



Trabajo Final de Graduación – PIA

Inconstitucionalidad en el Proyecto de ley de Interrupción voluntaria del embarazo (IVE)

Eres, Walter Mariano

Abogacía

2019

Resumen

El presente trabajo plantea la revisión de diferentes posiciones, principalmente referidas a la Inconstitucionalidad respecto de una eventual legalización del Aborto, a los fines de comprender las bases argumentales que motivaron el rechazo del proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Se evita entonces, la mera posición descriptiva del instituto penal o su reducción al ejercicio de la crítica, sino plantear una visión integradora del tema. Fue dado tal sentido en vista a las variantes de análisis que han surgido con motivo del tratamiento del Proyecto en nuestro Congreso Nacional durante el año 2018.

Nuestro ordenamiento penaliza la práctica del aborto y aún cuando se admiten supuestos excluyentes, se han suscitado debates respecto de su legalización en concordancia con la búsqueda de ampliación de derechos en particular referido a la autonomía de la mujer, por lo tanto ¿Es posible admitir una modificación en ese sentido dentro de nuestro ordenamiento actual?

Dicha integración encuentra su marco de reflexión y contención en nuestra Ley Principal, siendo si se quiere a modo de adelanto de conclusiones, los principios que de ella emanan, la barrera argumental base del rechazo del proyecto bajo análisis.

Abstract

The present work proposes the revision of different positions, mainly referring to the unconstitutionality with respect to a possible legalization of Abortion, in order to understand the arguments that motivated the rejection of the draft Law of Voluntary Interruption of Pregnancy.

The mere descriptive position of the penal institute or its reduction to the exercise of criticism is thus avoided, but an integrating view of the subject must be proposed. This sense was given in view of the variants of analysis that have arisen due to the treatment of the Project in our National Congress during the year 2018.

Our order penalizes the practice of abortion and even when excluding assumptions are admitted, debates have been raised regarding its legalization in accordance with the search for extension of rights in particular referring to the autonomy of women, therefore is it possible to admit a modification in that sense within our current order?

This integration finds its frame of reflection and containment in our Main Law, being if by way of advance of conclusions, the principles that emanate from it, the basic argument barrier of the rejection of the project under analysis.

Índice

1. Introducción	Pág. 4
2. Capítulo I: Conceptualización y generalidades.	Pág. 8
2.1. Introducción	Pág. 8
2.2. Conceptualización	Pág. 8
2.3. Escenario Regional	Pág. 11
2.4. Situación Interna	Pág. 14
2.5. Conclusión Parcial	Pág. 20
3. Capítulo II: El Tipo Penal y el aborto no punible.	Pág. 21
3.1. Introducción	Pág. 21
3.2. El Tipo Penal	Pág. 22
3.3. El Aborto No punible	Pág. 25
3.4. Conclusión Parcial	Pág. 29
4. Capítulo III: El derecho a la vida	Pág. 30
4.1. Introducción	Pág. 30
4.2. Teorías respecto del inicio de la vida	Pág. 30
4.3. Recepción Normativa	Pág. 32
4.4. Conclusión Parcial	Pág. 35
5. Capítulo IV: Proyecto de ley Interrupción voluntaria del embarazo y debate legislativo	Pág. 36
5.1. Introducción	Pág. 36
5.2. Análisis - Pilares conceptuales del proyecto	Pág. 38
5.3. Consideraciones - Dictamen de Minoría - Cámara de Diputados.	Pág. 44
5.4. Conclusión Parcial	Pág. 50
6. Conclusiones Generales	Pág. 51
7. Bibliografía.	Pág. 54

1. Introducción

El aborto es aceptado en diferentes ordenamientos como una práctica legal, dándose relevancia al derecho reconocido de la mujer a decidir sobre su cuerpo, vale decir “Su Autonomía”, como así otros derechos consagrados como el de la integridad, dignidad, etcétera, sin embargo, no es así en nuestro país, que en forma general pena la práctica.

Extrapolar la idea de legalización, como idea de práctica libre basada en la supremacía del derecho de la mujer, encierra diferentes cuestionamientos que chocan con el principio precedente, principalmente con el derecho a la vida de la persona en gestación o por nacer, entendemos entonces dicha situación pone en relieve una “colisión de derechos”.

En la actualidad, nuestro ordenamiento pena a la mujer que practica o consiente la práctica del aborto sobre su cuerpo, como así también a los profesionales que hayan participado conforme a determinados supuestos, salvo especiales circunstancias también consideradas y expresadas en el plexo legal, penal en este caso.

Su finalidad es la protección de la vida de la persona por nacer en primer lugar como uno de los bienes jurídicos de mayor relevancia y en concordancia con los tratados internacionales a los que nuestro país es suscrito e incorporado al bloque de constitucionalidad.

Lo dicho no disipa la búsqueda de su despenalización y consecuente legalización, basado en la ponderación del derecho a la autonomía de la mujer o persona gestante, como se dijo.

Por lo que es de relevancia el análisis de esta “colisión” a los fines de arribar a la conclusión de un concepto integrador de las diferentes posiciones. Por ello, tomamos como un hito de su expresión el tratamiento del Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Durante el año 2018 en Argentina, tuvo lugar en la agenda política del país la problemática del Aborto en torno al tratamiento del proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, que cumplió las veces de corolario de las actividades de movimientos ciudadanos, principalmente el Feminista, con el objetivo de obtener una mentada ampliación de derechos.

La base de ese proyecto plantea que, independientemente de la penalidad, la práctica es inevitable en muchos casos y que por lo tanto se realiza de forma clandestina obteniéndose en muchas oportunidades la muerte de la madre, por diferentes causas principalmente vinculadas

a ineficiente asepsia en el eventual proceso quirúrgico, constituyendo esta hipótesis otro pilar del proyecto por su finalidad preventiva respecto de estas muertes.

Bandera principal de este movimiento, fue y es aquel que reivindica la potestad de la mujer de decidir sobre su propio cuerpo, hipótesis que colisiona con nuestro ordenamiento Jurídico al tratarse de la interrupción del embarazo, para el caso voluntario salvo las eximentes o causas justificantes que serán desarrolladas en los siguientes Capítulos de este trabajo.

El proyecto busca:

La despenalización del aborto hasta la semana 14 de gestación, y contempla además la legalidad de la práctica en cualquier momento en los casos de violación.

Establecer un sistema gratuito que asegure la práctica dentro del esquema de salud.

Establecer un sistema de información y contención para la persona gestante.

Tal coyuntura fue puesta en escena principalmente por los medios de comunicación que universalizaron su exposición, promoviendo y provocando la producción de opiniones, interpretaciones, revisiones históricas, pasiones, etcétera, de muchos ámbitos de la sociedad. Por lo que el debate tomó un lugar en la rutina de los ciudadanos motivando su participación, por ejemplo, en el ámbito legislativo con la participación de más de 700 expositores de diferentes ámbitos de la sociedad, quienes compartieron argumentos en diferentes sentidos, con variados argumentos de tipo Jurídico, técnico, médico, social, etcétera.

