



Universidad Empresarial Siglo 21

Trabajo Final de Grado

**CONSTITUCIONALIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO ACTUAL**

Nombre y apellido: Nicolás Gabriel Suarez Monio

Legajo: VABG54574

Tutor: Cristian Altavilla

Índice

Índice	2
Introducción.....	3
Marco metodológico.....	5
Capítulo I. Aspectos generales.....	6
Definición de aborto	7
Capítulo II. El aborto en Argentina. Análisis Normativo.	11
2.1 Breve reseña histórica.	12
2.2. El aborto en el Código Penal Argentino.	16
2.3. El derecho a la vida en la Constitución Nacional.	22
2.3.1. La Reforma Constitucional de 1994 y la inclusión de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional.....	27
Capítulo III. Contexto Social. Influencia de los Movimientos Sociales por los Derechos de la Mujer y los denominados “Pro Vida”.	33
Capítulo IV. Jurisprudencia Destacada.	42
4.1. Jurisprudencia Nacional destacada.	43
4.2. Jurisprudencia Comparada destacada	49
Conclusiones.....	52
Doctrina.....	61
Legislación.....	63
Jurisprudencia	64

Introducción

¿Es constitucional despenalizar el aborto en Argentina, teniendo en cuenta la normativa civil y penal vigente y los tratados internacionales que rigen al respecto?

El tema en el que hemos decidido concentrar el Trabajo Final de Graduación es la constitucionalidad de la despenalización del aborto en la Argentina. Hemos elegido el tema dado que es una discusión que se ha visto retrasada durante muchos años en nuestro país y hoy se está dando en el Congreso de la Nación y en la sociedad en general. Consideramos interesante abordar los distintos conflictos propios del avance de la legislación nacional e internacional con jerarquía nacional en varios aspectos (sobre todo en materia de Derechos Humanos, Derechos del Niño y Derechos de la Mujer) y de la legislación respecto de este tema puntual, ya que la redacción del Código Penal de la Nación ha quedado atrasada y no se condice con la actualidad del instituto.

El marco sociocultural actual y del cambio de paradigma que se está viviendo con los movimientos feministas que luchan por igualdad de derechos desde hace muchos años, también ha influido en la elección de la temática y hace que hoy se pueda hacer una investigación y un debate mucho más rico del que quizás se hubiera podido dar hace algunos años.

Aspiramos mediante este trabajo y la confección de la tesis a lograr hacer un balance de los conflictos normativos que rodean el instituto de la despenalización en sí mismo y llegar a una conclusión acabada de si es factible o no, constitucionalmente despenalizar el aborto en Argentina.

A lo largo del desarrollo del trabajo estaremos abordando las diversas posturas que se han planteado en el plano jurídico con respecto al conflicto que se podría generar entre esta iniciativa (que es una iniciativa real de la cual se trataron nueve proyectos en el Congreso de la Nación el año pasado y se volver a tratar este año) y la protección que hace nuestro ordenamiento jurídico de la vida tanto en la Carta Magna como en los diversos tratados constitucionales a los cuales adherimos, así como también los Códigos Civil y Comercial de la Nación y en el Penal. Dentro de esta línea también ahondaremos en el choque que se genera en el ordenamiento previamente nombrado en cuanto al derecho a la vida y el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo.

Este planteo de varios ejes que a priori parece ser muy extenso permitirá tratar de abordar la temática de una manera interdisciplinaria tomando como eje principal el terreno constitucional partiendo como base del artículo 31 de la Carta magna y 75 inc. 22 y 23 del mismo cuerpo. Recurriremos a los tratados internacionales que tratan el tema como por ejemplo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 1 o la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 1.2 o 4.1 y siguientes, entre otros.

A su vez nos apoyaremos en los códigos (tanto el Civil y Comercial de la Nación como el Penal de la Nación) y en la distinta doctrina y jurisprudencia para intentar dilucidar esta disputa. También será necesario una pequeña introducción en el ámbito médico para definir conceptos como aborto y fecha en la que se reconoce comienzo de la vida.

Por lo expuesto, nos disponemos a adentrarnos en el análisis histórico de esta figura, su evolución y su actualidad, haciendo uso de diversas herramientas que faciliten el arribo a una respuesta acabada de lo que proponemos sea nuestro problema de investigación: dilucidar la cuestión de la constitucionalidad o no de despenalizar el aborto en Argentina, teniendo en cuenta la normativa vigente penal, civil y en materia de tratados internacionales.

Nos concentraremos entonces en el objetivo general que nos proponemos en este trabajo que es analizar si es constitucional despenalizar el aborto en Argentina, teniendo en cuenta la normativa civil y penal vigente y los tratados internacionales que rigen al respecto.

En lo que respecta a objetivos específicos aspiramos a lograr definir el aborto desde un punto de vista jurídico; analizar el avance histórico de la penalización del aborto; comparar las posturas jurisprudenciales y doctrinarias sobre el tema; comparar los proyectos actuales de despenalización del aborto; analizar genéricamente el panorama en el derecho comparado; describir la legislación actual con respecto al tema; distinguir los derechos constitucionales que entran en conflicto; y explicar fallos específicos que marcaron tendencias jurisprudenciales históricas.

Marco metodológico

Elegimos un tipo de investigación combinada exploratoria y descriptiva. El primero de ellos ya que el instituto del aborto no punible en análisis (o la interrupción voluntaria del embarazo), es nuevo por no estar reglamentado en nuestro país salvo para pocas excepciones en nuestro Código Penal, pero viene con un debate doctrinario, jurisprudencial y social desde hace mucho tiempo.

Asimismo, elegimos la investigación descriptiva siguiendo a Niño Rojas (2011), que nos explica que el propósito de este tipo de investigación es “describir la realidad objeto de estudio, un aspecto de ella, sus partes, sus clases, sus categorías o las relaciones que se pueden establecer entre varios objetos, con el fin de esclarecer una verdad, corroborar un enunciado o comprobar una hipótesis”. A su vez el autor citado nos aclara que como la descripción se emplea como instrumento para otros tipos de investigación como la experimental o la explicativa hay autores que la consideran un método o una técnica (Niño Rojas, 2011).

La delimitación temporal de esta investigación inicia en 1886 con la sanción del Código Penal de la Nación que pena el aborto en todos los casos y llega a la actualidad con los proyectos que hay en el Congreso de la Nación para despenalizarlo pasando por periodos donde se agregaron excepciones y otros con grandes aportes sociales y jurídicos de diversa índole como el advenimiento de los Derechos Humanos.

En cuanto a los niveles jurídicos de análisis, si bien nos centraremos en el ámbito nacional, comprenderá una combinación de derecho, doctrina y jurisprudencia nacional, en la que nos centraremos en juristas y casos de renombre que marcaron tendencia con respecto al tema que nos ocupa, y también nos apoyaremos en doctrina y jurisprudencia comparada e internacional.

Capítulo I. Aspectos generales.

Definición de aborto

Para empezar a transitar el camino de este trabajo, nos proponemos explorar algunos conceptos de aborto que hemos tomado de diferentes fuentes de investigación, consideramos que es esencial iniciar con los mismos, ya que nos permitirá concluir este capítulo con una definición propia con la cual desarrollaremos el presente trabajo final. Esto se refuerza además porque es un concepto que será central para los objetivos propuestos en el presente, en especial para el análisis histórico de la figura de la penalización en Argentina, ya que la misma se ha visto influenciada por los cambios que la definición de aborto y su punición o no, ha tenido en otros países y en los diversos organismos internacionales. Además las diversas definiciones han sido utilizadas a lo largo de la discusión de esta temática para apoyar las posturas a favor y en contra de la despenalización, así como también para fallos jurisprudenciales. Es por esto último que consideramos central enfocarnos en las definiciones de reconocidos organismos y autores que daremos a continuación y generar una propia.

Es preciso entonces, que comencemos por definir aborto. Si tomamos la definición de la Real Academia Española, aborto viene del latín abortus, y se define como “acción y efecto de abortar; interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas; ser o cosa abortados; y engendro, monstruo”. A los fines de nuestro estudio, entendemos que las dos primeras acepciones nos ayudaran a lograr un concepto propio apuntando siempre a generar un concepto jurídico. A su vez desestimamos las dos últimas acepciones porque consideramos que no aportan importancia en el terreno que nos ocupa. Es así que ya comenzamos a tener una primera idea basada en el lenguaje y en la procedencia de la palabra y tiene que ver con una acción y efecto que provoca una interrupción en el embarazo por diversas causas.

Siguiendo la misma línea, tomamos del citado organismo la definición de abortar, que viene del latín abortāre, y se define como “dicho de una hembra: Interrumpir, de forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo; dicho de un órgano: Desarrollarse parcialmente sin que llegue a ser funcional; Dicho de una enfermedad: Desaparecer antes del término natural; Dicho de una empresa o de un proceso: Fracasarse, malograrse. El intento de repoblación forestal abortó; Interrumpir, frustrar el desarrollo de un plan o proceso. El piloto abortó el despegue; y Producir o echar de sí algo sumamente imperfecto, extraordinario, monstruoso o abominable”. En este caso, y a los fines del objetivo del presente capítulo consideramos que la primer acepción nos servirá

en el análisis de la figura en detalle, e inclusive a la hora de dilucidar los elementos de la misma para que se dé el tipo penal que está en nuestro actual Código

Por otro lado y siguiendo a la Organización Mundial de la Salud¹, es “la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable, es decir, capaz de llevar una vida extra-uterina independiente”. Con respecto a esta definición que data de un informe hecho por un grupo técnico en Ginebra en el año 1970, vale aclarar que ya en ese momento existía debate con respecto a la fecha de viabilidad del feto, debate que aun hoy no se ha zanjado. Esta definición fue tomada para aplicarse en varios países adheridos al órgano mencionado. Se realizaron algunas aclaraciones con respecto a la duración de los embarazos que depende de cada definición de aborto que adopte cada país, siendo el elegido a los fines de este informe 28 semanas. Con el aporte de este organismo internacional, encontramos un agregado médico a nuestra definición ya lingüística, agregado que nos interesa mucho, ya que apuntamos a una definición propia que consideramos debe ser jurídica pero apoyada en una médica.

Consecuentemente, a esta definición se podría agregar que existen diferentes tipos de aborto: el aborto provocado y el espontáneo. El primero “es el resultado de maniobras practicadas deliberadamente con ánimo de interrumpir el embarazo”; en cuanto a los espontáneos, “todos los demás abortos se consideran espontáneos, aun cuando en ellos intervengan causas externas tales como traumatismos o enfermedades transmisibles”, conceptos que también tomamos del mentado informe.

También el órgano aclara en el mismo informe que la legalidad o no del aborto tiene grandes repercusiones médicas, en los lugares donde el aborto es ilegal y se practica sin las medidas adecuadas, o sin la preparación requerida pueden tener consecuencias desastrosas para la salud. Incluso en los lugares donde es legal atañe varios riesgos de infección y otras complicaciones. Esto último va a ser un dato a tener en cuenta en el desarrollo del presente, ya que parte de la discusión del aborto tiene mucho que ver con su práctica clandestina.

A los fines de esta investigación nos centraremos en los abortos provocados, y como en nuestro país en la actualidad están penados salvo dos excepciones, vale aclarar que el informe de la O.M.S establece que en la mayoría de los casos es muy difícil lograr un

¹ O.M.S Serie de informes técnicos N°461 “Aborto Espontáneo y provocado”

diagnóstico de aborto ilegal si no hay una confesión de quien lo realizo o pruebas específicas de manipulaciones (por ejemplo lesiones en el cuello del útero).

Hasta aquí y siguiendo la línea de lo que venimos planteando, tenemos un elemento lingüístico, de procedencia tanto del termino aborto, como de abortar, y un criterio médico que a su vez introduce definiciones específicas de diversos tipos de aborto.

Creemos oportuno aclarar también qué se entiende por feto, y en este sentido y volviendo brevemente al plano lingüístico, la Real Academia Española nos dice que la palabra proviene del latín fetus, que quiere decir cría, y luego nos da una primera acepción más bien biológica general diciendo “embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implantan en el útero hasta el momento del parto”, esta es la única que extraeremos a los fines de no extendernos demasiado, ya que si bien es biológicamente correcto, coincidimos más con la definición que nos da la enciclopedia Inatal en cuanto a que recibe el nombre feto el embrión tras haber alcanzado determinado nivel de desarrollo en sus órganos (plazo que la mentada enciclopedia ubica en las ocho semanas) y hasta el momento del parto. Esta aclaración es importante ya que la discusión de las semanas y la discusión “feto o embrión” también han sido cruciales en el debate a favor o en contra de la despenalización del aborto a lo largo de los años y particularmente desde el año pasado hasta la actualidad.

Saliendo del plano medico/científico y entrando al jurídico que es el que nos convoca, siguiendo a Nuñez (1999) podemos extraer una definición jurídica de aborto como la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno (Núñez, 1999).

En la misma línea, coincidimos con otro jurista de renombre como lo es Boumpadre (2012) cuando nos dice que si bien en el Código Penal no hay definición específica de aborto ni elemento alguno para la misma, desde un punto de vista jurídico se lo puede definir como una “interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del ovulo” (Boumpadre, 2012).

Aquí nos permitimos también agregar algo que nos dice Soler (1992) en cuanto a que la ley protege la vida humana ampliamente, antes del nacimiento la destrucción de la vida se denomina aborto, y este no consiste en la aceleración del nacimiento, sino en la muerte del feto, no importa a los fines de la definición de la figura tratada si hay o no

expulsión del seno materno. Agrega también que el modo de comisión es indistinto siempre que se dé como resultado la muerte del feto. A su vez hace una clasificación de los abortos que están presentes en el articulado de nuestro código penal en: sin consentimiento; consentido; profesional y preterintencional (Soler, 1992). En este último autor podemos ver una definición de aborto quizás más acabada que en los dos anteriores. Además consideramos importantes las observaciones que realiza el mismo sobre la tentativa de la figura en análisis en cuanto a su punibilidad en caso de que el aborto no fuera logrado con éxito.

