



La Constitución Argentina y el aborto
Proyecto de investigación aplicada

Fernando Bazàn Güemes Nazar

20.399.023

Abogacia-2019

Resumen

El aborto siempre ha sido materia de debate en nuestro ordenamiento jurídico. Ello en atención a los derechos que se contraponen entorno a esta cuestión, tales son el derecho a la vida y el derecho a la libertad. Así, la despenalización del aborto fue recientemente tratado en el Congreso Nacional. Sin embargo, hasta el momento, no se ha despenalizado, con lo cual continúa siendo un delito.

En tal sentido, el presente trabajo de investigación analizará la legislación vigente y la normativa internacional respecto del aborto, así como también, las diferentes opiniones doctrinarias al respecto y la legislación comparada. Ello, a los fines de analizar los jueces cuentan con lineamientos claros en relación a la a la aplicación de los casos de aborto no punible.

Palabras claves: aborto, derecho a la vida, derecho a la libertad, persona humana

Abstract

Abortion has always been a matter of debate in our legal system. In view of the rights that are opposed to this issue, such are the right to life and the right to freedom. Thus, the decriminalization of abortion was recently dealt with in the National Congress. However, until now, it has not been decriminalized, which continues to be a crime.

In this sense, the present research work will analyze the current legislation and international regulations regarding abortion, as well as the different doctrinal opinions on this matter and comparative legislation. This, in order to analyze the judges have clear guidelines in relation to the application of cases of non-punishable abortion.

Keywords: abortion, right to life, right to freedom, human being

Índice

Introducción	5
Capítulo 1: Aspectos generales sobre los derechos personalísimos y el derecho a la vida.....	7
Introducción	8
1.1. Los derechos personalísimos: nociones generales	8
1.2. El derecho a la vida.....	9
1.3. El comienzo de la existencia de la persona humana	11
1.4. El derecho a decidir sobre el cuerpo	13
1.5. El aborto y los derechos humanos	15
Conclusión parcial.....	20
Capítulo 2: Cuestiones jurídicas sobre el aborto	22
Introducción	23
2.1. Concepto de aborto. Supuestos de hecho donde se permite el aborto	23
2.2. Discusión jurídica y doctrinaria del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal	25
2.1.1. Argumentos a favor del aborto	26
2.1.1.1. Empodera y da mayor capacidad de elección y autonomía a la mujer.....	27
2.1.1.2. Se evitarían muertes por la práctica de abortos clandestinos	28
2.1.1.3. La pena es impotente para evitar abortos	29
2.1.2. Argumentos en contra del aborto	30
2.1.2.1. El aborto atenta contra la vida y es contrario a disposiciones legales	30
Conclusión parcial.....	33
Capítulo 3: El aborto en el Código Penal	35
Introducción	36
3.1. El aborto en el Código Penal	36
3.2. El aborto en la jurisprudencia (caso F.A.L. y Portal de Belén).....	43
3.3. Los protocolos de aborto no punibles	48
3.4. El proyecto de ley de interrupción del embarazo.....	50
3.5. El aborto en el Anteproyecto de Código Penal	51
Conclusión.....	53
Capítulo 4: El aborto en el Derecho Comparado	55
Introducción	56
4.1. El aborto en Europa	56
4.1.1. Alemania	57
4.1.2. Bélgica.....	58
4.1.3. Dinamarca	58

4.1.4. Francia.....	59
4.1.5. Grecia	59
4.1.6. Holanda	60
4.1.7. Italia.....	60
4.1.8. Portugal	61
4.1.9. Reino Unido	61
4.1.10. Suecia.....	62
4.2. El aborto en Chile	62
4.3. El aborto en Bolivia	64
Conclusión.....	66
Conclusiones finales.....	68
Bibliografía.....	71
Doctrina.....	71
Jurisprudencia.....	73
Legislación	73

Introducción

Durante el año 2018, se presentó en nuestro país el proyecto de reforma del Código Penal en el cual se dejaba sin efecto la punibilidad del aborto. Esto propició la manifestación de distintas posiciones y realidades en torno al mismo, ya que se trata de un tema muy sensible en nuestra sociedad.

Como epílogo de esta situación, se rechazó el proyecto de reforma, manteniéndose el statu quo jurídico. No obstante no satisfizo el interés de gran parte de la sociedad, razón por lo cual voy a realizar un análisis profundo desde el punto de vista constitucional.

Ahora bien, la despenalización del aborto es una tendencia mundial de los países desarrollados, los cuales en su mayoría lo han regulado legalizando la interrupción voluntaria del embarazo con determinadas restricciones en cuanto al tiempo de gestación (ley de plazos). Sin embargo, en nuestro país no ha prosperado ninguno de los proyectos destinados a la despenalización del aborto.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder lo siguiente: ¿Los jueces cuentan con lineamientos claros en relación a la a la aplicación de los casos de aborto no punible?

La finalidad del presente trabajo de investigación será la de describir las posturas doctrinarias y jurisprudenciales en Argentina, respecto de la despenalización del aborto y poder analizar hacia dónde va la tendencia jurídica nacional respecto a esta problemática.

Así, el objetivo general será analizar si los jueces cuentan con lineamientos claros en relación a la a la aplicación de los casos de aborto no punible.

Mientras que los objetivos específicos consistirán en analizar las previsiones de los tratados internacionales, a saber la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; analizar la lo establecido por el Código Penal sobre el aborto; analizar la evolución de la penalización del aborto en nuestro país como instrumento preventivo, disuasivo y punitivo; describir las

posturas a favor y en contra de la despenalización del aborto en Argentina; analizar derecho comparado.

La hipótesis por confirmar, o descartar, es que los jueces no cuentan con lineamientos claros en relación a la aplicación de los casos de aborto no punible debido a que si bien existe un protocolo especial destinado a garantizar dicho procedimiento, el mismo no se encuentra establecido en todas las provincias, y su procedencia depende de cada caso en particular.

Respecto del tipo de investigación, el mismo será descriptivo, a la vez que la metodología a utilizar será la cualitativa, dado que bajo la búsqueda cualitativa, en lugar de iniciar con una teoría particular y luego observar al mundo empírico para confirmar si ésta es apoyada por los hechos. La problemática a estudiar se centra en conflictos de derechos, recogeré datos de la realidad social que se observan actualmente y de años anteriores para situar en contexto las discusiones jurídicas estudiadas.

Asimismo, se utilizará el tipo de investigación exploratoria en general, ya que la problemática que se analizará es la penalización del aborto en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto, actualmente el aborto sigue siendo un delito. Sin embargo este tema, si bien nunca ha tenido trato parlamentario pero si muchas propuestas, genera una muy encendida discusión que divide las aguas de forma extrema con algunos matices en contadas ocasiones, es por esta razón que voy a combinarlo con el tipo descriptivo. Finalmente, como técnicas de estudios, se utilizará el análisis documental.

El presente trabajo se dividirá en cuatro capítulos. El Capítulo I analizará los aspectos generales sobre los derechos personalísimos y su relación con el aborto. El Capítulo II tratará sobre las cuestiones jurídicas del aborto, las diferentes opiniones doctrinarias, y los argumentos a favor y en contra.

El Capítulo III abordará el aborto en el Código Penal, cómo se ha tratado en la jurisprudencia, el protocolo de aborto no punible y el anteproyecto de regulación del aborto. El Capítulo IV tratará sobre el aborto en el Derecho Comparado a los fines de analizar cómo ha sido tratada esta cuestión en otras legislaciones. Por último, se expondrán las conclusiones finales.

**Capítulo 1: Aspectos generales sobre los derechos personalísimos y el
derecho a la vida**

Introducción

En el presente capítulo se analizarán los derechos personalísimos en materia de aborto. En primer lugar se señalarán las nociones generales de los derechos personalísimos, que son a quienes les pertenece y cuál es su objetivo. Asimismo, se hará énfasis en lo relativo al derecho a la vida, esto con el objetivo de analizar hasta qué grado el embrión debe ser protegido, por lo cual se debe tener clara la protección que se le otorga al feto y al ser humano.

Aunado a ello, se determinará cuando comienza la existencia de la persona humana, para lo cual se analizará lo establecido acerca de ello en los instrumentos internacionales, en la Carta Magna y también lo expresado por el campo de la medicina al respecto. Además, se analizará el derecho a decidir sobre el cuerpo, para lo cual se determinará hasta donde llega la libertad de las mujeres, en particular la libertad de elección acerca de la reproducción. Finalmente, se analizará la relación del aborto con los derechos humanos, para ello se mencionará lo expresado en la Corte IDH sobre ese tema.

1.1. Los derechos personalísimos: nociones generales

Los derechos personalísimos son los derechos innatos de todas las personas, que le pertenece por el solo hecho de existir, desde antes de nacer y hasta el momento de su muerte y que le garantizan que se les reconozca el respeto a la dignidad de la persona. De esta manera, se debe tener claro que todo ser humano es necesariamente persona y este es un concepto previo al Derecho que el ordenamiento jurídico se limita a aceptar, a partir de allí surge el reconocimiento de los derechos de la personalidad.

El objeto que tienen los derechos subjetivos, son las manifestaciones físicas o espirituales de las personas por medio de la tutela de la vida, la salud, la intimidad, el honor, la imagen, la identidad y la libertad, entre otros, centrándose en esos derechos a preservar la dignidad de la persona. Ello con el objetivo de otorgar un concepto del contenido de la expresión de la dignidad de la persona, por lo que se considera ilustrativo, lo enunciado por la Corte Constitucional de Bogotá, en el fallo de los datos que se presenten. Esta es la posibilidad que tiene la persona de crear y determinar de acuerdo a las características propias, incluyendo el acceso a las necesidades básicas de existencia y a la protección de los bienes no patrimoniales, su integridad física y la integridad moral. Lo anterior expuesto se entiende como el derecho de la persona a vivir como lo desee, a vivir bien y sin ningún tipo de

humillaciones, en razón de ello la dignidad de la persona es un principio fundamental y un valor del ordenamiento jurídico (Fridman, 2017).

1.2. El derecho a la vida

Con respecto al derecho a la vida se debe analizar hasta qué grado el embrión debe ser protegido, por lo cual se debe tener clara la protección que se le otorga al feto y al ser humano. Por lo tanto, si en ninguna legislación se iguala el desvalor de la muerte del feto a al de la muerte del ser humano, no es posible admitir que se brinde una mayor protección al embrión. Sin embargo, debe ser establecida de manera gradual una protección mayor de acuerdo al crecimiento de este que lo acerca al momento del nacimiento, por lo que el embrión debe tener en todos los casos una protección menor.

Por otro lado, al igual que la regulación del aborto por la Ley Orgánica 2/2010 sobre la Salud Sexual y Reproductiva, la cual señala con claridad que se toma en cuenta la colisión de los derechos, del feto y también de la madre, otorgándole mayor o menor desarrollo del feto para poder determinar cuál es el bien jurídico que debe ser protegido por encima del resto. Con respecto al embrión se deben considerar los beneficios que se puedan obtener con su utilización, ya sean de investigación, de diagnóstico o terapéuticos (Corcoy, 2012).

Es importante resaltar que, la defensa a la vida es una consigna que tiene un gran impacto en la sociedad y en las personas de manera individual, considerando primeramente una solidaridad total. Pero, se debe considerar que estas palabras contemplan una paradoja que comienza a surgir y se debe tener claro que es el derecho a la vida y a que se protege. Por su parte, el conservadurismo religioso tiene una consigna que hace suya con naturalidad, y esta se considera como una ventaja. De esta forma, se obliga a los contendientes a colocar sus energías en resistencia y a estar confinados en lo que establece Juan Pablo II denominó cultura de muerte, haciendo referencia a los anticonceptivos, el aborto y la eutanasia. Ninguna persona quiere estar encapsulada en algo así como la cultura de muerte. Esto obliga a pensar y a transmitir información sobre los anticonceptivos, el aborto, la eutanasia que pueden ser formas de defensa de cierto tipo de concepción a la vida, no de la vida como una noción completa, que resulta insostenible (Villeres, Flag y Minyersky, 2012).

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que la infertilidad es una verdadera discapacidad y le otorga una gran protección, ello dentro de lo establecido en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad. De esta manera, no se da lugar al debate, si la parcela de la sentencia que se quiere destacar es acerca de la función de la Corte para dar a respetar los derechos humanos, acerca de la salud, la vida familiar, el aprovechamiento de la tecnología médica, y a la protección en contra de la discapacidad.

En este sentido, lo más difícil es cuando la Corte quiere determinar en qué momento ocurre la concepción de la persona, quitándole validez jurídica y personalidad a los embriones. No existe ninguna duda de que la infertilidad es una enfermedad y que se puede considerar en muchas oportunidades como una discapacidad, la cual necesita de la protección de los Estados que son parte de la Convención Americana (Ceballos, 2013).

Empero, si existe duda acerca del inicio de la vida humana, En razón de ello se considera que la Corte Interamericana debe dedicarse a garantizar la duda acerca del momento de la concepción y a disponer que se haga efectivo el derecho a la salud reproductiva. Ello se debe a que la propia Corte entiende que la FIV en el ciclo natural, es decir, por medio de las relaciones sexuales se pierden embriones, lo cual se considera suficiente para poder determinar que en los dos casos ya exista vida. Sin embargo, la FIV ayuda a controlar que se pierdan menos embriones posibles, para las parejas que naturalmente no pueden concebir (Ceballos, 2013).

La Corte no debió participar en el campo científico, debido a que la cuestión es opinable todavía, pues la posición debe haber sido la de aplicar el principio *in dubio pro homine*, lo cual lo coloca a favor de la existencia de la persona, y evita que se le niegue el interés superior del menor, pues a pesar de que la Corte no lo quiera, fue necesario enfrentar los derechos del embrión y los de las personas enfermas, otorgándole privilegios a estas últimas, negando el derecho a la vida, favoreciendo así el derecho a la salud. Esto ocurre cuando en realidad, la salud reproductiva se garantiza otorgándole técnicas que den vida, y eviten las pérdidas que naturalmente ocurren en el ciclo normal del interno de embarazo (Briozzo, 2017).

Con respecto a este tema es oportuno señalar que, el Proyecto de la Ley del Aborto en Argentina, le concede a todas las mujeres el derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras doce semanas del proceso de gestación, lo cual ha generado un debate en la sociedad y demuestra que no es un tema que ha sido superado. Es importante tener claro que la vida es el derecho humano fundamental que por su condición y ese derecho se presenta en la actualidad por medio de grandes discusiones jurídicas disputado entre dos

seres, uno que ya se encuentra formado y el otro en formación. Es necesario entender que ninguna persona es titular del derecho a la vida de otro ser humano.

Por su parte, el artículo 70 del Código Civil y Comercial¹ tutela la vida humana desde el momento de la concepción en el seno de la madre antes de nacer, debido a que desde ese instante puede adquirir algunos derechos como si ya hubiese nacido. Estos derechos quedan de manera irrevocable adquiridos por los concebidos en el seno de la madre que nazcan vivos aunque sea por un momento, después de ser separados de la madre. Por lo tanto, en ese ámbito es la persona antes de nacer que es sujeto de derecho, por lo cual puede adquirir derechos y tener deberes jurídicos. Asimismo, posee una condición jurídica de incapaz de hecho absoluto, y depende de una representación indispensable que debe ejercer sus derechos y deberes (Luján, 2012).

1.3. El comienzo de la existencia de la persona humana

En primer lugar se debe resaltar que, el artículo 75 de la Constitución Nacional² incluía diversas Convenciones internacionales, como por ejemplo: la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, la cual Argentina aprobó por medio de la Ley 23.849³. En este sentido, al aprobar la Convención, Argentina formuló una reserva del artículo 1⁴ de la misma, de manera que debía ser interpretado el concepto de niño como todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad (Sambrizzi, 2012).

Aunado a ello, el artículo 6 de la Convención⁵ estipula que los Estados partes deben reconocer que todos los niños tienen derecho intrínseco a la vida, y los Estados partes deben garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño. Es importante tener claro que no se puede aseverar que todos los niños tienen derecho a la vida, y de igual forma se debe afirmar que algunas personas no tienen ese derecho, pero se debe considerar todo el tiempo el interés

¹Artículo 70 del Código Civil y Comercial de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²Artículo 75 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

³Ley 23.849 de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de octubre de 1990.

⁴Artículo 1 Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23.849 de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de octubre de 1990.

⁵Artículo 6 Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23.849 de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de octubre de 1990.

superior del niño establecido en el artículo 3⁶.

De igual manera, en el Preámbulo de la Convención se señala lo establecido en la Declaración de los Derechos del Niño que se adoptó por la Asamblea General en 1959, en la cual el niño debido a su falta de madurez física y mental, necesita ser protegido y cuidado de manera especial, incluyendo la debida protección legal, ya sea antes y después del nacimiento. Asimismo, en el artículo 24 establece que los Estados Partes deben adoptar las medidas apropiadas para conseguir la atención sanitaria prenatal y posnatal de las madres (Sambrizzi, 2012).

Aunado a ello, en el artículo 75 de la Constitución Nacional⁷ contempla la protección del niño desde el momento del embarazo, de lo cual nace el reconocimiento del derecho a la vida desde antes de nacer. También, el artículo 29 de la Constitución Nacional⁸ establece que el Congreso no puede otorgar al Ejecutivo nacional, ni a las Legislaturas provinciales a los gobernadores de la provincia, las cuales son facultades extraordinarias y tampoco pueden otorgarles sumisiones o la supremacía por las que la vida de los argentinos quedan a cargo del gobierno o la persona. Por su parte, el Congreso Nacional tiene prohibido brindar cualquier tipo de autorización para que la vida de una persona quede en manos de otra. Por lo tanto, despenalizar el aborto implica colocar la vida de todas las personas por nacer a cargo de las madres y el abortero (Sambrizzi, 2012).