El rechazo del proyecto, vale decir su no aprobación, dejó un sabor a pérdida para una de las partes que seguía la aprobación y una sensación de triunfo para el otro, quedando soslayadas las argumentaciones de fondo respecto del rechazo, principalmente vinculadas con la inconstitucionalidad del articulado, vale decir con el foco de este trabajo:

¿Cuáles son los elementos que suponen la inconstitucionalidad del proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo?

Por lo tanto, abordar los principales argumentos incluidos en el proyecto, su discusión en comisión y su exposición en el debate nos permitirá determinar las causas del rechazo, principalmente de carácter Constitucional, que eventualmente puedan considerarse para el futuro tratamiento del tema.

Es así que, en búsqueda de una progresiva presentación de ideas el presente trabajo se desarrolla conforme los siguientes Capítulos:

Capítulo I: Conceptualización y generalidades.

Buscaremos dar un marco informativo referido al aborto como tema genérico a modo de introducción a la temática y su faz dimensional en la actualidad.

Capítulo II: El tipo penal y el aborto no punible.

Resulta relevante para este trabajo conocer el alcance dado en nuestro ordenamiento penal respecto del aborto, para ello nos abocaremos en éste capítulo en detallar los supuestos del tipo penal, sus atenuantes, agravantes y las fórmulas de no punibilidad y su recepción en nuestra Corte Suprema.

Capítulo III: El derecho a la vida.

En igual sentido, ahondaremos en el enfoque que da nuestro ordenamiento respecto del inicio de la protección de la vida y el carácter constitucional de dicha protección.

Capítulo IV: Proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo y debate legislativo.

En este capítulo focalizaremos en el texto, conceptos y alcance del proyecto eje de este trabajo, y de su tratamiento legislativo. Buscaremos identificar las principales críticas en ese ámbito como base de su posterior rechazo, siendo ellas motivadas por su carácter inconstitucional.

Conclusiones Generales

Expresamos aquí la integración de los diferentes capítulos de este trabajo que nos permitirá dar un cierre conceptual referido a la afectación constitucional del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo.

El presente trabajo se adecúa a la forma de estudio del tipo exploratorio, aunque recurriremos a las características del tipo descriptivo de acuerdo con la conveniencia requerida para encausar las preposiciones. Es propósito de este trabajo conocer el problema de investigación.

La preferencia respecto del tipo de estudio indicado es, que aun existiendo material referido al tema, las últimas consideraciones incorporadas referidas al tratamiento y rechazo por parte de nuestro Congreso, del Proyecto de Ley, han introducido en el escenario Jurídico y Social la necesidad de reconsiderar estas definiciones en vista de eventuales futuras revisiones y tratamiento legislativo.

En el mismo sentido se ha adoptado una metodología cualitativa, pues es prioridad profundizar e identificar con claridad el espíritu de las diferentes instituciones, conceptos y criterios involucrados en el análisis.

Capítulo I

1. Conceptualización y generalidades.

1.1. Introducción

Existen conceptos o ideas respecto del aborto, su práctica, su penalidad, la criminalidad devenida sobre la mujer, etc. que suelen estar alejados de la doctrina jurídica, generando ello en ocasiones, que se vuelva difuso el conocimiento acabado de la temática.

Tal situación carece de marco, ya no doctrinario, sino dimensional que nos indique con datos concretos cual es, en definitiva, el real impacto de la problemática como hecho Social.

Por lo tanto, resulta esencial focalizar en cuanto a que nuestro sistema determina que la vida humana dependiente es el bien jurídico tutelado, sumado ello a la pretensión de tutela recaída sobre otros bienes como la libertad de la embarazada sobre la cual se practica un aborto sin su consentimiento, siendo ello una conducta más gravosamente penada. (Gil Domínguez, 2000)

Por ello proponer una aclaración referida al tema, a modo de conceptualización, nos permitirá establecer su alcance, como así también, explorar respecto de la coyuntura local y regional facilitará la comprensión de las diferentes posiciones existentes, respecto del tema, devenidas en nuestra realidad.

1.2. Conceptualización

Ubicamos, en nuestro ordenamiento jurídico, al Aborto en los Delitos contra la Vida del Código Penal, en el Art. 85. En donde se indican las variables de las penas impuestas en función de su práctica, consentimiento y demás particularidades que desarrollaremos en los próximos capítulos.

Sin embargo, no encontramos en el cuerpo legal una fórmula descriptiva de la conducta abortiva, observamos entonces su caracterización epistemológica, encontrando, que la palabra Aborto proviene del latín “abortus”, siendo “ab” el prefijo que indica privación o separación del exterior de un límite y la palabra “ortus” que significa nacimiento¹ configurando en si el concepto de “Privación de Nacimiento”, vale decir, “Evitar el nacimiento”. Por lo tanto,

¹ <http://etimologias.dechile.net/?aborto>

constituye esta privación una privación de vida, por lo tanto ¿Es asimilable a la privación de vida que se da respecto de una persona ya nacida?

El homicidio comprende la privación de la vida de otra persona independiente, mientras para el caso del aborto se advierte que la privación de vida es sobre la persona en gestación. (Figari y Bailone, 2006), tal supuesto adelanta la previsión de una distinción entre ambas clases de privación pero que no deja de lado la idea de existencia de vida.

El aborto es un modo de finalización del embarazo, no esperable en términos generales siempre que consideremos que el camino y el fin natural de ese proceso es el nacimiento, antes de que el feto se halla desarrollado de forma tal de poder mantener vida extrauterina. La OMS lo define como la expulsión o extracción de un embrión o feto de 500gs o menos. Correspondiéndose este supuesto a un plazo de entre 20 y 22 semanas. (Cabero Roura, 2006)

A estos fines, se considera que la viabilidad del feto se alcanza cuando aquel adquiere la aptitud física de vivir de forma independiente fuera del vientre materno.

Por lo que, sin interrupción de cualquier clase, un embarazo inicia con la concepción y finaliza con el nacimiento, nuestro Código Civil y Comercial² determina que la duración del embarazo esta dada por el plazo máximo de 300 días y mínimo de 180 desde la concepción, es aquí donde asumimos la inclusión en nuestro sistema de la viabilidad en el plazo de 180 días, este supuesto admite prueba en contrario.

Ahora bien, la interrupción de este proceso puede darse por diferentes motivos, intencionales o no, por conducta propia de la persona gestante o por terceros, etcétera.

Por ello se identifica, con cierta coincidencia, la siguiente clasificación:

- Abortos Espontáneos
- Abortos Inducidos

Los primeros refieren, a los casos en donde por la intrínseca disposición fisiológica o devenida de los sujetos del proceso gestacional el mismo se interrumpe, pudiendo ser:

- Genes o cromosomas anormales³
 - Embarazo anembrionado. El embarazo anembrionado ocurre cuando no se forma ningún embrión.

² Código Civil y Comercial Argentino.

