



2016

**ARGUMENTOS JURÍDICOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA
DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ARGENTINO.**



**MARQUETTE MARÍA VALERIA
ABOGACÍA**

DEDICATORIA

A mi familia que siempre ha confiado en mis sueños y me alienta a seguirlos... en especial a mi madre Nancy, a mi marido Ariel y a mi hija Jazmín... mi luz, mi fuerza, quien me inspira para intentar ser cada día mejor...

RESUMEN:

La presente investigación analiza el desarrollo y evolución legislativa del aborto en nuestro país, se detallan los principales lineamientos jurídicos y principios sobre los que se asientan, es decir, se estudia cómo está regulado específicamente este instituto en nuestra legislación, como lo interpreta la doctrina y jurisprudencia. Se examina también el tratamiento que recibe este instituto en el derecho comparado.

Asimismo se explica la disyuntiva social que se ha generado en Argentina desde hace varios años, exponiendo los argumentos jurídicos a favor y en contra de la despenalización del aborto.

La utilidad de la investigación radica en brindar una información detallada y objetiva, intentando superar las contradicciones que puede generar esta temática e invitar a nuestra sociedad a la reflexión, promover su estudio no solo para conocer esta realidad jurídico-social sino para contribuir a la producción, diseño e implementación de políticas públicas.

Palabras claves: Aborto, legislación, despenalización, derecho comparado, argumentos jurídicos.

ABSTRACT:

The present investigation analyzes the legislative development and evolution of abortion in our country, it details the main legal guidelines and principles on which are based, that is to say, it studies how this institute is regulated specifically in our legislation and how the doctrine and jurisprudence interpret it.

It also reviews the treatment this institute receives in comparative law. Likewise it explains the social dilemma that has arisen in Argentina for several years, stating the legal arguments both in favor and against the decriminalization of abortion.

The purpose of this investigation lies in delivering more detailed and objective information, aiming to overcome the contradictions this topic may generate. Inviting our society to think about it, promoting its study to get to know this social and legal reality and also contribute to the production, design and implementation of public policies.

Key Words: Abortion, legislation, decriminalization, comparative law, legal arguments.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------------------|
| <i>Dedicatoria</i> | <i>Pág. 3</i> |
| <i>Introducción</i> | <i>Pág. 7</i> |
| <i>Capítulo I: Marco teórico de investigación</i> | <i>Pág. 10</i> |
| 1. Concepto y caracterización del Aborto. | Pág. 11 |
| 2. Naturaleza jurídica. | Pág. 12 |
| 3. Breve análisis histórico de la penalización del aborto en Argentina. | Pág. 13 |
| 4. Principios fundamentales sobre los que se asienta. | Pág. 15 |
| <i>Capítulo II: El derecho a la vida desde la concepción. Regulación jurídica</i> | <i>Pág. 17</i> |
| 1. Constitución Nacional. | Pág. 18 |
| 2. Tratados Internacionales. | Pág. 23 |
| 2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. | Pág. 23 |
| 2.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos. | Pág. 24 |
| 2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). | Pág. 24 |
| 2.4. Convención Americana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969) | Pág. 25 |
| 2.5. Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 1989). | Pág. 25 |
| 3. Código Civil. | Pág. 26 |
| <i>Capítulo III: Regulación jurídica del aborto.</i> | <i>Pág. 28</i> |
| 1. Código Penal | Pág. 29 |
| 1.1. Análisis particular de los supuestos de aborto no punible. | Pág. 30 |
| 1.1.1. Aborto terapéutico. | Pág. 30 |
| 1.1.2. Aborto eugenésico. | Pág. 31 |

| | |
|--|-----------------------|
| 1.1.2.1. Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. | Pág. 32 |
| 2. Derecho comparado. | Pág. 34 |
| <i>Capítulo IV: Problemática actual</i> | <i>Pág. 39</i> |
| 1. Posiciones a favor y en contra del aborto. | Pág. 40 |
| 1.1. Fundamentos jurídicos. | Pág. 41 |
| 2. Derechos del niño vs. Derechos de la mujer. | Pág. 45 |
| 2.1. Ambigüedades y manipulación del lenguaje. | Pág. 45 |
| 2.1.1 Propuestas para superar contradicciones. | Pág. 47 |
| <i>Conclusiones finales.</i> | <i>Pág. 50</i> |
| <i>Bibliografía.</i> | <i>Pág. 52</i> |

INTRODUCCIÓN

El aborto, considerado como la interrupción voluntaria del embarazo, tiene una variada captación en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo. En nuestro país es considerado un delito contra la vida desde 1886, cuando se sanciona el primer Código Penal Argentino, donde queda penado el aborto en todos sus casos. A partir de la segunda reforma del Código Penal en el año 1921, el delito queda descrito en el Título I, Capítulo I “Delitos contra la vida”. Asimismo se incorporan excepciones, dicho código establece como aborto no punible el que se practicare a fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer, denominado “aborto terapéutico”, si este peligro no puede ser evitado por otros medios; o el que interrumpiere un embarazo fruto de una violación o de un atentado contra el pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

Con el correr de los años fueron surgiendo diferentes interrogantes y cuestionamientos en lo que se refiere a la procedencia o no del aborto no punible en algunos casos particulares, hasta llegar a la actualidad donde se han presentado diferentes proyectos que pretenden lograr la despenalización del aborto, tema que ha generado una gran polémica y debate social a nivel nacional tanto doctrinario como jurisprudencial.

¿Cuáles son los principios fundamentales en los cuales se asienta la penalización del aborto en el ordenamiento jurídico argentino? ¿Cuáles son los argumentos jurídicos a favor y en contra de la despenalización del aborto? ¿Será conveniente para la sociedad argentina legalizarlo?

Puede decirse que con la penalización del aborto se busca ante todo proteger el derecho a la vida del niño por nacer. Todo ser humano es persona y el derecho a la vida es el primero, básico y esencial, de él depende la existencia de todos los demás derechos. Es ilegítimo decidir sobre la vida. La persona por nacer es un ser humano indefenso, por lo que la amenaza de castigo se presentaría como medio de protección hacia ella.

Es posible que la cantidad de mujeres que mueren por practicarse abortos clandestinos, sea una consecuencia de aquella penalización. Es esto seguramente lo que tiene en cuenta una parte de la sociedad que pretende legalizar el aborto, relacionando equivocadamente este

problema con el derecho a la intimidad de la mujer. En otras palabras, según esta postura “la mujer tendría derecho a practicarse un aborto ya que es ella quien decide sobre su cuerpo”.

En torno a esto gira la gran discordia social, es decir, por un lado se ubican quienes pretenden proteger la vida del niño por nacer y por el otro quienes intentan preservar la intimidad de la mujer. Es decir que en la actualidad se ha abierto el debate acerca de si todos los seres humanos tienen derecho a la vida; en otras palabras, el debate acerca de la legitimidad del aborto provocado.

A mi parecer, despenalizar el aborto no sería positivo para la sociedad argentina, ya que no se puede disponer sobre la vida de seres humanos indefensos para solucionar problemas sociales o económicos. Creo que el problema de fondo es cultural, es la ausencia de un gobierno responsable que dirija buenas políticas a la población, que brinde un sistema de salud organizado, es la falta de educación en general. En otras palabras, no se termina con embarazos no deseados eliminando vidas, sino educando a la sociedad, formando personas responsables. Existen muchos métodos anticonceptivos, procedimientos quirúrgicos, que el estado podría fomentar. De esta manera se estaría encarando el problema de base y no solamente tratando de sobrellevar sus consecuencias.

En este trabajo se realizó una Investigación Descriptiva, ya que se eligió la problemática del aborto, se recogió información sobre ella y por último se realizó una descripción sobre el tema. La Estrategia Metodológica usada es Cualitativa, dado que está dirigida a la exploración, descripción y entendimiento del aborto. Está orientado por lo tanto, a investigar la legislación específica existente en el país sobre esta problemática y estudiar lo que establece la jurisprudencia al respecto, explicar los principios fundamentales sobre los que se asienta la penalización del aborto en el ordenamiento jurídico argentino. Se intenta analizar resumidamente el derecho comparado, para observar como se trata y soluciona este tema en otras legislaciones, como así también desarrollar brevemente las normas de los tratados internacionales sobre la protección de la vida humana ratificados por nuestro país, y su concordancia con nuestra legislación. Finalmente esbozar propuestas de superación de contradicciones respecto al tema de investigación.

Es decir que la finalidad específica de este trabajo es considerar la procedencia o improcedencia de la despenalización del aborto en Argentina, intentando aclarar los interrogantes más frecuentes acerca de esta problemática.

Para ello se divide este trabajo en cuatro capítulos. El primero denominado “*Marco teórico de investigación*” en el cual se explica el concepto y caracterización del aborto, como también, brevemente, la evolución histórica de su penalización.

El segundo capítulo es titulado “*El derecho a la vida desde la concepción. Regulación Jurídica*” y en él se analiza cómo es tratado este derecho en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y el Código Civil.

Seguidamente en el Capítulo Tercero “*Regulación jurídica del aborto*” se estudia el tratamiento que recibe este instituto en el Código Penal argentino y también se analiza el Derecho Comparado.

Finalmente en el Capítulo Cuarto como su nombre lo indica, “*Problemática Actual*” se analizan las distintas posturas frente al aborto, y los argumentos que expone cada una, para luego buscar posibles soluciones a las contradicciones que surgen de esta gran disyuntiva social.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO DE INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO DE INVESTIGACIÓN

1. Concepto y caracterización del Aborto.

El aborto es la interrupción del desarrollo del feto antes de los primeros cinco meses de embarazo. Una vez transcurrido este tiempo y antes de la fecha aproximada de parto, la finalización del embarazo se denomina parto pre término.

El aborto puede ser *espontáneo*, es decir, producto de causas naturales o *inducido*, siendo éste provocado, o sea con la intención de hacerlo.

El aborto inducido es por lo tanto, la interrupción voluntaria del embarazo. Es decir que consiste en provocar la finalización prematura del mismo, impidiendo el desarrollo vital del embrión o feto para su consecuente expulsión.

