La legge n. 194 del 1978 nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Dal monito al controllo di come il monito sia stato attuato», en *Giur. cost.*, 1978, II, págs. 1336 y sigs. V. también, en modo particular en lo relativo a *referendum* abrogativi della legge n. 194/1978, G. GARANCINI, «In tema di diritto alla vita. Dove va la Costituzione?», en *Dit. fam.*, 1981, págs. 345 y sigs.

Algunas «incertezas» de las motivaciones han hecho dudar a nuestro diputado —el representante del Movimento Sociale, Tassi— de la suficiencia de la sentencia 27 de 1985 a radicar la tutela del concebido en el artículo 2 Cons. y a requerir, por lo tanto —en la pasada y en la presente legislación (propuesta n. 29, del 23 de abril de 1992)—, una mo-

El «fruto de la concepción» tiene, por lo tanto, carácter autónomo —tesis por otra parte absolutamente dominante en doctrina<sup>40</sup>—, y no puede ser considerado jamás *portio viscerum* de la madre<sup>41</sup>.

Sin embargo, la sentencia n. 27 del año 1975 de la Corte constitucional contiene una cierta *ambigüedad*, cuando sostiene que «no existe equivalencia entre el derecho no solamente a la vida, sino también a la salud específica de quien es ya persona como la madre, y la protección del embrión, que debe aún convertirse en persona»<sup>42</sup>. Con esta afirmación, que volveremos a encontrar en otra formulación distinta, si bien sustancialmente idéntica, en la famosa sentencia de la Corte Suprema estadounidense *Roe v. Wade*, se corre el riesgo de reformular «un concepto primitivo de (plena) personalidad, que relegaba a un concepto de menor protección precisamente a aquellos individuos que no pueden defenderse solos», o bien termina expresando «un concepto tan exacto como obvio» —que no pueden ser extendidos al concebido «todos los derechos subjetivos atribuidos a las personas»—, «pero no suficiente para justificar la exclusión de la protección más elemental para un individuo, es decir, la tutela de la vida y de la salud»<sup>43</sup>.

Resultaría necesaria, por lo tanto, una puntualización que permitiera reforzar, superando las ambigüedades, la tutela del concebido, que, según algunos, la Ley n. 194/1978 sólo parcialmente se propondría suministrar, dejando de hecho al ser

---

dificación del mismo artículo 2 en el sentido que el mismo explícitamente prevea, entre los derechos fundamentales, el derecho «del hombre a la vida desde su concepción».

<sup>40</sup> V., entre otros, C. E. TRAVERSO, *Tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Milán 1977, págs. 31 y sigs.; N. COVIELLO, *ob. cit.*, págs. 265 y sigs.; L. FERRI, «Tutela giuridica del nascituro», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pág. 41; P. NUVOLONE, «Gravidanza (interruzione della)», en *NssDI*, Apéndice, III, Turín 1983, págs. 1131; A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padua 1983, págs. 72 y sigs.; F. C. PALAZZO, «Persona (delitti contro)», en *Enc. dir.*, XXXIII, Milán 1983, págs. 315; F. MANTOVANI, «Le manipolazioni genetiche: profili penali», en *Iustitia*, 1985, págs. 299 y sigs.; L. C. MOSCARINI, «Aborto: I) Profili costituzionali e disciplina legislativa», en *Enc. giur.*, I, Roma 1988, pág. 3.

<sup>41</sup> Sin embargo, según L. FERRI, *ob. cit.*, pág. 42, la abrogación *ex* artículo 22 de la ley n. 194/1978 de los agravantes del delito de lesiones personales relativas a las circunstancias del embarazo de la persona agraviada y de la aceleración del parto o del aborto sufrido por la misma en consecuencia a lesiones, podría delinear una peligrosa *tendencia contraria*, en virtud de la cual agredir a una mujer embarazada equivale a agredir a una mujer no embarazada, como si el embarazo podría ser considerado casi como una obesidad y el feto una *portio viscerum* de la madre.