Lo expresado hasta aquí en base a los textos leídos de los tres reconocidos juristas nos permite extrapolar a priori varias conclusiones. La primera es que así como nosotros nos hemos propuesto terminar el presente capítulo con una definición de aborto a los fines del presente trabajo, varios autores han transitado el mismo camino sin poder ninguno desembarcar en una definición que la comunidad jurídica haya tomado como unánime. La segunda podría ser que si bien las definiciones o conceptos a priori que nos han dejado, no son unánimes, si comparten los elementos base que permiten debatir sin ningún problema la figura en estudio y definir, como lo haremos más adelante los elementos típicos de la acción de abortar. Y una tercera conclusión es que si bien vamos a tomar elementos de las tres definiciones, ninguna es a nuestra opinión completa y concisa.

Como nos comprometimos al principio del capítulo, y a pesar de que coincidimos con Donna (2002) en que si bien el Código no define el aborto, se puede conceptualizar de dos maneras, jurídicamente y medicamente, en lo jurídico desde su materialidad (muerte del feto), y en lo médico, específicamente en el ámbito ginecológico como expulsión prematura del producto de la concepción (Donna, 2002); intentaremos a modo de cierre, unificar, a los fines de este trabajo, una definición que nos resulte lo más completa posible. Es así que entendemos al aborto como la interrupción voluntaria o no del embarazo con muerte del feto (entendido en los términos a los que hicimos alusión más arriba), por causas naturales o provocadas ya sea por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno. El mismo puede ser espontáneo o provocado si es por causas naturales o si existen maniobras practicadas para interrumpir el mismo respectivamente.

Capítulo II. El aborto en Argentina. Análisis Normativo.

2.1 Breve reseña histórica.

Nos disponemos en el presente capítulo a realizar un breve repaso por la legislación Argentina a lo largo de la historia en lo que respecta al tema que nos ocupa. Nos concentraremos en la punición del instituto y sus excepciones en nuestro Código Penal, y en el tratamiento de nuestra Constitución Nacional en cuanto a Derechos Humanos, sobre todo en lo que respecta al derecho a la vida. Esto nos ayudará a cumplir con el objetivo de adentrarnos en el análisis de la historia del instituto, así como también nos dará la base para poder comparar jurisprudencia y doctrina tanto nacional como internacional. Por último nos permitirá concluir con la actual legislación del aborto y con una introducción al conflicto que hoy creemos que se plantea entre dos derechos cuya protección es de índole constitucional como son el derecho a la vida y el derecho a la mujer a disponer sobre su cuerpo.

La discusión sobre la despenalización del aborto en nuestro país es un tema que data de varias décadas. Nuestro Código Penal de la Nación desde su sanción en el año 1886 castiga el aborto, habiendo agregado a lo largo de los años (por primera vez en el año 1919), excepciones a este castigo cuando haya causas que así lo justifiquen (por ejemplo para salvar la vida de la madre). Vale aclarar, siguiendo a Boumpadre (2012), que las formas de impunidad que se introdujeron en la reforma mentada, fueron tomadas del Anteproyecto Suizo de 1916 (Boumpadre, 2012). Esto será de importancia para explicar la redacción muy criticada de una de las excepciones a la prohibición del aborto que tiene en la actualidad nuestro Código, redacción que en la traducción de idioma parece haber quedado mal planteada.

En la actualidad, el aborto se encuentra regulado en los artículos 85 a 88 del mencionado Código, castigándolo con prisión con la excepción de los dos incisos del artículo 86, el ejemplo citado más arriba de riesgo de vida de la madre; y el embarazo proveniente de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” (redacción a la que nos referíamos al final del párrafo anterior).

Con respecto a este punto también consideramos necesario destacar que como nos explica Soler (1976), el Decreto Ley N° 17.567² introdujo reformas a las excepciones del artículo 86 que fueron tomadas de un proyecto de reforma de Código Penal elaborado por el mismo Soler en 1960. Esta reforma introdujo el requisito de gravedad del peligro en el

² Decreto Ley 17.567 publicada en el año 1968.

inciso 1 que refiere al peligro en la vida de la madre. También se eliminó la polémica frase “o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” del segundo inciso que refiere al caso de violación, agregando el requisito de consentimiento de representante legal en caso de que la víctima fuera una menor o una mujer idiota o demente, reestructurando así la redacción de manera más clara (Soler, 1976).

En el año 1973 se dejaron sin efecto las reformas que citamos en el párrafo anterior mediante la Ley N° 20.509³, retornando así a su redacción anterior. A pesar de esto en el año 1976, el gobierno de facto a través del Decreto Ley N° 21.338⁴ volvió a poner en vigencia lo dispuesto ocho años antes en el Decreto Ley N° 17.567.

En 1984 con la vuelta de la democracia al país, el nuevo gobierno sancionó la Ley N° 23.077⁵, en la cual se derogan las leyes dictadas en periodos de facto, salvo algunas excepciones puntuales. De esta manera volvimos a tener un Código Penal con redacción, en el tema que nos ocupa, que data del año 1921 y sus excepciones correspondientes.

A esto se le sumó el advenimiento de los Derechos Humanos y la protección del derecho a la vida el siglo pasado, que ha venido a reforzar, en principio, el criterio de punición que nuestro Código sostenía y aun en la actualidad sostiene respecto al aborto. Con una clara intención de llevar nuestro ordenamiento nacional a la vanguardia en temas de los derechos citados, en la última reforma constitucional en el año 1994 muchos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se colocaron en igual jerarquía que la Carta Magna nacional a través del artículo 75 inciso 22 y 23, reforzando la protección de la vida desde la concepción (por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por citar algunos), haciendo que la discusión sobre la despenalización fuera postergada nuevamente.

Desde principios de este siglo, como producto de muchos años de debate y lucha, muchas organizaciones de mujeres, ONGs e inclusive organizaciones de defensa de los derechos humanos, empezaron a instalar de nuevo el tema en la agenda pública a pasos cada vez más firmes. A esto se le fueron sumando importantísimos precedentes jurisprudenciales (por ejemplo los casos “L.M.R” y “F.A.L”) que fueron morigerando la

³ Ley N° 20.509 sancionada el 27/05/1973.

⁴ Decreto Ley N° 21.338 B. O. Del 01/07/1976.

⁵ Ley N° 23.077 sancionada el 22/08/1984

penalización y marcando una clara tendencia hacia el debate profundo y sostenido de cara a una modernización de una legislación claramente antigua.

En cuanto al plano internacional, y en sintonía con este debate, se sumaron cada vez más casos de despenalización, lucha por la misma, o baja en las penas en otros países del mundo, marcando una tendencia. Además precedentes de jurisprudencia internacional y cada vez más injerencia de diversos organismos internacionales que con recomendaciones e informes han instado a nuestro país a avanzar en cuanto a un cambio de la legislación o han marcado los problemas médicos y sociales que genera no tener una legislación más actual y clara con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo.

Todo lo expuesto ha generado ríos de tinta y debates públicos y privados que han involucrado actores de todas las edades y estratos sociales que se han manifestado, y ha llevado a instalar, hoy en el año 2019 y desde principios del año pasado, el tema tanto en agenda pública como en el Congreso de la Nación, en donde no solo se llevaron adelante meses de sesiones informativas con exponentes de las dos posiciones antagónicas en este tema, quienes estaban a favor de la despenalización y quienes estaban en contra, ponencias en las que participaron máximas figuras de medicina, derecho, artistas de todos los rubros, políticos de todos los partidos incluyendo al propio presidente de la Nación y más, sino que además uno de los proyectos presentados de interrupción voluntaria del embarazo fue aprobado en la Cámara de Diputados de la Nación y luego Rechazado en la Cámara de Senadores de la Nación, y ya hay proyección de que se volverá a presentar el mismo proyecto este año para una nueva discusión en ambas cámaras.

Como podemos ver, la postura en nuestro país ha ido fluctuando mucho con el paso del tiempo, y si nos concentramos solo en lo jurídico, pasando de una punición total, a permitir algunas excepciones, transitando el advenimiento de los derechos humanos que reforzaron la protección del derecho a la vida y retrasaron nuevamente la idea de despenalizar y llegando a una actualidad con opiniones tanto sociales como profesionales divididas en dos grandes posturas a priori, quienes tienen un discurso de “protección a la vida” y están en contra del aborto, considerando la vida desde la concepción y que ese derecho está por encima de todos los otros derechos; y quienes defienden el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, no tomando los primeros tiempos desde la concepción como una vida humana propiamente dicha y pujando por el interrupción voluntaria del embarazo. Vale aclarar que en ambas posturas, como sucede siempre, hay

diferentes grados de compromiso y de discursos, con puntos intermedios en los cuales nos adentraremos más adelante.

Cuando iniciamos el presente capítulo, lo hicimos con la idea de realizar un breve repaso histórico que nos permitiera entender el camino por el cual se llegó a la regulación actual del aborto en Argentina, tema que abordaremos en el capítulo siguiente. Este repaso nos da la pauta histórica de una punición ininterrumpida del aborto en nuestro país, que si bien ha cedido terreno a excepciones (algunas como vimos muy criticadas en cuanto a redacción), no ha cambiado en el fondo y debemos concluir que a más de un siglo de la redacción de nuestro primer Código Penal, la premisa punitiva desde lo jurídico sigue vigente. Aquí vale hacer dos aclaraciones, por un lado, si bien aún no se ha logrado plasmar legislativamente, vemos como dijimos tanto en el plano nacional como internacional, una clara tendencia a bajar cuanto menos las penas o incluso a eliminarlas en lo respectivo al aborto; por el otro lado es nuestra opinión como ya hemos expresado que la legislación en este tema necesita ser actualizada para que pueda ser aplicable fácticamente a un contexto social que dista mucho de ser el de finales del siglo XIX o principios del XX.

2.2. El aborto en el Código Penal Argentino.

Habiendo hecho un breve repaso por la historia del instituto en el país, nos disponemos a adentrarnos en su actual regulación. Esto nos permitirá conocer en detalle dónde se encuentra esta figura en nuestro ordenamiento, cómo se castiga, cuáles son las excepciones, qué derechos protege y con cuáles entra en conflicto, para cumplir así uno de los objetivos propuestos en esta investigación describiendo la legislación actual.

En este apartado nos centraremos en el Código Penal Nacional y su regulación del instituto en estudio. Para comenzar y repasando la historia, el mentado código data del año 1886, en los primeros tiempos prohibía el aborto en todas sus formas. En una de las primeras reformas, en el año 1919 se tomó como base un artículo del Anteproyecto de Código Suizo del año 1916 eximiendo de punibilidad determinados casos y explicando las circunstancias en las que no estaba prohibida la práctica de aborto.

A lo largo de la historia del siglo XX y con el oscuro pasado de nuestro país en cuanto a gobiernos de facto, se realizaron reformas en el código que cambiaron algunos términos en el tema que nos ocupa, pero con la vuelta de la democracia se eliminaron estas reformas, volviendo las cosas al estado descrito en la segunda parte del párrafo anterior.

Como ya adelantamos, en nuestro país en la actualidad, el aborto está regulado por el Código Penal⁶ en sus artículos 85 a 88 dentro del título “Delitos contra las personas” en el Capítulo 1 “Delitos contra la vida”. El primer artículo impone a quien causare un aborto una pena de tres a diez años de reclusión o prisión si se obrare sin consentimiento de la mujer y agrava la pena a quince años si resultare la muerte de la misma; y en su segundo inciso estipula la baja de esa pena si hubiera consentimiento de la mujer a prisión o reclusión de uno a cuatro años con un agravante de la misma si resultara la muerte de la mujer (caso en el cual la pena se extendería a 6 años).

El artículo 86 se encarga de penar a los profesionales de la salud (médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos) que incurran en el delito abusando de su ciencia o arte o cooperaren en el mismo y agrega una inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena. Aquí nos permitimos agregar que creemos que dado el avance social y la creación de nuevas profesiones dentro de la salud que intervienen muchas veces en los partos o durante la gestación, consideramos pertinente una redacción más completa o al menos un agregado genérico. Este artículo hace una salvedad trascendental para el tema

⁶ Artículos 85, 86, 87 y 88 Código Penal de la Nación Argentina

que nos ocupa (la despenalización), define los dos casos en donde no es punible penar el aborto practicado por un médico: por un lado el aborto necesario o “terapéutico” si es hecho con el fin de evitar un peligro a la vida o salud de la madre que no puede evitarse de otro modo, y por el otro el aborto “eugenésico” “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto” (artículo 86 inciso 2 Código Penal).

Aquí es necesario detenernos para aclarar algunas cuestiones, en primer lugar, podemos decir que si bien dentro de la doctrina se mucho se ha escrito con respecto a la redacción del artículo mencionado en el párrafo anterior, esto se debe principalmente a una errónea traducción del anteproyecto Suizo que no deja claro si la violación o el atentado al pudor debe ser hecho a una mujer idiota demente o aplica a cualquier mujer, aunque esta discusión ha sido zanjada por la práctica jurisprudencial a lo largo de los años admitiendo que sea a todos los casos de violación, y tampoco está claro que tipo de atentado al pudor que no sea violación puede provocar un embarazo. Aquí Boumpadre (2012), haciendo referencia a la discusión citada y utilizando el fallo “F.A.L” como punto de partida, nos habla de doctrina dividida en dos posturas principales, por un lado la doctrina “polivalente” según la cual debe interpretarse ampliamente el mentado inciso 2 del artículo 86 considerando que habla de dos supuestos diferentes de embarazo que tienen en común el elemento de la violación de una mujer, y nos dice que utilizando esta doctrina aplicada al citado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe entenderse que el aborto es impune cuando se practica en un embarazo que es consecuencia de un acceso carnal violento, independientemente del capacidad mental de la víctima, interpretación con la que coincidimos. Con otros términos o desde otra postura el fallo de la Corte se puede interpretar que contiene dos figuras, el aborto eugenésico (producto de una violación de una mujer idiota o demente), y el aborto llamado “sentimental” que es el provocado sobre un embarazo producto de una violación a una mujer sana.

Aquí nos permitimos agregar que coincidimos con la reflexión que realiza el citado autor respecto a que si bien en el fallo mencionado (en el cual nos adentraremos más adelante), la Corte parece querer zanjar esta discusión, esta no es la manera, ya que el criterio no es obligatorio para tribunales inferiores, ni siquiera para el mismo órgano

en otros fallos, con lo cual el remedio a esta cuestión debe provenir del Congreso de la Nación (Boumpadre, 2012).