Este tipo de aborto puede tener serias consecuencias físicas y psicológicas para la mujer de no ser practicado por un profesional. En la mayoría de las legislaciones, como Argentina está penado el aborto inducido por sus implicancias éticas, morales, religiosas y sociales.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el aborto peligroso “*como una intervención destinada a la interrupción de un embarazo practicada ya sea por personas que carecen de la preparación necesaria o en un entorno que no reúne las condiciones médicas mínimas, o ambas cosas a la vez.*”

2. Naturaleza jurídica.

En Argentina, el aborto es considerado un “*delito contra la vida de las personas*” consagrado en los artículos 85 a 88 del Código Penal.

Sin embargo, la legislación argentina contempla algunas **excepciones**, como el aborto terapéutico que es lícito siempre que el peligro a la vida de la mujer no pueda ser evitado de ninguna otra forma, sino que además reconoce la licitud del aborto en caso de violación a una mujer demente o idiota. (Código Penal de la República Argentina 2012)

Existen actualmente posiciones antagónicas sobre la legalización del aborto.

El problema consiste en resolver si, conforme a la Ley Fundamental, y bajo determinadas circunstancias, es procedente la legalización del aborto como acto por el cual se priva del derecho a la vida a una persona.

En esta discrepancia se produce un enfrentamiento o colisión entre dos libertades constitucionales: el derecho a la vida del niño por nacer y los derechos subjetivos de la mujer que vulneraría la concepción y el nacimiento.

La imposibilidad de compatibilizar ambas libertades implica necesariamente otorgar preferencia a una de ellas. Impone el deber de verificar jurídicamente si es razonable dar preferencia a la libertad de abortar o a la libertad de vivir.

Desde un punto de vista jurídico, los motivos que suelen utilizarse para justificar el aborto son generalmente, el de priorizar el derecho al bienestar individual, es decir el derecho a la intimidad o mejor aun a los derechos personalísimos de la madre, aquellos que conforman su honor, lo que se traduce en la libertad de decidir sobre su cuerpo. Otro argumento a favor de la legalización del aborto, es el de evitar la tasa de mortalidad de madres, producidas por practicarse abortos clandestinos, intentando evadir el castigo; otorgar preferencia a la libertad sexual en aquellos casos en que la concepción es consecuencia de una violación; brindar primacía al derecho a la legítima defensa cuando el desarrollo del feto o el nacimiento pueden ocasionar graves lesiones o la muerte de la madre, entre otros. ("Manual Uca, *Persona-Vida-Aborto*", 2015)

Una contribución realizada por el Dr. Gregorio Badeni (2006), titulada “*Derecho a la vida y aborto*”, analiza desde una perspectiva estrictamente jurídica, si es viable o no “*instalar legislativamente el aborto*”, y afirma que el régimen jurídico argentino no permite el aborto. Por lo que si alguien no estuviera de acuerdo con esta afirmación, debería denunciar los tratados internacionales y propiciar una reforma constitucional.

3. Breve análisis histórico de la penalización del aborto en Argentina.

El Código Penal argentino fue promulgado en 1886, para luego comenzar a regir el 1 de marzo de 1887. Los precedentes legislativos argentinos siempre condenaron el aborto, no previendo excepciones a la regla.

En 1906 se presentó un proyecto, el que quedó durante largo tiempo sin consideración legislativa, hasta que se lo tomó como base en la elaboración de un proyecto definitivo, el Proyecto de 1917.

Recién en 1919 se introdujeron formas de impunidad en la figura del aborto tomando como base el Código Penal suizo, hasta que finalmente fue sancionado por el Congreso Nacional por Ley N° 11.179 y cuya vigencia comenzó en el año 1922.

El artículo 86 del Código Penal de la Nación (CPN), determinaba los casos en los que el aborto se encontraba despenalizado, es decir, permitido.

Según la segunda parte de este artículo: *El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:*

- 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un 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.*

Jiménez de Asúa, en su libro “*El aborto y su impunidad*” (1942) dice que desde su sanción, el artículo provocó diversas discusiones, situación que se mantiene hasta nuestros días.

Explica Sebastián Soler (1976): que en 1968, con el fin de aclarar las dudas sobre el alcance de las excepciones del artículo 86, y siguiendo el proyecto de 1960 elaborado por el mismo Soler, el decreto ley 17.567 introdujo el requisito de gravedad del peligro en el inciso 1 y además de eliminar del inciso 2 la frase “*o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*”, incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada. La reforma agregó, además, el requisito de que “*cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente*” sería necesario “*el consentimiento de su representante legal*”. Los cambios introducidos confirmaron que la norma establecía una permisión genérica del aborto en caso de violación, lo cual resultaba justo e igualitario, y la particularidad sobre la necesidad de representación legal en el caso de violación de la mujer “*idiotas o demente*” o de la mujer menor de edad.

Estas modificaciones fueron dejadas sin efecto en 1973 por la ley 20.509. Así, la redacción original de 1921 retomó su vigencia.

En 1976, el nuevo gobierno dictatorial, mediante el decreto ley 21.338, reincorporó la permisión anterior del inciso 2 que autorizaba el aborto en todos los casos de violación.

Posteriormente, en 1984 el nuevo gobierno democrático dictó la ley 23.077, una ley que dejó sin efecto en forma general, las reformas introducidas al CPN por la dictadura. De esta manera, el artículo 86 volvió a su versión original, que se mantiene hasta nuestros días.

El delito de aborto es tratado hoy por hoy en el *CPN en el Libro Segundo. “De los Delitos”, Título I. “Delitos contra las personas”, Capítulo I de “Delitos contra la vida”*. En 4 artículos el Código explica las distintas figuras del delito de aborto.

Desde el año 1984 a la fecha, se presentaron ante el Congreso Nacional una notable cantidad de proyectos de reformas a la Ley actual, estos derogaban figuras del aborto no punible previstos en el Artículo 86, algunos apuntaban a mejorar su redacción y otros propusieron legalizar el aborto reglamentando su ejercicio, pero ninguno ha logrado ser sancionado como tal.

4. Principios fundamentales sobre los que se asienta la penalización del aborto.

La protección del derecho a la vida del niño por nacer es el principal fundamento de la penalización del aborto en Argentina.

Las excepciones que consagra el Código Penal se asientan sobre *razones éticas*, al establecer como condición que la mujer resulte embarazada como consecuencia de una violación, y *razones eugenésicas*, cuando existe peligro para la vida o la salud de la madre o cuando hay una probabilidad de que el niño nazca con graves malformaciones físicas o psíquicas. También toma en cuenta *razones de seguridad* cuando se requiere que sea practicado por un medico diplomado.

La ley ha reconocido que la vida, y el consecuente derecho a vivir, comienzan en el momento de la concepción. De modo que, *“a partir de la fecundación del óvulo, existe un ser humano que merece la protección de la ley y especialmente de su derecho a la vida”* (Rodríguez Varela, 1996; Mc Lean, 1994; Jean Rostand 1980), tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades (Fallos 302:1284; 310:112; 323:1339; 324:5; 325:292).

Así en el año 2002, la Corte Suprema en el caso *Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*, falló a favor de la asociación civil Portal de Belén, que había denunciado al Ministerio de Salud de la Nación por autorizar el uso del fármaco Inmediat, el cual impide la implantación del blastocito.

En el texto del fallo se afirma que *“el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario”*. (Confr. Basso, Domingo M. *“Nacer y Morir con Dignidad”* Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84).

Esto surge de los compromisos internacionales asumidos por Argentina. Es decir que tal conclusión reviste jerarquía constitucional. Como lo dispone el art. 4º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica. 1969 Pacto de San José), *que el derecho a la vida está protegido a partir del momento de la concepción*. (Capítulo II – Derechos Civiles y Políticos. Derecho a la Vida).

También se desprende implícitamente del art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional que establece un régimen de seguridad social completo y específico para la protección de la niñez en situación de desamparo que se proyecta desde el embarazo. Esta referencia al embarazo significaría el reconocimiento del derecho a la vida antes del nacimiento de las personas.

Estas conclusiones concuerdan con la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Ley N° 23.849 e incorporada al art. 75, inc. 22, de la Constitución.

La misma reconoce a todo niño el derecho intrínseco a la vida (art. 6.1), pero no determina expresamente el momento en que comienza esta última.

Sin embargo, y por imposición de la Ley N° 23.849 se aclaró que, al ratificarse la Convención, se debía formular la siguiente reserva: *“Con relación al art. 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”*.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN. REGULACIÓN JURÍDICA.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN. REGULACIÓN JURÍDICA.

1. Constitución Nacional argentina. (CNA)

Históricamente, la propia tradición jurídica nacional, ha considerado que todos los habitantes del suelo argentino tenían igual derecho a la vida, sin discriminación alguna. El derecho a la vida fue siempre un núcleo firme, un principio innegociable del ordenamiento jurídico argentino en sus diversas ramas.

Tan inherente a nuestra cultura ha sido el derecho a la vida, que fue consagrado en nuestra Constitución. Hoy, sin embargo, el mismo es motivo de discordia social.

La tutela del derecho a la vida es tan absoluta que como ya se mencionó, constituye el eje central de nuestro ordenamiento jurídico. Está protegido en las normas básicas y fundamentales de nuestra Constitución, por lo que hacen a nuestra identidad y esta tutela se ha reforzado en la Reforma Constitucional de 1994 y en la suscripción de numerosos Tratados y Declaraciones internacionales que se han constitucionalizado. (ABORTO de María Emilia De Laurentis el 17 de Octubre de 2012. Recuperado de: https://prezi.com/yi309dy2t_tw/aborto/).

La Jurisprudencia de la CSJN, al respecto ha sostenido que es el *“primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”* (Fallos: 302:1284 y 310:112).

A continuación se detallan los artículos de la Constitución Nacional que hacen referencia a la mentada protección del derecho a la vida.