Creemos que el razonamiento de FERRI no puede ser compartido si se reconoce —como es posible advertir— que los citados casos criminales, antes tutelados de los abrogados n. 3 del coma 2.º del artículo 583 c.p., se consideran ahora y son castigados por el artículo 17 de la ley 194/1978. V. en este sentido L. ROSSI CARLEO, *Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, *ob. cit.*, pág. 565, el que subraya en qué modo el nuevo régimen signifique, «respecto al precedente, un agravamiento de las penas no existiendo las previsiones alternativas de una simple pena pecuniaria».

<sup>42</sup> La distinción hecha por la Corte y criticada por M. RAVERAIRA, *ob. cit.*, pág. 1418, y por M. C. BIANCA, *Il problema dell'aborto*, *ob. cit.*, pág. 226. V. también L. EUSEBI, «Diritto alla vita o diritto sulla vita? La soggettività umana dell' embrione in una sentenza paradigmatica del Tennessee», en *Dir. fam.*, 1990, pág. 867, el que retiene ambiguo el uso del término persona, que encontramos también en la sentencia n. 27/1975 de la Corte constitucional, para diferenciar la tutela del concebido, subrayando que si «con el término persona se desea significar el logro de un cierto nivel de madurez del desarrollo o bien la adquisición, en el nacimiento, de la capacidad/personalidad jurídica expresada en el artículo 1 c.c., se hace entonces referencia a conceptos significativos sólo para *finis distintos* del de defensa de la existencia humana».

<sup>43</sup> F. D. BUSNELLI, «Il diritto e le nuove frontiere della vita umana», en *Scritti in onore de A. Falzea*, I, Milán 1991, pág. 95.

en gestación completamente indefenso contra la decisión de la madre<sup>44</sup> y, en contradicción con las premisas, favoreciendo incluso el aborto, imponiendo por orden legislativa a las regiones, garantizando su realización incluso a través de la movilidad del personal<sup>45</sup>.

En esta perspectiva se justifica probablemente el diseño de ley presentado a la Cámara el 3 de junio de 1992, con el n. 941, por 65 diputados (primer suscriptor, el parlamentario Carlo Casini)<sup>46</sup>, que propone una modificación del primer coma del artículo 1 de la ley n. 194/1978 —que elimine toda ambigüedad en el concepto de *inicio de la vida*<sup>47</sup> al que se encuentra subordinada la tutela, estableciendo, sin lugar a dudas, que «el Estado tutela el derecho a la vida desde la concepción»<sup>48</sup>— y una reforma integral del artículo 2 de la misma Ley que refuerce la excepcionalidad del recurso al aborto, incrementado la importancia de la actuación de los consultores familiares instituidos por la Ley de 29 de julio de 1975, n. 405. Dichos consultores, además de asistir a la mujer embarazada, contribuirían también «a garantizar el derecho a la vida del concebido»<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Esta parece por lo menos la opinión de M. ROMANO, *ob. cit.*, pág. 70, según la cual, «en los primeros noventa días del embarazo el embrión o feto no cuenta con ninguna protección real respecto a las decisiones maternas».

En este sentido, L. V. MOSCARINI, *ob. cit.*, pág. 9, subraya que a pesar del artículo 1 de la ley 194 de 1978, en el cual parece se haga referencia a «un criterio de simple despenalización del aborto», sin embargo, «la sustancia de la normativa para la interrupción voluntaria del embarazo dentro de los 90 días..., ya que limita la importancia de la eventual evaluación del médico respecto a la no subsistencia del «serio» peligro afirmado por la misma madre, y ya que remite al irreductible criterio de la misma madre la posibilidad de escuchar la opinión del padre del concebido, establece... un sistema de verdadera liberalización del aborto en evidente contraste con las afirmaciones de principio formuladas en el artículo 1».

<sup>45</sup> Es significativo verdaderamente en tema de aborto que se imponga una movilidad del personal que representa un problema no resuelto en otros sectores del empleo público y constituye, según la opinión de muchos, un grave obstáculo al desarrollo económico y es aún hoy fuente de importantes problemas en los servicios de la administración pública y de notable carga de costes.

<sup>46</sup> Además del proyecto indicado resultan como presentados otros dos proyectos de ley inherentes a modificaciones de la ley n. 194/1978, uno presentado a la Cámara por el diputado Tassi (MSI) el 23 de abril de 1992 con el n. 25 —que propone la abrogación *tout court* de la ley 194/78—, y uno presentado por el senador Cappriello (PSI) el 23 de abril de 1992 con el n. 69.