Cabe destacar además que, la disciplina médica describe todos los momentos o las etapas del desarrollo del *nasciturus*, desde el momento en que se une el gameto masculino con el femenino hasta el momento del nacimiento. Lo que hace la medicina es describir el campo del ser, de cómo a partir de esa unión conforma la primera célula conocida como diploide y comienza el desarrollo del embrión (Cerrutti y Plovanich, 2014).

Por otro lado, la medicina puede dividir todo el proceso en etapas y puede describir que se va conformando cada una, así en la fecundación establece que se trata de un conglomerado de las celular, que se encuentran carentes de toda clase de individualidad, pero que tiene integrado el código genético. De esta forma con la implantación se configura la individualidad. En la primera etapa que abarca hasta los catorce días, a pesar de que el embrión ya tiene código genético todavía es imposible que se considere que tiene desarrollo

⁶Artículo 3 Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23.849 de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de octubre de 1990.

⁷Artículo 75 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁸Artículo 29 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

como persona, lo cual constituye la base del futuro individuo, lo que se consigue con la implantación.

En este sentido, se entiende que la fecundación es una condición necesaria para la implantación, pero no se considera suficiente para adquirir individualidad. Por lo tanto, la implantación en el útero es fundamental para conseguir el desarrollo y su ausencia constituye un obstáculo que no puede salvarse hasta llegar al nacimiento. La implantación en el útero, determina la individualidad del ente y permite la gestación, lo cual es suficiente para que empiece la existencia de la persona física. Empero, la discusión jurídica busca soporte en la descripción médica, que busca responder otra interrogante, cuando debe considerarse persona. El legislador puede decidir qué se debe considerar persona: si es desde el momento de la fecundación, de la implantación, la viabilidad, el nacimiento o puede o no escoger la etapa en el proceso natural para aplicar el principio de imputación (Carnota, 2011).

1.4. El derecho a decidir sobre el cuerpo

El derecho a decidir sobre el propio cuerpo se relaciona directamente con el derecho a la libertad y la autonomía de la voluntad de cada persona. Es así que es menester ahondar sobre este derecho que colisiona directamente con el derecho a la vida, en el caso de las personas por nacer y el aborto.

La libertad de las mujeres, como por ejemplo la libertad de elección acerca de la reproducción, contempla mucho más que el aspecto negativo de la libertad porque a pesar de que se considera necesaria para cualificar la acción, la libertad positiva cualifica la acción, la libertad positiva cualifica la voluntad, debido a que a pesar de que es cierto que las mujeres tuvieron a lo largo de la historia grandes obstáculos para actuar, mas grandes fueron los impedimentos que tenían para formar una voluntad libre, por lo cual no se considera que es suficiente la libertad que se entiende como negativa o de no-interferencia (Casanova, 2012).

Por otro lado, la libertad entendida como autonomía de un sujeto moral, aprueba una justificación más eficaz acerca de la libertad de elección de la mujer en materia de reproducción. Para conseguir la libertad que le permita a la mujer realizarse como persona, como sujeto moral y como ciudadana, es indispensable la libertad positiva o, una tercera clase de libertad, la cual es la libertad de no-denominación, la cual explica la razón del por qué no es suficiente la libertad negativa para conseguir el pleno goce de los derechos de las mujeres.

Esa libertad se relaciona con la noción de la libertad natural y no tanto civil que

considera a las leyes como un límite o una interferencia en la vida de las personas que son aceptados por necesidad. Empero, esa libertad de interferencia es distinta a la libertad de dominio, que la mujer puede ser libre porque no sufre de la interferencia de una legislación que la oprima, pero estar dominada por la bondad y la efectividad del esposo. Por lo tanto, es necesario que la mujer consiga su plena libertad ciudadana e independencia, para que se libere de los vínculos del amor que le restan libertad, permite a otro que la domine, ello si existe algo que la diferencie de la libertad de la mujer, en el cuadro de las relaciones, los derechos y los deberes, los cuales constituyen el ser ciudadano o ciudadana (Casanova, 2012).

Es importante resaltar que, el argumento se esgrime con el fin de justificar el carácter relativo del derecho a la vida es el referido en la legítima defensa. De esta manera, se asevera que no es posible desde el punto de vista jurídico, que existan derechos que posean una completa preeminencia sobre los demás, ni siquiera el derecho a la vida. Empero, se reconoce en algunas situaciones la privación lícita de la vida a otra persona, como el caso en donde actúa en legítima defensa o de la persona que cumple con su deber, atando al enemigo en el campo de batalla (Lafferriere, 2018).

La protección de la vida inocente, debe incluir un empeño semejante con respecto a los niños que se encuentran en situación de calle y también de las víctimas de enfermedades por causa de la pobreza. El argumento de la legítima defensa o de la guerra es improcedente, pues nada impide que de un solo acto haya dos efectos, de los cuales uno solo es intencionado y el otro no. Empero, los actos morales reciben a su especie de lo que está en la intención, por el contrato, ya que es accidental, como esta expreso en los lugares anteriores.

En este sentido, del acto de la persona que se defiende pueden seguir dos efectos: uno es de conservación de la propia vida, y el otro de la muerte del agresor. Este acto, en lo relacionado a la conservación de la vida, no tiene nada de ilícito, debido a que es natural que a todo ser se le conserve la existencia hasta donde sea posible. Por lo tanto, si una persona para defender su propia vida, utiliza mayor violencia de la que necesita se considerará ilícito el acto (Lafferriere, 2018).

Empero, si rechaza la agresión de manera moderada se configurará lícitamente la defensa, pues con arreglo al derecho, es lícito repeler la fuerza con fuerza, moderando la defensa de acuerdo a las necesidades de la seguridad que se ven amenazadas. De esta manera, al quedar demostrada que la legítima defensa es un medio para conservar la vida, se resulta que la inviolabilidad de la vida humana que esta por nacer, desde el momento en que el niño

no otorga ninguna amenaza es injusta, y por el contrario se considera un ser que necesita cuidado y protección (Lafferriere, 2018).

De lo antes expuesto se debe concluir que en el ámbito interno judicial de la Nación Argentina, como en el plano interamericano de derechos humanos, la discusión se relaciona con el aborto en todas las acepciones que se encuentra activo, provocando una interrelación entre los diversos actores de los Estados en el sistema regional, ya sea gubernamental o no, retroalimentando la aceptación del sistema de protección que otorga la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Poder Judicial interno cuando no sea posible otra solución en el sistema político o legislativo a su país.

Lo antes expuesto coincide con lo dispuesto en la corte de San José acerca de los precedentes citados, lo cual ha producido una renovación en los discursos que apoyan la autonomía personal de las mujeres ante la revalorización de algunos derechos y que ha dado nacimiento a un nuevo escenario de discusión brindando nuevos aires al debate que encierra el aborto en todos los aspectos (Schwartz, 2013).

1.5. El aborto y los derechos humanos

Es necesario, ahora, ahondar sobre los derechos humanos y el aborto, a los fines de analizar cómo se ha analizado esta temática en el derecho internacional de los derechos humanos. En este punto se debe resaltar que, la Corte IDH considera que se trata de un asunto que puede ser valorado de diversas maneras desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, la cual coincide con tribunales internacionales y nacionales en que existe una definición consensuada acerca del inicio de la vida.

Empero, se señala que hay personas que ven en los óvulos fecundados una vida humana completa. Algunos de estos aspectos se pueden asociar a las corrientes que otorgan algunos atributos metafísicos a los embriones. Estos puntos de vistas no pueden justificar el otorgamiento de cierta clase de literatura científica en el momento de interpretar el alcance del derecho a la vida establecido en la Convención Americana, debido a que esto implica imponer una clase de creencias específicas a otras personas que no lo comparten.

Sin embargo, el tribunal consideró que es necesario definir, de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, el cómo debe ser interpretado el término concepción. Con respecto a ello, la prueba científica está de acuerdo a la diferenciación dos momentos esenciales y complementarios en el desarrollo del embrión: la fecundación y la

implantación y que se debe cumplir el segundo momento se cierra el ciclo que ayuda a que se extienda la concepción (Fappiano y Hitters, 2018).

Por lo tanto, al considerar todo ello las probanzas que fueron producidas por las partes determinó que el ser fecundado da paso a una célula distinta y con la información genética que es suficiente para desarrollar al ser humano. Lo cierto es que ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo es totalmente nulo. De esta manera, si un embrión no logra incorporarse en el útero, no puede desarrollarse, pues no recíbelos nutrientes necesarios ni debe estar en un ambiente idóneo para su desarrollo.

A partir de allí, la Corte IDH aseveraba que el término de la concepción no puede entenderse como un momento o proceso a desarrollarse en el exterior del cuerpo femenino, debido a que el embrión no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir, esto si la implantación no ocurre. Una prueba de lo anterior expuesto es que solo es factible establecer si ha sucedido el embarazo, luego que se incorpore el ovulo ya fecundado en el útero, al producir la hormona llamada Gonodotropina Coriónica, la cual solo se puede detectar en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de ese momento resulta imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurre la unión entre el ovulo y el espermatozoide y si esa unión se perdió antes de la implantación (Fappiano y Hitters, 2018).

Es importante resaltar que, en el fundamento de los proyectos de ley de aborto libre en Argentina se asevera que se trata de una medida que responde a la necesidad de proteger el derecho a la vida de las mujeres que deciden abortas en condiciones clandestinas y corren el riesgo de vida. Empero, se debe resaltar algunos aspectos, para lo cual se debe tener en cuenta los proyectos que propusieron la legalización del aborto sin necesitar que se invoquen causales hasta la semana 14, y después de ese plazo con una poderosa amplitud hasta el momento de nacer.

Lo anterior expuesto fue basado en que las muertes maternas por causas de aborto en el año 2016 fueron 31, de acuerdo a estadísticas oficiales. Cada una de esas muertes debe investigarse y debe determinarse que factores ayudan a que la mujer tome la decisión de realizarse un aborto. Estas muertes pueden ser evitadas con políticas públicas de fondo que tienen relación con los factores que llevan a las mujeres a tomar en cuenta el aborto. Asimismo, se evidencia que en la mayoría de los casos en los que se considera el aborto, la madre enfrenta algún tipo de vulnerabilidad que necesita de medidas de fondo, ya sea para solventar situaciones personales, familiares y sociales que la llevan a una decisión radical y

extrema (Lafferriere, 2018).

Por otro lado, de acuerdo a un estudio llevado a cabo en Chile, del total de las mujeres que presentaban embarazos de riesgo que piensan abortar, un 64% lo hizo por razones de presión o por ocultar el embarazo. Un 22% lo hizo por una posterior frustración del proyecto de vida a futuro o las perspectivas de índole personal. Esto demuestra que, luego de que se superen las presiones o las causas que dirigen a pensar en la frustración, es posible que se evite el aborto. Por lo tanto, se debe buscar salvar las dos vidas es la respuesta de fondo que busca garantizar en toda la extensión y sin ningún tipo de restricción al derecho a la vida.

De esta manera, mientras que en la faceta negativa el derecho a la vida se expresa como una prohibición de quitar la vida de forma deliberada, esto en su dimensión positiva el derecho a la vida establece que debe promover la vida. En este sentido, el legislador y el Poder Ejecutivo con un gran abanico de posibilidades para poder adoptar medidas de fondo que promuevan los derechos sociales y económicos de las madres que se encuentran en situación de vulnerabilidad (Lafferriere, 2018).

En este sentido, el derecho a la vida empieza desde el momento de la concepción, habiendo establecido sobre ello que el artículo 63 del Código Civil y Comercial⁹, que son personas por nacer las que al no haber nacido están concebidas en el seno de la madre. De igual manera, el artículo 70¹⁰ asevera que la existencia de las personas inicia en el momento de la concepción, y aunque no define que se conoce por concepción, no puede sino entenderse en el sentido de conocer la asimilada fecundación (Sambrizzi, 2018).

Por lo tanto, a pesar de que el artículo 70¹¹ hace referencia sólo a la concepción que se crea en el seno de la madre, ello no debe entenderse como una limitación única de ese supuesto concreto, debido a que la norma limita solo ese supuesto concreto, debido a que la norma está redactada de esa forma porque en esa época en la cual fue sancionado el Código Civil y Comercial¹² no era conocida otra forma de producción de la concepción aparte de esa. Por lo tanto, resulta evidente el contexto de la norma acerca de las personas de existencia

⁹Artículo 63 del Código Civil y Comercial de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁰Artículo 70 del Código Civil y Comercial de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹¹Artículo 70 del Código Civil y Comercial de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹²Código Civil y Comercial de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

visible como las denomina el Código¹³, cualquiera que sea el lugar en el ocurra, el producto de la unión de los dos gametos, el femenino y el masculino, es considerado una persona, debiendo acerca de ello aplicar el principio de analogía.

Lo antes expuesto ha sido solucionado de igual manera por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la sentencia del 3 de diciembre de 1999, en donde se mencionó que en el ordenamiento jurídico de Argentina legal y constitucional que todo ser humano es persona, y lo es desde el momento de la concepción, ya sea que este en el seno materno o fuera de él. A partir de ese momento, se configura como titular de derechos, entre ellos y ante todo los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (Sambrizzi, 2018).

En este sentido, al aseverar que la concepción se produce en el seno de la madre se corresponde a la realidad que impera en el momento de la sanción del Código¹⁴, así como también el desarrollo de tecnologías modernas biomédicas de fecundación *in vitro*, las cuales no se conocían en esa época, lo cual hace que sea indudable la afirmación que el concebido fuera del seno de la madre se debe considerar como persona para el derecho.

De esta manera, se impone una interpretación que supera el elemento gramatical, humanista y finalista, de acuerdo a la evolución de los avances de la ciencia y que se encuentra acorde con el pensamiento codificador de la tutela de las personas, que supera la antinomia que manifiesta de forma discriminatoria la diferencia de la situación del concebido de acuerdo al diverso lugar en el cual acontece el contacto fertilizante de las células germinales. Por otro lado, otros autores consideran que el cambio de las circunstancias no tiene relación con la vigencia del principio de la cooperación que implica el inicio de la existencia de la persona, y esto dondequiera que la concepción haya ocurrido (Sambrizzi, 2018).

Además de ello, se asevera que la concepción que se produce *in vitro*, igual que en la forma natural existe un nuevo sujeto que la ley reconoce como persona que está por nacer como la que se forma en el seno de la madre. De esta manera, se debe conocer que la legislación argentina reconoce de forma expresa que inicia la existencia de las personas desde el instante de la concepción, ya sea que esta acontezca en el seno materno o fuera de él y que desde ese momento se es persona y se tiene derecho a la vida y a nacer. En este sentido, se coloca en relieve la imposibilidad que un objeto pueda transformarse en sujeto, debido a que

¹³Código Civil y Comercial de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁴Código Civil y Comercial de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

ello implica la existencia del sujeto desde el momento de la fecundación.

Asimismo, en el artículo 264 del Código Civil¹⁵ no se establecía una diferencia entre las personas concebidas dentro o fuera del seno materno, al establecer que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que pertenecen a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para garantizar su protección y formación completa, desde el momento de su concepción. Tampoco hace ningún tipo de distinción la Ley 23.849 al momento de aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la cual formuló una declaración interpretativa acerca del artículo 1¹⁶ de la Convención. De esta manera, se debe interpretar que se conoce por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta que cumpla 18 años de edad, sin distinguir en el supuesto de haberse producido la concepción fuera del seno materno el hecho de haber sido los embriones obtenidos de esa forma, y transferidos o no a la mujer (Sambrizzi, 2018).

Por otro lado, el artículo 6 de la Convención¹⁷ de forma textual establece que los Estados Partes reconocen que todos los niños tienen derecho intrínseco a vivir, y también hacer que los Estados Partes garantizarán de la mejor manera posible la supervivencia y el desarrollo del niño. Es importante señalar que esta Convención tiene jerarquía constitucional, la cual incorporada a la Constitución en las condiciones de su vigencia, o sea, con la referida declaración de interpretación. Asimismo, se debe resaltar que el artículo 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos¹⁸, que fue aprobada por la Ley 23.054, establece que toda persona tiene derecho a que se le respete la vida, ello a partir del momento en que es concebida, sin hacerse ninguna distinción acerca del lugar en que acontece la misma.

De igual manera, el artículo 75 de la Constitución Nacional le atribuye al Congreso la facultad para legislar y promover un conjunto de medidas de acciones positivas que busquen la igualdad real de las oportunidades y del trato, así como también el pleno goce y ejercicio de los derechos que son reconocidos por la Constitución y también por los tratados internacionales que se encuentran vigentes sobre los derechos humanos, en especial con

¹⁵ Artículo 264 del Código Civil y Comercial de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁶ Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁷ Artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸ Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos.

respecto a los niños (Sambrizzi, 2018).

También se debe recordar que en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que fueron celebradas en la ciudad de Rosario en septiembre del 2003, fue aprobada por la mayoría de la Comisión 1 en la que se trató acerca del tema del comienzo de la vida, la cual a existencia de la persona inicia con la concepción, entendida esta como la fecundación y luego de ello tiene derecho a que sea respetada su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana.