³ <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/pregnancy-loss-miscarriage/symptoms-causes/syc-20354298>

- Muerte fetal intrauterina. En esta situación, se forma un embrión, pero deja de desarrollarse y muere días antes de que ocurra cualquier síntoma de una pérdida de embarazo.
- Embarazo molar y embarazo molar parcial. En el caso del embarazo molar, ambos grupos de cromosomas provienen del padre. El embarazo molar está asociado con un crecimiento anormal de la placenta. Normalmente, no hay desarrollo fetal. Un embarazo molar parcial ocurre cuando los cromosomas de la madre permanecen, pero el padre aporta dos grupos de cromosomas. Generalmente, el embarazo molar parcial está asociado con anomalías de la placenta y un feto anormal. El embarazo molar y el embarazo molar parcial no son embarazos viables. A veces, pueden estar asociados con cambios cancerosos de la placenta.
- Afecciones de salud de la madre
 - Diabetes no controlada
 - Infecciones
 - Problemas hormonales
 - Problemas del útero o el cuello del útero
 - Enfermedad de la tiroides

En referencia a los Inducidos podemos decir que son aquellos que, a diferencia de los precedentes, se dan cuando existe una práctica deliberada con la finalidad de interrumpir el embarazo (OMS)

En este caso, a su vez, podemos subclasificar este tipo de práctica en Legales e Ilegales.

Se incluirán dentro de las primeras las prácticas desarrollada dentro de marcos normativos que las contemplen sin prohibirlas o penarlas, regulándolas. Por otro lado, serán Ilegales cuando aun contemplándolas existen un cuerpo normativo que las pene total o parcialmente.

1.3. Escenario Regional

En la actualidad existen países que receptan y regulan el acceso al Aborto como un derecho de la mujer sin ninguna causa hasta cierto grado de avance gestacional, mayoritariamente hasta la semana 12, coincidentemente con el plazo mas común de producción de aborto espontáneo.

Este tipo de práctica, por su carácter clandestino en Argentina, cuando se trata de casos fuera de los previsto legalmente como no penado, suele aparejar complicaciones de gravedad para la mujer, vinculados a la poca o inexistente higiene del proceso quirúrgico para ese caso.

En el escenario mundial, la mayoría de los habitantes viven en países que cuentan con cierto nivel de legalización (o despenalización) de la interrupción del embarazo inducido, como se advierte en la siguiente imagen⁴.



Para el caso de nuestra región, la mayoría de los países incluyen en sus legislaciones restricciones respecto de la práctica del aborto.⁵

⁴ <https://actualidad.rt.com/actualidad/284358-mapa-estatus-legal-aborto-mundo>

⁵ Ídem 3



Podemos observar también los datos presentados respecto de abortos realizados por región⁶, debemos considerar que los valores representan tanto los abortos inducidos legales o no:

⁶ <https://www.guttmacher.org/es/fact-sheet/aborto-inducido-nivel-mundial>

TASAS Y PORCENTAJES

Estimaciones globales y regionales del aborto inducido, 1990-1994 y 2010-2014

Mundo y región	Tasa de aborto*		% del total de embarazos que terminaron en aborto
	1990-1994	2010-2014	2010-2014
Mundo	40	35†	25
Países desarrollados	46	27†	27
Países en desarrollo	39	36	24
África	33	34	15
Asia	41	36	27
Europa	52	29†	30
América Latina y el Caribe	40	44	32
América del Norte	25	17†	17
Oceanía	20	19	16

*Abortos por 1,000 mujeres en edades de 15-44. †La diferencia entre 2010-2014 y 1990-1994 fue estadísticamente significativa.

www.guttmacher.org

Respecto de nuestra región⁷:

CUADRO 1: TASAS Y PORCENTAJES

Estimaciones regionales y subregionales del aborto inducido, América Latina y el Caribe, 1990-1994 y 2010-2014

Región y subregión	Tasa de aborto*		% del total de embarazos que terminan en aborto
	1990-1994	2010-2014	2010-2014
América Latina y el Caribe	40	44	32
Caribe	60	59	37
América Central	27	33	24
América del Sur	43	48	34

*Abortos por 1,000 mujeres en edades de 15-44. Nota: Ninguna de las diferencias entre 1990-1994 y 2010-2014 fue estadísticamente significativa.

www.guttmacher.org

⁷ <https://www.guttmacher.org/es/fact-sheet/aborto-en-america-latina-y-el-caribe>

1.4. Situación Interna

En cuanto a los datos registrados por nuestro país, consideramos el Análisis de mortalidad materno infantil 2007-2016⁸ (Sistema de Estadísticas Vitales de la República Argentina)

Para ello, anticipamos conceptos que facilitan la interpretación de los datos, en este sentido:

- Defunciones obstétricas directas:
 - Son las que resultan de complicaciones obstétricas, del estado de gestación (embarazo, trabajo de parto y puerperio), de intervenciones, de omisiones, de tratamiento incorrecto, o de una cadena de acontecimientos originada en cualquiera de las circunstancias mencionadas⁹.
- Defunciones obstétricas indirectas:
 - Son las que resultan de una enfermedad existente desde antes del embarazo o de una enfermedad que evoluciona durante el mismo, no debidas a causas obstétricas directas, pero sí agravadas por los efectos fisiológicos del embarazo¹⁰.

⁸ <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001229cnt-analisis-mmi-2007-2016.pdf>

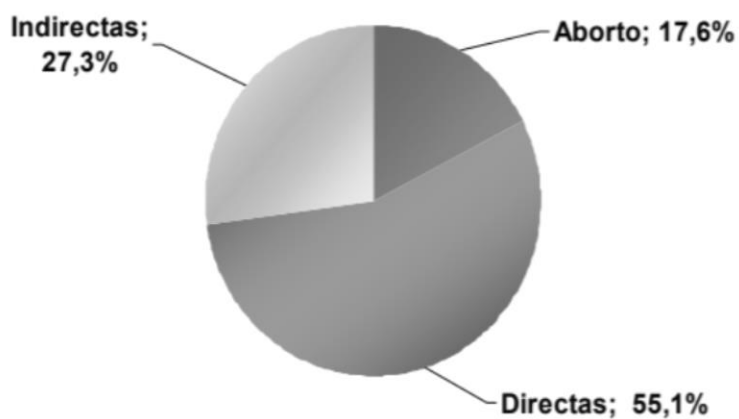
⁹ <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001229cnt-analisis-mmi-2007-2016.pdf>

¹⁰ Ídem 8

GRUPOS DE CAUSAS	Defunciones Maternas	
	Número	Porcentaje
Todas	245	100%
Aborto	43	17,6%
Causas obstétricas directas	135	55,1%
Sepsis y complicaciones del puerperio	41	16,7%
Trastornos hipertensivos	34	13,9%
Hemorragia posparto	17	6,9%
Hemorragia anteparto	11	4,5%
Muerte obstétrica de causa no identificada	7	2,9%
Otras causas directas	25	10,2%
Causas obstétricas indirectas	67	27,3%
Enfermedades respiratorias	19	7,8%
Enfermedades circulatorias	13	5,3%
Enfermedades digestivas	8	3,3%
Enfermedad por VIH	1	0,4%
Otras causas indirectas	26	10,6%

Fuente: DEIS. MSAL. Año 2016

Gráfico 2 y 3: Mortalidad Materna por causas. Total país. República Argentina. Año 2016



Fuente: DEIS. MSAL. Año 2016

Evolución¹¹:

Tabla 4: Evolución de la Mortalidad Materna por causas. Total país. República Argentina. Años 2007-2016

GRUPOS DE CAUSAS	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Todas	306	296	410	331	302	258	245	290	298	245
Aborto	74	62	87	68	73	33	50	43	55	43
Causas obstétricas directas	152	175	165	167	145	147	131	177	160	135
Trastornos hipertensivos	42	45	39	37	41	47	39	56	37	34
Hemorragia anteparto	10	12	9	9	11	6	5	7	9	11
Hemorragia posparto	15	21	17	33	17	20	21	29	18	17
Sepsis y complicaciones del puerperio	45	39	48	36	31	37	31	40	38	41
Otras causas directas	40	58	52	52	45	37	35	45	58	25
Muerte obstétrica de causa no identificada	9	16	10	17	21	13	14	22	16	7
Causas obstétricas indirectas	80	59	158	96	84	78	64	70	83	67
Enfermedades respiratorias	11	10	95	19	11	17	17	16	16	19
Enfermedades circulatorias	23	17	19	22	28	17	15	18	14	13
Enfermedades digestivas	5	9	9	14	12	9	3	4	13	8
Enfermedad por VIH	2	1	1	2	1	4	2	6	2	1
Otras causas indirectas	39	22	34	39	32	31	27	26	38	26

Fuente: DEIS. MSAL. Año 2016

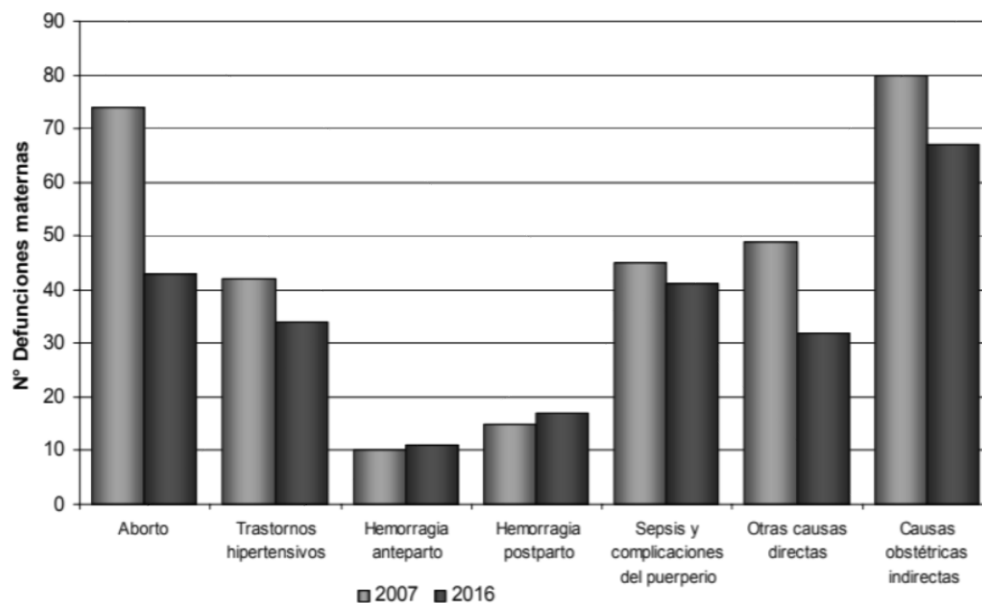
¹¹ <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001229cnt-analisis-mmi-2007-2016.pdf>

Tabla 5: Comparación de la mortalidad materna según causas. República Argentina. Años 2007-2016

GRUPOS DE CAUSAS	2007	2016	Diferencia Absoluta	Variación porcentual
Todas	306	245	-61	-19,9%
Aborto	74	43	-31	-41,9%
Causas obstétricas directas	152	135	-17	-11,2%
Trastornos hipertensivos	42	34	-8	-19,0%
Hemorragia anteparto	10	11	1	+10,0%
Hemorragia posparto	15	17	2	+13,3%
Sepsis y complicaciones del puerperio	45	41	-4	-8,9%
Muerte obstétrica de causa no especificada	9	7	-2	-22,2%
Otras causas directas	40	25	-15	-37,5%
Causas obstétricas indirectas	80	67	-13	-16,2%
Enfermedades respiratorias	11	19	8	+72,7%
Enfermedades circulatorias	23	13	10	-43,5%
Enfermedades digestivas	5	8	3	+60,0%
Enfermedad por VIH	2	1	-1	-50,0%
Otras causas indirectas	39	26	13	-33,3%

Fuente: DEIS. MSAL. Año 2016

Gráfico 5: Comparación de la mortalidad materna según causas. República Argentina. Años 2007 -2016



Fuente: DEIS. MSAL. Año 2016

Tabla 8: Evolución de defunciones maternas. Total país y según jurisdicciones. Años 2007-2016

Jurisdicción	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total país	306	296	410	331	302	258	245	290	298	245
CABA	14	4	8	4	6	7	7	8	8	6
Buenos Aires	97	90	112	128	92	86	86	100	111	92
Catamarca	5	3	11	1	5	2	1	3	0	7
Córdoba	8	20	42	28	11	9	13	19	17	16
Corrientes	9	12	10	12	11	12	15	4	10	8
Chaco	12	18	21	17	21	15	11	13	19	9
Chubut	2	5	4	3	5	5	4	3	4	1
Entre Ríos	7	9	20	7	12	7	6	7	12	6
Formosa	15	14	18	19	15	18	11	12	7	14
Jujuy	6	13	11	5	16	10	1	3	10	4
La Pampa	6	4	2	4	4	2	2	0	1	0
La Rioja	8	3	5	7	4	1	7	10	2	3
Mendoza	13	9	9	15	16	12	12	10	8	13
Misiones	18	19	24	20	19	9	12	7	16	10
Neuquén	6	3	6	4	3	2	2	2	4	2
Río Negro	4	3	2	1	2	5	4	4	0	2
Salta	18	16	22	16	11	12	14	23	23	17
San Juan	10	1	9	6	6	3	8	9	9	4
San Luis	4	2	8	3	3	2	0	2	3	5
Santa Cruz	1	1	3	2	0	2	3	5	1	2
Santa Fe	16	18	38	14	16	16	16	16	11	9
Santiago del Estero	7	14	11	3	10	5	4	13	8	5
Tucumán	19	12	11	9	11	13	5	12	11	8
Tierra del Fuego	0	1	1	0	3	0	0	0	0	1

Fuente: DEIS. MSAL. Año 2016

A decir del Dr. Ricardo Gil Lavedra¹², con motivo de su exposición ante los senadores del país respecto del tratamiento del proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, existe una dimensión real, refiriéndose a que en lo concreto el delito del Aborto, no obstante, su vigencia, no es de aplicación. Debido ello al bajo impacto en cuanto a las sentencias existentes.

¹² https://www.youtube.com/watch?v=FUhO-AVV_T0

En este sentido podemos mencionar que, de acuerdo con el informe estadístico de sentencias condenatorias emitido por el Registro Nacional de Reincidencias¹³, en 2016 se registraron en Argentina 11 sentencias condenatorias referidas al aborto.