<sup>47</sup> En relación con las importantes dificultades para individualizar *cundo* la vida inicie S. NESPOR-A. SANTOSUOSSO-R. SATOLLI, *ob. cit.*, págs. 21 y sigs.

<sup>48</sup> Se propone sustituir el primer coma del artículo 1 de la ley n. 194/78 con el siguiente: «El Estado tutela el derecho a la vida desde la concepción misma, reconoce el valor social de la maternidad y garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable». El informe sobre el proyecto de ley subraya la intención de eliminar, por un lado todo equívoco, indicando con precisión «el inicio de la vida humana» y de dar mayor importancia al derecho a la vida, dándole precedencia respecto al derecho de la procreación consciente y responsable, privilegiando en vez por la actual enuncianción de la norma, ya que la importancia de tal derecho, si bien puede ser reconocida, es sin duda menor que la del «derecho a la vida aún más —considerado que la procreación tiene lugar con la concepción— supone aquél primer derecho que invoca las otras responsabilidades no solamente *a posteriori*, sino también antes de la generación».

<sup>49</sup> El respecto el Informe sobre el proyecto de ley afirma: «Podemos admitir que la ley penal no es el único modo de indicar el valor, pero es preciso encontrar, de todos modos, un instrumento adecuado. El más idóneo parece ser el de una red de consultorios comprometida en modo no ambiguo y con todo tipo de medios a la defensa de la vida, poniendo a disposición un servicios propio capaz de eliminar los obstáculos que la mujer advierte para acoger la maternidad no deseada».

En la misma dirección parece orientarse el proyecto de ley n. 228 presentado al Senado

Sin embargo, no sería tampoco exacto concluir que la tutela del concebido en el Estado falte o resulte (en el plano de la efectividad) precaria.

Sin duda parece ser ajena al sistema jurídico italiano una liberalización *tout court* del aborto<sup>50</sup>: afirmar como derecho de la madre el disponer libremente del ser en gestación como cosa propia significaría volver a proponer una concepción hoy en día arcaica de la prole *sub specie iuris proprietatis*, que no sólo se encuentra superada, sino que también está en evidente contradicción con una constante línea evolutiva de la organización del Estado, tendente a definir los poderes de los padres en función exclusivamente del interés de los hijos<sup>51</sup>.

Podemos recordar en este sentido el artículo 320 c.c., que atribuye a los padres, conjuntamente (o quien de ellos ejercite con exclusividad la patria potestad), la *representación* de los hijos incluso *en gestación* y confía a ellos la administración de los bienes de estos últimos, delegando al juez la facultad de resolver, *ex artículo* 316, último coma c.c., los eventuales contrastes en función del interés del hijo; el artículo 254 c.c., que permite el *reconocimiento* del hijo natural con específica declaración previa al nacimiento, después de la concepción; los artículos 462 y 784 c.c., que reconocen al concebido, respectivamente, la *capacidad de heredar* y la *capacidad de recibir donaciones*, cuya aceptación competirá a los padres, según el conocido artículo 320 c.c. Aún más: una reciente sentencia del Tribunal de Verona ha afirmado que incluso los límites expresados en el artículo 1 c.c. —que subordina al nacimiento la adquisición de la capacidad jurídica— pueden ser superados precisamente considerando lo establecido por el artículo 1 de la Ley 194/1978 y por el artículo 2 Const., de acuerdo con la lectura que hiciera de ellos la Corte constitucional: de modo tal que se debe reconocer que el concebido goza, entre otros, de un derecho «al nacimiento como individuo sano» y puede, en consecuencia, gozar directamente de un derecho a la indemnización del daño injusto sufrido en el curso