Independientemente de lo expresado, parece justo afirmar que en ambos casos, tanto el aborto eugenésico como el aborto a un embarazo consecuencia de una violación, la doctrina dentro de su diferencia de postura expresada en el párrafo anterior, no ha tenido más remedio que entender, al menos en nuestro país en los últimos años, que es válida la excepción a la regla y la no punición de la figura, teniendo diferencias muchas veces en cuanto a los tiempos y a las exigencias, por ejemplo autores piden en el caso de la violación la presentación de una denuncia policial para poder acceder al aborto, o inclusive, buscando excepciones o demoras en el proceso (tácticas que lamentablemente debemos decir que se practican también en muchos tribunales, como sucedió en el caso “L.M.R”, caso que detallaremos más adelante, y que consideramos que deberían conllevar sanción a los miembros del poder judicial involucrados por la gravedad ética e institucional de trabar el acceso a la justicia de las víctimas).

Retomando el análisis del articulado del Código, el artículo 87 nos describe la figura del “aborto preterintencional” que pena a quien cause un aborto con violencia sin haber tenido intención pero que el embarazo fuera notorio con prisión de seis meses a dos años. Debemos decir que ha habido y aún hay debate doctrinario con respecto a si es un delito preterintencional o un delito culposo, pero en esto coincidimos con Soler (1992) quien nos hace una interesante aclaración cuando expresa que no es aplicable aquí decir que lo que se pena es un aborto “culposo” ya que el Código no prevé la figura culposa y esto es así por la falta de definición general del aborto (tema en el que ya nos expresamos en el primer capítulo), además nos aclara que el delito no es culposo porque contiene, al igual que otras figuras preterintencionales, un delito de base de carácter doloso e ilícito (Soler, 1992).

El artículo 88 pena a la mujer que causare su propio aborto o consintiera a otro a hacerlo (aclarando que la tentativa no es punible en el caso de la mujer) con prisión de uno a cuatro años. El análisis de este artículo requiere algunas salvedades: en primer lugar, la pena a la mujer que causare su propio aborto no descarta la participación de tercero que serán penados de acuerdo a las reglas comunes de participación criminal de los artículos 45 y 46⁷ del Código. Siguiendo la misma línea de análisis, este artículo debe ser interpretado en consonancia con los anteriores (específicamente el ya explicado

⁷ Artículos 45 y 46 del Código Penal de la Nación Argentina

artículo 85). También debemos aclarar, siguiendo a Boumpadre (2012), que la retractación de consentimiento antes de la provocación del aborto tiene efecto desincriminante para la mujer, no así para el tercero por tratarse de la figura del artículo 85.

En cuanto a la segunda parte del artículo en análisis y siguiendo al último autor citado, la tentativa no punible en la mujer se extiende a terceros que han participado con actos de complicidad secundarios al aborto tentado. La explicación de esta eximición de punibilidad a la mujer tiene razones de política criminal, para evitar perseguir en un proceso judicial un hecho que ha quedado en la intimidad de la mujer y no ha provocado efecto social (Boumpadre, 2012).

A lo largo de los años se han presentado diversos proyectos para nuevos Códigos Penales o para reforma del vigente, entre los que podemos destacar el ya mencionado proyecto de Soler del año 1960 que se ocupan de este tema, pero en su mayoría, se ha pasado por alto la reforma de estos artículos que en la actualidad se hace trascendental por la puja social que existe por un cambio, tema en el que nos adentraremos más adelante.

También vale destacar que en materia doctrinaria no hay unidad con respecto a la punibilidad del instituto ni a su regulación. Autores más “clásicos” como Nuñez (1999) reconocen que la idea del aborto punible no ha sido unánime a lo largo de la historia. Nos habla del pueblo romano que veía en el aborto causado por un tercero una ofensa contra el derecho de la mujer de disponer de su cuerpo y por lo tanto se podría extraer que el aborto realizado por la madre o por un tercero con su consentimiento, no era punible. A su vez nos enumera algunas de las razones por las cuales no hay acuerdo en el instituto, razones que son tanto jurídicas como económicas y sociales, por ejemplo el derecho a la madre a disponer de su propio cuerpo (este es uno de los fundamentos de la demanda actual por la despenalización).

Tampoco hay acuerdo en la doctrina con respecto a su inclusión como delito contra la vida, ya que a lo largo de la historia se lo ha visto desde otras ópticas como delito contra las familias, o contra la moralidad pública, y hasta se lo ha llegado a considerar un delito contra el Estado o la Nación por autores que lo tratan como un atentado contra la especie o raza en cuanto a su reproducción. La justificación de que en nuestro ordenamiento este ubicado como delito contra la vida refiere a las diversas posturas que están a favor de la protección de la vida desde la concepción (penalización del aborto) y que ponen las bases de su fundamento desde un lugar bioético que entiende

la concepción de la vida ya sea cuando se unen los cromosomas paternos y maternos, o con el comienzo de la actividad cerebral a los 14 días de fecundación (Nuñez, 1999). A lo expresado Donna (2002) agrega que la ley argentina siguió los pasos del Código de España de 1848 introduciendo el aborto entre los delitos contra las personas (Donna, 2002).

En cuanto al tipo penal nos inclinamos por la postura de Boumpadre (2012) en cuanto a que el aborto es un delito doloso, compatible solo con el dolo directo, dejando fuera el dolo eventual y la culpa (con la salvedades ya explicadas), y que se consuma con la muerte del feto (Boumpadre, 2012).

En tanto que respecto de los elementos, seguimos a Nuñez (1999), que coincide con la mayoría de los autores citados al menos en los elementos básicos que deben existir y que son:

Embarazo de la mujer: este punto es indiscutible en cuanto a su necesidad, no siendo así en cuanto a sus causas ya que existe la citada excepción del artículo 86, ni tampoco respecto a su notoriedad (supuesto necesario en el caso del artículo 87);

Muerte del feto causada por la madre o por un tercero como resultad del aborto. Aquí la naturaleza del medio empleado es indistinta, puede ser un medio físico o químico, aunque hay una interesante aclaración con respecto a que puede ser causado por omisión por ejemplo en la administración de algún medicamento.

Y como tercer elemento el dolo del autor, sea la madre o un tercero (Nuñez, 1999). Aquí vale remontarnos a lo expresado ut supra con respecto a la figura preterintencional del aborto y a la tentativa de la madre.

Hasta aquí corresponde que hagamos una evaluación de la normativa penal examinada, en la misma nos inclinamos por puntualizar que es necesaria una reforma integral del Código Penal que rige en nuestro país ya que ha quedado desactualizado en este instituto puntual y en muchos otros por lo largo de su data que no se acopla a la realidad actual. En cuanto a las excepciones del artículo 86 parecería ser que más allá de un error de redacción que consideramos se debe corregir, no cabe duda de que en ambos casos se encuentra justificada la práctica por protección de la mujer ya sea en su faz física como en su faz psicológica (aunque cabe aclarar que no hay unanimidad en qué se entiende por esta última). Consideramos que los criterios fijados, sobre todo en la jurisprudencia en la que se profundizara más adelante, han dado pasos importantes para afirmar algo que ya debería ser un hecho con respecto a las excepciones mencionadas.

Con respecto al debate sobre la inclusión de la figura dentro de los delitos a la vida, creemos que tiene que ver con una discusión que no ha sido zanjada en la esfera médica, esto es cuándo comienza la vida propiamente (discusión a la que haremos alusión más adelante), por lo cual consideramos que en una eventual reforma habría que rever su inclusión quizás en otro título dependiendo del criterio que se tome en concepción y de la redacción.

A lo expresado en el párrafo anterior le podemos agregar las posturas citadas por los autores consultados, en cuanto a que a lo largo de la historia, discusiones doctrinales que a la fecha no se han zanjado, han intentado incluir al aborto dentro de otras protecciones que consideraron prioritarias, como la protección de la Estado o de la moral pública. En este sentido coincidimos con el lugar actual que ocupa en el Código, porque consideramos acertada su inclusión en los delitos contra la vida castigando a quien provoca la muerte de un feto, aunque como ya hemos dicho, creemos necesario rever los límites de esta figura y del comienzo de la protección.

Con respecto a los elementos de la acción típica, coincidimos con el análisis de los autores clásicos aunque entendemos que en la actualidad aumentaron los medios por los cuales se puede provocar el aborto y consideramos lo mismo con respecto a las profesiones que reciben inhabilitación especial, con lo cual recomendaríamos una extensión de ambas esferas.

Concluimos este capítulo con la idea de que si bien nuestro Código muestra falencias técnicas en su articulado con respecto al tema, esas falencias no hacen más que reforzar la opinión tanto de la comunidad jurídica como de la sociedad en su mayoría, de que necesitamos cuanto menos actualizar el código y corregir estos errores, trayendo los conceptos al siglo XXI, aunque como ya hemos dicho, consideramos que en esa actualización es necesaria una reestructuración acorde a la realidad actual del instituto, revisando si el camino de la punibilidad del mismo (que no ha demostrado funcionar particularmente), es el correcto o si, siguiendo ejemplos de otros países y las recomendaciones de muchos organismos internacionales, podemos dar el siguiente paso hacia una despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, o al menos generar un marco de reglas claras para su realización en cuanto a tiempos, medios y casos.

2.3. El derecho a la vida en la Constitución Nacional.

Siguiendo el análisis normativo del tema que nos ocupa, es de vital importancia para nuestro trabajo, revisar qué dice nuestra Constitución Nacional al respecto. Ello nos permitirá continuar con el objetivo de analizar históricamente al aborto en nuestro país, pero a su vez, nos permitirá cumplir con otros objetivos ya que veremos los Tratados de Derechos Humanos que nos darán un panorama genérico de derecho comparado y a su vez nos ayudara a continuar definiendo como se encuentra en la actualidad en nuestro ordenamiento. Por ultimo nos permitirá terminar este capítulo con los conceptos y las herramientas necesarias para adentrarnos en la jurisprudencia tanto nacional como comparada y tratar de dilucidar los conflictos entre derechos que se generan en los debates por la interrupción voluntaria del embarazo.

En este apartado analizaremos la protección a la vida en nuestra carta magna, para ello es de trascendental importancia entender que hay ejes puntuales en los cuales concentrarse como por ejemplo el artículo 75 inciso 22⁸ por el cual el Congreso de la Nación le da jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, punto en el que profundizaremos, pero también la protección del derecho a la vida aparece en menor medida o incluso por interpretación a lo largo de muchísimos pasajes de la norma, por ejemplo como desprendimiento del artículo 14 bis⁹ cuando habla de la “protección integral de la familia” o del 16¹⁰ cuando nos habla de “igualdad ante la ley”, interpretaciones que consideramos más rebuscadas y en las que no nos detendremos.

Lo que si podemos extraer de lo expresado en la última parte del párrafo anterior es que a lo largo de nuestra carta magna y comenzando desde el mismo preámbulo, ha sido una constante histórica la inclusión a priori de la protección del derecho a la vida de todos los habitantes de nuestro país y de quienes transiten por el mismo, ya sea desde un lugar expreso o desde uno interpretativo.

El advenimiento de los derechos humanos de finales del siglo XX, provoco que se llevara a igual jerarquía nuevos derechos, algunos de los cuales empezaron a generar choques con lo expresado. Aquí podemos nombrar (ya que entraremos en detalle posteriormente), los derechos de la mujer, fundamentalmente con respecto a la disposición de su propio cuerpo.

⁸ Artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional Argentina.

⁹ Artículo 14 bis Constitución Nacional Argentina.

¹⁰ Artículo 16 Constitución Nacional Argentina.

Creemos que es importante a los fines de este trabajo expresar que no debe olvidarse un principio práctico de nuestro derecho en su totalidad, que se sintetiza en la frase “mi derecho termina donde comienza el del otro”, principio que sirve en parte para entender algunos de los argumentos que defienden la postura a favor de la despenalización centrándose en que no se puede decidir sobre el cuerpo de la mujer, ya que es un derecho que le corresponde a la misma.

También es importante tener en cuenta para quienes defienden la otra postura, la que no admite el aborto y puja para que continúe penado por ley, utilizando la bandera de la protección del derecho a la vida, que entendamos que uno de los principios que emanan del espíritu de la constitución nacional es el de la protección de la familia, reforzando la vida en todas sus formas.

Otro punto central a tener en cuenta es que si bien la discusión la centramos en términos jurídicos y nos basamos en un choque de derechos (que podríamos sintetizar a grandes rasgos en el derecho a la vida del niño por nacer y el de determinación de la mujer sobre su propio cuerpo), debemos entender que tanto la solución como el conflicto no son netamente jurídicos, ya que hay cuestiones médico-biológicas de por medio, por ejemplo desde que momento comienza la concepción. En este sentido ratificamos aquello que expresaba Donna (2002) de que el aborto se puede conceptualizar de dos maneras, jurídicamente y médicamente (Donna, 2002).

Coincidimos con Daniel Herrera (2004) en cuanto no corresponde al derecho ni a la moral (tan emparentada con el derecho y en particular con este tema), definir el comienzo de la vida. Es una realidad que compete a la biología y el derecho se tiene que fundar en ella (Herrera, 2004). En lo que no coincidimos con el autor es en que él habla de que está comprobado que desde el instante de la concepción ya existe un ser humano distinto de sus progenitores, y esto es cierto solo a medias, ya que hay una división entre médicos y genetistas de renombre en el mundo que mantienen un debate que no ha podido ser zanjado aun sobre este tema.

Antes de entrar de lleno en los tratados internacionales, comenzaremos por destacar dos artículos puntuales de nuestra carta magna que a nuestro parecer son muy importantes en este tema.

Por un lado está el artículo 19¹¹ :“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están

¹¹ Artículo 19 Constitución Nacional Argentina

sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Elegimos este artículo porque creemos que dejando de lado la discusión de los términos “moral pública”, el resto del artículo está directamente relacionado a este debate, y si en el caso de la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, pasando a estar dentro del “orden” y si nos centráramos en coincidir con las posturas médicas que no consideran la vida antes de las 14 semanas como una vida humana plena, estaríamos en condiciones de legalizar el aborto a priori sin vulnerar la constitución amparándonos en este artículo. Además como veremos al analizar “F.A.L.”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace una interesante aclaración sobre el principio de reserva contenido en el mismo.