1.1-Artículo 14 bis CNA

Si bien *a priori* no parecería estar relacionado este artículo con el tema en cuestión, es importante resaltar que el mismo encomienda al Estado la reglamentación de una ley para la *protección integral de la familia*, (Artículo 14 bis CNA. 2012) lo que no es menor, ya que al

hablar de aborto estamos hablando de impedir el desarrollo y posterior nacimiento de un hijo, y considerando su estado de indefensión, es decir su imposibilidad para hacer valer sus derechos resulta imprescindible una protección especial.

Es éste entonces un deber del Estado conferido constitucionalmente, el de garantizar el ejercicio de todos los derechos al niño por nacer, sobre todo si se toma en consideración que en el aborto entran en juego siempre los derechos de un hijo, y que este ocupa una posición especial, sumamente importante dentro de la familia.

Según el análisis de este artículo resultaría inconstitucional sancionar una ley que despenalice el aborto ya que, salvo ciertas excepciones ya consagradas en el Código Penal, permitirlo significaría atentar, no solo contra la vida de una persona sino también contra este instituto imprescindible para la comunidad, como lo es la familia, ya que esta constituye la base a partir de la cual se construye y subsiste una sociedad.

Esto no impide que puedan existir casos particulares que merezcan ser exceptuados y que no estén incluidos dentro de las permisiones que hace el código penal, como sería el caso de un embarazo resultado de una violación a una mujer no demente ni idiota, cuestión que será tratada luego.

1.2. Artículo 16 CNA

Este artículo garantiza la igualdad de todos los habitantes de la Nación argentina ante la ley, (Artículo 16 CNA. 2012), es decir que si bien es cierto que se ha desconocido muchas veces el carácter de persona al embrión humano, resulta éste merecedor de los mismos derechos que cualquier individuo, ya que este tema ha sido muy debatido pero aclarado no solo a nivel nacional sino también mundial.

Al respecto el Dr. Ángel Serra (1998) en su libro *“Por un análisis integral del estatuto del embrión humano”* explica:

... que el embrión desde su primer instante de vida, lo cual en embriología se denomina “cigoto” es un ser vivo, distinto de su madre, perteneciente a la especie humana. “El nuevo ser, producto de la fusión de los gametos masculinos y femeninos, no es una simple suma de los códigos

genéticos de los padres, se trata de una nueva persona, que no existía hasta entonces, ni se repetirá jamás” aclara el genetista. El cigoto por lo tanto supone el inicio de un nuevo ciclo vital es decir de un nuevo ser humano, esto es un dato irrefutable desde el punto de vista científico. (El embrión humano es una persona, 2010. Bioética de hoy; recuperado de <http://www.bioeticahoy.com.es/2010/11/el-embrión-humano-es-una-persona.html>).

En general, en la legislación argentina la existencia de la persona humana comienza desde el inicio de la concepción, con lo cual se puede inferir que la persona por nacer, desde ese momento goza de todos los derechos reconocidos por la ley, al igual que cualquier habitante de la Nación, sin ningún tipo de discriminación.

1.3- Artículo 33 CNA

El primero y fundamental de los derechos del hombre, el derecho a la vida, se ha constitucionalizado en el Estado Argentino en forma implícita en este artículo, ya que si bien no aparecía expresamente en la Constitución Nacional, está y estaba presupuesto en esta "cláusula residual", al establecer que *las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno* (Artículo 33 CNA 2012) y esto es así, ya que sin vida humana no se puede ejercer ningún derecho.

En la actualidad, la defensa de la vida del niño por nacer, desde el momento mismo de la concepción y hasta su nacimiento ha quedado explícitamente garantizado a partir de la reforma del año 1994, en el artículo 75 inciso 23 el cual será analizado oportunamente.

1.4- Artículo 43 CNA

Según lo establecido por este artículo se podría interponer *acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*, (art. 43 CNA. 2012) solicitando la declaración de inconstitucionalidad, en el caso hipotético en que se sancionara una ley que despenalice el aborto, ya que no sólo la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), los Tratados

Internacionales en materia de Derechos Humanos, sino también nuestro Código Civil establece claramente que “*la existencia de la persona humana comienza con la concepción*”.(Art 19, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación 2015. Pág. 49). Es decir que con tal acto se estaría amenazando y lesionando el derecho a la vida.

1.5- Artículo 75 CNA

Este artículo enuncia las atribuciones de Congreso de la Nación. Seguidamente se analizan los incisos relacionados con el tema en cuestión.

1.5.1. Inciso 19:

Encomienda entre otras, la tarea de *proveer lo conducente al desarrollo humano* (Artículo 75 inc. 19 CNA. Pág. 11) y como se ha demostrado, el aborto, salvo ciertas excepciones que serán estudiadas en su respectivo capítulo, atentan contra dicho desarrollo. La ilegitimidad del aborto provocado se fundamentó siempre en un rechazo generalizado a la posibilidad de atentar contra la vida de los seres humanos indefensos, o lo que es peor contra la vida de los propios hijos. La supresión del derecho a la vida implicaría la eliminación de todos los demás derechos, ya que aquel es el presupuesto de todos los demás.

1.5.2. Inciso 22:

Por su parte, este inciso otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales *en las condiciones de su vigencia*, establece también que estos *no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos* (Artículo 75 inc. 22 CNA. Pág. 20).

Dichos tratados reconocen la personalidad del ser humano desde la concepción, así ha quedado sentado tanto en la Ley N° 23.849 de la Convención de los Derechos del Niño, como los

artículos 1 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 6 inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los mismos serán estudiados más adelante.

Como consecuencia, todo ser humano tiene derecho a que se le respete y garantice su derecho de vivir, que para el caso del *nasciturus* se traduce en su derecho de nacer. Como ya se analizó, éste es un derecho reconocido explícitamente en los Tratados mencionados *ut supra*, por lo tanto un derecho constitucional.

La aprobación del aborto implicaría una grave falencia a los compromisos internacionales asumidos, y un debilitamiento de la juridicidad de todo el orden jurídico nacional.

Bien como lo explico el Dr. Gregorio Badeni (2006) nuestro régimen jurídico no autoriza el aborto y quien esté en desacuerdo con tal normativa, debería denunciar las convenciones Americana sobre Derechos Humanos y Derechos del Niño y propiciar la reforma constitucional modificando el alcance de este artículo, así como también la esencia personalista de la Ley Fundamental. Pero, mientras ello no acontezca, y tal como ocurre en un Estado de Derecho, la ley nos impone el deber de defender el derecho a vivir del niño desde que comienza su existencia, o sea desde la concepción.

1.5.3. Inciso 23:

Nuevamente a nivel constitucional, este artículo reconoce la personalidad del niño por nacer, al encomendar al Congreso el dictado de un régimen de protección del niño en situación de desamparo, durante toda la extensión del embarazo. (Artículo 75 inc. 23 CNA. Pág. 19)

Como puede observarse cada artículo de la Carta Magna aquí estudiado, no hace más que reafirmar el derecho a la vida del *nasciturus*.

El jurista y ex integrante de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Rodolfo Barra (1996), en su obra *La protección Constitucional del Derecho a la Vida*, sostiene que de esta manera, en nuestra Constitución y a través de los tratados constitucionales, la protección del derecho a la

vida (*a partir de su momento inicial, la concepción del embrión humano*) alcanza un grado total de fortaleza, que en complementación con lo dispuesto en la segunda parte del art. 75 inc. 23 del texto constitucional (*que, si bien destinado a otra finalidad, tiene una enorme trascendencia interpretativa a los efectos que aquí interesan*) nos coloca entre las naciones más avanzadas en esta materia tan sensible y crucial para la defensa integral de los derechos humanos.

2. Tratados Internacionales

Argentina ha ratificado numerosos tratados internacionales los cuales adquirieron jerarquía constitucional con la reforma constitucional de 1994.

Tanto la Constitución Argentina como aquellos tratados internacionales con rango constitucional son la base de la legalidad en el país, ya que ninguna sentencia judicial, cuya última instancia es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede violar ninguno de los principios que ellos establecen.

A continuación se enuncia el conjunto de tratados que brindan protección al derecho a la vida desde la concepción:

2.1- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Fue aprobada en 1948 en la novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia. Es un tratado regional de Derechos humanos y su contenido es similar al de la Declaración Universal de Derechos Humanos, difiere en que además de los derechos enumera una serie de deberes del hombre.

Como sucede con todas las declaraciones, ésta no requirió de ley de aprobación ni de acto de ratificación del Poder Ejecutivo a nivel nacional, ya que las declaraciones no son documentos vinculantes, sino consensos de la comunidad internacional sobre un tema.

Históricamente, fue éste el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos. La misma en su 1º artículo establece que “*todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”.

2.2- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Fue aprobada el 10 de diciembre de 1948. La Declaración comienza con un Preámbulo en el que se reconoce que la dignidad y los derechos iguales e inalienables de todos los hombres son la base de la libertad, la justicia y la paz y que por eso es necesario protegerlos por un régimen de derecho.

Al igual que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre también consagra en su artículo 1º que “*todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”.

2.3- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Fue suscripto en Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Nuestro país lo ratificó en 1986 por medio de la Ley N° 23.313.

Establece un Comité de Derechos Humanos que estudia los informes presentados por los Estados parte sobre las medidas tomadas para volver efectivos los derechos enumerados en él.

Respecto al tema en cuestión, el Pacto contiene el siguiente artículo:

Artículo 6

Inciso 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. (...)

Inciso 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. (...)

2.4- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica, 1969).

Firmada luego de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica. Entró en vigencia el 18 de julio de 1978. La misma es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Fue ratificada por Argentina e incorporada a través de la ley N° 23.054.

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

En su artículo 4° se consagra el Derecho a la Vida y el mismo reza:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

2.5- Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 1989).

En el año 1990 en Argentina se sancionó la Ley N° 23.849, a través de la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989. En la misma se declara que los niños gozan de los mismos derechos que los adultos, y se subrayan aquellos derechos que derivan de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de una protección especial.