De igual manera, fue aprobada por mayoría un agregado que fue propuesto, y que de alguna forma completa lo mencionado, debido a que la fecundación se produce con la penetración del óvulo por el espermatozoide. Aunado a ello, en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se estableció que el derecho a la vida es el derecho natural fundamental de la persona humana, el cual existe en toda la legislación positiva, y el cual se encuentra garantizado por la Constitución Nacional, el cual es un derecho que se encuentra presente desde el momento de la concepción, reafirmando de esa manera la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (Sambrizzi, 2018).

Conclusión parcial

Con respecto al derecho a la vida se debe señalar ninguna legislación se iguala el desvalor de la muerte del feto a al de la muerte del ser humano, no es posible admitir que se brinde una mayor protección al embrión. Sin embargo, debe ser establecida de manera gradual una protección mayor de acuerdo al crecimiento de este que lo acerca al momento del nacimiento, por lo que el embrión debe tener en todos los casos una protección menor. En relación al comienzo de la existencia humana, es importante mencionar que el artículo 75 de la Constitución Nacional contempla la protección del niño desde el momento de su concepción, de lo cual nace el reconocimiento del derecho a la vida desde antes de nacer.

Cabe destacar que, la libertad de las mujeres, como por ejemplo la libertad de elección acerca de la reproducción, contempla mucho más que el aspecto negativo de la libertad porque a pesar de que se considera necesaria cualificar la acción, la libertad positiva cualifica la acción, la libertad positiva cualifica la voluntad, debido a que a pesar de que es cierto que las mujeres tuvieron a lo largo de la historia grandes obstáculos para actuar. La libertad entendida como autonomía de un sujeto moral, aprueba una justificación más eficaz acerca de la libertad de elección de la mujer en materia de reproducción.

Aunado a ello con relación al tema del aborto, la Corte IDH considera que se trata de un asunto que puede ser valorado de diversas maneras desde una perspectiva biológica, medica, ética, moral, filosófica y religiosa, la cual coincide con tribunales internacionales y nacionales en que existe una definición consensuada acerca del inicio de la vida. Empero, se señala que hay personas que ven en los óvulos fecundados una vida humana completa.

Capítulo 2: Cuestiones jurídicas sobre el aborto

Introducción

Uno de los temas más importantes que suelen discutirse dentro de la sociedad es el de la vida. Todo lo relacionado a su valor y las implicaciones de que las personas tienen el control sobre sus vidas, o sobre la de alguien más son temas que, como civilización se ha venido descuido desde hace mucho tiempo.

El aborto, una de las ramas de las discusiones sobre la vida, es un tema controversial históricamente hablando. Debido a la gran influencia de la Iglesia católica en la sociedad ha sido mal vista tanto su práctica como cualquier tipo de consideración positiva a la misma por cuestiones éticas y morales. La vida considerada como un valor absoluto ha sido el principal fundamento para evitar la práctica de abortos. Sin embargo, no es menos cierto que con el paso del tiempo una perspectiva más liberal ha decidido abogar por el aborto como una especie de empoderamiento a la mujer en su capacidad de decisión sobre su cuerpo y el de su vida.

Desde un punto de vista jurídico se observará las consideraciones legales vigentes sobre el aborto dentro del ordenamiento jurídico de la República Argentina. Asimismo, determinar cuál ha sido el detonante de una novedosa discusión en la actualidad del país sobre tan delicado tema. Las motivaciones y alegatos -tanto a favor como en contra- sobre el aborto son también elementos esenciales para comprender las posiciones contrapuestas sobre este tema. Y esto debido a su influencia reciente en la sociedad argentina.

2.1. Concepto de aborto. Supuestos de hecho donde se permite el aborto

En principio, corresponde analizar el aborto, comenzando con el concepto de aborto a los fines de situarnos en la definición de esta práctica médica, para luego ahondar en las diferentes posiciones doctrinarias al respecto. De forma elocuente y breve, Rojas (1930) define al aborto como “la interrupción provocada del embarazo, con muerte del feto, fuera de las excepciones legales” (pág. 385). De esta definición puede entenderse pues, que el aborto es una acción voluntaria, con el fin de terminar con la vida del feto que se gesta durante el estado de embarazo de la mujer. Pero particularmente se debe destacar esta conducta cuando se encuentre “fuera de las excepciones legales”.

Ciertamente, de la propia definición también puede entenderse la existencia de dos tipos de abortos. El primero siendo el aborto médico -o también llamado ginecológico- que es legal y permitida en casos particulares y el aborto punible, que es el realizado fuera de esas

excepciones legales y es, lógicamente, ilegal.

Por lo general el aborto médico o ginecológico comprende a tres circunstancias particulares que pudieran justificar la práctica de un aborto. Estas circunstancias son:

1. El aborto terapéutico: Que es aquel realizado para salvar la vida o salud de la madre, ya que continuar con el embarazo correría peligro su vida o salud.
2. El aborto eugenésico: Que es aquel realizado porque se tiene certeza de que el feto ha desarrollado una anomalía, malformación o enfermedad que le impedirá tener una vida plena.
3. El aborto sentimental: Es aquel realizado cuando el embarazo de la madre ha ocurrido en caso de violación o de incesto.

Las consideraciones normalmente aceptadas por los ordenamientos jurídicos del mundo observan al aborto, en principio, como un delito, es decir, una conducta prohibida y susceptible a ser sancionada. Pero también suelen prever casos particulares en donde se es permitido el aborto donde se hace necesario practicarlo por casos necesarios, eugénicas o sentimentales.

El ordenamiento jurídico de la República de Argentina es conforme a esta perspectiva. Dentro de las disposiciones del Código Penal vigente establecen al aborto como delito en su artículo 85 de la siguiente manera:

Artículo 85. – El que causare un aborto será reprimido:

1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.
2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.¹⁹

También se tiene previsto las excepciones legales en donde la realización de un aborto no es punible. El artículo 86 del Código Penal lo establece de la siguiente manera:

Artículo 86. – Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán., además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

¹⁹ Ley 11.179 modificatoria del Código Penal. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

1. Si se ha 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.²⁰

La primera parte del artículo 86 del Código Penal hace, por decirlo así, una continuación sobre la determinación de la pena a aplicar. En esta continuación se hace referencia a los profesionales de la medicina que causaren o cooperaren para causar el aborto.

Adicionalmente, se establece una pena accesoria que recae sobre una inhabilitación al ejercicio de la profesión médica por el doble de tiempo del tiempo de sanción que sea condenada el profesional. Esto es con motivo a su participación en el aborto. Es en la segunda parte del artículo 86 que establece las excepciones legales. Ahí se pueden apreciar en su inciso 1 la no punibilidad del aborto terapéutico y en el inciso 2 la no punibilidad del aborto sentimental.

Cabe señalar que en lo relativo al aborto eugenésico la norma antes descrita -y el ordenamiento jurídico argentino, al menos de forma expresa- nada establece. Entendiéndose pues que este tipo de aborto, su práctica es ilegal.

Hay que destacar de la disposición normativa previamente expuesta que el aborto no punible debe contar con algunos recaudos. Estos son la autorización de la madre (en el caso del inciso 1) o del representante legal (en el caso del inciso 2) para que su práctica sea legal.

2.2. Discusión jurídica y doctrinaria del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal

Ha existido una especial discusión jurídica y semántica que rodea sobre el objeto y el alcance del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal. Esta discusión recae específicamente sobre la no punibilidad del aborto sentimental.

Y esto es debido a que varios autores afirman que por la forma en que está redactada la norma y mediante la aplicación de una interpretación restrictiva, la violación que se refiere la norma no es el delito genérico de violación a una mujer. Al contrario, se alega a que el delito a que hace referencia la norma jurídica es la violación cometida a una mujer en condición de “idiota o demente”.

Este criterio es puntualizado por el profesor Morisot (1941), quien afirma:

²⁰ Ley 11.179 modificatoria del Código Penal. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

En el proyecto suizo donde fue copiada la expresión, cuadra perfectamente, porque se establece distinción entre la violación común y la violación hecha en mujer idiota o demente, a la que no se le llama violación, sino ultraje al pudor. Por esto es que más amplia la disposición suiza que la nuestra, ya que comprende cualquier caso de violación, cosa que nuestro Código no hace, ya que sólo contempla la violación en mujer idiota o demente. De aquí también el error de Jiménez de Asúa al decir en su libro Libertad de amar que nuestro Código legisla la impunidad para los casos de aborto por causas sentimentales. El error proviene que la Comisión de Senado transcribió el texto suizo sin notar la redundancia que significa dentro de nuestra ley. Es lo que les sucede, dice Ramos, a los que copian sin saber lo que copian (pág. 56)

También se fundamenta tal postura -como mencionó Morisot superficialmente- en el objeto de discusión del Senado. Ciertamente, el Senado al momento de debatir el contenido del artículo 86 hacía referencia en su Exposición de Motivos al aborto ocasionado por razones eugénicas y no por razones sentimentales. Pero posteriormente esta discusión fue zanjada debido a una decisión judicial que interpretó el alcance del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal. Esta decisión ha tenido una notable repercusión en la actualidad de la sociedad argentina sobre el tema del aborto.

2.1.1. Argumentos a favor del aborto

La llegada de la decisión “F.A.L.” avivó el debate social y jurídico de las implicaciones del aborto no penalizado en la República de Argentina. Negar la existencia de posturas razonables sobre las consecuencias de penalizar el aborto sería irresponsable.

Y esto es en la medida que en el momento actual el debate sobre el aborto se encuentra en un punto álgido en la sociedad y política argentina. Algunos de sus argumentos a mencionar son los fundamentos más esenciales en búsqueda de un cambio legal significativo.

Algunos de sus argumentos a mencionar son los fundamentos más esenciales en búsqueda de un cambio legal significativo. En este punto es importante mencionar que, una de las justificaciones que expresan las personas que están a favor de la despenalización del aborto y de la descriminalización del aborto, es que todas las mujeres deben poder decidir sobre su cuerpo, es decir ser autónomas y auto-determinadas.

Además de ello, aseveran que el embrión humano solo se considera como un conjunto de células, y que se deben considerar las condiciones económicas que constriñen la posibilidad de darle una vida digna a la prole, y también se considera inhumano traer al mundo seres que presentan alguna malformación física o psicológica (Blasi, 2013).

Cabe destacar además que, las personas que están a favor del aborto consideran que es más importante proteger la vida o la salud física o psicológica de la madre ante la del niño. De esta manera, se prefiere la autonomía de la voluntad algo limitada de las mujeres, sobre la

vida de los niños. Por lo tanto, esto se considera una elección de valores que va en contra de la Constitución Nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, es importante tener claro que esta legalización no debe proceder de sentencias judiciales. En este sentido, la función de los jueces es más de control de constitucionalidad y convencionalidad de la legislación actual, y no va dirigida a exhortar a normas futuras ni indican los perfiles que estas normas deben tener. Se debe tener claro que legalizar es tarea de los legisladores (Basset, 2012).

A continuación, se analizarán los principales argumentos en favor del aborto.

2.1.1.1. Empodera y da mayor capacidad de elección y autonomía a la mujer

Las sociedades -y por extensión, sus leyes- responden a ciertos parámetros, juicios o nociones de lo que es “común” en su sociedad, y es normal que, cuando surge un aspecto que contradiga tales parámetros sea juzgado de diferente, raro y a la larga, algo a evitar.

Este fenómeno se le conoce como el imaginario social, que para Castoriadis (1993) “este permite referenciar la forma en que es incidida la sociedad a partir de las percepciones de las personas de una sociedad determinada en un tiempo determinado” (Pag. 63).

Así pues, históricamente el imaginario social de la mujer generalmente ha estado vinculado con la maternidad, lo cual en muchos casos puede representar una limitación en sus elecciones y autonomía en su vida personal. Una limitante que resulta injusto para la mujer dentro de la sociedad.

Esta limitación al control de su vida personal puede llegar hasta el punto de que una mujer debe estar implicada exclusivamente en la maternidad como una especie de finalidad última o propósito aceptado dentro de la sociedad. Las consideraciones hacia la mujer en la sociedad actual no deben estar medidas por parámetros o consideraciones a todas luces, arcaicas.

Es por ello que la existencia de una mujer que decida abortar es una mujer diversa, es decir, una mujer que subvierte el imaginario social establecido de mujer-madre que es dada principalmente por su capacidad de reproducir a la especie humana. Una mujer que decide abortar es una mujer se aleja de modo significativo del ideario social y permite tener alternativas a su actuar o una consideración íntegra y personal de su rol en sociedad.

La percepción de mujer-madre por mucho tiempo ha sido una imagen establecida fuertemente en la sociedad. Empero, con la llegada del Estado liberal, han surgido

progresivamente nuevas percepciones que desafían al imaginario social de la mujer establecido.

Estas nuevas consideraciones han abogado por una mayor capacidad de elección y autonomía de la mujer sobre el control de su cuerpo. Tal control va relacionado inevitablemente sobre su facultad de que su rol dentro de la sociedad no debe tratarse exclusivamente a ella.

Como respuesta a las presiones morales de la sociedad -que constriñen a las mujeres a ser madres- y las presiones legales del Estado -que exhortan y buscan la continuidad del embarazo- la mujer en sociedad ha tenido que buscar algún tipo de respuesta frente a ello. Alguna vía de escape en el afán de solucionar esta situación o tribuna para alzar la voz para denunciar a la presión social que existe, y que es generalmente aceptada.

Esta respuesta recae en el deseado empoderamiento a la mujer y en su decisión de continuar o no con un embarazo. Asimismo como en la búsqueda de respuestas legales efectivas a su favor debido al riesgo de abortar dentro del ordenamiento jurídico vigente.

En la actualidad, debe de valorarse la percepción interna y personal que tenga la mujer sobre su maternidad, pues eso permitirá una más fácil identificación personal. No sólo eso, también significaría el reconocimiento a su rol en la sociedad, que va más allá de cualquier imaginario social impuesto por la sociedad sobre lo que es mujer y madre.

Sin embargo, sobre esta postura podría hacerse referencia a que el empoderamiento de la mujer poco tiene que ver sobre su capacidad de determinar decidir si debe continuar o no con un embarazo. El embarazo como proceso natural es algo protegido en cuanto hay una vida en juego, en donde ninguna persona tiene especialmente ninguna facultad de decidir si sigue viviendo o no.

2.1.1.2. Se evitarían muertes por la práctica de abortos clandestinos

Otro de los aspectos de los que defienden la despenalización del aborto trata sobre la práctica usualmente mortal para la mujer de un aborto clandestino. Este tipo de aborto se refiere al aborto ilegal, es decir, el aborto que en principio no está permitido por la ley.

A pesar de su condición de ilegal, muchas mujeres siguen optando por practicarse un aborto ilegal y muchas veces su realización implica también la muerte de la mujer. Es una problemática bastante seria en lo que respecta la mortalidad de mujeres, sobre todo en los estratos sociales más desfavorecidas que suelen elegir este tipo de procedimientos.

Oficialmente hablando, el Ministerio de Salud de la República Argentina en el año 2016 publicó en sus informes la cantidad de muertes maternas ocurridas en ese año. Las muertes maternas ocurridas por embarazo terminado por aborto ascienden a 43 mujeres.²¹

En tal sentido, de permitirse la despenalización del aborto se evitaría que varias mujeres decidan realizarse un aborto ilegal que ponga en riesgo su vida. De forma correlativa, su aplicación práctica en la actual situación argentina puede verse beneficiada por el exhorto del Alto Tribunal a las provincias de la República de Argentina a tener centros médicos que permitan realizar el aborto.

En la medida que existan centros médicos con el debido desarrollo para la práctica de abortos, estos podrán asegurar un efectivo acceso a la salud. Esto traería como resultado una disminución drástica del riesgo que varias mujeres se someten por practicarse un aborto ilegal.

Pero la conducta del aborto es un delito. En tal sentido, despenalizarlo iría en contra lo que persigue la ley penal permitiendo el fin de una vida en gestación con inclusive la cooperación de profesionales médicos o no. Es por ello que la sentencia ‘F., A. L.’ resulta un controvertido punto de inicio dirigido a facilitar la práctica de los abortos, aunque la misma se fundamenta coherentemente a su práctica en los casos dentro de las excepciones legales, contemplados en la propia ley penal.

Es aquí donde se hace patente ciertas contradicciones ante los intentos judiciales de hacer mucho más fáciles la práctica de abortos y las leyes penales vigentes que contemplan esta conducta como delito. La despenalización en dado caso debería atender a una reforma radical de las leyes penales, pero los esfuerzos a facilitar el aborto no van dirigidos a una despenalización total de esta conducta.

Al contrario, estos esfuerzos recientes van dirigidos a la práctica de abortos siempre y cuando estén dentro de las excepciones legales previamente mencionadas. Así pues, se busca cumplir y ser conforme a las normas penales vigentes y tratar de brindar una mayor seguridad jurídica a las mujeres que se encuentren dentro de las excepciones legales donde sea posible practicarse el aborto.

2.1.1.3. La pena es impotente para evitar abortos

La realización de un aborto implica una sanción a la madre y/o a aquellas personas que

²¹Datos recuperados de: <http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/2016/09/2016-Tabla40.html>

lo hayan producido o cooperado para producirlo. Históricamente, el aborto ha sido considerado una conducta delictiva y el Estado ha querido perseguir y sancionar tales conductas.