Ahora bien, lo que expresamos en el párrafo anterior es una situación fáctica que hoy en día no está dada, ya que como explica la doctora María Angélica Gelli en su exposición en la comisión de Interrupción Voluntaria del Embarazo del Senado de la Nación el día 10/07/2018, nuestra constitución protege la vida desde la concepción y esto ha sido reforzado no solo por los tratados (tema que profundizaremos), sino a través de las leyes del congreso que hacen operativos esos tratados. En la citada ocasión la destacada jurista expresa también que las únicas obligaciones que tiene la Argentina son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el resto de las recomendaciones de los diferentes organismos internacionales, son para ser tomados en cuenta, pero no vinculantes. Con esto se refería a los diversos informes y recomendaciones utilizados por los oradores a favor del proyecto de interrupción voluntaria del embarazo en el Congreso, que se perfilaban hacia una menor punición o directamente despenalización del aborto. En este punto entendemos que la citada jurista tiene razón pero creemos que los organismos y sus recomendaciones, algunas de las cuales trataremos más adelante, deberían ser escuchadas y tenidas en cuenta, por su especialidad y por su perspectiva externa y están bien utilizados en el debate.

De la exposición también es destacable el análisis que hace Gelli del proyecto al decir que no es un proyecto de legalización ni de despenalización del aborto, sino que es un proyecto que apunta a otorgar derechos subjetivos a la mujer, punto este que si bien es una visión técnica que escapa al contenido de este trabajo es un dato a tener presente (Gelli, 2018).

El otro artículo que analizaremos es el 33¹² de la Constitución Nacional: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Este es un artículo central para la investigación que nos ocupa, ya que es el primero en reconocer los derechos que no estén específicamente enumerados en la misma constitución. Fue utilizado para defender muchísimas de las cuestiones que luego se plasmaron en la reforma del año 1994, entre otras todas las atinentes a Derechos Humanos). Ante la falta de legislación específica, este artículo fue clave para completar vacíos legales.

Bidart Campos (1991) aseguraba ya antes de la reforma que si bien la Constitución Nacional no contenía norma expresa de protección del derecho a la vida, nadie podía dudar que la misma estuviera contenida en los derechos implícitos o no enumerados del artículo 33. Siguiendo esa línea de pensamiento el autor sostiene que ningún tipo de aborto, ni siquiera por motivos terapéuticos, eugenésicos o sentimentales podría purgarse, ya que si bien no obliga la constitución a penalizar el aborto, una vez penalizado por el Código Penal, no podría hacerse excepción alguna que no fuera inconstitucional (Bidart Campos, 1991).

De todo lo expuesto podemos concluir algunas cuestiones básicas antes de adentrarnos de lleno en la reforma de 1994 y la introducción de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En primer lugar consideramos que nuestra Constitución tenía antes de la reforma un claro espíritu protector de la vida, que se vio reforzada en 1994, pero que ya estaba allí. En segundo lugar, si bien el eje central de este debate es el choque de los derechos de la mujer y el derecho a la vida del niño por nacer, aquí se debería llegar a una precisión genérica de lo que se entiende por vida, y desde cuando se considera (punto que veremos a continuación, se ha expresado en varios tratados). Consideramos que esto es algo que no corresponde al derecho, sino a la medicina en cuanto a una determinación científica que permita apoyarse en eso desde la perspectiva del derecho y de esta manera lograr como ya hemos dicho una definición jurídica apoyada en una médica.

Como Tercer punto es interesante el análisis que hace la doctora Gelli y como ya expresamos, entendemos y coincidimos en su análisis técnico de la norma que se trató en el Congreso y también en que solo estamos obligados como país a acatar las sentencias

¹² Artículo 33 Constitución Nacional Argentina.

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero creemos a diferencia de la jurista que corresponde a la actualidad social, replantearse y escuchar a los organismos con opiniones y recomendaciones que van desde bajar la punición hasta despenalizar el aborto, ya que en muchos casos estos informes vienen de años de investigación de organismos especializados en el tema y dotados de una perspectiva que muchas veces los propios argentinos no tenemos. Con esto no quiere decir que creamos en hacer todo lo que se nos recomiende, pero sí que entendemos que la realidad social cambió, y así como sucede con el Código Penal, es tiempo de rever nuestra legislación atrasada.

Con respecto a los dos artículos citados, creemos que son importantes a modo de antecedentes y para interpretar el espíritu como se ha dicho de la norma antes de la reforma, aunque son dos artículos que en cuanto al tema que nos ocupa podrían considerarse antagónicos, creemos que pueden ser interpretados complementariamente. Una interpretación de este tipo, nos permitiría a priori romper con el concepto que nos da Bidart Campos y apuntar a resolver este debate tomando en cuenta tanto recaudos jurídicos técnicos como sociales.

Por último nos parece importante destacar, antes de seguir avanzando, que existen algunas discusiones en los círculos de juristas especializados en la Constitución que tiene que ver con que el carácter de inconstitucional de una figura o su falta de determinación en la Constitución, no hace específicamente a la necesidad de penalizarla. En esto compartimos con el doctor Bidart Campos (2000) que si bien hace la interpretación que ya dimos de que desde un punto de vista jurídico el Código penaliza el aborto y tomando en cuenta la protección constitucional ningún tipo de aborto tendría lugar sin ser inconstitucional, a su vez en un texto posterior, el mismo autor nos dice que nada obsta a que el aborto no siendo constitucional no necesariamente sea penado por el Código Penal, ya que por un lado está la negativa o la inconstitucionalidad del instituto y por otro si está penado en un código o no (Bidart Campos, 2000). Postura esta última en la que coincidimos ya que como nos da a entender el autor citado, la constitución no obliga a penalizar el aborto, solo lo considera inconstitucional desde el punto de vista de contener una protección marcada notoriamente al derecho a la vida, sin contener disposición alguna acerca de castigar o no la figura específica de la interrupción voluntaria del embarazo, con lo cual creemos que la misma podría ser despenalizada.

2.3.1. La Reforma Constitucional de 1994 y la inclusión de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional

Siguiendo el camino propuesto, nos disponemos a meternos en el terreno de la reforma constitucional que tuvo lugar en nuestro país en el año 1994, reforma que consideramos de gran importancia al tema que nos ocupa, ya que como veremos llevo a varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que nuestro país era parte a un rango igual que nuestra Carta Magna, generando en el tema que nos ocupa de alguna manera el choque entre al menos dos derechos de jerarquía constitucional. Aspiramos a continuar mediante el presente, el repaso histórico de la figura del aborto en la legislación de nuestro país, pero también nos adentraremos de lleno en el objetivo de analizar los derechos que entran en conflicto cuando se habla de interrupción voluntaria del embarazo, esto nos preparará para entender el análisis de la jurisprudencia tanto nacional como internacional en el tema.

En este capítulo nos disponemos a analizar el impacto que tuvo la reforma realizada en nuestra Constitución Nacional en el año 1994 en materia de Tratados Internacionales, específicamente, en materia de Derechos Humanos relacionada con el presente trabajo.

En el año 1993 luego del conocido Pacto de Olivos entre la UCR en cabeza del ex presidente Raúl Alfonsín (que en su presidencia había expresado la necesidad de una reforma) y el Partido Justicialista dirigido por el presidente Carlos Menem (que había expresado su intención de reformar la constitución), se dictó la ley N°24.309¹³, declarando la necesidad la reforma y estableciendo las materias y artículos que podían ser reformadas en la Carta Magna. En el año 1994 se realizaría la elección de la Convención Constituyente que ese mismo año llevaría a cabo una importante reforma a nuestra Constitución Nacional con el objetivo de modernizarla introduciendo normas que se venían aplicando por jurisprudencia y doctrina y también anexando diversos tratados internacionales que se habían firmado, además de incursionar en los llamados derechos de tercera y cuarta generación.

Como se ha dicho desde la reforma varios tratados internacionales de Derechos Humanos han pasado a tener jerarquía constitucional en nuestro país. Esto es gracias a las atribuciones que el artículo 75 inciso 22 le da al Congreso cuando dice: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones

¹³ Ley N° 24.309 29 de Diciembre de 1993

internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”¹⁴, y a continuación enumera los tratados que tiene jerarquía constitucional y que deben entenderse complementarios a la Constitución y deja aclarado el procedimiento que deben seguir otros tratados para seguir la misma jerarquización.

Lo expuesto lleva a tener que analizar el impacto de estos instrumentos como el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre cuando dice “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”(1948)¹⁵; o la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3 “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de su persona”(1948)¹⁶;o la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículos 1.2 o 4.1 que apunta a respetar el derecho a la vida y aclara en el primero de los artículos citados (1.2) que a los efectos de este instrumento, “persona es todo ser humano”(1984)¹⁷.

Hasta aquí, analizando los artículos precedentes de estos instrumentos, parecería quedar de manifiesto que el aborto es un atentado contra la vida que no debería estar permitido y que de hecho debería estar penado por nuestro ordenamiento. Este es el punto de partida de quienes están en contra de la despenalización, los autoproclamados “Pro Vida” que manifiestan que desde el momento de la concepción se es ser humano y por lo tanto se está protegido. Muchos de los sectores que son partidarios de esta postura fueron representados en las sesiones informativas que se realizaron durante el año 2018 en el Congreso de la Nación por diversos exponentes, muchos de los cuales además de los argumentos jurídicos, se basaban en el derecho canónico y en sus postulados filosóficos de protección de la vida. Aquí valen algunas aclaraciones, cada uno de los artículos destacados, tienen que ver con los momentos que transcurrían cuando se dictaron las normas, luego con el correr del tiempo los organismos encargados de la protección y aplicación de los tratados y pactos han realizados investigaciones e informes, así como también dictado estatutos interpretativos, recomendaciones, y en muchos casos nuestro país ha dictado legislación para hacer operativos algunos de ellos en los cuales se han

¹⁴ Artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional Argentina.

¹⁵ Artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia internacional americana, Bogotá 1948.

¹⁶ Artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948.

¹⁷ Artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23.054 B.O 27/03/1984.

aclarado cuestiones interpretativas y de terminología, y aún hay otras que generan dudas o son vagas y/o ambiguas.

Por la otra postura, quienes están a favor de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, también utilizan el terreno de los tratados y en esa línea tomaron la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (1985)¹⁸ que en su artículo 2 inciso f nos dice que los Estados Partes se comprometen a “adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”, y luego el mismo instrumento agrega a la hora de hablar de los asuntos relacionados al matrimonio y las relaciones familiares en su artículo 16 inciso e: ”los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”¹⁹.

Aquí es donde el panorama empieza a cambiar y encontramos una interpretación más abierta e inclusive nos permitimos señalar que más actual del instituto estudiado, donde no solo está el ejemplo citado en el párrafo anterior, sino que muchos de los dictámenes de los últimos años de los órganos encargados de controlar la aplicación de los tratados mencionados anteriormente, han ido adecuando sus criterios a las realidades que han estudiado y que parecen demostrar el aumento de la mortalidad de mujeres en abortos realizados de manera precaria, con lo cual se han inclinado por instar a los Estados a realizar adecuaciones de sus legislaciones para evitar este fenómeno. Tal es el caso del dictamen realizado por el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U en el año 2011 marcando errores del Estado Argentino en el manejo del caso “L.M.R” y observaciones para prevenir futuros manejos similares²⁰.

Otro ejemplo lo encontramos en las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de principios del mes de junio de 2018 a Argentina cuando instan a nuestro país a asegurar el acceso al aborto seguro y servicios de cuidados post aborto para las adolescentes, asegurando que sus puntos de vista son siempre escuchados y se les da

¹⁸ Artículo 2 inciso F Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por la Ley 23.179, B.O 03/06/1985.

¹⁹ Artículo 16 inciso E Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por la Ley 23.179, B.O 03/06/1985.

²⁰ Dictamen del Comité de Derechos Humanos (ONU): CCPR/C/101/D/1608/2007 - 28 de abril de 2011.

suficiente consideración como parte del proceso de toma de decisión”²¹. Sobre este informe se explaya la doctora Aida Kelmelmajer De Carlucci en su exposición en la comisión de Interrupción Voluntaria del Embarazo del Senado de la Nación el día 11-07-18 explicando que no puede hablarse de un choque con el bloque de constitucionalidad ya que el mismo Congreso le da al Comité las facultades de interpretar el Tratado, y es el comité quien nos insta a despenalizar el aborto.

Así también la reconocida jurista ahonda en otros de los argumentos de quienes están en contra de la despenalización explicando por ejemplo que la interpretación de los Tratados Internacionales debe hacerse utilizando la teoría de la autonomía y nos dice que la interpretación de un Tratado sobre la base de la autonomía de sus términos constituye una salvaguarda contra la discrecionalidad del Estado en su interpretación contraria a lo que el tratado quiere expresar y que por eso son los Órganos Internacionales quienes definen el significado de los términos de un tratado y su espíritu (Kelmelmajer De Carlucci, 2018).

Coincidimos con la jurista en que son los órganos de control internacional quienes tienen que interpretar el espíritu de los Tratados Internacionales, y creemos que es en este punto donde el panorama actual cambia con respecto a la despenalización del aborto ya que no solo las recomendaciones mencionadas en el presente trabajo sino recomendaciones de diferentes Órganos Internacionales a lo largo de los últimos 15 años demuestran que es momento de encarar una reforma legislativa con respecto al tema en cuestión.

Retomando el análisis del articulado, el inciso 23 del mencionado artículo 75 de la Constitución Nacional también le da la facultad al Congreso de legislar y promover medidas de acción que garanticen igualdad haciendo hincapié en los derechos del niño y la mujer, punto este en el que va a generarse un choque, como venimos viendo, ya que uno de los puntos más fuertes del debate por la despenalización desde el punto de vista jurídico es justamente este, el choque entre el derecho a la vida del feto y la libre determinación de la mujer sobre su cuerpo. El mismo artículo agrega “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”²²; punto que viene a ahondar aún más la

²¹ Punto 32(b) Observaciones Finales sobre Argentina del Comité sobre los Derechos del Niño (ONU): CRC/C/ARG/CO/5-6 - 01 de junio de 2018.

²² Artículo 75 inciso 23 Constitución Nacional Argentina.

brecha entre estos derechos, dada lo que venimos exponiendo acerca de las expresiones de los últimos años de los organismos de control de estos tratados.