El artículo 1° de dicha Convención establece que *“para todos los efectos de la misma, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

Al respecto la República Argentina, declara que dicho artículo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Los Estados parte se comprometen a adecuar su marco normativo a los principios establecidos por esta Convención y a destinar todos los esfuerzos que sean necesarios para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos.

3- Código Civil y Comercial de la Nación.

Tanto la Constitución Nacional como los Tratados Internacionales antes mencionados, reconocen a toda persona el derecho a la vida, de eso no cabe duda alguna. El tema que ha generado mucho debate es determinar si el niño por nacer es considerado persona. Aunque a nivel legislativo el comienzo de la existencia de la persona es una cuestión que no debería plantear dudas pues el Código Civil trata la cuestión de la persona física y el comienzo de su existencia de manera concluyente. En efecto, el artículo 19 establece que *“la existencia de la persona comienza con la concepción”*.

Por su parte el artículo 24 perteneciente al capítulo de Capacidad, lo reconoce implícitamente ya que enumera las *“personas”* incapaces de ejercicio, y entre ellas se encuentra *“la persona por nacer, la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y la persona declarada incapaz por sentencia judicial”*. Es decir que les asigna la calidad de persona a los efectos de este código.

También es importante resaltar que la Jurisprudencia, se ha pronunciado a favor de este reconocimiento diciendo *“que en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde la concepción, momento a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”*. (Cámara Nacional Civil Sala I, Diciembre 3 de 1999. Rabinovich Ricardo LL 2001 C 824)

A todo lo expuesto hay que sumarle que desde 2005, rige la *Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, la cual en su artículo 8 reconoce

expresamente “*el derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida*”.

CAPÍTULO III

REGULACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO

CAPÍTULO III

REGULACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO

1- Código Penal

En el Derecho Penal argentino, se protege la vida del *nasciturus*, a través de la penalización del aborto, delito que se consuma con la muerte del feto causado por maniobras dolosas, impidiéndole completar su desarrollo vital cuando aún se encuentra con vida.

Esta situación está tipificada entre los delitos contra la vida, exceptuándose algunos casos como aquél en que la vida de la madre corra peligro si se continuara el embarazo y éste sea el único modo de evitarlo o cuando el feto fuera producto de un delito de violación sobre una mujer demente o idiota (art. 86 inciso 2 del Código Penal argentino).

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema a partir de 2012, estableció que *cualquier mujer violada puede solicitar se le practique un aborto no punible*.

El artículo 85 del Código Penal De la República Argentina (2012) contempla los casos de aborto que si son punibles, y éste se divide en dos párrafos, distinguiéndose los casos en que el autor del aborto actúa sin consentimiento de la mujer embarazada, que tiene una pena de entre tres y diez años de prisión o reclusión, y se eleva a 15 años si muere la madre; y cuando lo hace mediando dicho consentimiento expreso o tácito, como sería el caso de una mujer que llega a una clínica con un aborto incompleto que intentó hacer por sus propios medios, siendo la pena prevista de entre uno a cuatro años de prisión o reclusión. Si muere la mujer, el máximo se eleva a seis años.

Sufren además inhabilitación especial por un tiempo que duplica la condena, los siguientes profesionales enumerados taxativamente en el artículo 86: *médicos, cirujanos, farmacéuticos y parteras*. La conducta requerida para que se configure el delito es el abuso de su ciencia, castigando por igual, tanto al que lo realice como al que colabore para ello.

El artículo 86 del Código Penal de la Nación, determina los casos en los que el aborto se encuentra permitido. Según la segunda parte de este artículo:

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible en dos casos, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, siempre que este peligro no puede ser evitado por otros medios; y 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.

El artículo 87 por su parte, contempla la figura del aborto preterintencional, que es aquél llevado a cabo por cualquier persona que *“ejercerse violencia sobre una mujer sin que haya existido la intención directa de afectar el embarazo, ya que era una consecuencia previsible si el embarazo era notorio”*. La pena en este caso es de seis meses a dos años de prisión.

No solo es punible el tercero que practica el aborto sino la propia madre, *que se lo practicare a sí misma o que consienta que otro se lo cause*, según el artículo 88, siendo la pena para la misma, de uno a cuatro años de prisión.

Para que se configure el delito es necesario que se trate de un feto vivo. Si solo se intentó el aborto pero no pudo consumarse por circunstancias ajenas al autor, el delito queda en grado de tentativa.

1.1- Análisis particular de los supuestos de aborto no punible.

1.1.1- Aborto terapéutico.

Según dice el inciso 1º del artículo 86, el aborto no será punible *“si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre”*. Ante esta situación, se privilegia el interés en la vida o la salud de la mujer y se despenaliza el aborto cuando el peligro no puede ser evitado por otros medios.

Es decir, que además del requisito exigido en ambos tipos de aborto, el de ser practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer, parece haber dos circunstancias en que el aborto terapéutico no es punible: cuando el aborto es practicado con el fin de evitar un peligro para la vida de la mujer o cuando el aborto es practicado con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer.

Nuestra Constitución en su artículo 75 inciso 22 protege el acceso a la salud integral, y en consonancia con lo establecido en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1948), ese concepto de salud es interpretado como un “*completo bienestar físico, psíquico y social de una persona*” y no sólo ausencia de enfermedades o afecciones.

Aunque no es común que los tribunales argentinos tengan que examinar el alcance de la permisión del aborto en caso de peligro para la salud psíquica de la mujer, lo mencionado en el párrafo anterior indica que no habría inconveniente en permitirlo.

Si bien siempre se requiere el consentimiento de la mujer, en ningún caso de aborto no punible se requiere autorización judicial. De hecho, como indica el constitucionalista Andrés Gil Domínguez (2000), *cuando el aborto es voluntario y no es punible, “el servicio público de salud debe atender a la mujer demandante y no trabar la solicitud remitiéndola a un proceso judicial”*. Requerir la intervención de un juez es interponer una barrera que dificulta arbitrariamente el acceso a la salud por lo que resulta inconstitucional y violatorio del derecho a la salud de las mujeres.

1.1.2- Aborto eugenésico.

El inciso 2 del artículo 86 también despenaliza el aborto en caso de violación, y especifica que cuando se tratase de la violación de una mujer “*idiotas o dementes*”, su representante legal será quien deberá consentir la práctica.

Históricamente ha existido en la interpretación de este inciso una disputa sobre el alcance de la despenalización en el caso del aborto solicitado por la mujer violada que no reúne esas condiciones. Este debate ha sembrado dudas sobre la existencia de una permisión exclusivamente referida a la violación de la mujer “*idiotas o dementes*” que excluiría, de esa forma, la permisión del aborto para la mujer violada que no lo es.

En marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puso fin a todas las dudas acerca de este tema, ya que en el caso “F., A. L.” (Fallos: 335:197) aclaró que:

... toda mujer embarazada como resultado de una violación tiene derecho a acceder a un aborto no punible sin importar su capacidad intelectual. También remarcó que la mujer no debe

solicitar una autorización judicial previa para acceder a la práctica y que las mujeres que fueron víctimas de una violación no tienen la obligación de realizar la denuncia penal del delito sino que basta que completen una declaración jurada en la que manifiesten que el embarazo es producto de una violación.

Teniendo en cuenta lo que sostuvo la CSJN y que en Argentina los médicos generalmente tienen el “mal habito” de remitir a la justicia las solicitudes de aborto, o requerir autorización judicial para realizarlos, lo cual provoca un debilitamiento y obstaculización del ejercicio de derechos de las mujeres, se puede inferir que esta situación debería ser castigada como un caso de mala praxis profesional y hasta de abandono de persona en el caso de que de la denegación de la solicitud deriven daños para la mujer.

1.1.2.1- Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como ya se mencionó anteriormente, un tema históricamente debatido tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, ha sido la posibilidad de acceder a un aborto no punible, en los casos de mujeres víctimas de violación, pero que no poseen la condición de “*demente o idiota*” que requiere la terminología del código penal.

El 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación realiza la “*interpretación final*”, de la discutida exégesis del art. 86 inciso 2° del mismo código. Esta se pronunció respecto de uno de los casos más relevantes de los últimos tiempos para el reconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres que habitan en Argentina: “*F., A.L. s/medida autosatisfactiva*”.

El caso había sido previamente decidido el 8 de marzo de 2010, por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, que resolvió favorablemente el pedido de acceder a un aborto no punible realizado a una niña de 15 años que había sido violada por su padrastro (Expediente N° 21.912 F - 2010).

La práctica se llevó a cabo el día 11 de marzo de 2010 en un centro médico de Trelew.

Luego de que el aborto fuera practicado, el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut, en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, interpuso recurso extraordinario ante la CSJN en representación del niño por nacer.

La CSJN (2012), dejó en claro que, según lo establecido en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal, el aborto no es punible cuando el embarazo proviene de una relación sexual no consentida sin importar la capacidad de la mujer y que no se requiere autorización judicial ni denuncia policial previa para acceder al aborto en estos casos. Por lo que con esta afirmación se aclaran todas las dudas acerca de la procedencia de la permisión que hace el Código Penal en caso de violación de una mujer no demente ni idiota, cuestión que gran parte de la doctrina rechazaba.

Asimismo, la CSJN destacó la importancia de establecer un “remedio” ante la situación de inaccesibilidad sistemática a los abortos no punibles en el país. Así, resolvió que:

... corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos y exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

Finalmente, la Corte consideró:

... indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación. Asimismo deberá capacitarse a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa. (Caso F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente 259/2010, tomo 46, letra F, sentencia del 13/3/2012. Recuperado de: <http://bit.ly/1bidq1989>)

2- Derecho comparado.

El análisis de la legislación del aborto es imprescindible en este estudio, pues su situación en el mundo es diversa, es su condición de ilegal lo que a lo largo de la historia ha dado origen a múltiples debates tanto nacionales como internacionales, comprometiendo a diversos actores de la sociedad, como son la Iglesia, médicos, juristas y políticos.