---

el 21 de mayo de 1992, por iniciativa del sen. Colombo Svevo y otros, «Normas para una política de la familia», el que, por ejemplo, prevé en el artículo 3.1 intervenciones para sostener la elección de maternidad y paternidad por parte de las regiones y provincias autónomas «en el respeto de los siguientes principios: a) tutela del embarazo desde la concepción hasta el parto, mediante servicios eficaces y diversificados que garanticen el respeto de las exigencias, incluso psicológicas, de la madre, del padre y de la familia; b) tutela de la madre en condiciones sociales difíciles desde el momento de la concepción hasta que el logro de un aceptable nivel de vida, mediante el aporte de ayudas económicas o de otro tipo, la organización de estructuras de recepción adecuadas a las exigencias específicas, la eliminación de todo tipo de pago para las escuelas maternas y jardines, la asistencia domiciliaria, facilidades para el otorgamiento de casas populares». Dichos objetivos pueden ser alcanzados también mediante «convenciones con asociaciones públicas y privadas que posean entre sus finalidades de estatuto la tutela de la vida por nacer y de la maternidad (art. 3.2). El artículo 33 del citado proyecto prevé una sustancial modificación de la ley de consultorios familiares, a los que se asigna como objetivos específicos, entre otros: 1) garantizar «a las mujeres la información requerida para la tutela de la salud del ser por nacer, relativas a los factores de riesgo y de nocividad relacionados con las actividades en los lugares de trabajo y en el ambiente domésticos»; 2) garantizar «la difusión de los conocimientos científicos y de las informaciones relativas a todos los medios idóneos para favorecer o para prevenir el embarazo y para prevenir el aborto»; 3) garantizar «la tutela y el sostén de la vida humana desde la misma concepción y la promoción del bienestar psicofísico, incluso mediante planes personalizados, de la mujer, de la pareja y del niño».

<sup>50</sup> M. ZANCHETTI, *ob. cit.*, págs. 45 y sigs., observa que «en la estructura de la L. 194/78 la interrupción de la gestación... es siempre considerada *mal jurídico necesario tolerado* para proteger otro bien (la madre), por lo tanto, siempre tendencialmente a evitar», y agrega: «el aborto no es un derecho, sino un medio para permitir la garantía de un derecho de rango constitucional de la madre: la salud o la vida».

<sup>51</sup> En este sentido, M. C. BIANCA, *ob. cit.*, pág. 232.

de la gestación, debido a lo actuado por el médico que haya brindado su personal asistencia, caracterizada por elementos culposos en relación con la parturienta<sup>52</sup>.

Podemos señalar, también bajo el perfil penal, la sanción relativa al feticidio en condiciones de abandono material y moral (art. 578 c.p.)<sup>53</sup>, como así también las sanciones contra la intencionada interrupción culposa de gestación, el aborto de la mujer no consintiente y la interrupción voluntaria de la gestación sin la observación de las modalidades de ley previstas por los artículos 17, 18 y 19 de la Ley n. 194/1978<sup>54</sup>.

De este cuadro normativo emerge con suficiente certeza que el concebido (representado) es —y no puede no serlo— «otro» respecto a la madre (representante) y que el hecho mismo sea sujeto de derechos —heredero o donante, por ejemplo— no puede tener ningún sentido si su vida no se encuentra también defendida. Como así también la tutela de la vida del concebido constituye forzosamente la premisa indeclinable del *status* de hijo reconocido que, precisamente, confiere al concebido el artículo 254 c.c.<sup>55</sup>. Y se presenta sobre todo como inconciliable con el sistema el confiar el concebido al libre albedrío de la mujer embarazada: ¿sería coherente dar la representación del ser en gestación (también) a una persona, la madre, que tenga la capacidad de pedir, a su voluntad (si bien en el respeto de ciertas formalidades), la supresión? ¿Podríamos concebir que el representante decrete la muerte del representado? ¿Sería correcto no considerar que «la viuda embarazada, suprimiendo el feto, elimina un competidor respecto a la sucesión del marido acrecentando de este modo su porción de herencia, sin que resulte posible invocar en su contra ni siquiera el establecimiento de la imposibilidad de heredar»?<sup>56</sup>.

Evidentemente, no.

5. La Ley n. 194/1978, por lo tanto, no debe y no puede ser interpretada en el sentido de la (parcial) liberalización del aborto<sup>57</sup>: esto significaría, creo, confundir la *voluntad legis* con el uso distorsionado que de la Ley misma se haya (eventualmente) hecho.