De lo expuesto en este capítulo hemos llegado a concluir que si bien la reforma del año 1994 de nuestra Constitución, ha sido un hito histórico y modernizador en nuestro derecho, los cambios de los años posteriores a la fecha nos llevan a replantearnos cuestiones interpretativas e incluso a rever las circunstancias actuales.

Es cierto que del propio articulado se desprende una protección incondicional de la vida y si nos vamos a la mayoría de los Tratados que refieren al tema nos encontramos con terminología del estilo “desde la concepción” tomando esta como el momento en el cual se produce la nueva vida, aquí nos permitimos recalcar lo ya expresado en cuanto a que no es unánime en la medicina ni la ciencia este momento exacto y creemos que corresponde a ellos ponerse de acuerdo y no al derecho definir este aspecto. Pasando por alto este problema, nos encontramos con órganos encargados de controlar los mismos Tratados que expresan determinadas cuestiones que, con el correr de los años y estudios, estadísticas y resolución de casos han ido cambiando de opinión en sus dictámenes y recomendaciones, con una clara postura hacia la poca o inclusive nula punición del aborto. Posturas que creemos que son más acordes a la realidad actual donde la discusión se aborda entre otras, como un problema de salud pública por las muertes y daños que generan los abortos clandestinos, tema sobre el cual ya veíamos recomendaciones en el informe de la OMS que citábamos en el primer capítulo de este trabajo, informe que data del año 1970 y nos da la pauta de los años de retraso que tenemos en este problema.

Otro de los puntos a resolver es el choque entre los nombrados derechos a la vida del niño y a la libre determinación de la madre. En este punto creemos que es inevitable zanjar el debate entendiendo que uno de los dos derechos necesariamente va a ceder ante el otro dependiendo de la postura que se tome con respecto al comienzo de la protección de la vida, siendo que si es desde que se unen ovulo y espermatozoide, tendrá quizás más posibilidad la postura en la que el derecho de la mujer deberá ceder en pos de proteger la vida del feto, y si por el otro lado se toma por ejemplo el plazo de 14 semanas de embarazo para considerar la protección del feto, podrá ceder el derecho a la vida del mismo durante las mencionadas semanas, permitiendo un lugar a la postura a favor de la despenalización del aborto hasta esa fecha. No pretendemos entrar aquí en el debate de si se permite o no el “homicidio” o la eliminación de una vida como han planteado en esta discusión varios expositores, ya que apuntamos a concentrarnos en la práctica jurídica y no en el debate

ético/moral, pero como ya marcamos, nuestra postura se inclina a una interpretación más bien en el orden de considerar las primeras semanas de embarazo tiempo en el cual debería ser la mujer quien definiera sobre su cuerpo, es decir pueda interrumpir voluntariamente su embarazo, y luego por ejemplo del plazo ya expresado de 14 semanas o de un plazo que ponga la medicina, considerar prioritario el derecho a la vida del feto.

Capítulo III. Contexto Social. Influencia de los Movimientos Sociales por los Derechos de la Mujer y los denominados “Pro Vida”.

De la mano con la inclusión de los derechos citados en el apartado anterior en la Constitución Nacional, se dio un crecimiento de muchos movimientos y organizaciones sociales que venían luchando por ellos y la creación de nuevas entidades del mismo tipo. Es por ello que en este capítulo nos adentraremos en el peso que han tenido estos movimientos en el debate del tema que nos ocupa. Podremos así continuar nuestro repaso histórico de la figura en nuestro país y entender como los mencionados movimientos así como también los fallos que veremos en el capítulo siguiente, han influido y acompañado el avance histórico. A su vez, nos adentraremos en el análisis de uno de los proyectos de interrupción voluntaria del embarazo presentados en el Congreso de la Nación por estos movimientos, para explicar cuál es su meta. Todo esto nos permitirá a la hora de concluir, tener una visión acabada del impacto real que la actual legislación del aborto ha tenido y cuál es el contexto actual en el que se está gestando un intento de cambio influenciado por movimientos nacionales e internacionales.

En lo que refiere al tema que nos ocupa, la influencia de los movimientos sociales ha sido crucial. En Argentina, como ya se ha expresado, el tema está en la actualidad en el foco de atención, tanto en los medios de comunicación como en la sociedad en su conjunto. Hito de esta importancia son las multitudinarias movilizaciones que se han generado a lo largo del año 2018 en torno a las dos posturas pujantes en este tema, sobre todo durante el tratamiento del mismo en el Congreso de la Nación.

Si nos referimos a las dos posturas antagónicas en el tema, siguiendo a Paola Bergallo (2014), desde 1921 y hasta la fecha hay una gran puja de sectores conservadores de nuestra sociedad para penalizar totalmente el aborto (incluso los casos de excepciones no punibles), pero desde el año 2002 se puede notar un punto de quiebre con la Ley Nacional de Salud Sexual y Reproductiva que, si bien no incluía el servicio de aborto, llevo mediante su debate a una “nueva era en la confrontación en torno la regla informal que prohibía totalmente el aborto en el país”. La autora también destaca el trabajo de la Campaña Nacional para el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, campaña que desde el año 2005 está trabajando y ha presentado proyectos de despenalización del mismo (uno debatido en el Congreso de la Nación el año pasado). En el comentario final, la autora puntualiza con respecto a la despenalización que “los mismos defectos y límites inherentes al enfoque procedimental ofrecen un nuevo argumento para avanzar hacia una reforma de la regulación actual del aborto” y reemplazarlo por una regulación que lo permita a demanda (Bergallo, 2014).

La gran diferencia a priori de posturas se centra en el derecho que reclaman, por un lado podemos hablar de una postura más bien conservadora como nos habla la citada autora, representada en gran parte por sectores de las diversas religiones pero principalmente de la católica, los autodenominados “Pro Vida”, que sostienen que su lucha es por el derecho a la vida del feto y que el mismo es persona desde el momento de la concepción, sus argumentos son extensos, algunos muy sólidos, apoyados en la medicina y otros muchos más débiles que van desde pensar en que si hay aborto no sabemos que personas no hubieran nacido hasta plantear que si hubiera habido aborto no estaríamos aquí, no tendríamos un Lionel Messi o un Papa Argentino (ejemplos literales que se han dado en debates por ejemplo en medios masivos de comunicación). Hablando del máximo pontífice, él también se ha expresado con respecto a este tema, como se puede ver en la nota de Elisabetta Pique en La Nación, recientemente el Papa comparo el aborto con contratar un sicario para resolver un problema, expresando una clara postura en contra. A mediados del año pasado, había tenido otra comparación que consideramos desafortunada cuando comparo el aborto con el accionar de los nazis.

A pesar de que como dijimos, esta postura se extiende en gran parte de sectores representantes de las diversas religiones, sobre todo la católica, hay sectores dentro de la misma iglesia que apoyan la citada Campaña Nacional el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, un ejemplo claro es el de “Católicas por el Derecho a Decidir”, cuya representante Marta Alanis en una entrevista con el periodista Luis Novaresio a principio del año 2018, explico su postura en cuanto al equilibrio entre ser católico y estar a favor de la despenalización del aborto. En una explicación que compartimos, ella marco que no toda la iglesia piensa igual, y que en el tema puntual de la defensa de la vida, su grupo también valoraba y defendía la misma en la gestación, pero que le dan un valor gradual, apuntando a una despenalización en momentos tempranos del embarazo.

Por el otro lado tenemos a los sectores que pujan por la despenalización, y que sostienen que el derecho de elección de la mujer sobre su cuerpo es lo que debería primar en estas situaciones. Esta postura ha recibido basta adhesión, y son varias las asociaciones civiles que como dijimos vienen trabajando desde hace muchos años en la Campaña Nacional para el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, movimiento que logro unificar inclusive a los jóvenes militantes de diversos partidos políticos bajo su bandera y a muchos actores mediáticos y formadores de opinión.

Dijimos que los citados dos derechos eran los que chocaban de base, ya que sería muy simplista quedarnos solo con eso, tanto la Campaña como los “Pro Vida” han presentado argumentos y estadísticas sobre la mortalidad materna en nuestro país, sobre el problema de la educación sexual y de los abortos clandestinos, e inclusive una de las aristas de discusión de quienes representaron a la Campaña en el Congreso fue que el aborto en Argentina es un problema de Salud Pública. Vale aclarar que esta última concepción de la problemática como un tema de salud pública, proviene de un informe de la Organización Mundial de la Salud (2012), en el cual se ahonda en las cifras estimativas de abortos clandestinos y sus resultados, y en como “casi cada una de estas muertes y discapacidades podría haberse evitado a través de la educación sexual, la planificación familiar y el acceso al aborto inducido en forma legal y sin riesgos, y a la atención de las complicaciones del aborto” (OMS, 2012).

En el plano internacional, hubo, y todavía hay una gran expectativa con respecto a lo que suceda con este tema en nuestro país, muchas figuras internacionales de diferentes medios, desde actores y músicos hasta políticos se expresaron apoyando ambos movimientos, como el ya citado caso del Papa, aunque para ser justos en nuestro análisis, fueron más quienes apoyaron la campaña por la despenalización como un cambio necesario que quienes se mostraron en contra.

A esto se le suma un claro cambio de paradigma en diversos países del mundo que va desde una baja en los requisitos para abortar hasta la despenalización lisa y llanamente. Por poner un ejemplo de los países más permisivos respecto al tema, podemos citar el caso de Cuba, país en el cual se considera una victoria de los movimientos feministas en este tema y que tiene una legislación que no solo permite el aborto, sino que está el servicio legal y gratuito del mismo, tal es así que su propio Código Penal²³, tiene similares artículos a los nuestros en cuanto a penar el aborto pero en el caso de ser ilícito, considerándolo así cuando es por fuera de las condiciones establecidas anteriormente (artículos 267 y siguientes). Es un ejemplo de cambio de paradigma ya que en un principio en el año 1936 se legalizaron tres excepciones similares a las nuestras a la pena por abortar, pero se vio que clínicas privadas ofrecían el servicio a quien podía pagarlo, inclusive a otros países. Ya a partir de 1965 se permitían los abortos institucionalizados con principios básicos de decisión de la mujer y siempre ser realizado en instituciones hospitalarias por profesionales preparados, para llegar finalmente a 1987 con la

²³ Artículo 267 y siguientes del Código Penal Cubano (Ley N°62).

legislación actual ya citada. Vale hacer la aclaración que existe de parte de un importante sector de la población cubana, incluyendo sus autoridades, una preocupación actual por el abuso de la medida como método anticonceptivo, preocupación que ha llevado a algunos replanteos que consideramos no deberían tener que ver con la legislación sino con la educación al respecto de la misma y al uso de otras medidas como métodos anticonceptivos.

Pasando a un caso opuesto, Colombia es un país cuyo Código Penal²⁴ trata el aborto a partir de su artículo 122 y que históricamente lo ha castigado. Recién en el año 2006 gracias a la presión de movimientos sociales, y por medio del fallo C-355²⁵ de la Corte Constitucional de Colombia se resolvió en un caso conjunto, ya que originariamente eran varias demandas separadas de diversos grupos sociales por inconstitucionalidad, declarar legal el aborto en tres situaciones: “Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; cuando exista una grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, de acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas o de incesto”. Aquí vale aclarar que si bien significo un fallo histórico en Colombia e inclusive un ejemplo para la región, la realidad es que muchas veces los requisitos son inalcanzables para muchas mujeres, y hay una marcada presión religiosa con lo cual el tema aun es tabú en el país y no se ha plasmado el avance como debería.

Como podemos ver, la discusión se ha dado en diferentes tiempos dependiendo los países pero siempre con una clara tendencia modernizadora y camino a la despenalización total o al menos alguna variante de las excepciones con las que nuestro país ya cuenta. También hemos observado en nuestra investigación, que si bien en general las premisas sociales se dividen en dos posturas similares a las ya expuestas en nuestro país, la tolerancia a las legislaciones y a los cambios en las mismas varían de sociedad en sociedad y muchas veces, no generan un impacto real por falencias en otras áreas, ya sea educacional (como vimos en el caso de Cuba) o legal (como pudimos ver en el caso Colombiano).

²⁴ Artículo 122 y siguientes del Código Penal Colombiano (Ley N°599 del año 2000).

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, C-355-06. (10 de mayo de 2006).

Por ultimo para cerrar el capítulo, analizaremos el proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria de Embarazo (IVE) que presento la mencionada Campaña Nacional para el Aborto Legal, Seguro y Gratuito en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 05 de marzo de 2018. Antes de profundizar en el análisis, vale aclarar que se presentaron varios proyectos, pero nos centraremos en este por contar con más de 70 firmas de legisladores de todos los partidos políticos y por ser el que fue tratado, aprobado y luego rechazado en el Senado. El mismo fue presentado con el N° de expediente 0230-D-2018 y girado en primer término a la Comisiones de Legislación General; Legislación Penal; Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; y Acción Social y Salud Pública.

Comenzando el análisis el artículo 1 y 2 dan a la mujer acceso a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo basándose en los derechos humanos y establecen dos plazos, el primero de 14 semanas para la interrupción (plazo que expresábamos en apartados anteriores es el tomado genéricamente para estos procedimientos); y el segundo tiene que ver con el acceso dentro de los 5 días desde su requerimiento a la práctica dentro del sistema de salud y en concordancia con la ley Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud²⁶.