El aborto como ha podido verse, ha sido a lo largo de la historia un tema controvertido por todo lo que involucra, y ha entrado en debate cuestiones como si desde la concepción se puede hablar de un ser humano. Ante esto se encuentran comprometidas áreas como la medicina, la ética, la religión y por supuesto la salud.

Anualmente miles de mujeres mueren por causa de un aborto mal practicado, o por condiciones insalubres o porque los abortos son realizados por personas que no están capacitadas para hacerlo. En algunos países está legislado el aborto, los cuales permiten el aborto terapéutico, ético, eugenésico y tratan de que sea lo más seguro posible, en otros en cambio se encuentra totalmente prohibido.

A continuación se enuncia el tratamiento que recibe este instituto en diferentes legislaciones, agrupándolas según el grado de permisión. Así encontramos:

1) Legislaciones con tendencia más liberal:

Comprende a un grupo de países donde el aborto está permitido ya sea por solicitud de la mujer embarazada, por motivos de salud, eugenésicos o razones de tipo socioeconómico. Por lo tanto si una mujer decide abortar, no tiene que demostrar que fue violada, como tampoco se requiere el aval de médicos que certifiquen un posible riesgo a la salud, solamente se necesita la petición de la mujer.

Este grupo está conformado por Estados Unidos, Canadá, Holanda, Austria, Noruega, Grecia, Dinamarca, Vietnam, Cuba y China, entre otros. Seguidamente y para ejemplificar este grupo de países se describirá la legislación de uno de ellos acerca del aborto.

CUBA: En este país por mucho tiempo el aborto provocado fue la primera causa de muerte materna, ya que éste se practicaba clandestinamente. Esto llevó a que se modifique el Código de Defensa Social en 1964 para adoptar la definición de salud de la OMS, se reglamentó el Servicio Legalizado y Gratuito de aborto en todos los hospitales del país y se sustituyó el término aborto por “*interrupción del embarazo no deseado*”.

La ley N° 62, Código Penal Cubano en su Título VIII denominado Delitos contra la vida y la integridad corporal, Capítulo VI dedicado al Aborto ilícito establece las circunstancias en que el aborto es considerado delito. La misma señala que:

... el que fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida (mujer embarazada), cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad o multa. La misma se agrava si:

- a) se comete por lucro;
- b) se realiza fuera de las instituciones oficiales;
- c) se realiza por persona que no es médico. (Artículo 267 CPC).

También constituye delito cuando “*de propósito, se cause el aborto sin el consentimiento de la mujer; y cuando se ejerce fuerza o violencia en la persona de la grávida*”. (Artículo 268 CPC)

En un artículo del Diario Las Américas, intitulado “*Cuba, un paraíso para los abortos*” (27/03/2015). José Peláez, experto del Grupo Nacional de Obstetricia y Ginecología expresó que:

Cuba presenta altas tasas de infertilidad femenina y que una de sus principales causas es la práctica del aborto como método anticonceptivo desde edades tempranas. Explicó que el aborto voluntario, el cual es legal en el país, constituye un problema de salud pues “se está utilizando por los jóvenes como método anticonceptivo, regulatorio de la fecundidad”. Mencionó que es frecuente encontrar pacientes que han tenido tres y hasta seis interrupciones voluntarias del embarazo. (Recuperado de <http://agencialavoz.blogspot.com.ar/2015/05/cuba-el-paraiso-del-aborto.html>).

2) Legislaciones un poco más restrictivas:

Estas mantienen, en general, una postura comprensiva frente el aborto. En estos países, a diferencia de los anteriores, no basta con la sola petición de la mujer, pero se incluyen diferentes motivos válidos para justificar un aborto, como ser: la protección de la vida y la salud de la mujer, la violación, el incesto, las razones eugenésicas o los factores sociales y económicos.

Este grupo comprende alrededor de 89 países, entre los cuales se encuentra Argentina, Brasil, México, Gran Bretaña, Alemania, Italia, España, Japón, Israel, Sudáfrica, la India, entre otros. Tomando la legislación española como representativa de este grupo, se explicita su regulación jurídica.

ESPAÑA: La anterior ley orgánica 9/1985 que regulaba el aborto, lo configuraba como “*una conducta despenalizada de uno de los delitos contra las personas cuando concurrieran las circunstancias que esa misma ley establecía*”.

La ley orgánica 2/2010, regula una variedad de cuestiones como son el aborto denominado *interrupción voluntaria del embarazo* (Art. 12), *la protección de datos, la composición del comité clínico, la educación sexual y afectiva, e incluso la formación de los profesionales de la salud* (Cap. II. Art. 8). Además, configura al aborto como un derecho, o más exactamente, como una prestación sanitaria a la que se tiene derecho.

Esta prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. (Artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo)

En este país también se trata de una cuestión que se modifica en cortos periodos de tiempo, y aunque no se ha modificado hasta el momento su regulación, la que autoriza el aborto en tres casos, es decir, el eugenésico, cuando existen malformaciones en el feto, el terapéutico, cuando hay peligro para la vida de la madre, y el ético esto es cuando el embarazo es producto de una violación, se conoció un informe del Consejo del Poder Judicial donde se recomienda la autorización del aborto por razones socioeconómicas. (Hernández Rodríguez, 1992)

3) Legislaciones que solo permiten el aborto terapéutico:

La legislación de este grupo de aproximadamente 45 países sólo permite el aborto para salvar la vida de la mujer afectada. Entre los países más poblados de este grupo vale mencionar a Indonesia, Irán, Egipto, Venezuela, Nigeria y Afganistán.

VENEZUELA: El Código Penal de Venezuela (CPV) “*castiga a la mujer que intencionalmente se causare un aborto, como así también al tercero que lo provocare con su consentimiento*”. (Art. 432 y 433 CPV)

La única causal que se admite como excepción es cuando “*el aborto sea provocado por un facultativo como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta*”. (Art. 435 CPV)

4) Legislaciones totalmente prohibitivas:

Corresponde a 15 estados donde se prohíbe el aborto de modo total y sin admitir causal de excepción alguna. Los países que cuentan con esta legislación son Colombia, Chile, Honduras, Filipinas, Somalia, Haití, República Dominicana, Andorra y El Vaticano, entre otros.

CHILE: El Código Penal de la República de Chile (CPRC) coloca al aborto en su libro segundo, Título VII denominado “*crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*”, castigando severamente al que “*maliciosamente causare un aborto si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada, y al que aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. Una pena menor recibe quien actúe con el consentimiento de la mujer*”. (Art. 342).

Igualmente “*se sanciona al facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él. Como así también es castigada la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause. Incurrir en la pena aunque lo hiciera por ocultar su deshonra*”. (Art. 344 CPRC).

Como puede observarse la legislación chilena es estricta al no consagrar ninguna excepción.

Aunque según Dides (2006), las encuestas realizadas a los ciudadanos chilenos, si bien señalan que la gran mayoría de estos se manifiestan en contra de la legalización del aborto, éstos consideran pertinente que existieran ciertas excepciones como en el caso de que el embarazo sea producto de una violación, cuando esté en peligro la salud o la vida de la madre o cuando existan malformaciones graves del feto.

CAPÍTULO IV
PROBLEMÁTICA ACTUAL

CAPÍTULO IV

PROBLEMÁTICA ACTUAL

1. Posiciones a favor y en contra del aborto.

En las últimas décadas, la legislación sobre el aborto inducido se ha ido modificando en casi todos los países, con una tendencia general cada vez menos restrictiva.

Como ya se ha analizado, en Argentina el aborto no está completamente prohibido, existen ciertos casos en que éste no es punible, pero esto no es un impedimento para que la mayoría de las mujeres que abortan lo hagan en condiciones de clandestinidad, ya que las excepciones son muy limitadas.

Sumado a los impedimentos legales que favorecen la clandestinidad del aborto, los niveles de uso de métodos anticonceptivos modernos suelen ser muy bajos, y la educación sexual es casi inexistente.

En Argentina coexiste en torno a esta problemática dos posiciones opuestas. Las organizaciones PROVIDA vinculadas directamente con la Iglesia Católica cuyo máximo referente a nivel nacional es la Conferencia Episcopal Argentina (25 de febrero de 2011), las cuales van a proclamar la protección de la vida humana, es decir, la vida del niño por nacer.

En el lado opuesto se encuentran las organizaciones PROELECCIÓN, las cuales apoyan la aprobación de una ley que despenalice el aborto, están nucleadas en la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito (2011). Cuentan con la adhesión de más de 300 organizaciones de distintos puntos del país.

Incluye movimientos sociales, sindicatos y agrupaciones científicas, académicas y de derechos humanos. Entre ellas, también se encuentra católicas por el Derecho a decidir, asociación que agrupa personas que se definen como católicas, pero que se encuentran en disidencia con la posición de la doctrina moral contenida en el Catecismo de la Iglesia. Diversas autoridades eclesásticas han indicado que dicha asociación no pertenece a su credo. (Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_Argentina#cite_note-36).

1.1- Fundamentos jurídicos.

En Argentina como ya se ha mencionado, por un lado encontramos quienes entienden que el régimen jurídico reconoce la existencia de la vida humana desde la concepción, teniendo en cuenta que el debate científico sobre el comienzo de la vida humana ya ha sido superado al probar que el ADN del cigoto es humano y distinto del de su madre.

María Angélica Gelli (1996) por su parte sostiene que el Estado está obligado a la protección de la vida, y el aborto sólo podría despenalizarse si se encontrara un medio más idóneo para la protección de la vida humana en gestación. En el lado opuesto se ubican quienes desconocen tal dato científico, es decir niegan la vida humana del embrión.

Si bien las razones en que se basan quienes están a favor de la despenalización del aborto generalmente no constituyen argumentos jurídicos sino que acuden a tópicos sociológicos, socioeconómicos, ideológicos o bien biológicos, es imprescindible analizarlos para realizar un estudio objetivo de la situación.

Dentro de los argumentos favorables a la legalización del aborto, se sostiene que su penalización genera una situación de injusticia social. Suele argumentarse también que en Argentina se practican abortos, que quienes tienen dinero lo realizan en condiciones de asepsia, pero quienes carecen de recursos no llegan ni siquiera a los nuevos métodos abortivos que son, por ejemplo, una pastilla, entonces se mueren o se causan daños a la salud. Es decir que consideran que la penalización no sirve para evitar muertes.