Sin embargo, no es menos cierto que la persecución del Estado a estos delitos es poca efectiva en cuanto el aborto es un delito que, sin la debida denuncia hacia los entes competentes, pocas veces determinará por sí sólo la ocurrencia o no de un aborto. Resulta cuestionable entonces verdaderamente si la norma es efectiva o no, de que si tiene algún tipo de incidencia en el comportar de los particulares para evitar la comisión del hecho.

El principal objetivo de una sanción es tratar de disuadir de conductas consideradas como delitos. Es normal pensar entonces que, si las mujeres deciden realizarse un aborto es en parte también en la dificultad que tiene el Estado de determinar y sancionar este tipo de conductas.

Esto hace que la existencia de una pena o sanción sobre este tipo de conductas - afirman los defensores del aborto- es realmente impotente o poca práctica. No haría evitar efectivamente la ocurrencia de los abortos, siendo lo más sensato su no penalización.

2.1.2. Argumentos en contra del aborto

Así como existen argumentos que promueven una postura despenalizadora del aborto, existen también argumentos que abogan por mantener establecido el aborto como delito. Y es por cuanto se busca proteger algo tan valioso e incalculable como la vida.

La vida y su protección es el principal argumento de aquellos que no comparten sobre la despenalización del aborto, pues la vida del feto debe ser considerada tan valiosa como cualquier otra. En tal sentida, se hace necesario el análisis ético y jurídico para confrontar antagónicas posturas sobre el aborto.

2.1.2.1. El aborto atenta contra la vida y es contrario a disposiciones legales

La propia esencia del aborto entiende la terminación voluntaria del embarazo. Esto trae como consecuencia directa el final de la vida del feto que se gesta en el vientre materno. Este fallecimiento implica el irrespeto e incumplimiento de principio morales y jurídicos tan esenciales como la protección a la vida.

Para justificarse en ello, es necesario determinar el momento en que una persona *es* realmente una persona, es decir, un ente susceptible de ser titular de derechos y deberes. Tales consideraciones no han eximido al feto para determinar ciertamente si es o no persona.

Existen numerosas teorías que han debatido sobre el momento en que una persona es titular de derechos y deberes. Principalmente se puede estudiar desde la teoría de la concepción y a la teoría del nacimiento.

La teoría de la concepción comprende que una persona es titular de derechos y deberes desde el mismo momento es que es concebido, por ser esta una vida independiente a la vida de su madre. La teoría del nacimiento surge como respuesta ante esta teoría. La misma establece que la persona es titular de derechos y deberes cuando ésta nace -que, a efectos prácticos, sería la separación del feto al vientre materno- y lo hace estando vivo.

El nacimiento de un feto muerto no se considera como persona, por cuanto si es cierto que nació – ocurre la separación del vientre materno- la ausencia de vida. Esto le hace, lógicamente, incapaz de ser titular de derechos y deberes según esta teoría.

Y, por último, la existencia de una teoría mixta entre la teoría del nacimiento y la teoría de la concepción. La misma afirma que la persona existe al momento de la concepción, y que es solo titular de derechos y deberes cuando se trate de su bien, pero que es cuando nace vivo el feto que efectivamente adquiere todos los derechos y deberes que le corresponda.

Dentro del orden jurídico de la República Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación establece en el Título I, Capítulo I que se refiere al comienzo de la existencia, de la siguiente manera: “Artículo 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”²².

Asimismo, en el artículo 21 del Código Civil y Comercial de la Nación establece el momento en que efectivamente el nacido adquiere los derechos y deberes, de la siguiente manera: “Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si ni nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”²³.

Se deduce entonces que la ley argentina ha adoptado la teoría mixta por sobre alguna otra teoría. Ciertamente se verifica que el nacido adquiere todos los derechos y deberes si éste nace con vida, sin dejar de considerar que la existencia de su persona empieza a partir del momento de su concepción, y, aun así, cuando se trate de su bien, tiene ciertos derechos y deberes a su favor.

En la situación del aborto el principal derecho que se atenta contra el feto es su

²² Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre del 2014.

²³ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre del 2014.

derecho a la vida. Derecho que lógicamente representa un bien jurídico a su favor aun cuando no haya nacido vivo aún.

El derecho a la vida es un derecho de gran importancia jurídica. En la Constitución Nacional de la República de Argentina, se logra la jerarquización constitucional de varios tratados internacionales que regulan sobre el derecho a la vida:

Artículo 75.- Le corresponde al Congreso: (...)

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.²⁴

De esta jerarquización constitucional a los tratados internacionales se debe destacar a los del Pacto de San José y la Convención sobre los Derechos del Niño. La primera por establecer la protección al derecho a la vida de la siguiente manera:

Artículo 4. Derecho a la vida. 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 arbitrariamente²⁵.

Mientras, la Convención sobre los Derechos del Niño establece la protección al derecho a la vida, de la siguiente manera: “Artículo 6. 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”²⁶.

Estas nociones previstas en los tratados internacionales ratificados por la República de Argentina tienen jerarquía constitucional y sirven como complemento y fundamento a la

²⁴ Constitución Nacional de la República de Argentina. Ley 24.340. Publicada en el Boletín Oficial del 23 de agosto de 1994.

²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por la República de Argentina mediante la Ley 23.054. Publicado en el Boletín Oficial del 27 de marzo de 1984.

²⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la República de Argentina mediante la Ley 23.849. Publicado en el Boletín Oficial del 22 de octubre de 1990.

protección del derecho a vivir de todos a partir del momento de la concepción.

Incluso jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la protección a la vida desde el momento de la concepción, en los siguientes términos:

Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112, 323:1339). En la causa “T.,S”, antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (...) También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479, votos concurrentes)²⁷.

Así pues, se deja en manifiesto la realidad jurídica actual de la República de Argentina sobre este tema. Las consideraciones jurisprudenciales recientes y los reclamos sociales actuales ciertamente chocan con las disposiciones nacionales e inclusivas con los tratados internacionales. Lograr la armonía entre ambas posturas exigen una respuesta legislativa más flexible y considerable a favor de la despenalización del aborto o, al menos, en facilitar su práctica según qué casos.

Eso desde el punto de vista jurídico. Partiendo desde una perspectiva ética el debate del aborto resulta más complicado de abordar en cuanto se debate el poder que tiene en una persona sobre la vida de otra. La consideración general es que ninguna persona debería decidir si otra persona decide si la vida de otra debe o no continuar. Después de todo, la vida es algo incalculable para todas las personas y las leyes en tal sentido, se han configurado para protegerla.

Conclusión parcial

En la actualidad se está experimentado un cambio en el rol de la mujer y que su papel en la sociedad no debe entenderse o estar vinculado exclusivamente a la maternidad. Las exigencias de mayor capacidad de elección y decisión son una respuesta a las presiones sociales establecidas por la sociedad desde hace mucho tiempo, que han etiquetado -y quizás hasta limitado- hasta qué punto puede la mujer decidir sobre su vida.

A estas exigencias se les une no solamente tener que confrontar y superar juicios pasados de la propia sociedad sobre la maternidad, sino enfrentar una realidad jurídica clara: Las leyes están configuradas actualmente para proteger a la vida y no en facilitar su finalización.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Portal de Belen”, sentencia del 15 de mayo de 2002. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Ahora bien, respecto de los principales argumentos a favor y en contra del aborto, corresponde señalar algunos de los más importantes respecto de cada uno de ellos. Así, es importante mencionar que, una de las justificaciones que expresan las personas que están a favor de la despenalización del aborto y de la descriminalización del aborto, es que todas las mujeres deben poder decidir sobre su cuerpo, es decir ser autónomas y auto-determinadas.

Sin embargo, se debe considerar que del otro lado hay una vida humana, ello de acuerdo a corrientes serias de la biología, la genética y la medicina. Por lo cual, esta pregunta está directamente relacionada con la ética, el cual se considera el bien moral más valioso, el cual es la vida que merece una protección especial. Empero, se debe tener claro que ese bien no es absoluto. En razón de ello, el padre afirmó que consideraba al aborto terapéutico como ético.

Por otro lado, la mujer que decida interrumpir su embarazo sobrepasa el orden natural establecido que relaciona sexualidad y reproducción, reproducción con maternidad y maternidad con lo femenino. De esta manera, una mujer que toma la decisión de abordar sobrepasa la naturaleza, puesto que para la sociedad la mujer obtiene su estatuto humano cuando logra ser madre, por lo cual el aborto es algo que no es lo que se espera y demanda un comportamiento que va más allá de las acciones consideradas como normales. Ello, en atención a que el principal derecho que se atenta contra el feto es su derecho a la vida. Derecho que lógicamente representa un bien jurídico a su favor aun cuando no haya nacido vivo aún. El derecho a la vida es un derecho de gran importancia jurídica. En la Constitución Nacional se les ha dado jerarquía constitucional a varios tratados internacionales que protegen el derecho a la vida

Los esfuerzos deberían ir dirigidos a asegurar el cumplimiento de aborto dentro de las excepcionales legales contempladas. Y esto es debido a que las mismas excepciones están permitidas y es una realidad social notable que es necesario cierta flexibilidad para la práctica de este tipo de abortos para proteger la vida de la madre o del feto.

Capítulo 3: El aborto en el Código Penal

Introducción

El presente capítulo tiene como foco principal analizar el aborto en la República Argentina, comprendiéndose este dentro de una esfera de discusión nacional e internacional que ha tomado gran relevancia dentro de la última década. Pues bien, esto como resultado de la incorporación al ordenamiento jurídico de los tratados internacionales y de los crecientes reclamos de activistas de derechos humanos y de sectores feministas.

En la Argentina el debate ha sido sumamente arraigado desde posturas altamente radicales, entre ellas se habla prácticamente como posibles una penalización total o un modelo absolutamente permisivo del aborto. Situación compleja dado que la protección de la vida durante el embarazo es hoy, en la mayoría de los países, un problema ideológico y jurídico muy debatido, no quedándose atrás Argentina con toda la ola de feministas y pro-vidas.

La libertad de autodeterminación de la mujer y de la preservación de la dignidad del niño son las dos posturas opuestas que se desarrollarán en la presente investigación. Todo dentro de un marco doctrinario ampliamente desarrollado por especialistas en el derecho que hablan tanto de estadísticas como de posturas nacionales importantes que fijan criterio sólido respecto al estudio del aborto en Argentina.

El aborto es la interrupción y finalización prematura del embarazo de forma natural o voluntaria y a continuación se desarrollara específicamente la interrupción de manera voluntaria. La cual se apegará conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico argentino. Del mismo modo, se aclara que también la presente investigación tomará papel respecto al tema del aborto de la mujer violada conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico, tomando como referencia además los repertorios jurisprudenciales que aportan a la misma corriente investigativa.

3.1. El aborto en el Código Penal

En relación al aborto, resulta del caso analizar de manera indefectible la sanción punible para el delito de aborto en el Código Penal. Así, en primer lugar se debe resaltar que, el artículo 75 de la Constitución²⁸ no consagra el derecho de la mujer de practicarse un aborto, a excepción de los casos establecidos en el Código Penal²⁹, los cuales sirven para analizar si

²⁸ Artículo 75 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

²⁹ Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

ese derecho puede desprenderse de manera directa de la Constitución Nacional o provenir de los derechos reconocidos en ella.

Dicha interpretación de la Constitución requiere que el juez interviniente en el caso examine el documento y observe si se puede desprender un derecho a la mujer al practicarse el aborto. La interpretación es una difícil tarea que requiere de un examen profundo de la Constitución y de los precedentes de la Corte Suprema, esto con el objetivo de observar si del documento nace el derecho al aborto, o si puede desprenderse de alguna de sus cláusulas.

En razón de ello, ante un caso supuesto de aborto en el cual deba intervenir el juez penal, se debe analizar si la mujer tiene el derecho constitucional de practicarse el aborto, ello si su caso es diferente a los supuestos establecidos en el artículo 86 del Código Penal³⁰. Por lo tanto, la decisión de practicarse el aborto fuera de los supuestos permitidos por la ley constituye una de las acciones privadas de los hombres (art. 19 CN), los cuales no ofenden de ninguna manera la moral, ni afecta a un tercero, solo están reservadas a Dios, y se encuentran exentas de la autoridad de los magistrados (Carrió, 2017).

Asimismo, el ordenamiento jurídico penal en su título I sobre los Delitos contra las personas establece la figura del aborto como un tipo penal, el cual tutela el bien jurídico de la vida. Aunado a ello, puede observarse que en el artículo 85³¹ se tipifica la comisión del delito del aborto, el cual establece que la persona que cause un aborto podrá ser reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, esto si obrare con el consentimiento de la mujer. Este artículo consagra el aborto como una figura que protege el bien jurídico de la vida de la persona por nacer. Además de ello, se debe conocer que la punición está afectada por dos supuestos, si de este hecho deviene la muerte de la mujer, se presenta el agravante, y si es ocasionado por un tercero con el consentimiento de la mujer tiene un atenuante (Fernández, 2015).

Por otro lado, el artículo 86³² expresa que las personas que incurran en las penas ya mencionadas en el precedente artículo sufrirán además inhabilitación especial por un doble tiempo de la condena, si la persona es médico, cirujano, partera o farmacéutica, los cuales

³⁰Artículo 86 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

³¹Artículo 85 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

³²Artículo 86 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

usando su conocimiento causen el aborto. De esta manera, se impone una pena complementaria por la condición especial que presenta el agente, en los casos que se desenvuelva en el plano de la salud.

Con relación a los abortos no punibles (art. 86 C.P.) se debe mencionar que, el que se practique por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada, no es punible si se llevó a cabo para evitar que corriera peligro la vida o la salud de la madre, lo cual se permite si no había otra forma de evitar el riesgo y también si el embarazo es producto de una violación y si la embarazada tiene un problema de demencia o retraso grave mental. Estas excepciones son el aborto terapéutico, que exige tres requisitos: una particularidad de calidad del agente, el consentimiento de la mujer embarazada y una especial finalidad.

Aunado a ello, se encuentra el aborto eugenésico, el cual tiene su origen en el aborto sentimental, el cual se produce por la violación de la mujer. Con respecto a este tipo de aborto, el Código Penal³³ no previó la aplicación, sino que lo restringió colocándole requisitos, los cuales son que la violación se produzca sobre una mujer idiota o demente, y se requiere la petición judicial por el representante legal para realizarla (Fernández, 2015).

Correctamente, sostiene Guerrero (2017) que propiamente la ley argentina no tiene prevista una definición de lo que es el aborto, pero sí indica el legislador que será condenado con pena de prisión aquel sujeto de derecho que haya causado un aborto. Lo cual, lleva a interpretarse análogamente que así como el homicidio es la muerte causada a un hombre, el aborto es la muerte causada a un feto. Comprendiéndose esta como la acción que provoca la destrucción de un feto en su seno materno o generando la expulsión del mismo.

Al momento de hablarse del derecho a la vida y del aborto, entran en debate distintas disciplinas que traen argumentos a favor y en contra de la vida. Hay corrientes que defienden la “libertad de autodeterminación”, de la mujer conforme a que ella pueda decidir lo que desee con su propio cuerpo y que sea libre de elegir si está dispuesta a atravesar todo el proceso de maternidad. Sin embargo, también está por otro lado la corriente que defiende la dignidad del niño concebido en el seno materno, se dice “niño”, puesto que en el ordenamiento jurídico se le considera como tal desde el momento de la concepción. Es el aborto entonces, el delito que es cometido contra la vida que estaría creciendo dentro del cuerpo de la mujer.

³³ Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

Aunado a lo indicado anteriormente, debe resaltarse que la comisión del delito es consumada cuando se practica cualquier tipo de interrupción durante el proceso del embarazo. Es un delito penal calificado como ilegal por el Código Penal argentino. Así pues, establece el artículo 85 del Código Penal argentino que:

ARTICULO 85. - El que causare un aborto será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

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

El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer³⁴.

Seguidamente, establece Guerrero (2017) que el Código Penal posteriormente sigue profundizando en cuanto a la regulación del delito del aborto. Aportando que el legislador desarrolla disposiciones como el aborto con consentimiento de la mujer; el aborto que provoca la muerte de la mujer; si hubo existencia de cooperación por parte de especialistas en la medicina como médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos y el aborto preterintencional.

Por otro lado, debe manifestarse que el mismo Código Penal dispone algunas excepciones al carácter punitivo del aborto, es decir, establece casos de impunidad. El primero de ellos lo que se ha denominado como "aborto terapéutico". El cual consiste en aquel aborto que ha sido practicado por un profesional de la medicina debidamente capacitado para realizar dicha actividad y que ha sido consumado con la finalidad de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. El segundo supuesto establecido en el legislador es el aborto practicado a una mujer cuando el embarazo ha provenido de una violación, o cuando la mujer es discapacitada mentalmente. En estos últimos casos el aborto es permitido y debe ser igualmente realizado con el consentimiento de la mujer, o con la autorización del representante de la discapacitada.

En este orden de ideas, aporta Carrió (2017) que “dentro del conjunto de normas constitucionales, convencionales y legales que integran el Derecho argentino no existe una norma que, de forma específica, reconozca que la mujer tiene un derecho a practicarse un aborto” (p. 2). Puntualiza el autor que básicamente ni la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos supranacionales, ni las leyes dictadas por el Congreso federal reconocen expresamente que la mujer tiene derecho a practicarse un aborto.

Para poder adentrarse en una correcta interpretación de lo que implica el aborto per se,

³⁴ Ley 11.179. Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

debe señalarse que hay plena discusión entre si el feto es persona o no. Pues bien, ya esto es materia de derecho civil, el cual se ha encargado de especificar a través del Código Civil y Comercial de la Nación cuándo existe una persona, cuándo comienza su existencia y cómo debe categorizarse a los fetos que se encuentran concebidos en el útero de la madre.