El artículo 3 es de destacar ya que nos describe los casos en los cuales la interrupción puede llevarse a cabo fuera de los plazos establecidos anteriormente, y ellos son: Si el embarazo fuera producto de una violación, con el sólo requerimiento y la declaración jurada de la persona ante el profesional de salud interviniente; “Si estuviera en riesgo la vida o la salud física, psíquica o social de la mujer, considerada en los términos de salud integral como derecho humano; Si existieren malformaciones fetales graves”. Aquí vemos como en un solo artículo, este proyecto logra mantener las clásicas excepciones de nuestro Código, corrigiendo errores de redacción y clarificando conceptos, y a la vez agrega consideraciones a los derechos en los cuales se fundamenta (los derechos humanos), y nos trae por ultimo un agregado que veíamos por ejemplo en el caso colombiano en cuanto a las malformaciones graves. En este punto también hay un debate fuerte, ya que por un lado se pondera si vamos a los fundamentos del proyecto la voluntad procreacional, la voluntad de ser madre y de decidir sobre el cuerpo de la propia mujer; pero por el otro nos encontramos con posiciones críticas que hablan desde un punto de vista ético-moral en cuanto a medio de eliminar futuras vidas con algún tipo de trastorno o problema ya sea físico o psíquico, y aquí nos remontamos a las posturas más

²⁶ Ley N° 26.529 21 de Octubre de 2009

clásicas y conservadoras analizadas en capítulos anteriores de doctrinarios que apuntaban al aborto como un crimen inclusive contra el Estado por lo selectivo del proceso. En este punto es nuestra opinión que sucede similar situación al choque entre la libre determinación de la mujer sobre su cuerpo y el derecho a la vida del feto, entendiendo que uno de los dos derechos debe ceder y consideramos en este caso que saliendo de una postura ético-moral, el artículo redactado es pertinente y refleja la realidad actual.

Los artículos 4, 5, 6 y 7 del proyecto nos hablan del requerimiento del consentimiento informado de la mujer previo al procedimiento; de la imposición a las obras sociales y otros agentes de servicios médico-asistenciales de agregar el servicio para sus afiliados; de las autoridades de los establecimientos asistenciales que deben garantizar la realización de estos procedimientos; y de que no existe necesidad de autorización judicial previa para el procedimiento respectivamente. En cuanto al primer punto coincidimos plenamente en que el consentimiento informado es un requisito fundamental e inclusive creemos que debe ser solicitado al menos en dos oportunidades en el procedimiento, quizás al requerimiento y en la instancia previa a la realización misma. Con respecto al segundo y tercer punto, creemos que es natural que si se aprueba un proyecto de esta envergadura, los citados agentes y autoridades deben ayornarse a los criterios dentro de sus posibilidades. El último punto es una consecuencia necesaria del fallo “F.A.L” y es algo que no está en la ley y por lo tanto nunca debió solicitarse, pero no consideramos exagerado remarcarlo.

Los artículos 8 y 9 refieren a casos específicos de consentimiento, por un lado el primer artículo nos habla de menores de 13 a 16 años en cuyo caso se presume madurez y aptitud para prestar consentimiento; en el caso de mayores de 16 años y como expresa el Código Civil y Comercial de la Nación ya tienen plena capacidad de decisión sobre procedimientos de este tipo; y en el caso de las menores de 13 años hace la salvedad de la necesidad de consentimiento enumerando quienes pueden otorgarlo citando las leyes y convenciones en las que se apoya el artículo.

El artículo 9 hace referencia a las personas con capacidad restringida y aclara que si no interfiere su incapacidad con la decisión, podrá prestar consentimiento libremente o pedir asistencia si lo desea. En el caso de ser incapaz declarado judicialmente si necesitara asistencia.

Aquí nos permitimos hacer algunas aclaraciones: en primer lugar si bien es cierto que nuestro Código Civil y Comercial de la Nación²⁷ en su artículo 26 hace referencia a la capacidad de los menores a decidir sobre procedimientos médicos, en el caso de los menores de entre 13 y 16 años habla de la necesidad de sus progenitores presentes para decidir en tratamientos invasivos o que comprometan su salud y que en caso de desacuerdo entre ellos se resuelve teniendo en cuenta el interés superior con la opinión médica, consideramos a diferencia de lo que se describe en el proyecto que para estos casos así como para los de menores de 13 será necesario respetar este artículo y no optar por considerar directamente la decisión con grado de madurez y aptitud suficiente. Además si bien el ámbito médico no nos corresponde, entendemos que aunque puede ser por medios no quirúrgicos, cualquier medio abortivo resulta a priori invasivo y riesgoso, con lo cual reforzamos lo expuesto.

En cuanto a las otras situaciones expuestas en los artículos del proyecto, compartimos con los redactores las salvedades y consideramos que respetan las normas vigentes en el citado Código.

Los artículos 10, 11 y 12 tienen que ver con una inclusión en este proyecto de las personas con capacidad de gestar consideradas en la Ley de Identidad de Género de las Personas²⁸; y con los pertinentes cambios en el Código Penal de la Nación respectivamente. Consideramos pertinente el agregado de la citada ley, no solo por la actualidad social, sino por los avances médicos que se pueden llegar a generar y que tengan relación con este proyecto. Con respecto a las modificaciones del Código, son necesarias a los fines de la implementación del proyecto. Y el último artículo es la fórmula “de forma” requerida al final de las leyes.

Para concluir el capítulo creemos que en lo expresado hemos podido demostrar no solo como en Argentina el crecimiento de los movimientos sociales ha permitido poner en el centro de atención pública este debate y ha generado progresivamente la posibilidad de poder tener la discusión actual y los proyectos presentados en el Congreso el año pasado, sino también cómo en otros países que están más o menos avanzados en el tema, se han seguido similares caminos y el punto de partida ha sido muy similar o incluso el mismo, punto este que marcamos en el caso de Cuba y en el de Colombia.

²⁷ Artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994)

²⁸ Ley N° 26.743 del 23 de mayo de 2012.

En el plano nacional, si bien es cierto que las dos posturas, tanto la denominada “Pro Vida” como la representada por “la Campaña”, han tenido grandes exponentes y se han movilizad, coincidimos como dijimos con Bergallo en destacar especialmente el trabajo de la Campaña Nacional por el Aborto Seguro, Legal y Gratuito, ya que consideramos que tanto la trayectoria y la insistencia, como el avance con los proyectos culminando en el analizado anteriormente, han tenido un especial peso en este análisis histórico encarado, y que de aprobarse un proyecto con el que coincidimos en su mayoría, salvo las aclaraciones hechas pertinentemente, van a tener un lugar en un hito de reforma histórica y a nuestro criterio necesaria. Además en la lectura de los fundamentos así como en el repaso de las sesiones informativas del Congreso, hemos encontrado que quienes defienden este proyecto han realizado una investigación jurídica comparada y local completa y concisa y por eso reiteramos coincidimos con el mismo.

Capítulo IV. Jurisprudencia Destacada.

4.1. Jurisprudencia Nacional destacada.

En este último apartado de nuestro trabajo, nos proponemos, con la información y las herramientas que el mismo nos ha dejado, culminar el análisis histórico de la figura del aborto en nuestro país hasta la actualidad, con los fallos que han marcado un antes y un después en el tema. Así también cumpliremos el objetivo de analizar no solo jurisprudencia nacional, sino también comparada. Por último este análisis nos permitirá tratar de zanjar con la opinión del Máximo Tribunal de nuestro país, último interprete de nuestra Carta Magna, la disputa planteada en término de los derechos de protección constitucional que se chocan en este debate.

Un antecedente para comenzar a recorrer este camino se dio en el año 2002 cuando la Asociación Civil sin fines de lucro “Portal de Belén” promovió una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación²⁹ para que revocara la autorización y prohibiera la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “Imediat” que era un anticonceptivo de “emergencia” también conocido como píldora del día después por considerarla abortiva, amparándose en la protección del Derecho a la Vida. Las primeras instancias fallaron a favor de la Asociación, el Estado recurrió ante la Cámara que hizo lugar revocando sentencia anterior, y así la asociación interpuso recurso que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, sosteniendo un criterio de años anteriores, hizo lugar al pedido por considerar la protección de la vida desde la concepción prioritaria, revocando la sentencia de la cámara y prohibiendo “Imediat”. Aquí es interesante ver que en ese momento la Corte se apoya en fundamentos no solo en criterio propio de fallos anteriores en los que sostenía la protección a la vida desde la concepción, sino también en el criterio utilizado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en profesionales de diversas áreas de la medicina de ese momento.

Otro antecedente de renombre es “L.M.R”, un caso que data del año 2006 de una joven con discapacidad que fue violada y al ser descubierto, se siguieron los pasos pertinentes para la interrupción del embarazo en el marco de las excepciones del Código Penal. El aborto fue avalado pero el hospital donde se iba a realizar recibió una llamada para frenar el procedimiento, ya que la jueza de menores falló prohibiendo el aborto. Esta decisión se sostuvo en apelación para luego ser revocada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que determinó que el aborto podía realizarse y sostuvo

²⁹ C.S.J.N., “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” (05/03/2002).

que no se necesitaba autorización judicial ya que estaba en el marco del Código Penal. A pesar del aval del máximo tribunal provincial, por presiones de diversos sectores el aborto no se llevó a cabo en el hospital. Gracias a varias organizaciones de mujeres, L.M.R. pudo acceder al procedimiento en una clínica privada³⁰.

Las mismas organizaciones llevaron sus reclamos por este caso a diversos organismos internacionales de control y en el año 2011 el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. emitió un dictamen extenso sobre el caso, marcando errores del Estado en el manejo del mismo y observaciones a tener en cuenta para evitar futuras repeticiones³¹.

Nuestro Máximo Tribunal no ha dejado mayor precedente con respecto al tema que nos ocupa en los últimos treinta años que el renombrado caso “F.A.L s/Medida Autosatisfactiva”. El caso comenzó en el año 2010 con la solicitud de A.L.F. de la interrupción del embarazo de su hija menor en la justicia penal de la provincia de Chubut, embarazo que provenía de una violación que la menor de 15 años había sufrido por el esposo de su madre, causa que tramitaba en el mismo fuero. Fundó su pedido en las excepciones del artículo 86 del Código Penal. Tanto el Juez de la causa como el Fiscal respectivamente manifestaron no tener competencia para decidir al respecto, con lo cual la actora dio inicio a la medida autosatisfactiva en el fuero de familia. Los tribunales de primer y segunda instancia rechazaron el pedido a pesar de contar con informes periciales de la depresión que transitaba la menor en cuestión incluso afirmando ideas suicidas, con lo cual la continuidad del embarazo hacía peligrar su vida.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chubut revocó las decisiones anteriores y autorizó la medida por considerarla encuadrada en la norma y agregando que pese a no ser necesaria la autorización solicitada, la otorgaban para concluir la controversia.

El asesor general de la provincia recurrió la decisión en representación del nasciturus y pese a ya haberse llevado a cabo la interrupción del embarazo, ese recurso fue concedido por la gravedad institucional fundamentada. Manifestó que la gravedad se daba por una interpretación fuera de la norma del artículo citado del Código, así como también la vulneración de la protección a la vida que nuestra Constitución y los Tratados

³⁰ SCBA, “R.M.L. Persona por nacer. Protección. Denuncia.” Ac 98.830.3 (1/07/2006).

³¹ Dictamen del Comité de Derechos Humanos (ONU): CCPR/C/101/D/1608/2007 - 28 de abril de 2011.

Internacionales con jerarquía constitucional le dan desde la concepción, citando las normas correspondientes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación recordó que se ha señalado en diversos precedentes que cuando este tipo de medidas llega a los tribunales más altos, es a destiempo (es decir, ya no se está a tiempo de realizarse la interrupción del embarazo). Igualmente y en el mismo precedente la Corte reconoce que dada la implicancia de las normas en disputa (Constitución Nacional y Tratados Internacionales) es necesario expedirse a pesar de que la medida ya había sido tomada. Por un lado consideró oportuno realizar una interpretación armónica de todo el plexo normativo en la que entendió que ninguno de los argumentos en que se apoyaba el recurrente instaba a una interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal, sino que la misma debía ser amplia. Además remarco que con base en el artículo 19 de la Constitución Nacional (principio de reserva), cuando el aborto califica dentro de las excepciones, no hace falta tramite ni autorización judicial para realizarlo. Asimismo recalco la desinformación de los médicos que exigen esta autorización a pesar de no necesitarla y marco que los profesionales de la salud no deben eludir su responsabilidad ni negarse a la realización del aborto en estos casos ya que estarían violando el derecho al acceso a la salud. No obstante los mismos pueden hacer valer su derecho de objeción de conciencia siempre garantizando que otro médico pueda atender el caso.

Finalmente, luego de rechazar los fundamentos del recurrente, la Corte por unanimidad sentó un precedente importantísimo en el tema exhortando a las autoridades a dar asistencia interdisciplinaria a las víctimas de los delitos para los cuales está permitido el aborto y a no judicializar estos casos, es decir permite el aborto sin autorización judicial en los casos no punibles³².

Luego del fallo “F.A.L”, existen dos interesantes antecedentes del tema que son de la misma asociación civil contra el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ambos están bajo el nombre “Pro Familia Asociación Civil c/ GBCA y otros s/Impugnación de actos administrativos” pero uno data de octubre de 2012³³ y el otro de septiembre de 2013³⁴. En el primer caso la asociación acciono solicitando una medida cautelar para que no se pudieran realizar abortos encuadrados dentro de las excepciones

³² C.S.J.N., “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, F. 259. XLVI (2012).

³³ C.S.J.N., “Pro Familia Asociación Civil c/ GBCA y otros s/Impugnación de actos administrativos” (11/10/2012)

³⁴ C.S.J.N., “Pro Familia Asociación Civil c/ GBCA y otros s/Impugnación de actos administrativos” (17/09/2013)

del Código Penal, ya que el por entonces jefe de gobierno de la ciudad Mauricio Macri, había anunciado que se realizaría el primer aborto en ese marco en la misma. Luego de una doble presentación primero en tribunales de la Ciudad de Buenos Aires y luego en la justicia Nacional en lo Civil, la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino en el caso dejando sin efecto cualquier tipo de cautelar y recordando lo dicho por el mismo tribunal en el reciente fallo “F.A.L”. En el segundo caso la Corte recordó lo dicho en el primero e insto incluso al Juez en lo Civil a considerar si sancionar o no a la asociación y su letrado coincidiendo con el dictamen del ministerio público.

Un caso más reciente para destacar es el caso “Belén”³⁵ (cuyo nombre real se desconoce porque fue protegido en el procedimiento), que comenzó en el año 2014 cuando llegó al hospital de Avellaneda en San Miguel de Tucumán con una hemorragia vaginal intensa. Estaba perdiendo un embarazo que ella aun hoy sostiene que no sabía que existía. Fue condenada por la Cámara Penal de Tucumán a ocho años de cárcel por homicidio doblemente agravado por el vínculo y por alevosía. Esto fue así porque en el baño del hospital, personal médico halló un feto que le atribuyeron a la joven a pesar de nunca haber realizado prueba de ADN alguna como manifestó su abogada. La letrada interpuso un recurso de casación contra la sentencia por no garantizar la defensa en juicio de su defendida, además de la arbitrariedad de la valoración de la prueba por lo expuesto anteriormente y la violación del secreto profesional médico-paciente.