Bidart Campos (2000) ha sostenido en torno a la protección de la vida humana en gestación que:

... La opinión acerca de la inconstitucionalidad de normas que autoricen las prácticas antedichas no significa que las respectivas conductas inconstitucionales deban estar incriminadas y sancionadas penalmente, porque hacerlo es privativo de la política criminal del Congreso y no viene exigido por la constitución. Una cosa, pues es considerar inconstitucional una norma “permisiva” que autoriza a cumplir una conducta contraria a la constitución, y otra diferente es que esa conducta deba necesariamente ser tipificada y penada como delictuosa. Lo último no lo comparto.

Mientras tanto, Gil Domínguez (2000. págs. 170/71) sostiene en su tesis doctoral acerca del aborto voluntario y la constitucionalidad (dirigida por el mismo Germán Bidart Campos, 1999. Pág. 693) que:

Desde el conjunto de instrumentos internacionales que integran el bloque de la constitucionalidad, emana que el derecho a la vida está protegido constitucionalmente desde el momento de la concepción, sin que esto implique que el Estado argentino esté obligado internacional y constitucionalmente, a penalizar el aborto voluntario en todo momento y en toda circunstancia, tampoco significa que el valor vida humana en formación siempre prevalece, en caso de conflicto y ponderación, sobre otros valores constitucionales de la mujer que también están expresamente incorporados a los instrumentos ubicados en el bloque, y ni quiere decir que el Estado argentino tiene prohibido internacional y constitucionalmente, optar por una vía de protección alternativa a la conminación penal que sea más eficaz y proporcional y necesaria que esta última.

En una posición menos extremista, se encuentra el constitucionalista Néstor Sagüés (1999. págs. 323-324.), quien si bien sostiene que la vida está protegida desde la concepción, entiende que la despenalización del aborto no sería inconstitucional:

... Lo cierto es que si cabe la tutela constitucional de la persona por nacer desde la concepción, el aborto discrecional o libre es un acto prohibido por la Constitución. Pero ello no quiere decir, necesariamente, que deba ser delito. Sobre esto último, tiene la palabra el legislador, quien puede o no tipificar penalmente ese aborto como efectivamente lo ha hecho hasta ahora. En resumen, una cosa es que para la Constitución el aborto discrecional esté interdicto, y otra que la violación a esa regla genere inexorablemente un delito. Hay infracciones a la Constitución, en efecto, que no importan delito (por ej. no pagar el salario mínimo vital y móvil).

Por otro lado es muy importante destacar las propuestas que plantean los integrantes del Grupo Promotor de www.despenalizacion.org.ar, formado por personas de diferentes profesiones, (Mariela Belski, Paola Bergallo, Diana Maffia, Agustina Ramón Michel, Natalia Gherardi, entre otros) quienes luchan por una liberación del aborto, pero que se apartan de la polarización clásica, para proponer una liberación moderada, basada en la penalización del aborto con ciertas excepciones como aparece actualmente en el Código Penal, es decir, sin reformas jurídicas, pero si pretenden reformar la práctica de esas excepciones, ya que como ellos explican, en Argentina existe el aborto legal en ciertos casos y el Poder Ejecutivo no siempre lo implementa, pero

además el Poder Legislativo, que por ley tiene el rol de controlar esa implementación, no lo hace, por lo tanto el acceso de las mujeres a esas permisiones es casi imposible.

La abogada Paola Bergallo dedicada a la academia, y siendo integrante de este Grupo explica que tanto los profesionales de la salud, operadores del derecho y otros actores de la sociedad civil confunden la discusión sobre la eliminación de la penalización del aborto en general, con las cuestiones más elementales de implementación de los casos de aborto ya despenalizados desde la década de 1920. (Recuperado de http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/09_Bergallo_Michel.pdf)

La página web constituye una plataforma de información, que ha sido promovida por este grupo de profesionales que defienden y creen en la despenalización del aborto, como medio para lograr una sociedad más justa y digna. Por lo que en la misma mencionan las siguientes razones que justifican dicha despenalización:

- *Autonomía y libertad*

Las mujeres deberían poder ejercer su autonomía en lo que respecta a su cuerpo sin estar sometida a persecución penal.

La decisión sobre la maternidad debiera ser una decisión de libertad y de compromiso, y no una imposición estatal.

El derecho argentino no restringe la autonomía de los varones en ninguna forma parecida.

- *Salud pública*

Desde inicios de 1980, el aborto inseguro producto de la ilegalidad y clandestinidad es la primera causa por la que las mujeres embarazadas mueren en la Argentina.

- *Ineficacia de la criminalización del aborto*

La utilización de la herramienta penal es ineficiente en dos sentidos: no desalienta a las mujeres que toman la decisión de abortar. Tampoco es un delito que sea perseguido por las autoridades.

(Recuperado de <http://www.despenalizacion.org.ar/aborto-argentina.html>)

Si bien algunos constitucionalistas han entendido que la despenalización del aborto no sería inconstitucional, puesto que no se trataría de un “*delito constitucional*”; ello parece

contrario a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “*Saguir y Dib*” (Fallos, 302:1284) y “*Baricalla de Cisilotto*” (Fallos, 310:112).

En “*Saguir*” se sostuvo que el derecho a la vida es el “*primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes*”.

Y en “*Portal de Belén*” (197-13), la Corte Suprema ha sostenido que la vida desde la concepción debe recibir protección en la “*máxima medida posible.*” (Alfonso, Santiago 2003 LL, E-1500.).

En consecuencia, el derecho a la vida es supra constitucional es decir, preexistente a toda legislación positiva, por lo tanto intangible. Una adecuada protección exige excluir los supuestos de ataque a la vida, tratándolos como “*delito*”. Entroncando la argumentación con el art. 29 de la Constitución Nacional concluimos que algunos derechos son intangibles para el Estado. Más aún, el Estado es garante de ellos. (Solari, 1994)

En el caso del derecho a la vida, esta intangibilidad viene dada por su preexistencia a todo orden constitucional. Por lo cual, el Estado debe enrolarse activamente en la tutela de la vida. En cuanto al argumento que sostiene que el aborto no es un “*delito constitucional*”, hay que advertir que muchos otros delitos no son “*delitos constitucionales*” y sin embargo es inconcebible la despenalización: por ejemplo, el homicidio, la violación, el robo, etcétera. Por último, es necesario seguir el “*principio de progresividad*” (Abramovich y Courtis, 2002), implícito en la protección de los derechos humanos.

Y esto es lo que aparece explicitado en el art. 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde se establece la obligación de los Estados parte de legislar progresivamente en función de la protección de la vida, en todos sus estadios desde la concepción hasta la muerte.

2- Derechos del niño vs. Derechos de la mujer.

Como ha podido observarse en torno a este tema se han generado intensos debates sociales que han dado lugar al nacimiento de dos polos opuestos. Por un lado quienes sostienen que el aborto está correctamente penalizado centrando la atención en el derecho a la vida del niño por nacer. Por otro lado quienes ponen el acento al derecho de elección de la mujer, por lo que creen que se debe modificar la legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas.

2.1- Ambigüedades y manipulación del lenguaje.

En un artículo intitulado “*El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto*” del Dr. Jorge Nicolás Lafferrière (2006 Pág. 685.), manifiesta que en la actualidad se han instalado fuertes campañas orientadas a debilitar la conciencia social colectiva acerca del delito del aborto, llegando incluso a afirmar que se trata de un derecho. Para ello se verifica la difusión de un lenguaje equívoco, tendiente a sutilizar los efectos de denominar a las cosas por su nombre.

Por lo tanto existen supuestos particulares que merecen ser analizados, dado que ciertas ambigüedades en el uso del vocabulario llevan a una mala interpretación de la problemática.

Así por ejemplo, suele relacionarse el aborto con los legítimos derechos de la mujer y aquí existen grandes diferencias. La verdadera *libertad de elección de la mujer* no incluye la facultad de disponer sobre la vida de otros seres humanos. Además es equívoco relacionar el aborto con la intimidad de la mujer dado que el embrión no es parte del cuerpo de la madre. No hay absolutamente ninguna duda que en todos los campos de la biología, de la genética no podemos discutir que el ser humano comienza a partir de la concepción y esto tiene una recepción constitucional y en todos los tratados. Por lo tanto, cuando se habla de aborto, no se trata de una disposición del propio cuerpo, sino del cuerpo de otro ser humano, con la particularidad de encontrarse en un estado de indefensión.

Otro punto importante es que se considera la legalización del aborto como medio para la *solución de problemas socio-económicos*. La realidad es que el aborto no es una solución a la

pobreza. Si el Estado no cuenta con los medios suficientes como para reducir la pobreza de las familias numerosas, la solución no es eliminar a sus miembros.

La Declaración de la Academia Nacional de Medicina del 28 de julio de 1994 explica otra contradicción sobre el tema:

También se utiliza como argumento para promover el aborto legalizado, la mayor mortalidad materna por abortos clandestinos. Se debe puntualizar que, si bien la mortalidad materna es mayor en estos últimos años, no es exclusiva de ellos, pues el daño es inherente al procedimiento mismo por la interrupción intempestiva y artificial del embarazo.

Un caso que merece particular atención, es el embarazo producto de una violación, y aunque aún en esta situación tan especial, el ser engendrado, es siempre inocente, la víctima ha de encontrar en la sociedad y el Estado la debida protección, ya que esta causal está contemplada como excepción en el artículo 86 del Código Penal. En este caso estamos ante dos bienes jurídicamente protegidos y enfrentados, como son la vida de la mujer y la vida del niño por nacer, en la cual uno tiene que ceder en beneficio del otro, y por ser en este caso la mujer víctima de aquel delito, es ella quien recibe dicha protección.