Indica Carrió (2017) que para la ley argentina la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Se parte de esta premisa dado que el legislador ha regulado la situación del por nacer, es decir, de aquel feto que aún no ha sido reputado como persona pero que se le considera como tal cuando se trata de beneficios. Este reconocimiento se materializa cuando el feto ha nacido vivo y los diferentes derechos irrevocables que se le habían otorgado surten efecto haciéndolo titular de los mismos. Según el autor, el ordenamiento jurídico reconoce a los fetos como “personas y que existen desde su concepción en el vientre de la madre” (p 4).

Continuando con el aborto, debe precisarse que el Código Penal únicamente permite que este se efectúe específicamente en dos casos particulares, los cuales ya han sido mencionados anteriormente. El primero de ellos es el aborto terapéutico o reconocido como el aborto practicado en situaciones de emergencia donde la salud o la vida de la madre se encuentra en riesgo; y el segundo de ellos es el aborto eugenésico, reconocido como aquel que es practicado a la mujer que ha quedado en cinta tras haber sufrido una violación, o también, aquel practicado a una mujer enajenada mentalmente previa autorización de su representante legal.

Por lo tanto, se reafirma que todo aborto practicado fuera de estas dos premisas establecidas en el Código Penal, es una acción antijurídica y tipificada como delito perfectamente castigada por el peso de la ley.

Hay un aspecto sumamente relevante puntualizado por Carrió (2017), donde señala que el aborto en la República Argentina a pesar de las diferentes campañas que se han promovido a lo largo de la nación, no se es una acción de carácter privado o de carácter auto-referente, ya que se está afectando la vida y el derecho de terceros involucrados, reconociéndose en tal caso al feto como el tercero involucrado que sería exterminado por voluntad de la madre o de un especialista sin ética profesional.

No debe dejarse por fuera de la presente investigación el mencionar la existencia de otra corriente opuesta, que si bien no es que mencione estar de acuerdo con el exterminio de fetos por voluntad propia de la madre, sí abogan por la salud de la misma. Es decir, hacen

preeminencia a la salud y el riesgo que sufre la mujer que de igual forma se practica el aborto así se encuentre prohibido por la ley. Intenta en tal caso, Fernández (2015), señalar las diferentes estadísticas que proporcionan un número importante de reconocer, dentro del marco de “promover la igualdad de derechos y la justicia social así como contribuir a mejorar la estructura de oportunidades en el campo de la salud sexual y reproductiva, definiendo medidas para reducir las barreras al acceso del abortopermitido por ley” (p. 5).

Aporta a la presente investigación Fernández (2015) que ha sido demostrado que en Argentina anualmente se practican aproximadamente 460.000 abortos, los cuales provocan aproximadamente 100 muertes durante el mismo lapso, siendo oportuno precisar que se llegó a dicha cifra partiendo de la cantidad de egresos hospitalarios por aborto; abortos tanto inducidos como involuntarios.

Desarrolla el mismo autor este aporte indicando que entre 1983 y 2008 fallecieron aproximadamente 2.600 mujeres por complicaciones de abortos clandestinos. Partiendo de esta alarmante cifra se vale Fernández (2015) indicar que:

Las estadísticas judiciales relativas a la criminalización del aborto, aunque parciales y espasmódicas, adquieren relevancia para el análisis de cuál ha sido la política criminal adoptada dado que, pese a posibles inexactitudes, de todos modos evidencian una clara desproporción entre la cantidad de abortos practicados y la respuesta penal del Estado frente a este delito (p. 5)

En este sentido vale la pena mencionar que durante el período 1993-2009, únicamente en la Ciudad de Buenos Aires fueron registradas aproximadamente 1.130 causas por el delito de aborto, 809 de las cuales fueron por aborto propio. Valiéndose de esta estadística realizada por Fernández (2015) se concluye que los datos compartidos llevan a racionalizar que la amenaza punitiva es ineficiente en gran parte, ya que en realidad no se está implementando ninguna política que prevenga la práctica del aborto, es decir, no resulta una medida eficaz para proteger la vida en gestación.

Esta premisa de ausencia de políticas efectivas que procuren la prevención del aborto no es solo mencionada por Fernández (2015), puesto que en su investigación también menciona un informe que fue realizado por el Comité de Derechos Humanos sobre Argentina en 2010, donde básicamente se precisa una gran preocupación porque la redacción contenida en el Código Penal argentino no amplía las causas de no punibilidad y únicamente condena la realización del mismo sin ninguna aplicación estratégica que efectivamente ayude a las mujeres a evitar embarazos no deseados sin necesidad de estas tener que recurrir a los abortos clandestinos, donde su vida claramente corre peligro.

Del mismo modo, amplía la información el autor puntualizando que el Estado está en la obligación de adoptar medidas que capaciten a los jueces y al personal de la salud sobre lo que es el aborto y sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal. Quedando claro además, que no se trata únicamente de una actividad que debe promover el Estado, sino también la sociedad juega un rol sumamente importante en este tipo de temas. Ya que la sociedad toma una corriente que se desencadena a lo largo de la nación y de esta manera los cambios son efectivos. En este sentido, es preciso señalar que dentro de las estadísticas respecto a la realización del aborto aproximadamente, “el 60% de los argentinos no está de acuerdo con penalizar a una mujer que se realizó un aborto y un 59% cree que las mujeres tienen el derecho de interrumpir su embarazo conforme a sus necesidades y convicciones personales” (Fernández, 2015, p. 6).

Siguiendo esta línea de investigación, señala Castro (2018) desde una postura investigativa y profesional que deben necesariamente aclararse cuáles son las dos posiciones sobre las cuales radica esta problemática respecto a la realización del aborto. La primera postura, es aquella reconocida como la tesis ultraliberal, anárquica e individualista; siendo esta la que aboga por la legalización de la interrupción del embarazo, como una elección libre de la mujer que no desea ser madre; y por otro lado, se encuentra la postura humanista y tradicionalista de la defensa del feto, por considerarlo humano desde el momento de la concepción.

Esto sirve de referencia dado que pueden determinarse claramente cuáles son las posiciones debatidas, yendo un poco más allá de la perspectiva legal contenida en el Código Penal, sin embargo, es de reconocer que a pesar de la sociedad pretender legalizar el aborto por las diferentes tesis que existan, hay una realidad y es que el código penal actualmente lo penaliza y solamente lo exceptúa en dos casos particulares ya anteriormente señalados.

La realidad en el ordenamiento jurídico argentino, es aquella reafirmada por Laje y Lanzavechia (2018), donde indican que el aborto es considerado por la ley como un “delito contra las personas”, concluyéndose que el feto en argentina ya es persona y podrá ser sujeto de derecho hasta tanto nazca y se repute como titular de los mismos.

Ahora bien, respecto a la consideración que se hace sobre los casos de aborto no punible por cuestiones terapéuticas, allí no es que precisamente se esté resguardando la vida o la salud de la madre, a pesar de ser este un factor determinante conforme a lo establecido en el Código Penal, sino más bien, se está comprobando la inviabilidad del embarazo de manera

natural y sana, por lo tanto podrá procederse a la interrupción del mismo no por voluntad de la madre, sino porque ha sido comprobado que es riesgosa la permanencia del embarazo.

3.2. El aborto en la jurisprudencia (caso F.A.L. y Portal de Belén)

Hay existencia de referencias jurisprudenciales que sirven de marco para la presente investigación, dentro de las cuales se encuentra el reconocido fallo F.A.L.³⁵, nombrado de esa forma por las siglas del nombre de la mujer involucrada dentro de la causa judicial. Dicho fallo consiste en un caso sobre aborto no punible y generó a lo largo de la nación todo un proceso de concientización interesante respecto a la materia.

En dicho caso, se adoptó un criterio de interpretación amplio del artículo 86 del Código Penal³⁶. En primer lugar se analizará el caso y luego se plasmó la postura que consideró un valioso precedente, que no lo agota ni plantea una jurisprudencia unívoca de los tribunales menores. En este caso la madre de la niña solicitó ante la justicia penal de la provincia de Chubut, que se ordenara la interrupción del embarazo de la niña y que tenía un periodo de 8 semanas.

Este caso se desarrolló en el mismo momento en que se presentó una causa en contra del esposo de la madre de la niña por su violación. En este sentido, la madre de la niña violada fundamentó su petición de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 del Código Penal³⁷. Por su parte, el juez penal aseveró que no tenía las facultades necesarias para adoptar medidas como la solicitada en la investigación, ordenando las actuaciones a la fiscalía, la cual también la reconoció como incompetente.

A razón de ello, la progenitora de la niña solicitó una medida autosatisfactiva ante la justicia de la familia, lo cual a pesar de ser rechazada en primera y segunda instancia fueron aceptadas en el Superior Tribunal de Justicia de la provincia, revocándose entonces los pronunciamientos de las instancias inferiores (García, 2015).

En este sentido, el Alto Tribunal consideró que el caso estaba dentro de lo establecido

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F.A.L.”, 13 de marzo de 2012. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>

³⁶ Artículo 86 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

³⁷ Artículo 86 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

para el aborto no punible en el artículo 86 del Código Penal³⁸, por lo cual esta interrupción del embarazo estaba acorde con lo establecido constitucionalmente y de forma convencional, y que aparte de la innecesidad de la autorización judicial de la práctica, en el *sub lite* se la entregaba a fin de concluir la controversia, procediendo a realizar la intervención médica habilitada. Esa decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto en representación del *nasciturus* por el asesor general de la provincia de Chubut, por ser *ad litem* y asesor de familia e incapaces, el cual se concibió a pesar de concretarse la práctica del aborto, basado en la gravedad del instituto del caso (García, 2015).

Indica Cárdenas (2012) que específicamente en la provincia de Salta la primera reacción la tuvo el gobernador, quien manifestó que sería necesaria una autorización judicial para que se practicara un aborto no punible. Lo que dio lugar a que se instruyera a los ministros de salud pública y de derechos humanos para que instrumentaran guías de asistencia a las víctimas de violencia sexual, así como también una guía de aborto no punible.

Esta situación es rechazada por el mismo autor al momento de puntualizar que exigir a la mujer “la asistencia tutelar del Ministerio Público o la denuncia penal como un instrumento suficiente para practicar un aborto no punible constituye un obstáculo dilatorio para el ejercicio de este derecho” (Cárdenas, 2012, p. 2). Lo anteriormente señalado tiene un claro sentido, y es que se trata de una postura completamente opuesta al principio de progresividad de los derechos humanos.

Posiblemente la finalidad de aquella participación del Estado en la realización de un aborto no punible se pueda deber a que se persigue precisamente la protección de la mujer y la garantía de que podrá ser atendida efectivamente. Esta postura es un tanto optimista respecto al funcionamiento del sistema que podría colocarse en duda, ya que afirma Menéndez (2013) que en gran parte de las provincias de la Argentina, no hay existencia de normas sanitarias correctas o de hospitalidades efectivas que sepan qué realizar en situaciones de solicitud de realización de un aborto no punible.

Reclama Menéndez (2013) que actualmente no existe datos sobre el verdadero impacto de las regulaciones del aborto y que sería posible afirmar que, al no estar acompañadas estas regulaciones de unas políticas públicas adecuadas, el acceso al aborto legal continúa siendo una promesa de protección a las mujeres que forman parte de las

³⁸Artículo 86 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

excepciones indicadas en el Código Penal para la realización de un aborto no punible.

Por otro lado, es igualmente relevante mencionar, conforme a lo establecido en la investigación realizada por Menéndez (2013), que cuando se ha intentado cubrir estos vacíos legales que generan una desprotección a la mujer han sucedido situaciones desfavorables. En este punto se resaltaré el caso de la Asociación Civil Portal de Belén³⁹, en el cual se inició una acción de amparo en contra del gobierno de la provincia de Córdoba en razón de la amenaza de muerte de las personas por nacer dentro de la provincia de Córdoba, ello debido a la entrada en vigencia de una resolución del Ministerio local que aprueba una guía de procedimientos para abortos no punibles.

De esta manera, la asociación solicita al gobierno local que no se aplique la guía y exige que se declare inconstitucional. De igual manera, se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los dos incisos del artículo 86 del Código Penal⁴⁰. Aunado a ello, se requiere como una medida cautelar la suspensión de la aplicación del protocolo.

En este caso el juez de primera instancia dio lugar a la medida cautelar de suspensión de la norma administrativa y la Cámara lo confirmó. Asimismo, la decisión de fondo en primera instancia aceptó de forma parcial la demanda y declaró la inconstitucionalidad y ordenó que no se aplicara el punto de la guía que exigía el requisito para acceder al aborto en los casos de violación de la declaración jurada del representante legal de la mujer que solicita la práctica (Menéndez, 2014).

Además de ello, exige a las autoridades de la provincia a establecer un nuevo procedimiento dedicado a verificar la intervención de un equipo interdisciplinario, que el niño que se desea abortar se concibió de manera efectiva como producto de una violación. La parte demandante y la demandada apelan el fallo de primera instancia. De esta forma, la Cámara dio lugar de forma parcial a la apelación de Portal de Belén y admite de forma parcial el amparo, y le ordena al gobierno local abstenerse de aplicar completamente las disposiciones de la resolución que acepta la guía, que declara la inconstitucionalidad en todos los aspectos (Menéndez, 2014).

³⁹Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación, "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", sentencia del 05 de Marzo del 2002. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁴⁰Artículo 86 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

Esto surgió ya que en la provincia de Córdoba entró en vigencia una resolución ministerial local que aprobaba una guía de procedimientos para el aborto no punible y la Asociación, aparentemente afectada por la publicación de dicha resolución solicitó que se ordenara al gobierno local abstenerse de aplicación de dicha guía, reclamando al mismo tiempo su inconstitucionalidad.

Aporta Menéndez (2013) que la complejidad del asunto radica en que no solamente la Asociación pidió la inconstitucionalidad de la guía aprobada por resolución ministerial, sino que también solicitó que fuese declarada la inconstitucionalidad de los dos incisos contenidos en el artículo 86 del Código Penal argentino⁴¹. La respuesta recibida fue que en efecto, el juez de primera instancia hace lugar a la medida cautelar de suspensión de la norma administrativa y la Cámara la confirma. Del mismo modo, se exhortó a las autoridades provinciales que establecieran un nuevo procedimiento que tiene como finalidad el comprobar, con intervención de un equipo interdisciplinario, que el feto que se pretende abortar en efecto ha sido concebido como consecuencia de una violación.

Ahora bien, en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de los dos incisos del artículo 86 del Código Penal, la Cámara rechaza este planteamiento, ya que en realidad, los verdaderos actos que la parte actora pretende defender, “son los abortos que se practicarán como consecuencia de la normativa ministerial impugnada. El objeto de la acción de amparo es juzgar la resolución que amenaza el derecho a la vida de todos los niños por nacer” (Menéndez, 2013, p. 6).

Por último, debe indicarse que la respuesta que recibe la Asociación Civil Portal de Belén es positiva en un sentido, ya que en el otro extremo, la cámara señala que no podrá pronunciarse respecto a la constitucionalidad del artículo 86 del código penal en un carácter interpretativo, ya que podría desnaturalizarse per se, la verdadera funcionalidad de la acción de amparo interpuesta y la Cámara no es ningún tribunal de apelación de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Indica Menéndez (2013) que es innegable la restricción al acceso de este derecho que tienen las mujeres, ya que señala el autor que la implementación de políticas en la nación no están siendo las adecuadas a pesar de la existencia de diferentes protocolos que pretenden regular la situación. “El proceso de reforma legal para la implementación de los permisos de

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", sentencia del 05 de marzo de 2002. Recuperado de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=5166011>

aborto no puede verse como un fenómeno lineal o meramente evolutivo” (p. 4).

Concluye su postura Menéndez (2013) señalando que inclusive muchos de los protocolos que existen para regular el aborto no punitivo no cumplen ni siquiera con los estándares de acceso que han sido fijados por la Corte en el fallo F.A.L, inclusive, a modo de relevación, profundiza el autor que algunas provincias establecen en sus respectivas datas incongruencias en las cifras de abortos no punibles, ya que el estimado de población de la provincia no coincide con los datos oficiales, y ello serviría como prueba para demostrar que el sistema podría no estar funcionando efectivamente.

En la mayor parte de las jurisdicciones y a nivel nacional no existen siquiera estadísticas públicas sobre la temática que permitan tener un panorama más claro del fenómeno. En este contexto, la autoridad sanitaria nacional no adopta un rol definidamente activo en temas de aborto no punible y la fragmentación de derechos, típica de nuestro federalismo en salud, se acentúa (p. 5)

La investigación de Sagüés (2012) se encaminó en un análisis del fallo F.A.L.⁴², a través del cual puntualizó la gran conmoción que el caso generó. Siendo evidente la radicalización de la sociedad contemporánea respecto a las posturas del aborto, dentro de las cuales por un lado está la corriente que habla de la interrupción del embarazo y por otro lado se habla de homicidio prenatal.

Al respecto, debe mencionarse que en ambos casos la cuestión es muy significativa porque se colocan en conflicto dos bienes en específico: por un lado, la vida de la persona por nacer, que conforme al ordenamiento jurídico argentino es jurídicamente "niño", tal y como ya se ha manifestado anteriormente; y por otro, la grave situación de trauma por la que ha atravesado una niña, que ha sido víctima de violación y a la que se le tornaba complejo proseguir con la gestación de un ser que no quiso engendrar, con todas las secuelas físicas, emocionales, psíquicas y traumáticas que ello provoca.