---

<sup>52</sup> La sentencia está publicada en *Nuovo diritto*, 1991, págs. 1226 y sigs., con nota de G. LOTITO. Podemos recordar también la sentencia de la Corte pen. de 10 de abril de 1979, en *Foro it.*, 1980, II, pág. 239, según la cual se reconoce responsable de «homicidio culposo, por determinar la muerte de un feto durante el parto, la obstétrica que observa un comportamiento negligente y deshumano hacia la mujer que da a luz, que llama con retardo a los médicos en servicio de guardia, que incurre en culpas profesionales en el cumplimiento de maniobras de obstetricia no idóneas».

<sup>53</sup> V. PALATINO, *I delitti contro la vita*, ob. cit., págs. 167 y sigs.; G. MARINI, ob. cit., págs. 442 y sigs.

<sup>54</sup> De la citada normativa penal se pueden obtener los siguientes principios: a) el aborto es (debe ser) un acto voluntario de la mujer, precisamente en razón del proceso de autorresponsabilización de la misma mujer que la ley se propone para la específica realización de una procreación (efectivamente) responsable; b) el aborto no puede ser un *hecho privado*, resultando indispensable el control social sobre actos de tal gravedad y seriedad, como resulta también ineludible su realización con las modalidades previstas por la ley, que permiten el citado control. Debería, por lo tanto, considerarse excluida la legitimidad de la *píldora abortiva*, por su capacidad intrínseca de *privatizar* completamente la práctica abortiva.

<sup>55</sup> La conclusión no puede ser otra —según L. FERRI, ob. cit., pág. 47—, «que las normas del código civil tutelan el concebido a nacer como ser viviente, como hombre, porque lo reconocen como sujeto con derechos».

<sup>56</sup> Estas son las preguntas que se hace L. FERRI, ob. cit., pág. 45.

<sup>57</sup> De la afirmación del deber de la tutela de la vida humana desde su inicio y de la ineludible necesidad de leer las disposiciones de ley n. 194/78 en función preventiva del aborto, se puede extraer, según la opinión de algunos, incluso una tendencial prohibición de propaganda a favor de la interrupción del embarazo, comportamiento que muchos desearían ver penalizado: sobre esta problemática, M. ZANCHETTI, ob. cit., págs. 96 y sigs.

Se trata, en cambio, de una ley que experimenta «una tutela extrapenal»<sup>58</sup> del bien vida a través de la activación de medidas político-sociales de consejo y de sostén»<sup>59</sup>, y que ha tenido el mérito indiscutible de reconocer que «el embrión posee un derecho fundamental a la vida» que exige, en aquellos casos que no compromete el interés considerado preeminente de la mujer embarazada, «una protección jurídica incondicional»<sup>60</sup>. El feto, por lo tanto, «constituye un valor: como expresión de una vida humana *in fieri*, el mismo asume una dignidad en el plano axiológico, que no puede ser reducida a un mero aspecto, a un simple modo de ser de valores exclusivamente aferentes a la mujer embarazada»<sup>61</sup>. Y si bien es verdad que la tutela debe organizarse según las características propias de una vida *in fieri*<sup>62</sup>, debemos siempre subrayar que «este dato incide en la modalidad de la tutela, no ciertamente sobre la calidad de la misma»<sup>63</sup>.

No me parece en este sentido que sea posible compartir una concepción, en un cierto sentido, *cuantitativa* de la tutela<sup>64</sup>, que se diferenciaría «según el desarrollo del concebido y de la fase alcanzada del embarazo o de la posibilidad de una vida autónoma fuera del útero materno»<sup>65</sup>; no creo que resulte posible —ni justo— pretender atribuir un valor distinto al fruto de la concepción en relación con el tiempo de gestación<sup>66</sup>.

---

<sup>58</sup> Por otra parte, se preciso subrayar que la Constitución italiana no parece imponer al legislador auténticos deberes formales de intervenir con una sanción penal: v. p.e., D. PULITANO, «Obblighi costituzionali di tutela penale?», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pág. 497.