Respecto a este punto se solía decir que el inciso 2 del art. 86 del Código Penal, era discriminatorio y adolecía además de inconstitucionalidad. Ya que su redacción es ambigua, dado que ésta permite el aborto en caso de violación de una mujer idiota o demente, conclusión que no encuentra fundamento alguno en los principios del derecho penal o la Constitución, por esta razón resultaba dudoso identificar, a partir del texto, si existía uno o dos permisos, por lo que se debía recurrir a la primera regla de interpretación penal frente a la ambigüedad de las permisiones, el principio de legalidad (Ferrante, 2008).

Este principio le impone al intérprete de la ley penal abstenerse de condenar si existe duda acerca de la intención penalizadora de la ley y de resolver a favor de la permisión cuando se encuentra frente a una norma que la contempla. En este caso, como se trata de permisiones (contenidas en el artículo 86 CPN), debe estarse a favor de la interpretación más generosa, es decir, aquella que reconoce un permiso más amplio.

Por suerte y en concordancia con este principio, esta duda quedo aclarada con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “*F., A.L. s/medida autosatisfactiva*”, al resolver que toda mujer embarazada como resultado de una violación tiene derecho a acceder a un aborto no punible sin importar su capacidad intelectual.

Lo cierto es que en esta discordia se pone en riesgo la vida de seres humanos y ninguna legislación ni emanada del poder constituyente, ni del poder constituido puede afectar este bien primerísimo, fundante, y antecedente a la legislación positiva. No proteger el bien jurídico “*vida*” desde la concepción con un tipo penal deviene contrario a la intangibilidad de la vida humana como “*primer derecho natural*” (CSJN “*Saguir y Dib*”).

Debe entenderse que la Corte Suprema se ha enrolado entre quienes sostienen esta postura. Al menos hasta aquí la jurisprudencia de la Corte, así como se expresó reiteradamente a partir del fallo “*Saguir y Dib*” (302:1284), sostuvo que la vida es un derecho “*primero*” y “*preexistente a toda legislación positiva*”.

2.1.1- Propuestas para superar contradicciones.

En nuestro derecho penal el centro de la política criminal se asienta en la tutela de la persona humana. Por lo tanto la ley penal positiva debe, castigar los actos abortivos a fin de proteger eficazmente la persona por nacer, sean cometidas por un tercero sin consentimiento de la mujer o por ella misma. Bien por ello están establecidas como delito conductas de esa clase en nuestro derecho positivo.

La no punición del aborto por parte de la autoridad pública estaría viciada de inconstitucionalidad, por lo tanto la derogación del delito penal existente en ese sentido resultaría inválida y carente de efectos.

Como ya se ha estudiado la protección de la vida humana es de orden público ya que esta es la base para la subsistencia de una sociedad. Los derechos de sus habitantes no son absolutos sino relativos, es decir que la autonomía de la voluntad siempre encuentra límites cuando exista lesión a los derecho de terceros (Art. 19 CN).

Por esto es que el aborto no puede pertenecer al ámbito del derecho a la intimidad garantizado por el artículo citado, dado que se trata de un verdadero homicidio. En un artículo

publicado el día 19 de Mayo de 2006 en “*La Nación*”, el presidente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el Dr. Gregorio Badeni, sostuvo que, en el supuesto de que se sancionara el nuevo proyecto de Código Penal, que incluye la despenalización del aborto, “*se estaría convalidando el homicidio*”.

En cuanto a este tema se ha explicado que el grado de desinformación y confusión sobre la regulación legal de los abortos despenalizados en la legislación argentina es de proporciones difícilmente imaginables. A su vez, los casos judiciales que han tomado estado público en los últimos años no han hecho más que aumentar la incertidumbre. Esta situación ha llevado a las/os profesionales de la salud, operadores del derecho y otras/os actores de la sociedad civil a confundir la discusión sobre la eliminación de la penalización del aborto en general, con las cuestiones más elementales de implementación de los casos de aborto ya despenalizados desde la década de 1920. En ese contexto, resulta difícil comprender la ausencia de una política sanitaria integral para el acceso al aborto no punible y justificar la falta de responsabilidad de quienes tienen capacidad política y técnica para revertir el incumplimiento de las normas del CPN. (El aborto no punible en el derecho argentino. N° 09 / Abril 2009 despenalizacion.org.ar por la despenalización del aborto. Recuperado de: <http://docplayer.es/8971065-El-aborto-no-punible-en-el-derecho-argentino.html>).

En cuanto a los argumentos que expresan quienes se encuentran a favor de la despenalización total del aborto, se les puede objetar que la legalización del aborto podría llegar a incidir negativamente en la sociedad por varias razones:

La conciencia de la mayoría de las madres que se practiquen un aborto va a verse lesionada, más allá de las leyes, y por el solo hecho de ser madres es innata la consideración del aborto como indebido. Lo que se debe buscar no es facilitar tal acción, sino brindar asistencia en los momentos difíciles a las madres, evitando que lleguen a cometer tal acto como consecuencia de su vulnerabilidad.

Con respecto a los pobres, es el Estado quien debe implementar políticas públicas, crear fuentes de trabajo para mejorar su nivel de vida y hacer que su existencia sea cada vez más digna. No se termina con la pobreza matando a los inocentes como tampoco a los pobres.

Según dice María Angélica Gelli (1996- LL -A-1455.) “*la protección de la vida debe verse intensificada a mayor vulnerabilidad del sujeto, así los ancianos, los niños, los enfermos,*

merecen una mayor protección sin discriminación de su condición social, es decir, que los hijos de madres pobres, merecen la misma tutela que los hijos de madres ricas”.

Respecto de las muertes de mujeres por practicarse abortos (aunque permitidos por el Código Penal) de manera clandestina, debido a las dificultades para acceder a ellos en hospitales, es inminente un cambio, que solo el Estado debe propiciar, no debe existir la mas mínima traba o demora en aquellos casos que admite la legislación penal. Una manera de evitar esta situación puede ser la capacitación obligatoria de médicos que realicen guardias en hospitales o centros de salud para saber cómo proceder en dichos casos, acompañado de un estricto listado de sanciones para aquellos médicos que obsten a una adecuada atención de estas mujeres.

Además sería conveniente implementar efectivamente la educación sexual en las escuelas, que éste deje de ser un tema tabú. Es necesario actualizar esa idea que no conduce a nada favorable. Hoy por hoy los adolescentes desde edades muy tempranas, tienen conocimiento de las relaciones sexuales, hay que naturalizarlo y que se brinde información adecuada sobre medios de prevención y en consonancia con esto que se facilite su obtención en los diferentes servicios de salud.

Sería muy loable también, que se inculque la idea de adopción en la sociedad. Muchos son los casos de embarazos accidentales o no deseados, que como primera opción aparece, hasta casi inconsciente la idea del aborto como solución. La realidad muestra que cientos de familias desean tener hijos y por causas biológicas les resulta imposible. Si a nivel cultural se reemplazara esta opción por la de la adopción se estaría hablando de una solución ética y justa para este problema que tan a menudo aqueja a la sociedad.

Es necesario tomar medidas de orden familiar, escolar, hospitalario y social para favorecer la protección de la vida. Se requiere un compromiso del Estado pero también de la sociedad entera, para que esta situación cambie, sin que para ello tenga que acudir a eliminar seres humanos.

CONCLUSIONES FINALES.

Como puede observarse, en el presente estudio se analizó la gran discordia social respecto si es o no pertinente la despenalización del aborto, desde un punto de vista jurídico.

El aborto como se ha visto, es considerado la interrupción voluntaria del embarazo, y el mismo tiene una variada captación legislativa en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, y la realidad es que en general hay una tendencia cada vez menos restrictiva.

La ley penal argentina prohíbe el aborto con escasas excepciones. El art. 86 dispone que cuando sea practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no sea punible si responde a fines terapéuticos y también se prevé el aborto eugenésico.

En cuanto al derecho a la vida, este es presupuesto de la jerarquía de valores. Requiere que se le brinde una adecuada protección. Nuestra legislación protege el derecho a la vida desde la concepción por lo que no encuadra en nuestro ordenamiento jurídico el aborto legal, ya que configuraría una gran contradicción legal.

El aborto atenta contra la vida del ser humano más indefenso, el embrión y aunque si bien es cierto lo que manifiestan autores citados en el presente trabajo (Néstor Sagüés, Bidart Campos), que la Constitución Nacional no lo enuncia como “delito constitucional”, su despenalización sería inapropiado, ya que va en contra de los principios de la Constitución Nacional, del Código Civil, y de los Tratados Internacionales a los que adhiere nuestro país. La vida inocente es intangible por cualquier órgano del Estado (art. 29, CNA). El aborto no puede ser un acto libre, porque la protección de la vida es el presupuesto de todo ordenamiento jurídico.

El niño por nacer depende del cuerpo de su madre para poder crecer y nacer; lo que no quiere decir que es parte del organismo materno. Tampoco después de nacer puede un niño vivir independientemente de la madre, hasta la madurez, y no por eso se le puede negar el derecho de vivir.

Respecto de los argumentos que exponen quienes luchan por legalizar el aborto, al tratarse de cuestiones sociales, económicas y políticas, se los podría resolver promoviendo modificaciones de ese mismo tipo. Y de acuerdo con la posición analizada del grupo

www.despenalizacion.org.ar, sí es inminente una adecuada implementación de los casos de aborto ya permitidos en el Código Penal.

En conclusión y confirmando la hipótesis planteada al comenzar esta investigación, se necesita, más que abortos, un cambio en la cultura social, leyes que se cumplan, pero no para despenalizar totalmente el aborto sino para implementar efectivamente los casos ya permitidos desde 1920, concretar la educación sexual en los colegios, fomentar métodos anticonceptivos, se requiere contención familiar, asistencia para mujeres en momentos difíciles, una adecuada planificación sexual, así como también naturalizar y facilitar la adopción. De esta manera se estaría garantizando el respeto a la vida tanto de la madre como del niño por nacer, ya que ambos son acreedores de esta garantía legal.