Esta situación funciona de marco referencial para analizar cuál debería ser verdaderamente la postura que el Estado debe tomar respecto al aborto. Es igualmente determinante la postura que mantenga la sociedad respecto a la concepción de esta situación jurídica, quedando en evidencia que jurisprudencialmente, las referencias que existen son válidas para dar progreso a la discusión del aborto no punitivo.

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F.A.L.”, 13 de marzo de 2012. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>

3.3. Los protocolos de aborto no punibles

Ahora bien, corresponde ahondar sobre los protocolos de aborto no punible a los fines de examinar qué se ha dispuesto respecto del procedimiento especial destinado a garantizar el aborto en los casos previstos por la legislación penal vigente. Sobre ello, Andía (2016) aborda una muy acertada posición al momento de determinar de qué manera sería procedente un aborto no punible, utilizando como marco de referencia el fallo F.A.L., valiéndose de éste fallo como uno de los cuerpos jurídicos más relevantes y vinculantes en materia de aborto. Relata pues el autor que en marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación otorgó una autorización de interrupción legal del embarazo a una joven de 15 años de edad quien había sido violada su padrastro, rechazándose al mismo tiempo el recurso extraordinario que fue interpuesto por el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut en representación del niño por nacer.

Dicho fallo funcionó para delimitar el alcance de artículo 86⁴³, específicamente en el sentido del aborto no punible. En primer lugar, se aclaró que el aborto en el derecho argentino es punible, salvo los casos excepcionales que se encuentran expresos en el Código Penal; en segundo lugar se puntualizó que no es necesario requerir de ninguna autorización judicial por parte del médico para la realización del aborto no punible, puesto que esta sería considerada como innecesaria e ilegal a pesar de ser una práctica institucionalizada.

Dice Andía (2016) que el solicitar este tipo de requisito para poder practicar un aborto no punitivo podría trasgredir los derechos de las mujeres o de la víctima, ya que exigirlo obligaría a la persona afectada a demoras y a exponer públicamente temas privados, contrariando a los principios y derechos constitucionales. “El médico debe practicarlos, bastando una declaración jurada de la víctima, o de su representante legal según el caso, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación. Tampoco es necesaria la denuncia penal al respecto” (p. 6).

En tercer lugar, añade Andía (2016) que respecto a la participación de profesionales de la medicina, el médico tiene derecho a la objeción de conciencia, pero exige que se manifieste al momento de la implementación del protocolo para saber que la institución cuenta con los recursos suficientes para cumplir con la obligación legal. Igualmente, sostiene

⁴³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F.A.L.”, 13 de marzo de 2012. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>

el autor que los jueces también deberían abstenerse de judicializar el acceso a este tipo de intervenciones, la decisión respecto de las mismas queda reservada a la decisión del médico y del paciente.

Cabe destacar que, algunos protocolos solo consideran el acceso al aborto legal en caso de que haya violación y excluyen el caso de riesgo para la vida o la salud de la madre, por lo cual solo se permite el aborto cuando existe peligro grave e inminente para la salud de la mujer, o se intenta cambiar el tipo penal agregando ciertas limitaciones relacionadas con la edad de la gestación. De esta manera, se intenta posicionar sobre el Código Civil diversos Protocolos que requieren que los adolescentes entre 14 y 18 años tienen el consentimiento de sus padres para acceder a este tipo de atención sanitaria (Buenos Aires, Salta, La Pampa, Neuquén, Córdoba, Entre Ríos, Río Negro, Ciudad de Buenos Aires).

Aunado a ello, en los casos de las mujeres mayores de edad que tengan discapacidad intelectual o psicosocial, pueden acceder a este procedimiento con el consentimiento del representante legal, sin necesidad de un sistema de apoyo que se dedique a aconsejar a la mujer sobre esta decisión, pero es necesario que se presente la denuncia penal de violación o la declaración jurada llevada a cabo con la ayuda del Defensor Oficial o de los Menores Incapaces subestimando la autonomía de la mujer.

Por otro lado, en algunas provincias estos instrumentos requieren de la intervención de un equipo interdisciplinario para poder verificar la procedencia del aborto (La Pampa, Entre Ríos, Ciudad de Buenos Aires) o la autorización del director del centro médico (Entre Ríos, Ciudad de Buenos Aires, Neuquén). Asimismo, en relación a la objeción de conciencia, lo cual permite que los profesionales objeten en cualquier instante la atención, incluyendo el momento en el que atienden a la paciente, esto cuando es claro que se violan los derechos del paciente (Deza, 2015).

Por lo tanto, generalmente es completamente federal el descontrol que se presenta con relación al uso y abuso de la objeción de conciencia ante el aborto. Para ello se debe tener en cuenta que el objeto de los Protocolos o Guías exhortados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue el de eliminar obstáculos para acceder al servicio médico de aborto. De esta manera, resulta útil aclarar que se entiende por obstáculos para acceder al aborto a aquello que no es exigible, ni medicamento necesario, lo cual desalienta a las personas que tienen expectativas claras para buscar servicios de salud sin ningún tipo de riesgo y de manera

temprana. Asimismo, resulta oportuno aclarar que la CSJN aclara que los profesionales que sean responsables para crear barreras debe responder sus autores por las consecuencias penales y de otros aspectos que puedan aparejar su obra (Deza, 2015).

Es importante mencionar además que, si no existieran protocolos sería más difícil ejercer el derecho a un aborto no punible si se dan las circunstancias. Empero, estas autorizaciones están presentes desde el año 1921 y el acceso a ejercer este derecho es clandestino e inseguro para la gran parte de las mujeres. Por su parte, la Asociación por los Derechos Civiles llevó a cabo un relevamiento interesante con relación a este aspecto. De esta manera, actualmente 8 provincias no poseen protocolos, estas son: Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán. De esta forma, 8 jurisdicciones se encargan de regular los permisos con requerimientos que pueden hacer más difícil que se accese al aborto no punible, estas son Ciudad de Buenos Aires (cuyos requisitos arbitrarios se encuentran suspendidos por orden judicial), Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta. Finalmente, 8 jurisdicciones presentan protocolos de acuerdo a lo establecido en la CSJN: Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego. Por su parte, el protocolo de Salta es el que menos se ajusta a los estándares establecidos por la Corte en el particular fallo FAL (Andía, 2016).

3.4. El proyecto de ley de interrupción del embarazo

Indica el autor Gil (2018) que el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo no trasgrede el artículo 43 párrafo tercero de la Constitución argentina, ni tampoco viola los artículos 2 y 7 de la ley 25.326 cuando establece un registro de profesionales objetores de conciencia.

En primer lugar, no obliga a los profesionales a tener que expresar las convicciones religiosas, filosóficas o morales en las cuales se funda la objeción, estos únicamente deben manifestar la objeción. En segundo lugar, el registro no es público o de libre acceso, solamente recolectan, tratan y acceden a los datos personales de manifestación de la objeción las autoridades que intervienen en la organización del sistema de salud. En tercer lugar, implica una garantía de pleno ejercicio de la objeción de conciencia, puesto que, una vez registrada, la persona objetora no puede ser obligada a realizar la práctica de interrupción voluntaria del embarazo. En cuarto lugar, la registración posibilita la eficiente organización del sistema de salud con relación a la interrupción voluntaria del embarazo. En quinto lugar, el registro permite el ejercicio de la objeción de conciencia parcial que se verifica cuando un profesional de la salud

objeta respecto de algunas causales de aborto no punible (p. 6).

Hay posturas como la de Fregonese (2018) que rechazan categóricamente la práctica del aborto. Este autor puntualiza que el aborto consiste en un acto que colisiona, vulnera y transgrede el derecho a la vida de otra persona. Añade que se trata de la materialización de la interrupción del embarazo, entendiéndose esta como una práctica que invade el cuerpo de la mujer aniquilando todo rastro del ser vivo que se forma dentro de ella.

Respecto a las consecuencias de esta interrupción del embarazo dice Fregonese (2018) que hay evidencia de que la mujer que sufre el aborto sufre de traumas posteriores que pueden llevarle a la afectación grave de la psiquis. Por lo tanto, no respalda ningún tipo de proyecto que abogue por la legalización de este acto atroz que acaba con la vida de un niño indefenso que no podría ser escuchado ni protegido.

Existencia una diferenciación sumamente relevante para la presente investigación, pues bien, participa Fregonese (2018) que no es lo mismo hablar de aborto legal que de aborto no punitivo, ya que el primero de ellos sería considerado por el ordenamiento jurídico como un acto permitido y positivo, lo cual dentro de la legislación argentina no es correcto, ya que a lo largo de la nación se reconoce al aborto como una acción moralmente improcedente y este se asiente sobre una escala de valores que contiene a la vida como fundamental. Lo que sí se reconoce es la existencia del aborto no punitivo, ya que expresamente, tal y como ya se ha indicado, es una figura que se encuentra dentro del Código Penal argentino en dos incisos del artículo 86.

Debe mencionarse que la ola de promoción que se corrió por la República Argentina fue ardua mientras la discusión del aborto legal estuvo en apogeo. Cada uno de los bandos procuraron tener la razón, pero finalmente prevaleció aquella que apostaba por la vida y por salvar tanto la vida de la mujer como la del feto. Factores como la religión, la representatividad en el senado, la argumentación moralista y el apoyo del gobierno legítimamente constituido fueron pilares fundamentales y determinantes para finalmente caer en la decisión que triunfó. Siendo de igual forma vital lo sucedido ya que ha quedado para la historia del país la discusión y la concientización que este proceso logró.

3.5. El aborto en el Anteproyecto de Código Penal

Participa Romero (2018) que el anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación impulsado por la Comisión, sin duda alguna tuvo un carácter protagónico en la

apertura a un camino hacia un nuevo debate sobre lo que es el aborto en todos sus aspectos.

Jurídicamente aporta un análisis acertado Romero (2018) a través del cual indica que el anteproyecto que fue promovido sufría que grandes falencias, por cuanto la sociedad se encuentra meramente constituida por un ordenamiento jurídico al cual debe obedecer y respetar. Pues bien, dentro del concepto de lo que se reconoce como el Derecho Penal, se trata de la ciencia que procura la tipificación de ciertas conductas como socialmente desviadas y por consecuencia como delitos, llamando en tal caso de la realización de dicha conducta el castigo por imperio del Estado.

Siguiendo la corriente anteriormente presentada por Romero (2018), vale la pena señalar que la sociedad está formada por un conjunto de normas prohibitivas, tales como los homicidios, abortos, lesiones, violaciones y robos. Lo cual, desde una perspectiva realista clásica, no puede obviarse que la ley penal prohíbe todos actos exteriores que son lesivos a otros y por lo tanto, no podría esperarse que la sociedad aceptase el cese al carácter punitivo del Estado respecto a la preservación de este marco.

Podemos percibir, entonces, que la ley penal protege bienes jurídicos mediante prohibiciones de actos sumamente gravosos para la tranquila convivencia y ordena conductas en pos del bien común, de por sí imperativas a sus destinatarios, aunque estos posean libertad en orden a cumplirlas o no. De ahí que el legislador debe prever la coacción jurídica indispensable para concretar su cumplimiento, pues la obligación constituye una forma de necesidad de fin y el orden jurídico no puede tolerar su quebrantamiento, por cuanto de esa manera se vería comprometida su existencia en tanto orden a fin (p. 4).

Por lo tanto, debe señalarse que a lo que se refiere el autor en conclusión, es que el proyecto promovido no logró alcanzar superar las manifestaciones de un derecho penal débil en una sociedad moderna, ya que, según el autor, en realidad ni siquiera el derecho a la vida es eficazmente preservado. Es también preciso indicar que de haberse inclusive aprobado dicho proyecto, habría traído consigo mismo un carácter inconstitucional por tanto contrariaría la concepción de lo que es “justo” y reconocido como “derecho natural” por la Constitución Nacional.

Hay existencia de un problema mayor que se debe reconocer, el cual busca dar solución a una problemática nacional que mantiene desprotegida a la mujer. Ya que el sistema no proporciona la seguridad suficiente para que el aborto inclusive no punitivo, sea realizado conforme a lo que la ley indica. Debe actuarse no solo conforme a un control constitucional en base a la Carta Magna, sino también conforme a un control de convencionalidad que utilice los instrumentos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.

Conclusión

Debe puntualizarse que Argentina cuenta con un amplio respaldo en base a lo que se reconoce como lo que es el aborto en sí. Tanto en el polo que busca la penalización rotunda del mismo, como en el polo que protege a las mujeres y que busca hacerlas visibilizar en un mundo que no les escucha los problemas verdaderamente arraigados y que ocurren dentro del territorio de la República hasta el punto de tener que considerarlos como un problema de salud pública dado que los abortos clandestinos siguen permaneciendo y cobrando vidas inocentes de manera clandestina.

El Estado de Derecho exige que se cumpla la Constitución Nacional y las leyes vigentes para poder hacer funcionar a cabalidad todo el sistema. Por lo tanto, apegándose a la norma, debe indicarse que hay existencia de evidencia irrefutable que confirma que a partir de la concepción existe vida de un ser humano. Por lo tanto, se estaría refiriendo a un “por nacer”, reconocido como niño dentro del ordenamiento jurídico argentino.

Se concluye que hay mucho por desarrollar conforme al funcionamiento de las leyes y de las políticas del Estado. Que si bien la moralidad es algo que se construye y va arraigado a la sociedad, las leyes van de la mano a ella, y deben coexistir en concordancia con las normas supremas conforme a la pirámide de Kelsen, ya que no podría existir colisión entre una norma inferior que posteriormente sería declarada improcedente por ser inconstitucional, restándole importancia a su existencia propia por irrespetar preceptos constitucionales.

El fallo F.A.L solo 8 de las 25 jurisdicciones del país tienen Protocolos que se corresponden con la decisión de la Corte. De igual manera, los protocolos de 8 jurisdicciones estipulan requisitos que no han roto las barreras y pueden obstaculizar el acceso a los abortos legales, y 8 jurisdicciones que no han propuesto protocolos de atención.

Empero, a pesar de que en el fallo se les devuelve a las provincias una obligación de garantizar las interrupciones legales de embarazo es que se eliminen las dificultades para acceder al aborto, esto no ha ocurrido en la realidad y el panorama demuestra diversas barreras formadas desde lo institucional.

La concientización respecto a los cambios modernos y a las exigencias que van surgiendo conforme a las libertades individuales y a los movimientos que se propagan, es un aspecto que no debe dejarse de lado; y si bien, se debe abogar porque permanezcan los valores en la sociedad, también debe hacerse frente a los problemas con mayor tacto, entendiéndose

que la prevención, la educación, la protección y el cuidado son los factores que más deberían desarrollarse en un Estado radicalizado por consecuencia de un sistema fallido que generó una polarización entre los que buscan proteger a la mujer y los que buscan la permanencia del ser que cobra vida desde el momento de la concepción.

Capítulo 4: El aborto en el Derecho Comparado

Introducción

En los últimos años, el grandioso avance de la ciencia ha dejado como resultado la aparición de nuevos desarrollos en la rama de la medicina, la mayoría busca que la sociedad consiga una importante mejora en sus condiciones de vida. Sin perjuicio del indiscutible sentido positivo que poseen las prácticas novedosas que se han desarrollado, su llegada dificulta la discusión moral que las envuelve, acarreando también un número de dudas que en años atrás nunca se hubiesen pensado.

Diferentes temas que conciernen a ello ocupan la libreta de los especialistas médicos, y el índice se examina y se actualiza diariamente en paralelo al desarrollo, presentando mayor o menor incorporación en el ámbito social dependiendo de la dificultad técnica que el asunto posea, así como también de las implicaciones prácticas que acarreen. Indudablemente, uno de los que genera más interés para la sociedad es con respecto a la punibilidad del aborto, apareciendo largas disputas en las que sus defensores mantienen criterios radicalizados e incoercibles.

Este tema se ha situado en la agenda de debate jurídico de los países del mundo. Ciertamente, en los Estados europeos con el pasar de los años se ha llegado a un criterio casi uniforme de la cuestión, sin embargo, en Latinoamérica las disputas cada vez son mayores y más profundas.

Es verdad que en muchos de los países latinos no se permite la interrupción voluntaria del embarazo, no obstante en la mayoría de ellos se establecen ciertas excepciones (claramente enunciadas por la norma) para efectuarlo y que el mismo no acarree sanción penal para el practicante.

Es por ello que, el presente capítulo se abocará al estudio y análisis legal de la punibilidad del aborto en ciertos órdenes jurídicos, con el fin de indagar cual criterio manejan en cuanto a esa interrupción y, de esta manera determinar cuáles constituyen sus argumentos, bases y fundamentos doctrinales que respalden las posturas adoptadas.

4.1. El aborto en Europa

A partir de la década de los 70, los países que conforman Europa poco a poco han ido modificando sus normativas concernientes al aborto. Han ido limpiando sus ordenamientos jurídicos de una serie de prejuicios que en este tema se tenían.

Con la finalidad de fijar una comparación legislativa, a continuación se pasará a nombrar de forma breve cual es el régimen legal que rige la interrupción voluntaria del embarazo en algunos países de ese continente.