De acuerdo con este informe y su clasificación observamos la siguiente distribución:

- Aborto: 2 Sentencias
- Aborto sin consentimiento: 2 Sentencias
- Aborto sin consentimiento seguido de muerte: 1 Sentencia
- Aborto con consentimiento seguido de muerte: 2 Sentencias
- Aborto Preterintencional: 2 Sentencias
- Aborto de la mujer, propio o consentido: 2 Sentencias

A los efectos de dimensionar consideramos los datos referidos a otros delitos que resultan del mismo informe:

Delitos (*Dolosos*) contra las personas en general: 7499 Sentencias

- Homicidio simple: 1071 Sentencias
- Homicidio calificado: 210 Sentencias
- Femicidio: 17 Sentencias

Delitos contra la integridad Sexual en general: 2884 Sentencias.

- Violación: 3 Sentencias
- Violación calificada: 1 Sentencia
- Estupro: 104 Sentencias
- Abuso sexual: 1001 Sentencias
- Abuso sexual seguido de muerte: 1 Sentencia
- Abuso sexual agravado: 1445 Sentencias

13

1.5. Conclusión Parcial

Como hemos visto, el aborto al cual nos referimos en el presente trabajo es aquel que resulta de una práctica deliberada que tiene por finalidad la interrupción del proceso gestacional, sean que se encuentre penado o no por el marco legal. De tal modo, excluye los denominados abortos espontáneos.

En ese marco, pudimos observar que a nivel regional se adopta similar posición, por lo que es posible considerar que el espíritu reinante en nuestra región es el que da prevalencia a la protección de la vida de la persona por nacer, incluido nuestro país.

Por otro lado, observamos que es baja, en relación con otros delitos, la judicialización de casos vinculados con el aborto, esto refuerza la hipótesis expuesta por el Dr. Ricardo Gil Lavedra, que, en vista del nivel de condenas sobre el delito de aborto propio, observa y define que de hecho la despenalización existe, y que el hecho de mantener en nuestro sistema una penalización solo sostiene una ilegalidad simbólica, que impide que la mujer acceda a un aborto seguro.

En resumen, no se puede asegurar que la penalización por sí, limite o contenga la problemática de fondo, pues aun sosteniendo la existencia de la práctica de este tipo de aborto, es baja su persecución penal.

Capítulo II

2. El tipo penal y el aborto no punible.

2.1. Introducción

Nuestro ordenamiento contempla el delito de aborto definiendo, para determinados supuestos, penas para la mujer embarazada tanto cuando ejecuta la práctica (Aborto propio) como cuando la consiente y, para los terceros cuando la misma se realice con o sin consentimiento de la mujer embarazada.

Además, establece supuestos de no punibilidad, que consideran y dan prevalencia al derecho de autonomía de la mujer, como protección de su integridad por sobre la vida en gestación.

Se pretende en este Capítulo, ahondar respecto de estas instituciones a los fines de determinar sus alcances. Sumado a ello, considerar la interpretación realizada sobre estos supuestos, por parte de nuestra Corte Suprema en el caso Fal, de forma tal de poder determinar si es válido afirmar que los derechos pretendidos en el proyecto son incompatibles en nuestro marco legal actual.

2.2. El Tipo Penal

El aborto se ubica, dentro de nuestro Código Penal, en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I, Delitos contra la Vida en los artículos 85, 86, 87 y 88.

El artículo 85 determina la pena bajo dos consideraciones., en el primer caso, la pena recae sobre aquél que subjetivamente ejecute la práctica sin el consentimiento de la mujer gestante, seguido, agrava la figura sí de dicha ejecución deviene la muerte de la mujer.

Para la figura básica, el Código¹⁴ prevé que la pena podrá ser de tres a diez años, mientras que en la figura agravada el legislador ha previsto el incremento del máximo de la figura básica a quince años.

- Artículo 85, inciso 1:
 - “Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”

Seguido, el artículo plantea otra previsión que tiene por finalidad atenuar la pena, al receptar el consentimiento de la mujer, vale decir que, habiendo consentido la mujer la práctica el sujeto activo (ejecutor) podrá recibir una pena atenuada, respecto de la figura básica.

- Artículo 85, inciso 2:
 - “Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer.”

Sin embargo, en línea con el agravamiento producto de la muerte de la mujer, el código también lo prevé en este supuesto, pero morigerando su cuantía.

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

El artículo 86 señala que, sí en los supuestos del artículo 85 la práctica fuera ejecutada por médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que hicieran uso de su conocimiento (el código habla de abuso) a los fines de causar el aborto o colaboraran para ello, la pena se verá agravada.

¹⁴ Código Penal de la Nación Argentina, ley 11.179.

El artículo aplica el mismo mínimo y máximo en cuanto a la previsión penal de reclusión o prisión, sin embargo, castiga más gravosamente cuando el sujeto activo del tipo cumple alguna de las características enumeradas relativas a la profesión, de esta forma aquel podrá ser pasible de sufrir, adicionalmente a la reclusión, una inhabilitación para el ejercicio de su profesión por un lapso de hasta el doble del periodo establecido en la condena privatoria.

Además, el artículo identifica por un lado al sujeto activo como aquel que ejecutara la práctica abortiva y lo causara como así también a aquel que colaborara a causarlo.

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

Como dijimos, el Código prevé una pena más grave para el profesional, nominado, que causara o colaborara a causar el aborto.

Sin embargo, también prevé dos supuestos en donde esas intervenciones no son punibles.

- Artículo 86, inciso 1:
 - “Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.”

El inciso primero del artículo 86 elimina la pena para el caso de Abortos realizados con la finalidad de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre condicionando esa acción a la posibilidad de que esa finalidad no pueda ser lograda por otros medios, éste punto es relevante pues como veremos más adelante, el proyecto de Interrupción Voluntaria del Embarazo no contempla este condicionamiento, vale decir que de acuerdo con el proyecto, el aborto no será punible si se ha realizado para evitar un peligro¹⁵ para la vida o la salud de la madre, independientemente de la existencia o no de un medio alternativo al aborto.

¹⁵ El proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo condiciona la no punibilidad del aborto para los casos en donde estuviera en riesgo la vida o la salud de la persona gestante, como se ve se utiliza el término “Riesgo” en reemplazo del término “Peligro”.

El otro supuesto de aborto no punible es el señalado por el inciso segundo del artículo 86.

- Artículo 86, inciso 2:
 - “Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

En particular, fue extendida la discusión respecto del alcance de este instituto, para el caso de embarazos producto de una violación, hasta el fallo de la CSJN en el Caso F.A.L. s/ medida autosatisfativa, expediente 259/2010, tomo 46, letra F, sentencia del 13/3/2012.

En este caso la CSJN reconoce que no es excluyente que la víctima sea una mujer idiota o demente toda vez que independientemente de la capacidad de la mujer, para el caso de la violación, sobrevenía la falta de consentimiento.

Retomando el articulado, el código repara en el caso del aborto que fuera provocados con el uso de violencia por parte de terceros, pero sin intenciones de causarlo.

- Artículo 87:
 - “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.”

Éste es el caso del aborto Preterintencional, que supone una clase de delito en donde los conceptos de dolo y culpa se “mezclan” en la misma conducta, necesariamente.