Si bien apoyando esta concepción, M. ROMANO, *ob. cit.*, pág. 71, considera sin embargo que en el caso que la tutela penal conserve un rol legítimo, ya que si bien es verdad que el derecho penal es siempre *extrema ratio*, cuando existe necesidad de asegurar la tutela a un bien jurídico de gran importancia, como puede ser el de la vida, «su ausencia se puede justificar solamente donde otras soluciones —la autodisciplina, las reglas deontológicas y la entera organización de las otras ramas del sistema con los que cuenta el legislador— garanticen por sí solos un standard adecuado de protección».

Subraya en cambio la necesidad de buscar «alternativas para el control penal con el fin de resolver los problemas emergentes en el Estado social», L. ROSSI CARLEO, «Le proposte di regolamentazione della procreazione artificiale», en *Quaderni di diritto comparato. La procreazione artificiale tra etica e diritto*, de G. Ferrando, Padua 1989, pág. 190.

<sup>59</sup> S. MOCCIA, «Bioética o "biodiritto". Gli interventi dell'uomo sulla vita *in fieri* di fronte al sistema penale dello stato di diritto», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pág. 874, nota 34.

<sup>60</sup> M. C. BIANCA «Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano», en *Quaderni di diritto comparato. La procreazione artificiale tra etica e diritto*, *ob. cit.*, pág. 162.

<sup>61</sup> T. PADOVANI, «Procreazione (diritto penale)», en *Enc. dir.*, XXXIII, Milán 1987, pág. 991.

<sup>62</sup> Según T. PADOVANI, *ob. cit.*, pág. 991, no es posible no «tomar en cuenta una diferencia específica entre el feto (por lo menos aquél incapaz de toda vida autónoma) y un hombre incluso apenas nacido, uno tanto compenetrado en la vida y con la vida de otro ser, al punto de no poder sobrevivir más allá de esta simbiosis, el otro disponible en línea de principio a la ayuda y al apoyo a cualquiera, más allá de la relación exclusiva y abierta, por lo tanto, a una dimensión social de la vida. Y esta diferencia específica es tan evidente que ninguna legislación penal, aún consciente del pleno reconocimiento de la dignidad humana del feto, ha dado una equivalencia entre aborto y homicidio».

<sup>63</sup> C. MOCCIA, *ob. cit.*, pág. 874.

<sup>64</sup> Contra la discriminación «cuantitativa» de la tutela, v. M. C. BIANCA, *Il problema dell'aborto*, *ob. cit.*, pág. 225 y sigs.

<sup>65</sup> R. ROMBOLI, «Il consenso del non avente diritto», en *Foro it.*, 1988, I, pág. 2115, también *Art. 5*, *ob. cit.*, pág. 297 y sigs.

<sup>66</sup> Se ha afirmado, por otra parte, que introducir, bajo cualquier forma, en el sistema jurídico «una distinción de valor en lo humano relacionada con la madurez del desarrollo del individuo o al nivel de su experiencia efectiva» podría hacernos considerar como dis-

La *ratio* del umbral de los noventa días, en el cual cambian las condiciones de la tutela del concebido —primero confiada sustancial y exclusivamente a la madre, luego delegada (también) a un control médico objetivo—, no se basa en una (diversa) relevancia del feto, sino en la necesidad de establecer un límite «de factibilidad y racionalidad del mecanismo de autoresponsabilización de la mujer»<sup>67</sup>. De manera tal que exclusivamente una «prejudicial sospecha» respecto a la mujer puede inducir a considerar que el concebido carezca de toda tutela en los primeros noventa días de la gestación. Ciertamente se puede discutir acerca de la «idoneidad» de una tutela confiada exclusivamente a la madre, pero: ¿existe en realidad otra posibilidad?

Una protección verdadera y eficaz el concebido no puede recibirla —debemos admitirlo— de ningún otro que no sea su madre: al Estado corresponde, más bien, el deber de dar sostén a esta última para potenciar la tutela del primero, no solamente reduciendo la dramaticidad de las decisiones de la mujer y haciéndole tomar una mayor consciencia, sino también, y sobre todo, eliminando las condiciones que puedan eventualmente favorecer la opción abortiva. Más que una represión en el plano penal (que se ha demostrado evidentemente ineficaz y seguramente no idónea para asegurar un efectivo refuerzo de la tutela del concebido), se hace necesaria una política más activa de prevención social<sup>68</sup>.