Aquí también jugaron un rol fundamental los movimientos sociales que realizaron marchas por el caso e inclusive atrajo la atención de la Organización Naciones Unidas y otros organismos internacionales que instaron a la liberación de la joven y consideraron al Estado responsable, ya que los mismos movimientos recurrieron mediante firmas a Amnistía Internacional para liberarla.

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán hizo lugar al recurso de casación, absolviendo a la joven reconociendo, entre otros los fundamentos expresados por la letrada liberando a la joven en el año 2016 luego de haber pasado dos años en prisión.

En el análisis de estos precedentes que están entre los más importantes de los últimos 20 años, vemos como se fue dando de a poco un cambio de criterio, cuando comenzando en el año 2002 y con una reciente reforma constitucional 8 años antes introduciendo los derechos humanos a la jerarquía constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decide priorizar la vida desde la concepción y utiliza en su

³⁵ Corte Suprema de la Provincia de Tucumán., “Belen” F.329/2017 (23/03/2017).

fundamentos los mismo tratados y la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y le da la razón a “Portal de Belén” prohibiendo “Imediat” ; Para luego, 10 años después reconsiderar en “F.A.L”, que como dijimos es a nuestro criterio el precedente más importante en el tema, que estando dentro de las excepciones del artículo 86 del Código Penal, no solo es realizable ese aborto no punible, sino que además no requiere autorización judicial.

Para los dos casos contra la asociación “Pro Familia”, la corte volvió a los criterios de “F.A.L”, con lo cual creemos que es importante entender que aquí, la Corte al ser ultima interprete de nuestra Carta Magna, nos está dando la pauta de un cambio de paradigma, no solo legal, sino también social y hasta médico. Entendemos que en los fundamentos más allá de ratificar las excepciones del Código Penal, también realiza recordatorios a médicos con respecto a su negativa, y a la objeción de conciencia que es la posibilidad de negarse por motivos éticos o religiosos a realizar un procedimiento siempre y cuando exista otro médico para garantizar la realización del mismo. Además insta a las autoridades a dar asistencia interdisciplinaria a las víctimas. Consideramos que todo esto es producto de una interpretación de la Corte del cambio social que se fue gestando, y con lo expresado, lo acompaña. Ya no hizo falta el debate ético, médico y moral que si se dio en “Portal de Belén” o que vimos inclusive en tribunales inferiores en “L.M.R”, donde también es de destacar el accionar del Máximo Tribunal de Chubut que autorizo la medida contra la presión social y religiosa, así como también el trabajo en ese caso de las organizaciones sociales, que consiguieron el aborto en una institución privada cuando por presiones de sectores, el hospital que lo iba a realizar no quiso realizarlo.

Por último y en la línea de “L.M.R”, llegamos al caso “Belén”, caso que al haber estado en prisión, es trascendental al tema que nos convoca. Al último fallo citado hay que analizarlos desde dos lugares, por un lado desde el hecho de que es uno de los pocos casos, de aborto en los que se ha cumplido la pena de prisión en los últimos años, algo que demuestra los desactualizado de la ley, ya que la vigencia y eficacia de la misma no hace a su aplicación por no condecirse con la actualidad, es decir su atemporalidad. Por el otro lado por ser un caso que deja al descubierto el mal manejo de evidencia, de decisiones, de prueba y una falta profesionalismo que atenta contra la justicia, y a la vez demuestra, una vez más la importancia de los movimientos sociales, por ser ellos no solo quienes pusieron el caso en la óptica pública nacional, sino también internacional.

Como conclusión de lo expuesto, reafirmamos lo que venimos reconociendo a lo largo del análisis histórico de la figura, los tiempos y la sociedad han cambiado, con lo que es necesario escuchar e interpretar esos cambios y volcarlos en una reforma legislativa con respecto a la temática, no solo a los fines de evitar horrores como los vistos en el manejo del último caso citado, sino para volver a estar a la vanguardia del instituto.

A esto hay que agregar que creemos que de lo expresado por la Corte en “F.A.L”, no cabe duda que deja abierta la puerta a un debate por la despenalización, sobre todo porque aborda un tema trascendental como va a ser en caso de generarse la misma, el derecho al acceso a la salud y los médicos que se quieran rehusar a hacerlo mediante la objeción de conciencia, y en este punto coincidimos con la Corte, en que siempre que se garanticen los procedimientos por otro médico, pueden objetar y no realizarlo.

4.2. Jurisprudencia Comparada destacada

Por ultimo consideramos necesario, hacer un breve repaso por algunos casos de jurisprudencia internacional que ha marcado cambios de paradigma en lo que respecta al tema tratado. Consideramos que citar algunos precedentes nos ayudara a analizar en donde estamos en comparación con otros países con respecto a legislación, así como también como ha sido la interpretación de los mismos Tratados que nosotros anexamos a nuestra Constitución en otros países.

En el plano internacional, un antecedente que no se puede dejar de mencionar y que es quizás el más importante de los últimos 50 años es el renombrado “Roe v. Wade”, un caso que llegó en el año 1973 al Máximo Tribunal de Estados Unidos y que marcó un antes y un después tanto en el país como a nivel mundial con respecto al aborto. Roe era una ciudadana de Texas que solicitó la posibilidad de abortar con un médico y en condiciones óptimas, a pesar de que su vida no estaba en riesgo (que era la única causa en la que el aborto estaba permitido en ese estado). Lo trascendental de este fallo es que el Tribunal Supremo dividió el embarazo en tres periodos de aproximadamente tres meses cada uno. En el primero la mujer tiene derecho a abortar libremente; en el segundo debe haber riesgo para la salud; y recién en el tercero se prohíbe el aborto para proteger la vida del feto (aunque se dejó la posibilidad cuando haya riesgo para la vida de la madre). La jurisprudencia sentada por el Tribunal en este fallo fue y aún es producto de polémica, por la dudosa justificación constitucional de la sentencia y por las implicancias de abrir la posibilidad de aborto a todo el embarazo, pero abrió las puertas de la discusión tanto en ese país como en el mundo y despertó un debate que había estado en pausa por años³⁶. Consideramos que este era un antecedente crucial, no solo por lo expresado en términos de volver a poner el tema sobre la mesa de debate, sino porque está íntimamente relacionado con la legislación cubana que planteábamos en apartados anteriores, ya que uno de los focos de debate que se mantuvo en Cuba en las últimas décadas del siglo pasado y que llevo a volcar, como vimos, el aborto al Código Penal, era justamente la cantidad de abortos que se realizaban en clínicas privadas y muchos de ellos eran provenientes de otros países, mayormente Estados Unidos. Aquí vemos uno de los puntos claros que venimos marcando y es como lo que sucede en el mundo y sobre todo en países vecinos, impacta directamente en la sociedad y en la manera de encarar la legislación.

³⁶ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Viniendo más cerca en el tiempo y en la distancia, nos planteamos el ya citado fallo C-355 de la Corte Constitucional de Colombia, cuyo efecto, en el año 2006 fue similar al citado caso de Estados Unidos, en un caso conjunto en el que se unificaron varias demandas presentadas por movimientos sociales en cuanto a la inconstitucionalidad de los artículos referidos al aborto en su legislación. La citada Corte decidió aclarar criterios en los cuales el aborto debía considerarse legal, siendo estos: “Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; Cuando exista una grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, de acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas o de incesto” . Esto llevo como dijimos, no solo a un cambio icónico en la legislación local de ese país, sino también a volver a plantear el tema en la mesa de discusión tanto nacional como internacional, siendo utilizado de ejemplo en el mundo.

Otro fallo destacado por lo que significa inclusive para la interpretación de Tratados Internacionales a los que nuestro país adhiere es “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica³⁷”, en este caso se debatía la prohibición que había en Costa Rica de la fecundación in vitro como técnica de reproducción humana asistida por considerarse atentar contra el derecho a la vida el trato de los embriones como cosas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos hizo algunas aclaraciones trascendentales en su fallo, como la interpretación del artículo 4.1 de la mentada convención, al entender que los términos persona y concepción se debían entender desde el momento de la implantación del embrión en la madre en el caso de in vitro. También hizo una importante aclaración con respecto a la expresión “en general” que utiliza el artículo 4.1, explicando que hay lugar a excepciones a la regla y que es progresivo el avance de la protección. En este último caso, que podemos relacionar con lo que hizo nuestra Corte en “F.A.L”, la Corte Interamericana realizo una interpretación de la legislación que nos sirve de punto de partida para analizar una vez más lo que consideramos es una legislación atrasada en nuestro país. Además este fallo nos introduce también en los métodos de reproducción humana asistida, tema que si bien no es parte de este trabajo, si es necesario considerarlo

³⁷ Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) c. Costa Rica - 28/11/2012

por los debates como en el del fallo planteado que se han dado en círculos bioéticos con respecto al carácter de los embriones congelados e implantados. En este punto creemos oportuno recordar que a la hora de encarar una reforma local, es necesario tener en cuenta toda la legislación atinente, punto que ya destacamos cuando analizamos el proyecto de la campaña con respecto a la legislación citada en el mismo.

Creemos, luego de haber analizado brevemente estos tres hitos jurisprudenciales, que estamos en condiciones de decir que vemos, así como en nuestra propia jurisprudencia, un cambio de paradigma que nos permite afirmar que se está dando la repetición de un ciclo que ya se dio en los otros países analizados, y que se está transitando en el nuestro. Este ciclo tiene que ver con movimientos sociales, leyes y tratados internacionales y con una interpretación cada vez más afín a una decisión propia de la mujer sobre interrumpir o no un embarazo.

Consideramos por realizar una comparación que “Roe v. Wade”, puso las bases para que luego en Colombia se pudiera aclarar errores de interpretación y corregir situaciones, y que finalmente “Artavia Murillo” nos introdujera en las nuevas características de concepción y en la difícil tarea de adecuar las legislaciones a las condiciones actuales.

Conclusiones.

Comenzaremos esta conclusión diciendo que este proceso de investigación ha sido un aprendizaje, mientras más investigamos sobre el tema, más entendíamos las diversas voces y tomábamos una postura propia, que se reforzaba con cada autor y con cada fallo.

En un comienzo nos trazamos objetivos claros que consideramos concretados a lo largo de la investigación, aunque entendemos que siempre se puede seguir indagando y más en un tema de esta envergadura. Creímos necesario, como primer paso, encontrar una definición propia de aborto, ya que como vimos en el correspondiente capítulo, no hay acuerdo jurídico en la doctrina y el Código Penal no nos brinda una. Consideramos haber logrado una concisa y completa al menos a los fines de transitar el presente trabajo que quedó formulada, a partir de diversa doctrina e inclusive con una introducción al ámbito lingüístico y médico, de la siguiente manera: interrupción voluntaria o no del embarazo con muerte del feto por causas naturales o provocadas ya sea por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno. El mismo puede ser espontaneo o provocado si es por causas naturales o si existen maniobras practicadas para interrumpir el mismo respectivamente. Aquí reafirmamos nuestra postura con respecto a la necesidad de una definición de aborto jurídica apoyada en una médica.

Continuamos el camino, introduciéndonos de lleno en una breve reseña histórica del instituto en nuestro país, siendo este otro de los objetivos planteados, lo que nos reafirmó aquello que habíamos dicho ya en la introducción de este trabajo, si bien el aborto está hace más de cien años regulado en nuestro país, es un tema que no ha tenido el tratamiento jurídico-legislativo que creemos que merece y por lo tanto ha quedado atemporal con respecto a su redacción sobre todo con el advenimiento de nuevos derechos y con la reforma constitucional del año 1994. Es por ello que el siguiente paso fue un desglose específico de la legislación puntual en la que está estipulado el aborto, esto es el Código Penal de la Nación en sus artículos 85 a 88. Vimos como inclusive, producto de un error en la traducción del proyecto que se tomó en la primera reforma respecto al tema, la misma había traído muchos problemas a la hora de interpretar los eximentes de punición del artículo 86. Desarrollamos un detenido análisis del articulado, con ayuda de diversos autores, en el que analizamos su contenido, qué era lo penado y cuáles eran los eximentes, aquí consideramos necesarias realizar en caso de reforma modificaciones, tanto a la hora de los eximentes, aclarando conceptos y finalizando la discusión del caso de la mujer violada, así como también creemos que en el caso de los profesionales de la

salud si se continuara con la punición, hoy ha quedado desactualizada el artículo por solo nombrar pocas profesiones.

También vimos una discusión histórica con respeto a la inclusión de este delito en el título de “Delitos contra la Vida” y como fue considerado a lo largo de los años dentro de otros delitos desde morales hasta contra la raza o el Estado. Debate en el cual concluimos considerar la elección hecha por el codificador como óptima. En la misma línea nos enteramos que no siempre se consideró delito al aborto o al menos no un delito contra la vida del niño por nacer, sino por ejemplo en roma un delito contra el delito a la mujer a disponer sobre su propio cuerpo, con lo cual empezamos a ver posibilidades de interpretación diferentes. Aquí nos parece oportuno señalar que a pesar de recomendar cambios en caso de seguir con la penalización del aborto, creemos que se debe apuntar a la no punición, aunque sea durante el primer tiempo de embarazo.

Continuamos con una introducción a la Constitución, para así respetar el análisis histórico y también lograr introducirnos en el ámbito de discusión que titula nuestro trabajo y en el choque que se genera en derechos de índole constitucional como lo son el derecho a la vida y el de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. Aquí nos encontramos a priori con que el espíritu de la Constitución protege el derecho a la vida desde la concepción y volvemos a encontrarnos con la necesidad de una ayuda médica para apoyar definiciones jurídicas, punto este en el que coincidimos con Herrera (2004) en que es una realidad que compete a la biología y el derecho se tiene que fundar en ella (Herrera, 2004), aunque como aclaramos marcamos diferencias en cuanto a que él considera la disputa resuelta y nosotros no.