Sin embargo, antes de ello es importante resaltar que, de acuerdo con Medina (2014), los lineamientos sobre el aborto se efectúan dentro de dos regímenes distintos, el primero de ellos es el “sistema de plazo” en el cual se permite abortar de manera libre en determinado tiempo; y el segundo es el “sistema de supuestos” que determina las hipótesis en las cuales tal acto es lícito.

En consecuencia, en los países de esa región básicamente el aborto es solo permitido en dos contextos: como se dijo, el primero de ellos brinda la posibilidad de acabar con el embarazo en un determinado plazo, el cual se comienza a contar a partir de la primera semana de gestación, es decir, en gran parte de éstos países los legisladores dejaron al libre albedrío de la mujer si continuar o no con la gestación, por lo que en caso de hacerlo, tal acto no tendría ninguna consecuencia jurídico – penal siempre que se verifique dentro del tiempo que la norma establece; mientras que en el segundo presupuesto se permite ésta práctica en cualquier etapa del embarazo, siempre y cuando exista un motivo cierto que la norma haya enunciado (vgra. riesgo en la salud de la madre, malformación del feto, entre otros).

4.1.1. Alemania

Luego de la unión de Alemania Oriental y Occidental se adoptó un régimen de plazos con otro de conjeturas. De tal modo, desde ese momento se permite la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras 12 semanas, sin embargo es posible autorizarse luego de ese tiempo cuando la mujer se halle en “situación de especial necesidad”, siempre y cuando posea una orientación mínima tres días antes del aborto.

Respecto a ello, es importante indicar que en la excepción del aborto por motivos médicos, la mujer embarazada tiene la obligación de ir a una sesión de asesoramiento con anterioridad al sometimiento al aborto, en la cual que se le advierte que el embrión tiene pleno derecho a la vida y se le muestra un número de opciones que puede escoger antes de la interrupción del embarazo (Medina, 2014). Tal asesoramiento es también impuesto cuando, por motivos médicos, las mujeres deben dar fin a su embarazo en la última fase de gestación.

De lo dicho se concluir que, la finalidad del legislador al imponer tal condición para la ejecución del aborto, es la de persuadir a la madre para que no realice el acto. Por lo que, él propone un término de reflexión de tres días con el objetivo de que en ese tiempo la madre se

arrepienta y siga con el embarazo.

4.1.2. Bélgica

Por su parte, en este país la interrupción voluntaria del embarazo era ilegal hasta los años 90' cuando se dictaminó la normativa referente al aborto, que reformó los artículos 348, 350, 351 y 352 del Código Penal y derogó el 323 del mismo cuerpo legal. Esta ley consagra un régimen híbrido, de plazos y causales, que fundamentalmente despenalizan la interrupción voluntaria del embarazo (Medina, 2014).

En la actualidad, los abortos, al igual que en los países que hemos advertido, son legales hasta la doceava semana de embarazo. La embarazada tiene la obligación de certificar por escrito que se encuentra determinada a interrumpirse el embarazo y el médico debe también estar convencido de su decisión. “Después de las 12 semanas, el aborto sólo puede practicarse si dos médicos coinciden en que continuar con el embarazo pondría en peligro la salud de la mujer o si el niño, de nacer, sufriría una patología especialmente grave e incurable” (Medina, 2014, p. 3).

De lo anterior, se debe resaltar las dos condiciones que el legislador le impone a la mujer embarazada: La primera de ellas consiste en la certificación por documento escrito de la voluntad de abortar y, la segunda se relaciona con el conocimiento por parte del médico de la voluntad de la mujer de someterse al aborto. Es decir, el legislador con estas condiciones de procedibilidad tiene como finalidad resguardar y proteger la voluntad de la susodicha, pues al imponer como requisito la certificación por escrito de la voluntad de ella, lo que se pretende es dejar demostrado la no coacción por parte de terceros de la interrupción de la gestación, así como también se cuida la ética del profesional de la salud con relación a su deber de respetar las decisiones de sus pacientes.

4.1.3. Dinamarca

En 1937 el aborto fue legalizado en algunos casos y, a partir de 1973, puede efectuarse de manera libre hasta la semana 12 de embarazo. Desde ese momento, nace la posibilidad de abortar siempre que el embarazo constituya un gran riesgo para la vida de la mujer o coloca en peligro su salud psicológica o física. “En otros casos (desde violación hasta inmadurez de la madre), también está permitido si lo autoriza un comité formado por el director del centro donde se va a practicar y dos médicos” (Medina, 2014, p. 3). No obstante, en caso de que la embarazada sea menor de edad, es exigido el consentimiento de los padres. De acuerdo a la disposición normativa contenida en el artículo 1 de la ley, una mujer que resida en ese país

tiene derecho de requerir que le sea efectuado el aborto, siempre que esta intervención se verifique antes de concluir el plazo de las 12 semanas de gestación.

Ahora bien, cuando la vida o la salud física o psicológica de la embarazada padezca algún peligro que se halle justificado medicamente, el aborto puede efectuarse sin que se necesite una autorización particular, más que el plazo determinado de 12 semanas. Igualmente, puede realizarse luego del tiempo establecido (12 semanas) con un permiso de una comisión ad hoc compuesta por dos médicos y un trabajador social, uno de los médicos debe ser cirujano y el otro psicólogo o especialista en medicina social (Medina, 2014).

Es decir, el legislador establece como condición (más allá del riesgo cierto de salud física y mental de la paciente) una aprobación del acto del aborto por parte de una comisión multidisciplinaria, por lo que se concluye que la finalidad de la norma es que tal cuestión sea analizada por los profesionales mencionados, con el objetivo de comprobar que las razones dadas por la mujer embarazada sean ciertas y que no exista otra alternativa recurrible, que no involucre ponerle fin a la gestación.

4.1.4. Francia

En Francia la interrupción voluntaria del embarazo fue liberada en el año 1975 por medio de la Ley Veil, la cual lo permitía hasta la doceava semana de gestación. En la actualidad, a pesar de que aquella ley no se encuentra en vigencia, tal disposición normativa si lo está, pues el Código de la Salud así lo permite.

En este sentido, la ley francesa establece que la mujer en gestación debe declarar que se halla en estado de angustia como consecuencia de su condición y de esta manera asistir a sesiones con trabajadores sociales. Asimismo, el médico tiene la obligación de brindarle toda la información con respecto a otras alternativas que puede escoger para no dar fin al embarazo. Posteriormente a estos asesoramientos, la normativa otorga el permiso para tal práctica siempre que los mismos se realicen una semana antes del aborto.

Como se puede observar, al igual que en otros países que se han analizado, en Francia el legislador vuelve a imponer un tiempo de reflexión para la madre. De este modo, se demuestra la clara idea no abortista que reina sublimemente en los ordenamientos jurídicos en cuestión, sin embargo, a pesar de ello, todos le dan prioridad a la voluntad de la progenitora.

4.1.5. Grecia

El ordenamiento jurídico griego permite la solicitud de la interrupción del embarazo,

como en los demás países, durante las primeras semanas de gestación. No obstante, en el caso de las menores o que el embarazo haya sido producto de un incesto o violación, la licitud del aborto se extiende hasta la semana 19 de gestación. Si el asunto tiene que ver con malformaciones fetales, las leyes griegas plantean la posibilidad de dar fin al embarazo hasta la semana 14 de embarazo. “Un médico ajeno a la intervención debe confirmar la existencia de uno de los supuestos en función del momento de la gestación” (Medina, 2014, p. 3). Pero, en caso de tratarse de una menor de edad es obligatorio que exista el consentimiento de los padres o del tutor legal.

4.1.6. Holanda

En 1980 fue dictada la normativa regulatoria del aborto y reglamentada en 1984. Ésta es una ley de plazos que acepta la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras 24 semanas de gestación. En la realidad la gran parte de los abortos se efectúan dentro de las 22 semanas. Únicamente las interrupciones de embarazos se dilatan hasta la semana 24 por motivos médicos. El profesional de la medicina que la atiende a la mujer tiene la obligación de informarle de otras alternativas a las que puede acceder con la finalidad de que la susodicha no aborte. Del mismo modo, ley obliga luego de este asesoramiento que la mujer espere seis días antes de efectivamente interrumpir el embarazo.

Ahora bien, es importante acotar que desde 1984, las mujeres holandesas que tomen la decisión de practicarse la interrupción del embarazo pueden hacerlo de modo gratuito en el sistema nacional de salud. Información la cual resulta bastante curiosa puesto que pone en total evidencia el desarrollo cultural de la sociedad holandesa, y sobretodo la gran libertad que se vive en ese país. Al parecer los prejuicios en las personas no se constituyen como el pan de cada día, como sí suceden en la región Latinoamericana.

4.1.7. Italia

A partir de 1978 fue liberado el aborto en Italia. Desde ese momento, la mujer embarazada tiene la posibilidad de interrumpir su embarazo durante los primeros 90 días de la gestación. Luego de solicitar el aborto, a la embarazada se le informará de todas las demás alternativas que pudiera tomar y, excepto en caso de emergencia, se le asigna una semana para reflexionar sobre su decisión. Posterior a los 3 meses de gestación, la interrupción del embarazo únicamente se encuentra permitida cuando de él dependa salvar la vida de la madre o cuando su salud física y psicológica se halle en riesgo, hipótesis que también comprende las graves deformidades en el feto.

Los médicos pueden acogerse a la objeción de conciencia, lo que en la práctica dificulta el acceso al aborto en algunas zonas. El artículo 12 de la ley requiere el consentimiento de los padres o del tutor cuando la mujer sea menor. "Sin embargo, durante los noventa primeros días de gestación, cuando, por motivos serios, sea imposible o desaconsejable consultar a las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela, o cuando estas personas, luego de ser consultadas, se niegan a prestar consentimiento o expresen opiniones contradictorias", el médico podrá solicitar al juez tutelar que tome la decisión de autorizar o no la interrupción del embarazo. Esta decisión no es apelable (Medina, 2014, p. 5).

Ahora bien, cuando haya riesgo grave para la salud de la menor y el aborto sea urgente y necesario, la mujer podrá solicitar tal intervención, sin que el consentimiento de la persona que posea la patria potestad o el tutor sea necesario y sin ir ante el magistrado.

4.1.8. Portugal

Por su parte, en Portugal, en el 2007 el aborto fue legalizado hasta la décima semana de embarazo. Desde ese momento es posible interrumpir el embarazo cuando existen deformaciones en el feto, cuando la gestación es consecuencia de un crimen contra la libertad sexual o cuando hay peligro físico o mental en la salud de la madre. Asimismo, en caso de tratarse de una menor de edad, tal interrupción debe estar autorizada por los padres.

Para finalizar es importante señalar que, como se ha podido notar, en gran parte de los Estados de Europa, e Italia no es la excepción, colocan como requisito *sine qua non* (salvo ciertas excepciones) la autorización o consentimiento de los padres cuando quien se práctica el aborto es una menor de edad. Requerimiento el cual se estima bastante acertado, pues para nadie es falso que un menor de edad es considerado de esa forma porque no posee el suficiente discernimiento para tomar ciertas significantes decisiones, y el aborto es una de ellas.

4.1.9. Reino Unido

La interrupción del embarazo se encuentra extensamente permitida por la Ley del Aborto⁴⁴ y sus modificaciones hasta las primeras 24 semanas de la gestación. De acuerdo con la normativa, el aborto debe contar con los siguientes requerimientos para no constituirse como delito:

(...) la solicitud debe presentarse antes de finalizar la vigésimo cuarta semana de embarazo y la presentación de un certificado extendido por dos médicos que exprese que la salud física o mental de la mujer o sus hijos corre peligro en caso de que continúe el embarazo (situación económica, vivienda, etc.) o que estudios médicos prueben que el niño corre el riesgo de nacer con importantes malformaciones o una afección mental grave. Cuando la vida o salud de la madre se vea "gravemente amenazada" o exista un grave riesgo de anomalías fetales, no existe límite (Medina, 2014, p. 5).

⁴⁴ Ley del Aborto. Boletín Oficial del Reino Unido, 27 de abril de 1968.

Las mujeres de ese país pueden acceder de modo gratuito a centros donde lo practiquen por medio del National Health Service. En lo que respecta a las mujeres menores de edad, la Ley de Reforma del Derecho de Familia⁴⁵ establece que un menor tiene la posibilidad de autorizar, sin consentimiento de sus progenitores o tutor, para la efectución de actuaciones médicas, a partir de los 16 años de edad.

4.1.10. Suecia

A partir 1938 en Suecia ya se permitía el aborto en unas numerosas hipótesis. Sin embargo en la actualidad, desde la modificación legislativa del 2007 el orden jurídico sueco le brinda la posibilidad a la mujer de interrumpir la gestación hasta la semana 18. “Para embarazos de entre 12 y 18 semanas, la gestante debe discutir el tema con una trabajadora social” (Medina, 2014, p. 6). Después de ese tiempo de embarazo, únicamente se permite el aborto si el mismo es autorizado por un comité nacional de salud, en la mayoría de los casos porque se halle en riesgo la salud de la progenitora. Igualmente, se salvaguarda la gratuidad de la interrupción del embarazo y únicamente los profesionales de la medicina están autorizados para ejecutarlo⁴⁶. De igual modo la normativa establece que anterior y posterior al aborto es necesario brindarle atención psicológica a la madre en los hospitales o centros sanitarios debidamente autorizados.

De lo dicho anteriormente se deben resaltar dos aspectos sumamente fundamentales de la cuestión: El primero es el requerimiento por parte del legislador de las consultas con la trabajadora social cuando la mujer quiera someterse al aborto y la gestación se encuentre entre las 12 y 18 semanas y, la segunda refiere a la autorización de la interrupción por parte de una comisión cuando el embarazo supere las 18 semanas de gestación. Es decir, la mujer puede plenamente tomar la decisión de abortar y que tal decisión sea respetada, únicamente cuando se halla entre la primera semana y doceava semana, pues posteriormente tal determinación no puede verificarse sin antes no ser aprobada por el comité nacional de salud.

4.2. El aborto en Chile

En la República de Chile es únicamente permitido el aborto con fines terapéuticos. En consecuencia, es el profesional de la salud quien está autorizado para practicar este acto. El derecho a la vida establece en paralelo “el deber de vivir para su titular y el deber ineludible de salvarla para el médico a cargo del paciente, con prescindencia de toda opinión de este

⁴⁵ Ley de Reforma del Derecho de Familia. Boletín Oficial del Reino Unido, 17 de julio de 1969.

⁴⁶ Ley de Reforma del Derecho de Familia. Boletín Oficial del Reino Unido, 17 de julio de 1969

último al respecto” (Bullenore, 2013, p. 2). En ese sentido, se comprendía que el numeral 10 del artículo 10 del Código Penal Chileno⁴⁷ se aplica siempre que el acto tenga finalidades terapéuticas de salvar o mejorar la salud y se proceda de acuerdo a la *lex artis*, comprendida en su cotidiano sentido netamente técnico. No obstante, cuando emanó el Decreto Supremo 42 del Ministerio de Salud⁴⁸, y su disposición normativa contenida en el artículo 105 consagró la obligatoriedad de informar al paciente y el derecho de el mismo de negarse a tomar tratamiento terapéutico, se ocasionó un reconocimiento del derecho del paciente a decidir y la obligación del profesional de la salud a respetar tal decisión.

Por lo tanto, en la actualidad debe reinterpretarse la disposición comentada, en cuanto que ya no puede ser considerado lícito sanar o salvar, sino que únicamente se puede considerar así siempre que el paciente quiera también serlo. Por lo tanto, si un médico no trata a un paciente que se niega a recibir tratamiento, no puede ser acusado de quebrantar la *lex artis*, más bien está actuando conforme lo dispuesto por ello: Informar al paciente y obedecer la decisión del mismo.

Entonces, se puede hablar ahora del consentimiento en relación al aborto terapéutico. En la República de Chile, este tipo de interrupción de embarazo fue suprimido del artículo 119 del Código Sanitaria. En la actualidad, no obstante, puede basarse en que el médico que ejerce en tal circunstancia lo hace protegido por la causal de justificación de obrar en el ejercicio de su oficio⁴⁹, estribando si hay autorización o no de uno de los progenitores.

La consideración de la vida dependiente como un bien jurídico penalmente protegido, de rango inferior a la vida independiente, al tenor de lo dispuesto por la Constitución Política en su Art. 19 N° 1, y la historia fidedigna de su establecimiento (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 90ª, celebrada en lunes 25 de noviembre de 1974), fundamenta que la realización de un aborto terapéutico se encuentra permitida, excluyendo la responsabilidad penal, o, con más propiedad desde el punto de vista sistemático, como causal de atipicidad, de justificación, o de exculpación, sostenida, por unos, en el Art. 10 N° 9 del Código Penal (como causal de justificación por legítimo ejercicio de un oficio) y, por otros, en el Art. 10 N° 7 del Código Penal (interpretado como causal de exculpación por incumplimiento de uno de sus requisitos) (Bullenore, 2013, p.2).

En consecuencia, se puede finiquitar señalando que en el aborto con fines terapéuticos:

- No existirá delito siempre que el profesional de la salud acate el elemento legal, concerniente al tipo, de actuar sin abuso, por estar obrando dentro de las

⁴⁷ Código Penal de Chile. Boletín Oficial de Chile, 1 de marzo de 1875.

⁴⁸ Decreto Supremo 42 del Ministerio de Salud, 1986.

⁴⁹ Art. 10 del Código Penal de Chile. Boletín Oficial de Chile, 1 de marzo de 1875.

nociones del *lex artis*: por lo tanto, su actuación será atípica, sin embargo, necesitará la autorización de alguno de los progenitores.