Por otra parte, creo que no sea posible pensar en un deber del Estado de garantizar de todos modos un nacimiento, de cualquier tipo, al concebido.

La tutela del *derecho a la vida* es algo distinto y más significativo que el mero obligar (mediante la amenaza de la sanción penal, si corresponde) a la conclusión biofisiológica de un embarazo. Nacer a *despecho* de la propia madre no da cumplimiento al *derecho a la vida* del ser en gestación, el que para que dicho derecho se pueda debidamente realizar en el sentido que expresaba al inicio de este discurso, tiene *derecho* a una madre (y a un padre) que lo acepte(n) como conclusión de un proceso deliberativo plenamente libre (y consciente), el único que puede hacer nacer en una mujer (como así también en una pareja) una auténtica responsabilidad<sup>69</sup>.

6. Faltan, sin embargo, leyes que defiendan el *derecho a la vida* del embrión en las hipótesis de fecundación artificial<sup>70</sup>.

Pero no parece posible que se pueda legítimamente adoptar una solución sustancialmente distinta de aquella que se ha reconocido válida para el concebido *qui in utero sit* como resultado de un procedimiento absolutamente natural.

Si no que más bien, en el caso de la fecundación artificial, nos encontraríamos de frente a un «proceso» que es siempre específicamente (y sobre todo voluntaria-

---

cutible «la tutela del recién nacido o de quien no pueda alcanzar o recuperar un determinado standard de expresión de las capacidades en cuestión». v. L. EUSEBI, *ob. cit.*, pág. 864.

V. relativo al significado de la progresividad de la tutela del concebido en la ley 194/78, M. ZANCHETTI, *ob. cit.*, pág. 48.

<sup>67</sup> T. PADOVANI, *ob. cit.*, pág. 992, quien subraya que la discriminación «depende del hecho que las indicaciones de carácter médico son comprobables objetivamente; no estando supeditadas exclusivamente a la madre, es lógico que su importancia se verifica a lo largo de todo el embarazo. Las indicaciones de carácter social tienen, en cambio, la importancia que la mujer percibe; su relevancia depende exclusivamente del significado que la misma les adjudica, en relación con el significado del embarazo. Es lógico, por lo tanto, que el tiempo que se concede para tomar la decisión de abortar debe ser limitado; más adelante se encuentre la gestación, menos consistentes aparecen las razones (no médicas) adoptadas por la mujer».

<sup>68</sup> En este sentido, v. T. PADOVANI, *ob. cit.*, pág. 993.

<sup>69</sup> V. al respecto también R. ROMBOLI, *Art. 5*, *ob. cit.*, pág. 298.

<sup>70</sup> Observa M. ZANCHETTI, *ob. cit.*, pág. 65, que «si se exceptúan las previsiones de la ley 194/78, la vida prenatal se encuentra desprotegida en nuestra legislación». El autor considera que sea, de todos modos, «posible extraer del actual sistema el carácter ilícito

mente) querido por la mujer para hacer posible su maternidad, por lo que el conflicto entre el interés por la vida del concebido y el derecho a la salud de la madre, sobre todo en los primeros noventa días, no podría resolverse siempre a favor de esta última.

Los problemas, en todo caso, podrían derivarse de los llamados *embriones super-numerarios* de la decisión (o improvisa imposibilidad) por parte de la madre para consentir la aplicación en su útero de un *embrión crio-conservado*, para las hipótesis de *fecundación diferida*.

La Resolución del Parlamento Europeo del 16 de marzo de 1989, relativa a la fecundación artificial *in vivo* y *in vitro*, recomienda el uso de métodos que eviten «el derroche de embriones» y la limitación del congelamiento de los embriones en casos excepcionales. Será la Ley quien tendrá la responsabilidad de ofrecer los medios oportunos de tutela (y más de un proyecto ya han sido presentados a la cámara<sup>71</sup> y al senado)<sup>72</sup>.

Lo que me resulta indudable es que, en este caso, como así también en el caso en el que el concebido sea fruto de un proceso exclusivamente natural, no será lícito volver a proponer ninguna concepción patrimonialísticamente del embrión para so-

---

de la lesión de los derechos del concebido», también por la hipótesis de fecundación artificial *in vivo* o *in vitro*.