En el mismo apartado analizamos dos artículos específicos de la Carta Magna, por un lado el artículo 19 porque creemos que directamente relacionado a este debate, ya que si se interpreta desde la ley y la medicina un plazo por ejemplo el de 14 semanas en los cuales la mujer puede decidir, y se legaliza la interrupción voluntaria del embarazo este artículo sería el fundamento. Además como veremos al analizar “F.A.L.”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace una interesante aclaración sobre el principio de reserva contenido en el mismo. Por el otro analizamos el artículo 33 ya que es el primero en reconocer los derechos que no estén específicamente enumerados en la misma constitución y es el utilizado para la defensa de los mismos hasta la reforma de 1994.

Nos introdujimos luego en la reforma constitucional del año 1994, reforma que a través del también analizado artículo 75 incisos 22 y 23, llevo a jerarquía constitucional varios Tratados Internacionales. Esto generó la necesidad de una interpretación integral de los mismos como el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre cuando dice “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”(1948) o la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3 “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de su persona”(1948) con lo cual se profundizo a nuestro entender la protección de la vida desde la concepción, y es en esto en lo que se funda la postura que sostiene la penalización del instituto del aborto y sus exponentes, como vimos el caso de la doctora Gelli en el Senado de la Nación.

Aquí remarcamos también que quienes están a favor de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo utilizan el terreno de los Tratados y un ejemplo es la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (1985)³⁸ que en su artículo 2 inciso f nos dice que los Estados Partes se comprometen a “adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”, y en su artículo 16 inciso e: “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”³⁹. Además organismos como el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U o Comité de Derechos del Niño, han instado a nuestro país a realizar cambios en esta temática como nos explica la doctora Kelmelmajer De Carlucci en el Congreso e incluso han realizado aclaraciones con respecto a los mentados tratados.

En la línea de este debate comenzábamos a creer que si bien cuando empezamos la investigación para este trabajo final, una primera hipótesis a la que arribamos fue que sería inconstitucional despenalizar el aborto en Argentina ya que iría contra la protección constitucional del derecho a la vida que hace nuestro ordenamiento jurídico y a medida que fuimos avanzando se fue reforzando nuestra teoría, ahora, con un conocimiento de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y

³⁸ Artículo 2 inciso F Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por la Ley 23.179, B.O 03/06/1985.

³⁹ Artículo 16 inciso E Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por la Ley 23.179, B.O 03/06/1985.

diversos informes de los organismos encargados de hacer interpretar y hacer cumplir esos Tratados, esta hipótesis cambió. Si bien a priori es cierto que si tomamos literalmente los Tratados y el ordenamiento jurídico local, no sería posible conciliar su regulación y la despenalización del aborto, también es cierto que el derecho a la vida no es lo único que defiende nuestra Carta Magna, también defiende el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, ambos derechos colisionan y nos llevan a una investigación más profunda para dilucidar si existe la posible coexistencia entre los dos. En este punto creemos que no, que inevitablemente uno de los dos va a tener que ceder y quedará al arbitrio de los legisladores este año cuando se vuelva a tratar el proyecto cual va a ser el que ceda.

Fue entonces cuando nos adentramos en los movimientos sociales, comparamos las posturas de los denominados “Pro Vida” que consideran la protección a la vida desde la concepción sobre todo y están en contra de la despenalización, con las posturas de los sectores a favor de la interrupción voluntaria del embarazo, destacamos el trabajo de la Campaña Nacional por el Aborto Legal Seguro y Gratuito y analizamos el proyecto que la misma presentó en el Congreso de la Nación en el año 2018. Vale decir que este proyecto fue aprobado en la Cámara de Diputados de la Nación y rechazado en la de Senadores, y que volverá a ser presentado en marzo de este año. En cuanto al proyecto en si analizamos artículo a artículo y coincidimos con su redacción, haciendo correcciones que creemos pertinentes como el hecho de exigir doble consentimiento en los procedimientos y la interpretación que hace del artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, interpretación que creemos debe ser menos amplia en los casos de menores de 13 a 16 años. Destacamos también el agregado de legislación externa que creemos competente como la Ley N° 26.743 de Identidad de Género de las Personas y la concepción de voluntad procreacional que es la intención de tener o no un hijo que se hace en los fundamentos del proyecto.

En el mismo apartado analizamos como habían influido movimientos sociales en el tema en otros países, y pusimos como ejemplo los casos de Cuba y Colombia, y vimos cómo se gestó el cambio en su legislación.

Por ultimo nos adentramos en jurisprudencia Nacional e Internacional en el tema, y estos dos puntos, los movimientos sociales y la jurisprudencia creemos que merecen en esta conclusión un análisis conjunto.

Es nuestra opinión que los grandes cambios legislativos en nuestro país, así como también en los casos analizados en otros, vinieron de la mano, en muchos casos, de la demanda social. No estamos de acuerdo en que esto deba ser así siempre, pero consideramos que en la temática puntual que se trata ha sido útil la movilización para alertar a las autoridades de la necesidad de un cambio. Lo vimos en el ejemplo cubano y en el colombiano, así como también en “Artavia Murillo” en Costa Rica y en el caso “Belén” en nuestro país.

En Argentina a pesar de las indicaciones de los diversos organismos internacionales, los legisladores no han tratado este tema y se dejó ver en los manejos de los casos “L.M.R” y “F.A.L” que no solo la legislación es atemporal como marcábamos, sino que hay una desinformación por ejemplo en los tribunales y en los médicos como marco la Corte a la hora de pedir autorización judicial para un procedimiento que no lo requiere.

Otro punto a tener en cuenta es que el contexto social ha cambiado, y que mucha de esa legislación no se condice con los tiempos actuales (caso por ejemplo del Código Penal). También es cierto que en materia de Tratados y como hemos explicado, los órganos encargados de su interpretación han corregido mediante informes, puntos que generaban controversia con este tema y también han instado a los estados en general y al argentino en particular en varias ocasiones a acoplar a su ordenamiento la despenalización de la figura del aborto, basándose en estadística y estudios de los problemas que genera la practica clandestina de este procedimiento.

La jurisprudencia analizada por su parte también parecería indicar una inclinación a no ser tan severos con el tema en cuestión, si bien es cierto que en el caso del Máximo Tribunal Nacional, no se ha hecho expresión a la despenalización del aborto sino a su práctica en los casos del artículo 86 del Código Penal.

Por lo expuesto, creemos que vamos camino a un cambio de la legislación o al menos a una revisión por el choque que se da en esta discusión de varios derechos. Compartimos la opinión de Daniel Busdygan (2018), de que usualmente se simplifica por demás a un irreductible enfrentamiento entre dos derechos (a la vida y a la decisión de su propio cuerpo por parte de la mujer) y es un tema con un sin fin de matices que merece una revisión seria y profunda. Revisión que empezamos a dar con el tratamiento en el

Congreso de esta cuestión y que consideramos que va a continuar en agenda en los próximos tiempos.

Es nuestra opinión que no solo es posible, sino que es necesaria la despenalización del instituto del aborto, siempre y cuando se hagan las salvedades correspondientes de reformar puntos de choque que se tienen con legislación vigente, reformando y modernizando la legislación local, para poder estar una vez más a la vanguardia en este tema y resolver una demanda social que, como expresamos cuando nos embarcamos en esta investigación, es transversal al derecho en su conjunto y a la sociedad en su conjunto.

Vale aquí la aclaración de que no desconocemos que un cambio de este tipo tiene que ser a largo plazo por las reformas legislativas que requiere, pero estamos convencidos de que los debates que se produjeron el año pasado en el Congreso dejaron a la vista que el tema está en un punto de inflexión, y que si bien los principios de nuestro ordenamiento apuntan a la protección de la vida, también debe reconocerse la necesidad de cambio y la ponderación de los otros derechos humanos protegidos, entre ellos los de la mujer.

Como corolario de lo expuesto, consideramos que tanto los organismos internacionales encargados de interpretar y hacer valer los Tratados, como nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, han mostrado una interpretación amplia de los preceptos contenidos en la legislación que interpretan, ponderando la posibilidad de no caer en un letargo interpretativo y poder generar puntos de debate como los que hemos visto en el Congreso el año pasado. Además consideramos que el argumento expuesto por gran parte de los sectores que están a favor de la despenalización del aborto, de que los abortos son un problema de salud pública, es un argumento válido que refleja un problema que se viene notando no solo en nuestro país sino en diversos países del mundo en cuanto a los peligros de los abortos clandestinos.

Es por lo expuesto que acompañamos, con las correcciones que creemos competentes y que ya expresamos, el proyecto de la Campaña, aunque debemos agregar como una consideración fundamental que es un trabajo integral, que no solo tiene que ver con adecuación de legislación y la fijación de un criterio (que consideramos debe ser 14 semanas) para poder interrumpir voluntariamente el embarazo, sino que también es necesario un compromiso interdisciplinario de educación, justicia y salud, para que un

avance no se convierta en un retroceso y no veamos problemas como los que en la actualidad aquejan a Cuba en este tema.

Para finalizar y contestando a la pregunta que dio inicio a esta tesis: ¿Es constitucional despenalizar el aborto en Argentina, teniendo en cuenta la normativa civil y penal vigente y los tratados internacionales que rigen al respecto? Por todo lo expuesto previamente consideramos que es constitucional, y que como dijimos no solo es posible sino necesario, más allá de que es un camino largo que ya se arrancó a nuestro criterio a recorrer.

Listado de bibliografía

Doctrina

- Niño Rojas, V.M. (2011). *Metodología de la Investigación*. (1ªEd). Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>
- O.M.S Serie de informes técnicos N°461 “*Aborto Espontaneo y provocado*”. Ginebra, 1969.
- Enciclopedia Fundación Medicina Fetal Barcelona “Inatal”. Recuperado el 20/01/2019 de <https://inatal.org/el-embarazo/enciclopedia/65-feto.html>
- Núñez, R. (1999) *Manual de Derecho Penal Especial* (2ªEd.). Actualizada por Víctor Félix Reinaldi. Córdoba, Argentina: Lerner.
- Boumpadre, J.E. (2012) *Manual de Derecho Penal: Parte Especial* (1ªEd.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Soler, S. (1992) *Derecho Penal Argentino: Tomo III* (1ªEd.). Actualizada por Manuel A. Bayala Basombrio. Buenos Aires, Argentina: Tea.
- Donna, E.A. (2002) *Derecho Penal: Parte especial Tomo I* (1ªEd.). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Soler, S (1976) *Derecho Penal Argentino: Tomo III* (1ªEd.). Buenos Aires, Argentina: Tipográfica.
- Herrera, D. A. (2004). Aborto: ¿De qué se trata? ¿De qué se habla? [en línea], El Derecho, Suplemento de Política Criminal, Nro. 11.163. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/aborto-de-que-setrata.pdf> [Fecha de consulta: 29/11/2018]
- Bergallo, P. (2014). *The struggle against informal rules on abortion in Argentina* in R. Cook, J. Erdman & B. Dickens, *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, Penn University Press, 2014.
- Busdygan, D. (2018). *Aborto: aspectos normativos, jurídicos y discursivos*. (1ªEd). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Biblos.

- Stith R. (2010) Los Grandes Rechazos de la Sentencia Roe v. Wade [*Versión electrónica*], *1 Revista de Derechos Humanos* (75) 74-84.
- Kelmelmajer De Carlucci, A. (2018, Julio). Comisión Interrupción Voluntaria del Embarazo, Senado de la Nación Argentina, 11-07-18.
- Bidart Campos, G.J. (2000) “*Manual de la Constitución Reformada*”. (1ªEd.) Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Bidart Campos, G.J. (1991) “*Constitución y derechos humanos: su reciprocidad simétrica*”. (1ªEd.) Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Gelli, M.A. (2018, Julio). Comisión Interrupción Voluntaria del Embarazo, Senado de la Nación Argentina, 10-07-18.
- Piqué, E. (10/10/2018) El papa Francisco comparó el aborto con "contratar a un asesino a sueldo para resolver un problema". *La Nación*. Recuperado el 21/10/2018 de <https://www.lanacion.com.ar/2180298-el-papa-francisco-comparo-aborto-contratar-asesino>
- Novaresio, L. (03/03/2018) "Se puede ser católica y apoyar el aborto". *Infobae*. Recuperado el 13/12/2018 de <https://www.infobae.com/sociedad/2018/03/03/se-puede-ser-catolica-y-apoyar-el-aborto/>
- Organización Mundial de la Salud. (2012). *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. (2ª Ed). Montevideo, Uruguay: Ediciones de la OMS.
- Proyecto de Interrupción Voluntaria del Embarazo N° de expediente 0230-D-2018 Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=4161-D-2016&tipo=LEY> [Fecha de consulta: 20/11/2018]

Legislación

- Código Penal de la Nación.
- Constitución Nacional Argentina.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (aprobada por la IX Conferencia internacional americana, Bogotá 1948).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la ley 23.054 B.O 27/03/1984).
- Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por la Ley 23.179, B.O 03/06/1985.
- Ley N° 24.309 29 de Diciembre de 1993.
- Decreto Ley 17.567 publicada en el año 1968.
- Ley N° 20.509 sancionada el 27/05/1973.
- Decreto Ley N° 21.338 B. O. Del 01/07/1976.
- Ley N° 23.077 sancionada el 22/08/1984
- del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994)
- Código Penal Cubano (Ley N°62).
- Código Penal Colombiano (Ley N°599 del año 2000).

Jurisprudencia

- Observaciones Finales sobre Argentina del Comité sobre los Derechos del Niño (ONU): CRC/C/ARG/CO/5-6 - 01 de junio de 2018
- C.S.J.N., “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, F. 259. XLVI (2012).
- SCBA, “R.M.L. Persona por nacer. Protección. Denuncia.” Ac 98.830.3 (1/07/2006).
- Dictamen del Comité de Derechos Humanos (ONU): CCPR/C/101/D/1608/2007 - 28 de abril de 2011.
- Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) c. Costa Rica - 28/11/2012
- C.S.J.N., “Pro Familia Asociación Civil c/ GBCA y otros s/Impugnación de actos administrativos” (11/10/2012)
- C.S.J.N., “Pro Familia Asociación Civil c/ GBCA y otros s/Impugnación de actos administrativos” (17/09/2013)
- Corte Suprema de la Provincia de Tucumán., “Belen” F.329/2017 (23/03/2017).
- C.S.J.N., “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” (05/03/2002).
- Corte Constitucional de Colombia, C-355-06. (10 de mayo de 2006).