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA

I) DOCTRINA

1. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2002), *“Los derechos sociales como derechos exigibles”* Madrid, Trotta.
2. Santiago, Alfonso, (h.), *“A un año de un fallo trascendente en relación con el Derecho a la Vida”*, LL, 2003-E-1500.
3. Basset Úrsula Cristina (2006) *“La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos”* Editorial el Derecho, N° 11.582.
4. Badeni, Gregorio (2006). *“Derecho a la vida y aborto”. Persona, vida y aborto. Aspectos Jurídicos.*
5. Basso, Domingo M. (1989) *“Nacer y Morir con Dignidad”* Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As.
6. Basso, Domingo M. (1991) *“Nacer y Morir con Dignidad”* Buenos Aires, Corporación de abogados católicos, consorcio de médicos católicos, Depalma.
7. Bianchi, Alberto B. (1999) *“En contra del aborto: un genocidio cotidiano, silencioso y protegido”* Buenos Aires, Editorial Ábaco.
8. Barra, Rodolfo (1996) *“La protección constitucional del Derecho a la Vida”* Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
9. Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina (2009). *“El aborto no punible en el derecho argentino”*.
10. Bidart Campos, Germán J. (2000) *“Manual de la Constitución Reformada”* Buenos Aires, Ediar.
11. Boletín de la Organización Mundial de la Salud 2014; 92:155.
12. Boletín de la Academia Nacional de Medicina, (1994) Vol. 71, 2º Semestre.
13. Dankhe (1986).
14. Dides, C. (2006) *“Sexualidad y derechos humanos: el caso chileno”*, informe presentado en la reunión sobre Sexualidad y Derechos Humanos, Buenos Aires, CLAM.
15. Ferrante (2008).
16. Finnis John, *“Pros y contras del aborto”*.

17. Gelli, María Angélica (1996) *“El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones”*, LL, A-1455.

18. Gil Domínguez, Andrés (2000) *“Solicitud de autorización judicial y amparo bioético”*, La Ley, Buenos Aires.

19. Gil Domínguez, Andrés (2000) *“Aborto voluntario, vida humana y Constitución”* Buenos Aires, Ediar. Con semejantes argumentos en Gil Domínguez, Andrés, *“La Constitución Nacional y el aborto voluntario”* LLBA, 1998, 583.

20. Hernández Rodríguez, Gerardo, (1992) *“El aborto en España, análisis de un proceso socio-político”* Universidad Pontificia Comillas-Madrid.

21. Herrera Daniel Alejandro, (2004) *“Aborto: ¿De qué se trata? ¿De qué se habla?”* ED Crim, N° 11.163.

22. Jiménez de Asúa (1942) *“El aborto y su impunidad”*, en LL, t. 26, Sec. Doctrina.

23. Kaufmann Arthur (1999) *“Filosofía del derecho”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

24. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora (2013). *“Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012”*. Microjuris Al Día - Argentina.

25. Lafferriere Jorge Nicolás (2006) *“El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto”*. *“Análisis sintético del estado actual del debate”*. Editorial el Derecho N° 215-685. Buenos Aires. El Derecho, tomo 215.

26. Laplacette, Dora (1995) *“Contrato de locación de vientre”*, en Prudentia Iuris, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.

27. Leonardo Mc Lean (1994) *“El Derecho a la Vida”* pág. 9, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires.

28. *Manual Uca, Persona-Vida-Aborto*. (2015).

Recuperado de <http://documents.mx/documents/persona-vida-aborto-manual-uca.html>

29. Mario, Silvia y Pantelides, Edith Alejandra. *“Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina”*.

30. Maffia, Diana (2006). *“Aborto no punible: ¿qué dice la ley?”*.

31. Molinelli, Juana Ester, (2003) *“La obligación de no regresividad arbitraria para la tutela efectiva y eficaz del derecho a la salud”*, LL.

32. Padilla, Miguel M. (1987) *“El Derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”* Revista de Derecho Público, n° 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.

33. Rodríguez Varela, Alberto (1996) *“La persona concebida”* El Derecho N° 9118.

34. Sagiúes Néstor (1999) *“Elementos de Derecho Constitucional”* Buenos Aires, Astrea, t. II.

35. Sampieri (2006).

36. Santiago, Alfonso (2003), *“A un año de un fallo trascendente en relación con el Derecho a la Vida”*, LL-E-1500.

37. Solari Néstor, (1994) especialista en Derecho de Familia, artículo *“El derecho a la vida en la Constitución Nacional ¿desde la concepción o desde el embarazo?”*, LL -E-1167.

38. Soler, Sebastián (1976) *“Derecho Penal Argentino”*, Buenos Aires, Tipográfica Argentina, t. III.

39. Soria, Eduardo R. (2009). *“El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino 1853-1922”*.

40. Yuni y Urbano (2003).

41. *La guía de Derecho*. (2014) *El delito de aborto en Argentina*. Recuperado de <http://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/el-delito-de-aborto-en-argentina>

42. <http://www.despenalizacion.org.ar/>

II) LEGISLACIÓN

1. Constitución Nacional: Arts. 14 bis, 16, 33, 43, 75 inc. 19, 75 incs. 22 y 23.

2. Código Civil: Arts. 51, 63 y 70.

3. Código Penal: Título I, Capítulo I "Delitos contra la vida" Arts. 85, 86, 87 y 88.

4. Ley 17.657. Boletín Oficial 12/1/1968-ADLA, 1967-C, 2867.

5. Ley 20.509. Boletín Oficial 28/5/1973-ADLA, 1973-C, 2952.

6. Ley 21.338. Boletín Oficial 1/7/1976-ADLA, 1976-B, 1113.

7. Ley 23.077. Boletín Oficial 27/8/1984-ADLA, XLIV-C, 2535.

8. Ley 23.313. Boletín Oficial 13/05/1986-ADLA, 1986, N° 25928.

9. Ley 23.054. Boletín Oficial 27/03/1984-ADLA, 1984, N° 25394.

10. Ley 23.849. Boletín Oficial 22/10/1990-ADLA, 1990, N° 26993.
11. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Parte I, Capítulo I, Artículo 4 "Derecho a la vida".
12. Ley Nacional N° 23.849. Apruébese la Convención sobre los Derechos del Niño.
13. Derecho Internacional Público.
14. Convención de Derechos de Niño: (1989, Nueva York).
15. Convención Americana de Derechos Humanos (1969, Pacto de San José de Costa Rica): Art. 4, 5, 19 y 24.
16. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, Nueva York).
17. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948, Bogotá).
18. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, ONU)
19. Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del pacto. 26 de marzo de 2010.
20. Comité de los Derechos del Niño. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención.
21. Ley N° 62, Código Penal Cubano, artículos 267 y 268.
22. Ley orgánica 2/2010 de España.
23. Código Penal de Venezuela, artículos 432, 433 y 435.
24. Código Penal de la República de Chile, artículos 342 al 345.

III) JURISPRUDENCIA

1. C.S.J.N. "SAGUIR Y DIB, CLAUDIA GRACIELA" (06/11/1980 - Fallos: 302:1284) Salud, Vida, Transplante, Familia. DERECHO A LA SALUD. <http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>
2. C.S.J.N. "CISILOTTO, MARIA DEL CARMEN BARICALLA" (27/01/1987 - Fallos: 310:112) Derecho a la salud - Derecho a la vida. <http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>
3. C.S.J.N. "ASOCIACION BENGHALENSIS Y OTROS" (01/06/2000 - Fallos: 323:1339) Acción de amparo - Derechos de incidencia colectiva - Legitimación - Asociaciones - Derecho a la vida - Derecho a la salud - Estado Nacional - Ley 23.798. <http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>

4. C.S.J.N. "T., S." (11/01/2001 - Fallos: 324:5) Interrupción de embarazo - Feto anencefálico - Vida embrionaria - Derecho a la salud psíquica y física.
<http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>

5. C.S.J.N. 5/3/2002, "Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", Fallos 325:292. Por ello se ordenó al Estado que deje sin efecto la autorización para fabricar un fármaco ("la píldora del día después"), ya que como la vida humana comienza con la fecundación se amenaza a ese bien jurídico esencial.

6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, caso "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva", expediente 259/2010, tomo 46, letra F.

7. Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, "F., A.L. s/ medida autosatisfactiva", Expediente N° 21.912 F - 2010, sentencia del 8 de marzo de 2010.

8. CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA VII CASO "GALLO, N." El aborto es un delito de acción pública –particularmente un atentado "contra la vida"- y el sumario debe resultar instruido. Obligación del médico de efectuar la denuncia policial. Buenos Aires, 17 de abril de 2007.-

9. SALA II DE LA CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA Autoriza practicar aborto, registrada con el N° 16 (S) F° 70/112 Expediente N° 138.377 – Tribunal de menores N°1. 21 de Febrero de 2007. "O., M.V. s/ víctima de abuso sexual".

http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/Argentina/EXPTTE_N%C2%BA138377-Tribunal_de_menoresN%C2%BA1.pdf

10. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA BONAERENSE. Autoriza aborto eugenésico. Ciudad de La Plata, 31 de julio de 2006. Recurso de nulidad extraordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 98.830, "R., L.M., 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia'".

http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/Argentina/Causa_Ac_N%C2%BA98830_SC_de_Justicia_Bonaerense.pdf

11. SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE MENDOZA. Sobre aborto a embarazada discapacitada. EXPTE. N° 87.985 "GAZZOLI ANA ROSA EN J° 32.081 CANO SONIA M. Y OTS. C/ SIN DEMANDADO P/ AC. DE AMPARO S/ PER SALTUM" Mendoza, 22 de agosto de 2.006.

http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/Argentina/EXPTE_N%C2%B087985_Mendoza.pdf

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

| | |
|--|---|
| Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i> | MARQUETTE, María Valeria |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 33.107.022 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | <i>ARGUMENTOS JURÍDICOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO.</i> |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | valeriamarquette@hotmail.com |
| Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i> | Universidad Siglo 21 |
| Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

| | |
|---|----|
| Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1] | SI |
| Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán) | |

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: General Alvear Mendoza, 11 de octubre de 2016.

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta
dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.