<sup>71</sup> Se señalan: a) el proyecto de ley n. 968 del 8 de junio de 1992, por iniciativa de los diputados Carlo Casini (DC) y otros, que incluye «Normas para la tutela del embrión humano», quien dispone la tutela del embrión humano desde «el momento de la fecundación» (art. 1), castigando la producción de embriones no destinados «a alcanzar el nacimiento» (art. 2.1), la supresión de embriones o de fetos fuera de los casos previstos por la ley n. 194/78 (art. 2.2), la lesión de embriones o de fetos (art. 2.3), la alteración de la estructura genética (art. 3) o la predeterminación de una característica genética para fines no terapéuticos (art. 6), la producción de híbridos (art. 4) y la clonación (art. 5); b) el proyecto de ley n. 314, del 23 de abril de 1992, por iniciativa del diputado Pieroni (Verdes), que incluye la «Disciplina de las intervenciones médicas sobre la esterilidad humana y para la procreación artificial», el que prohíbe todo tipo de sustitución de la madre, la manipulación del patrimonio genético de los gérmenes, las clonaciones, las hibridaciones, las mezclas de espermias de distintas personas, la crio-conservación de los embriones super-numerarios (cuya producción, como subraya el Informe del proyecto de ley, es fuente de preocupación), por un período no superior a tres meses (y con el objetivo exclusivo de la implantación ulterior en el útero), todo tipo de manipulación o experimentación con fines eugenésicos.

<sup>72</sup> Se señalan: a) el proyecto de ley n. 255, del 22 de mayo de 1992, iniciativa de los senadores Colombo Svevo (DC) y otros, con «Normas en defensa del embrión humano», cuyo contenido es idéntico al proyecto presentado a la Cámara de Casini y expresado en la nota precedente; b) el proyecto de ley n. 127, de 14 de abril de 1992, de iniciativa de los senadores Zuffa (PDS) y otros que incluye: «Normas sobre la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la transferencia de gómenes y embriones», el cual prevé en modo particular la prohibición de donación de ovocitos y de manipulación del patrimonio genético del embrión o de los gérmenes, como así también un límite temporal (cinco años) para la crio-conservación de los embriones de la fecundación *in vitro*, límite dentro del cual la mujer, o la pareja, que no dese utilizarlos para una gestación puede autorizar su destrucción o la utilización para permitir la gestión por parte de otra mujer o incluso autorizar su uso para la experimentación científica. En este último caso, el embrión no puede ser utilizado sucesivamente para obtener una gestación. El Informe del diseño de ley subraya la necesidad de recuperar una «consciencia del límite» que confieran un sentido social y humano a la innovación tecnológica, en modo particular interviniendo «para corregir las tendencias de la medicina procreativa, cuando la misma mengua el carácter único del sujeto, divide la compleja verdad de la persona, altera los confines entre la especie humana y la materia, entre el hombre y la mujer, hace desaparecer sus diferenciaciones». El proyecto de ley en cuestión prevé también que la mujer fecundada artificialmente conserve *tout court* el derecho al acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, como resulta de la ley 194/78.

meterlo, de igual modo que una *cosa*, al dominio eminente de los «padres» o de uno de ellos. Y, de la misma manera, no será lícito ningún tipo de intervención de manipulación presumiblemente no ventajoso para el embrión (es decir, que no sea tendente a una más cabal realización de su derecho a nacer sano).

Y esto, en modo particular, pienso debe constituir un dato irrenunciable, ya que precisamente respecto al embrión puede aparecer particularmente fuerte (y peligrosa) la idea de una manipulación integral del ser por parte del hombre: En efecto, si bien resulta paradójico, el progreso científico y tecnológico parece otorgar hoy a la medicina «cada vez más medios para ayudar a la vida y siempre menos razones para hacerlo»<sup>73</sup>.

Volviendo al inicio podemos concluir que también respecto al hombre se propone un «problema ecológico», que reclama una urgente *inversión de valores* para que así la *vida* siga siendo un *derecho* que debe ser defendido.

---

<sup>73</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *ob. cit.*, pág. 6.