El tipo básico dispone la necesidad de la existencia de dolo en la conducta, por lo que el fin debe ser la interrupción del embarazo y no otro, por lo tanto, al no existir esta intencionalidad el código pena culpabilidad del autor por la violencia que provocó el aborto sin ser ese el fin y, cuando el embarazo fuera evidente. Para este caso la pena prevista corresponde seis meses a dos años de prisión.

Por último, el código se ocupa de la pena prevista para la mujer embarazada que provoca su propio aborto o consiente la práctica de un tercero que lo causa.

- Artículo 88:
 - “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible”

La pena para este caso es prisión de uno a cuatro años, siendo impune la tentativa de la mujer. Para este supuesto la ley pena a la mujer como actor principal, vale decir, quien lleva a delante la conducta para el caso de la práctica abortiva, serán entonces los terceros, partícipes. De esta forma, este artículo complementa, con la pena a la mujer que consiente, a las figuras de los artículos anteriormente comentados.

2.3. El Aborto No Punible

En línea con lo mencionado en los puntos anteriores, existen en nuestro sistema dos supuestos en donde el Aborto no es punible, son los indicados en los incisos primero y segundo del artículo 86 del Código Penal Argentino.

Estos son los casos en donde el aborto se practica con el fin de salvar la vida de la mujer o en protección de su salud y no habiendo otro medio para hacerlo, por un lado, y cuando el embarazo ha sido resultado de una violación o atentado al pudor de una mujer idiota o demente, siempre que el aborto sea practicado por un medico diplomado y con el consentimiento de la mujer, o sus representantes en el caso de la mujer idiota o demente.

Sin embargo, se ha interpretado que el que el legislador clasificó a la mujer por su capacidad y consideró la no punibilidad del aborto cuando se practicara en caso de violación solo cuando la mujer fuera idiota o demente, vale decir que correspondería una interpretación restringida del artículo.

La Corte Suprema de la Nación ha traído precisión en cuanto a la interpretación del articulado en su fallo del Caso F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente 259/2010, tomo 46, letra F, sentencia del 13/3/2012.

En este fallo la Corte ha interpretado que el acceso al aborto no punible del embarazo proveniente de una violación, vale decir, en los términos del inciso segundo del artículo 86, no deben interpretarse como limitativos respecto de la calidad de la mujer embarazada, sino que es aplicable a cualquier mujer.

Consideraciones del fallo F.A.L.

Nuestra Corte Suprema fue participada en el caso por recurso extraordinario interpuesto por el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut, en su carácter de tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces en representación del “*nasciturus*¹⁶” contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chubut, quien, a su vez, revocó las disposiciones de las instancias anteriores que con relación al caso pretendía:

“No se diera lugar al pedido de autorización de aborto no punible para el caso de una menor embarazada por haber sido violada por su padre. La justicia de familia y precedentemente la cámara determinó que no procedía la adecuación del caso en los supuestos del artículo 86 inciso 2 del Código Penal, al no tratarse de mujer Idiota o demente¹⁷.”

No obstante haberse realizado la práctica, el recurso tuvo lugar en vista de la relevancia de la gravedad institucional que el caso presentaba.

Los agravios expresados por el recurrente se argumentan con base en la inobservancia por parte del Tribunal Provincial, de las normas Constitucional y tratados internacionales de igual jerarquía que protegen la vida desde la concepción, al no haber aplicado una interpretación restrictiva del artículo 86, inciso segundo, del código penal.

Específicamente, la Corte realiza y aclara respecto de cada punto citado por el Asesor, a saber:

- Constitución Nacional:
 - Artículo 75, inciso 23: “Corresponde al Congreso: ... 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...”

¹⁶Término latino traducible por «el que nacerá», se conoce también como el concebido y sirve para referirse a la persona por nacer. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/nasciturus/nasciturus.htm>

¹⁷ CSJN en el Caso F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente 259/2010, tomo 46, letra F, sentencia del 13/3/2012.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:
 - Artículo 1º: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”
- Convención Americana sobre Derechos Humanos:
 - Artículo 3º: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”
 - Artículo 4º: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”
- Declaración Universal de los Derechos Humanos:
 - Artículo 3º: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”
 - Artículo 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:
 - Artículo 6º: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”
- Convención sobre los Derechos del Niño:
 - Preámbulo: “El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”
 - Artículo 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”
 - Artículo 6º: “Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

La Corte, en resumen, concluye en que no es posible derivar de los instrumentos utilizados argumentalmente por el apelante, un mandato que implique el deber de interpretar de forma restringida los preceptos del artículo 86, inciso segundo, atacado por el Asesor en su apelación.

Por otro lado, el fallo repara en el concepto de dignidad de la persona, reconocido convencionalmente y con jerarquía Constitucional, como base del principio de Inviolabilidad de la persona, que manda rechazar la interpretación restringida de la norma, según la Corte:

“la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirles a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”¹⁸

La Corte agrega la consideración de los principios de Legalidad y Pro – Homine respecto de la interpretación amplia respecto del aborto no punible en los casos de violación, atendiendo que estos principios ubican al derecho penal con última ratio, ponderando mas favorablemente a los derechos que mejor acuerden al humano frente al poder punitivo estatal.

“Que, a su vez, los principios de estricta legalidad y pro homine obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a “priorizar una exégesis [que esté]... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265)¹⁹”

Seguido, la Corte realiza una evaluación de orden interpretativa del artículo 86, conforme a sus pautas.

¹⁸ CSJN en el Caso F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente 259/2010, tomo 46, letra F, sentencia del 13/3/2012

¹⁹ Ídem 19

Evaluación y análisis que concluyen en la adopción de una interpretación amplia del artículo, en favor de la No Punibilidad de los abortos de embarazos provocados por violación, con independencia de la aptitud de la mujer.

Define, entonces dos tipos de causa de embarazo: El propio y el impropio, siendo el último el que proviene del “Atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente”.

Por lo que se interpreta que, el artículo 86, inciso 2, reserva el término “Atentado al pudor...” para las causas de embarazo de la mujer idiota o demente y el término “violación” para cualquier otro tipo de mujer.

“En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una -20- mujer “idiota o demente”. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el “atentado al pudor” no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo.²⁰”

2.4. Conclusión Parcial

Revisado el contenido del tipo penal en su extensión y las consideraciones, a modo de aclaración interpretativa, realizada por la Corte Suprema, podemos entender que nuestro ordenamiento recepta el respecto a los derechos fundamentales como los de la integridad, dignidad, etc. en relación con el aborto.

Es amplio, en el sentido que aún cuando se pueda argumentar el derecho a la vida, en relación con la persona en gestación, es el “más importante de los derechos” queda claro que le acude una protección absoluta, toda vez que la ley admite que sea suprimido en determinados.

Por lo que asumimos que aún cuando el derecho a la vida es una derecho consagrado y protegido Constitucionalmente, no es absoluto y por lo tanto puede y ha sido regulado por leyes de menor jerarquía a la Constitucional y por ende queda dentro de la liberalidad del legislador su armonización con el resto de los derechos, no siendo necesariamente penal el espíritu de dicha regulación.