- Se considerará justificado cuando actúe dentro de los elementos de la *lex artis*, pese a tener o no la autorización de los progenitores, obre cuidando terapéuticamente la salud de la madre, como en las cuestiones de inviabilidad del feto.
- Asimismo, será exculpado cuando no se den los requerimientos de la justificación, cuando obre en error de prohibición, o en estado de necesidad exculpante o promovido por la fuerza moral irresistible.

En fin, el profesional de la salud que acata a su paciente y respeta sus decisiones, luego de haberle advertido, no quebranta la *lex artis*. Mientras que, incumpliendo la decisión de su paciente, lo sana, o inclusive, lo salva de la muerte en contra de lo que realmente quería aquel, estaría transgrediendo la *lex artis*, y tiene la posibilidad de indemnizar civilmente por daño moral.

El médico únicamente puede excepcionarse de cumplir con el consentimiento del paciente cuando halla peligro grave inmediato para la salud o vida de la mujer embarazada (vgra. Que ocurra una emergencia y no sea posible conseguir su consentimiento). Igualmente, es también permitida la exceptuación de no seguir el consentimiento cuando se coloque en peligro la salud pública. De igual modo, continua Bullenore (2013, p. 3) comentando que:

Por regla general, entonces, el consentimiento, como parte fundamental de la relación médico-paciente, e integrante esencial de la *lex artis*, debidamente prestado, es causal de atipicidad de la conducta. Si el consentimiento no puede prestarse, como en el caso de la urgencia, o carece de efecto vinculante, como en los casos de riesgo para la salud pública, la conducta del médico se encuentra justificada en el legítimo ejercicio de su oficio, consagrado en el Art. 10 N° 10 del Código Penal.

Y para concluir, y de manera excepcional y restringida, el profesional de la salud tiene la posibilidad de excepcionarse, aunque represente la consumación de un hecho punible, al no cumplir con los lineamientos de la *lex artis*, en las cuestiones de exculpación, sin embargo subsistiendo la responsabilidad civil por daño moral.

4.3. El aborto en Bolivia

El pasado 5 de febrero del año 2014, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se pronunció mediante un fallo jurisprudencial⁵⁰ en la cuestión de la Acción de

⁵⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

inconstitucionalidad abstracta interpuesta por la Diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, Mancilla Martínez, en la cual se objetaban varios artículos del Código Penal, entre ellos las disposiciones normativas referidas al aborto, por considerarlos contrarios a lo que establecía la Carta Magna de esta Nación, pues las mujeres se veían perjudicadas y hasta discriminadas por lo que allí se recetaba.

En resumidas cuentas, la sentencia determinó tres aspectos importantes que envuelven el tema del aborto, por lo que dejó en claro el resguardo constitucional de la vida del sujeto que está por nacer; la constitucionalidad de la tipificación penal de la interrupción voluntaria del embarazo y la no punibilidad del aborto en caso de violación.

Con relación al primer aspecto, el fallo jurisprudencial reconoce que “el bien jurídico protegido en el delito de aborto es el derecho a la vida del feto”⁵¹ y reafirma que con respecto a éste tema no hay discusión. De igual modo, atendió lo concerniente a qué clase de protección constitucional tiene el embrión, y en consecuencia señaló:

(...) un embrión no puede considerarse como propiedad de la mujer y por tanto no es de libre disposición -no se vende, no tiene precio- debido a que: -tiene la potencialidad de generar una persona y por tanto cuenta con protección constitucional autónoma a la protección de los derechos de la mujer lo que posibilita y obliga a su ponderación; -un embarazo per se y siempre y cuando sea fruto de una decisión libre no implica una amenaza al derecho a la salud de la mujer y tampoco puede equipararse a una enfermedad ni a una amenaza a la integridad personal o trato cruel, inhumano o degradante⁵².

No obstante, indica el tribunal, que esta protección de la vida del feto es una protección progresiva por lo que va en aumento a partir de la originaria unión del ovulo con el espermatozoide hasta el nacimiento⁵³. Al mismo tiempo deja en claro su criterio relativizando del derecho a la vida cuando indica que el aborto acarrea una pena menor a la impuesta por homicidio⁵⁴, pero también dice que es permitido el aborto cuando la vida de la progenitora se encuentra en peligro: “se da prevalencia a la vida de la madre que ya generó relaciones intersubjetivas y de afectividad sobre la vida del nasciturus”. Sin embargo, esta relativización no significa la creación del “derecho al aborto”⁵⁵.

⁵¹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

⁵² Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

⁵³ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

⁵⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

⁵⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

Con respecto al segundo aspecto, los desarrollos precursores relacionados con el reguardo constitucional de la vida del que está por nacer acarrear al Tribunal a asevera claramente que:

(...) este Tribunal Constitucional Plurinacional concluye que un aborto incondicional y en todas las etapas de desarrollo del embrión no es constitucionalmente admisible y que el generar una política de protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado es una causa suficiente para que el Órgano Legislativo pueda utilizar todo tipo de políticas públicas necesarias para su protección lo que alcanza de manera obligatoria al derecho penal en las fases más avanzadas del desarrollo del embrión aspecto que provoca la declaratoria de constitucionalidad del art. 263 del CP, en los términos expuestos precedentemente⁵⁶.

En cuanto al último aspecto, el Tribunal rompe, en cierta forma, su línea argumentativa con relación al reguardo de la vida de los sujetos por nacer cuando se refiere a la hipótesis de aborto no punible cuando la gestación es producto de la violación⁵⁷. Efectivamente, concerniente al requerimiento establecido por la ley en relación con la autorización judicial para practicarse la interrupción del embarazo, el órgano jurisdiccional se dilata en afirmaciones referentes al deber del Estado de "garantizar que las mujeres víctimas de una violación que decidan interrumpir voluntariamente su embarazo tengan acceso a servicios de aborto seguros y de eliminar cualquier impedimento innecesario a los mismos"⁵⁸.

En conclusión, mediante esta sentencia:

- Se reconoce la existencia del derecho a la vida del embrión y que el mismo tiene total protección constitucional;
- Se deja en claro que no existe deber internacional que constriña al Estado a despenalizar al aborto
- El reconocimiento internacional y constitucional de los derechos sexuales y reproductivos no supone el origen de un "derecho al aborto";
- La sentencia declara inconstitucional toda limitación que impida la interrupción voluntaria del embarazo cuando el mismo sea producto de una violación; entre otros.

Conclusión

El tema de la interrupción voluntaria de la gestación se ha constituido como un gran

⁵⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

⁵⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

⁵⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

debate jurídico que se encuentra asentado en las agendas parlamentarias de muchos países. Existen unos cuantos en donde tal cuestión se halla totalmente permitida (como es el caso de Cuba), otros en donde se es permitido hasta cierto tiempo de embarazo o cuando se pelagra la salud o vida de la progenitora; mientras que otros solamente lo permiten en caso de violación a los derechos sexuales.

Ahora bien, con el análisis legislativo realizado en los países de Europa da la posibilidad de poder diferenciar dos importantes y grandes regímenes: el régimen de viabilidad de práctica del aborto desde la solicitud de la mujer embarazada, denominado “sistema de plazos” que determina un límite en el tiempo para precisar si la interrupción del embarazo de forma voluntaria es lícita o no (dentro de los países en los cuales se verifica este régimen se encuentran: Alemania, Francia, Italia, Portugal, entre otros) , y el “sistema de indicaciones médicas, sociales o psicológicas” que es también llamado “sistema de supuestos”, régimen el cual acepta el aborto lícito únicamente en concretos casos (como es el caso de Reino Unido, Finlandia, Irlanda, entre otros).

Sin embargo, a pesar de estos dos sistemas se pudo percatar que en general, en las legislaciones europeas es permitido la interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo de las 12 semanas, y únicamente se es permitido interrumpir el embarazo de modo voluntario luego del tiempo establecido, cuando se traten de casos que debidamente se hallen señalados en las normas correspondientes.

Por su parte, el aborto en Chile y Bolivia tiene tratamiento diferente. En estos países únicamente es permitido interrumpir la gestación siempre que el embarazo sea producto de una violación o si tiene fines terapéuticos.

Como se pudo observar, el tema en Latinoamérica es diferente. Los países de esta región todavía no se encuentran realmente preparados para dar paso a esa tan importante corriente. La cultura, a diferencia de la europea, es más reservada, por lo tanto aún existe mucho tabú y protección a la “moral” en los Estados. A pesar que en esta investigación se analizó únicamente dos de ellos, es importante acotar que el tema se maneja prácticamente igual en todos los demás.

Conclusiones finales

El presente trabajo de investigación comenzó con el análisis de la siguiente pregunta de investigación: ¿Los jueces cuentan con lineamientos claros en relación a la a la aplicación de los casos de aborto no punible?

Ahora bien, la hipótesis planteada era que los jueces no cuentan con lineamientos claros en relación a la a la aplicación de los casos de aborto no punible debido a que si bien existe un protocolo especial destinado a garantizar dicho procedimiento, el mismo no se encuentra establecido en todas las provincias, y su procedencia depende de cada caso en particular.

A razón de todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo de investigación corresponde confirmar la hipótesis planteada, toda vez que existen lineamientos dispares para los magistrados que deban expedirse respecto de un caso de aborto no punible.

En principio, corresponde indicarse que los derechos personalísimos son los derechos innatos de todas las personas, que le pertenece por el solo hecho de existir, desde antes de nacer y hasta el momento de su muerte y que le garantizan que se les reconozca el respeto a la dignidad de la persona. De esta manera, se debe tener en claro que todo ser humano es necesariamente persona y este es un concepto previo al Derecho que el ordenamiento jurídico se limita a aceptar, a partir de allí surge el reconocimiento de los derechos de la personalidad.

Históricamente las leyes han perseguido al aborto por ser considerada una conducta delictiva. Sin perjuicio de ello, se ha permitido cierta flexibilidad en cuanto muchos ordenamientos jurídicos han establecido excepciones legales razonables y pertinentes.

Es importante resaltar que, en el fundamento de los proyectos de ley de aborto libre en Argentina se asevera que se trata de una medida que responde a la necesidad de proteger el derecho a la vida de las mujeres que deciden abortar en condiciones clandestinas y corren el riesgo de vida. Es así que corresponde a los esfuerzos legislativos de reconocer la nueva realidad social exigida y dar una respuesta efectiva a ella. El desarrollo normal de las leyes es que éstas se adapten a las nuevas realidades sociales y no al revés, pues resultaría desastroso para los miembros de la sociedad.

Ahora bien, la jurisprudencia nacional ha promovido una corriente del pensamiento jurídico-penal que es considerada como *permisiva*, en lo relativo al aborto y al tratamiento institucional que se le brinde en los casos en que sea materializado en tenor al derecho de autonomía corporal de la mujer. Dicha postura, para algunos exponentes, resulta de una tergiversación sobre la decantación de argumentos que ha esbozado la Corte Suprema de

Justicia de la Nación, en una sentencia que interpreta el contenido y alcance del derecho a la libertad individual, y a la autonomía corporal de la mujer.

Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta que se trata de una vida en desarrollo, protegida por nuestro ordenamiento jurídico, así como por el Derecho Internacional. Ello, no puede ser olvidado a los fines de proteger el derecho a la libre elección de la mujer.

De lo contrario, se estaría violentando el derecho constitucional a la vida del niño.

Ahora bien, respecto de la penalidad del aborto, corresponde indicar que incluso cuando se lleve a cabo en contra de la voluntad de la mujer o con su consentimiento, se identifica la gran parte de los criminalistas contemporáneos en la necesidad de proteger la vida de las personas desde su gestación, la vida humana no independiente, la vida del producto desde la concepción, la vida en gestación o naciente, entre otros. A razón de lo cual, el aborto se constituye como un delito en contra de la vida, del cual es titular el nonato. Por lo tanto, por más seductor que parezca el panorama de la tutela penal, desde la formación del ovulo fecundado, pasado por el nacimiento, el desarrollo del niño y adolescente, la madurez del adulto y la progresividad a la ancianidad, hasta la muerte natural de la persona.

Sin perjuicio de ello, se ha de establecer certeramente hasta qué punto la mujer puede tener un control sobre la continuidad o no de un embarazo. Es un tema de especial trascendencia pues se habla, al fin y al cabo, de la terminación de la vida de un ser vivo que no se le permitirá continuar con el normal desarrollo de su vida como persona.

Como corolario de lo analizado a lo largo del presente trabajo de investigación, debe recordarse que el derecho a la vida es un derecho personalísimo integrado por dos aspectos que le son intrínsecos, primero por el reconocimiento jurídico realizado en función de la propia dignidad humana personal, siendo éste su principal sustrato; y, segundo, se aduce que dicho derecho le corresponde a cada persona, inclusive, antes de su propio nacimiento. Es así que el derecho al aborto se representa como inconstitucional, en tanto la Constitución Nacional protege al feto desde su concepción, eliminando la posibilidad de legislar el aborto sin que ello se represente como una violación al derecho más fundamental del niño por nacer, tal es su derecho a la vida.

Bibliografía

Doctrina

- Briozzo, S. (2017). “Algunas consideraciones sobre la protección del derecho humano a la salud reproductiva”. DFyP.
- Bullemore, V. (2013) “Una perspectiva sobre el aborto en el ordenamiento jurídico chileno”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/564/2013>.
- Cardenas, E. (2012) “El aborto no punible. Interpretaciones dispares”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4207/2012>.
- Carnota, W. (2011). “El Derecho a la Salud en el Constitucionalismo Provincial Argentino”. Revista Jurídica (UCES).
- Carrió, F. (2017) “El "derecho al aborto", un derecho que debe ser regulado por el Congreso”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1810/2017>.
- Casanova, M. (2012). “El derecho a decidir sobre el propio cuerpo”. Diario El Derecho.
- Castoriadis, C. (1993). “La institución imaginaria de la sociedad”. El imaginario social, Altamira y Nordan, Comunidad, Montevideo.
- Castro, V. (2018) “Aborto”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1173/2018>
- Ceballos, M. (2013). “El derecho a la vida y el momento de la concepción en la jurisprudencia de la CIDH”. LA LEY.
- Cerrutti, M. y Plovovich, M. (2014). “Persona humana: Comienzo de la existencia”. DFyP.
- Corcoy, M. (2012). “Protección jurídica en el principio y en el fin de la vida”. RDF.
- Fappiano, O. y Hitters, J. (2018). “El aborto desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos”. LA LEY.
- Fernández, G. (2015) “La desuetud del delito de aborto. ¿En miras de una legislación despenalizadora del aborto?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3024/2015>.
- Fregonese, J. (2018) “Análisis del Derecho a la Vida y el Aborto Legal. Inconsistencias del Proyecto de Ley del Aborto”. Revista de Derecho de Córdoba - Número 2 - Abril 2018.
- Fridman, A. (2017). “Los derechos personalísimos”. Revista de Derecho Civil.

- Gil, A. (2018) “Aborto voluntario, objeción de conciencia, registro de profesionales y datos sensibles”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1473/2018>.
- Guerrero, I. (2017) “El aborto no punible en el derecho penal argentino”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/926/2017>.
- Lafferriere, J. (2018). “La legalización del aborto, la exaltación de la autonomía y el retroceso del derecho a la vida”. DFyP.
- Laje, A. y Lanzavechia, G. (2018) “Las condiciones que requiere el sistema jurídico argentino respecto del aborto”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1179/2018>.
- Luján, L. y Starópoli, M. (2013). “Vida versus vida. El debate por la disposición final de la persona”. DFyP.
- Medina, G. (2014). “Aborto en Europa. Anteproyecto español de Ley de Protección Integral del Concebido y de la Mujer Embarazada”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4755/2013>
- Menéndez, V. (2013) “El derecho al aborto legal en discusión en la justicia provincial”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC 2737 2013>.
- Morisot, A. (1941). “Derecho Penal. Parte especial”. Apuntes editados por el C. Estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe.
- Rojas, N. (1930). *Concepto médico legal del aborto*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Romero, C. (2018) “Lo que sabemos del "aborto" en el anteproyecto de Reforma del Código Penal”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1949/2018>.
- Sagués, N. (2012) “El aborto eugenésico, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/4068/2012>.
- Sambrizzi, E. (2012). “Sobre el comienzo de la existencia de la persona”. Revista Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.
- Sambrizzi, E. (2018). “La persona humana, el derecho a la vida y el aborto”. DFyP.
- Schwartz, P. (2013). “Prácticas de interrupción del embarazo a partir del fallo "F., A. L." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. RDF.
- Villeres, A.; Flah, L. y Minyersky, N. (2012) “Derecho a la vida ¿De quién? La interrupción voluntaria del embarazo en América Latina”. RDF.

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014
- (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Portal de Belen”, sentencia del 15 de mayo de 2002. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F.A.L.”, 13 de marzo de 2012. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>

Legislación

- Código Civil y Comercial de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Código Penal de Chile. Boletín Oficial de Chile, 1 de marzo de 1875.
- Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Convención Americana de Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23.849 de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de octubre de 1990.
- Decreto Supremo 42 del Ministerio de Salud, 1986.
- Ley 11.179 modificatoria del Código Penal. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.
- Ley 23.849 de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de octubre de 1990.
- Ley de Reforma del Derecho de Familia. Boletín Oficial del Reino Unido, 17 de julio de 1969.
- Ley del Aborto. Boletín Oficial del Reino Unido, 27 de abril de 1968.