²⁰ Ídem 19

Capítulo III

3. El derecho a la vida

3.1. Introducción

Cuando nos referimos al derecho a la vida, hacemos referencia a la protección que el ordenamiento legal hace respecto de la existencia de la persona humana, nacida o no.

Aparece aquí la primera distinción entre persona nacida y no nacida o en gestación, para Gil Domínguez (2000) persona humana en gestación o persona humana dependiente²¹.

Dicha distinción es también receptada por nuestra ley, toda vez que asigna a la persona no nacida derechos, algunos efectivos para su condición y otros potenciales que solo serán efectivamente adquiridos bajo la condición de nacer viva.

Ahora bien, nuestra ley en términos generales habla de la concepción o del embarazo, como el momento en donde se inicia la existencia humana, vale decir, el momento en el cual se inicia la vida humana.

Suma relevancia para este trabajo, esbozar las diferentes concepciones teóricas referidas al inicio de la vida humana desde un enfoque biológico, para luego observar la asimilación que nuestro ordenamiento realiza de las mismas.

Esto es así pues comprender una delimitación temporal permitirá comprender el alcance de supuestos enunciados a los fines del tratamiento del proyecto.

3.2. Teorías respecto del inicio de la vida

Teoría de la Fecundación

Esta postura sostiene que la vida inicia desde el instante en que el ovocito fecundado resultante (cigoto) contiene los veintitrés pares de cromosomas aportados por los gametos masculino y femenino otorgándole una composición genética única.

A partir de ese momento se inicia un proceso uniforme y autogobernado por el mismo embrión que, en el transcurso normal de su evolución, conducirá a un ser humano con las características morfofuncionales que conocemos.

²¹ Ver Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución en donde el autor define el concepto de vida en formación, con especial atención en el carácter progresivo de del desarrollo de la vida humana.

Prueba de ello es la fecundación extracorpórea: puesto en laboratorio el óvulo en contacto con el espermatozoide, el ovocito fecundado contiene los cuarenta y seis cromosomas con toda la información que ese individuo necesita para cada fase de su vida y sigue sólo su desarrollo en sentido correcto. El embrión es auto gestante, como lo demuestra el hecho de que pueda implantarse fuera del útero y seguir desarrollándose en un camino sin retorno. (Gil Domínguez, 2000)

Hasta este momento no se puede decir que ya existe un solo individuo, sino que se ha iniciado el proceso que culminará con la fusión de los pronúcleos masculinos y femeninos

Teoría de la singamia

La Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires ha afirmado que “la unión del pronúcleo femenino y masculino dan lugar a un nuevo ser con su individualidad cromosómica y con la carga genética de sus progenitores. Si no se interrumpe su evolución, llegará al nacimiento²².

Conforme esta teoría, entre dieciocho y veinte horas después de la penetración producida por el espermatozoide en el óvulo se produce la fusión de los pronúcleos generando en este proceso un nuevo individuo con una carga genética diferente a la aportada por el espermatozoide y por el ovulo individualmente.

Éste es el momento en el cual se inicia la vida humana para aquellos que receptan esta teoría.

Teoría de la anidación

Esta teoría se basa en la idea en que la vida humana se inicia cuando el embrión ocupa su lugar en el útero materno entre los días siete y catorce de evolución.

Esta teoría considera que a partir de ese momento se dan dos supuestos, en cuanto el embrión adquiere la particularidad de ser único respecto del contenido genético y uno (*unidad, un solo embrión*) pues hasta ese momento pueden darse dos alternativas: La primera es que de un embrión se generen dos (*fisión gemelar*) y a la inversa por el cual dos embriones se unan generando un único y nuevo embrión (*quimera*) (Figari y Bailone, 2006)

²² Declaración sobre el aborto provocado, Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, Plenario Académica aprobado en sesión privada del 28/07/1994.

Teoría de la formación del sistema nervioso central

De acuerdo con esta teoría la vida humana se inicia entre el décimo quinto y el cuadragésimo día posterior a la fecundación en que se inicia la formación del sistema nervioso central lo que constituye la verdadera instancia diferenciadora²³

En este sentido, quienes abonan a esta postura diferencian la figura del embrión de la del feto ya que es el primero equipara a una cosa pues no admite la capacidad de adquirir conciencia, siendo ella el elemento distintivo de la persona humana.

Un punto de base es aquel por el cual se indique que la falta de actividad eléctrica del encéfalo implica el fin de la vida humana, mal podría indicarse que el inicio no se ajustara a similares condiciones.

Sobre este particular se ha dicho que el hecho de que ele electroencefalograma plano durante un cierto tiempo sea hoy un criterio aceptado para dictaminar la muerte de un individuo no es comparable en absoluto al electroencefalograma plano de un embrión en desarrollo, en el primer caso, el cerebro ha dejado de funciona; en el segundo caso, aún no ha empezado porque su programa genérico de desarrollo todavía no ha mandado la información necesaria para ello²⁴

3.3. Recepción Normativa

Nuestra Constitución, no declara expresamente el derecho a la vida, sino que, a decir de Bidart Campos, está considerado dentro de los derechos “Implícitos” (Bidart Campos, 2016), toda vez que es fundamental para el ejercicio del resto de los derechos.

En igual sentido se expresó la Corte Suprema de la Nación:

“Es, pues, el derecho a la vida lo que está en juego aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”²⁵

²³ Ídem 17

²⁴ Ídem 18

²⁵ C.S.J.N. “SAGUIR Y DIB, CLAUDIA GRACIELA” (06/11/1980 - Fallos: 302:1284)

Salud, Vida, Transplante, Familia. DERECHO A LA SALUD.

<http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>

A partir de la modificación de la Constitución Nacional en el año 1994, nuestro ordenamiento reconoce para determinados Tratados Internacionales, rango Constitucional, muchos de ellos manifiestan de forma expresa el derecho a la vida.

Tal incorporación y su ubicación en el bloque constitucional, no se limita a expresar sin confusiones lo relativo del derecho a la vida, sino que es amplia respecto de otros derechos ya consagrados con el mismo rango, antes de la reforma, infra – Constitucional, como los relativos a los derechos del niño, derechos ambientales, lucha contra toda forma de discriminación a la mujer, etc.

Nuestra constitución en el artículo 75, inciso 22, faculta al Congreso a aprobar o desechar tratados concluidos con otras naciones, organizaciones internacionales y concordatos con la Santa Sede, en el mismo artículo incorpora los siguientes tratados:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- La Declaración Universal de Derechos Humanos
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo
- La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- La Convención sobre los Derechos del Niño

Respecto del inicio de la vida y su tutela, nuestro país ha suscrito a la Convención sobre derechos del Niño, con la aprobación de la ley 23.849 del año 1990, en donde expresamente se indica la reserva a realizarse con motivo de la ratificación de tratado:

“Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se

entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años²⁶”

Es así como, nuestro país ha expresado con claridad su posición respecto del inicio de la vida, y consecuentemente su protección, siendo este punto el de la concepción.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por ley 23.054, llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, fue firmada en esa Ciudad, el 22 de noviembre de 1969. En la misma, nuestro país reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esa convención.

En su artículo 4, referido al derecho a la vida, se consagra el mismo desde la concepción:

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

En este sentido, la modificación de nuestro “nuevo” Código Civil y Comercial recepta tales lineamientos, en muchos aspectos, en particular en lo referido al inicio de la existencia humana.

- Artículo 19, Código Civil y Comercial Argentino:
 - “...La existencia de la persona humana comienza con la concepción.”

Sin embargo, ¿Cuál es el momento en que se produce la concepción? ¿Cuáles de las teorías mencionadas en puntos anteriores se adecua al concepto de Concepción que recoge el Código Civil y Comercial, en línea con las leyes superiores?

Nuestra Corte Suprema se ha expreso en sentido en que debe reconocerse existencia de vida humana desde la fecundación.

Basa su definición en diferentes posiciones de carácter biológico, primordialmente la referida a que con la fecundación se esta en presencia de un ser con todas sus potencialidades y con características humanas propias, diferentes a la de la madre y a las del padre.

²⁶ Ley. 23.849, Aprobación Convención de los Derechos del Niño.

“4) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que "tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo...Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación²⁷"

3.4. Conclusión Parcial

Podemos considerar en esta instancia de avance del presente trabajo, que si bien la existencia de diferentes teorías respecto del inicio de la vida, sin ninguna pretensión de unificarlas, redundan en que existe persona humana como mínimo después de cuarenta días desde la fecundación, por lo tanto, esta apreciación resulta relevante a los fines de considerar eventualmente la iniciativa de interrupción irrestricto hasta la semana 14 (98 días).

Por otro lado, podemos apreciar que nuestro ordenamiento recepta como momento de inicio de la existencia humana el momento de la concepción y entendiendo este momento no como un instante sino como un proceso, es el referido a la fecundación, vale decir a la unión de los gametos masculinos y femeninos del cual resulta el embrión.

Por lo tanto, encontramos claramente dos limitaciones a considerar en vista del proyecto, una relativa al sustento teórico biológico y otro jurídico interpretativo relativo al momento de la existencia humana.

²⁷ P. 709. XXXVI. Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo.

Capítulo IV

4. Proyecto de Ley de Interrupción voluntaria del embarazo y debate legislativo.

4.1. Introducción

El aborto tiene recepción normativa desde ya nuestro Primer Código Penal, sancionado en el año 1886 en donde se penaba la práctica en toda su extensión.

Fue hasta su reforma en 1903 en donde se produjo la primera modificación respecto del tipo, relativa a la no punibilidad de la tentativa.

Posteriormente, en la actualización aprobada en 1921 se establecieron las figuras vigentes en la actualidad.

El Código, y en particular el instituto, ha tenido modificaciones intermedias, a saber:

- En el año 1868 por emisión del decreto ley 17.567, durante un gobierno de facto, que estableció, la no punibilidad de la práctica para los casos en donde el aborto se realizara para evitar un peligro grave en la vida o la salud de la mujer o, también para cualquier caso de violación siempre que le precediera una causa judicial y con consentimiento para el caso de la mujer menor de edad, demente o idiota.
- Estas disposiciones perdieron su vigencia recuperándola las anteriores, en el año 1973 por la sanción de la ley 20.509 durante el gobierno democrático.
- Sin embargo, ya en 1976 y nuevamente en un contexto de gobierno de facto militar, vuelve a decretarse la vigencia de las modificaciones del decreto 17.567.
- Por último, en el año 1984 en época de gobierno democrático, se reestablece la vigencia de la legislación de base, vale decir el Código Penal de 1921.

Si bien ya se ha profundizado sobre el particular, es dable mencionar que, en el año 2012, el fallo Fal vino a aclarar el alcance respecto de la interpretación de los supuestos de no punibilidad del aborto para casos de embarazos producto de una violación, de forma amplia, vale decir, con independencia si se tratara de una mujer idiota o demente.

A la fecha han existido diferentes proyectos que presentaban como finalidad, en mas o en menos, la existencia de una clase de aborto no punible, adicional a las figuras ya existentes.

En tal sentido, observamos el proyecto presentado en nuestra Cámara de Diputados con número de expediente 6784-D-2001, de las firmantes Lissi Liliana, Stolbizer Margarita Rosa y Bordenave Marcela Antonia, que promovía la inclusión de un nuevo supuesto de aborto no

punible, por vía de la creación de un tercer inciso en el artículo 86 para casos de embarazos con diagnóstico de anencefalia fetal.

Respecto del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, foco del presente trabajo, debemos decir que el mismo plantea diferentes frentes respecto de la coyuntura relativa a la problemática, tanto en su forma final como en todas las iniciativas presentadas en el Congreso, las cuales fueron integradas por recomendaciones de las Comisiones de Legislación General, Penal, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y de Acción Social y Salud Pública.

Todas las iniciativas, como se dijo anteriormente, se integraron en el Dictamen Conjunto de los Expedientes 2492-D-2017, 0022-CD-2018, 0230-D-2018, 0443-D-2018, 0444-D-2018, 0569-D-2018, 0897-D-2018, 1082-D-2018, 1115-D-2018, 1376-D-2018 y 1817-D-2018, Siendo tratado por Orden del día 0155/2018.

Con motivo del tratamiento del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, se han dado en el ámbito de nuestro Congreso Nacional, en ambas Cámaras, una abrumadora cantidad de exposiciones de posiciones por parte de un amplio espectro de personalidades, de los más variados ámbitos, así han quedado registrados las ponencias de personalidades de campos como de la biología, medicina, sociología, filosofía, por supuesto del grupo jurídico y otros.

Exposiciones que dieron lugar a consultas de carácter aclaratorio en muchos casos respecto de los alcances del proyecto de ley, como así otros de carácter técnico como ser las posiciones y conceptos, no todos unificados ni necesariamente concurrentes, respecto del inicio de la vida humana desde una visión biológica. O cómo aquellos que permitieron con cierto nivel de detalle una ampliación del conocimiento en cuanto a la práctica del aborto desde lo médico.

Mucho de lo expuesto se vio reflejado en los debates legislativos de ambas cámaras y de ahí su relevancia, sobre todo, reiterando, en su carácter plural.

En este apartado, habiendo profundizado en los aspectos relativos al proyecto de ley, a las consideraciones respecto de la regulación actual del aborto y su recepción en la Corte Suprema, abordaremos el análisis del informe resultante del debate llevado adelante por la Cámara de Diputados, que recordemos, obtuvo sanción con 129 votos a favor y 125 en contra.

4.2. Análisis - Pilares Conceptuales del Proyecto

Objeto:

El proyecto plantea y define la creación de un derecho, el derecho al acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que no es otro que el acceso al aborto.

En una visión amplia, podemos decir que a la fecha nuestra legislación, como se dijo, pena al aborto de forma general y exime de punibilidad en determinados supuestos, que, sin embargo, no convierten la práctica en un derecho.

Esta definición, es de real importancia pues a partir de este supuesto se generarán disposiciones, claramente obligatorias por la fuerza de la eventual ley, pues el nuevo derecho debe ser receptado funcionalmente.

El artículo ya recoge lo referido por la amplitud de género al incluir como sujeto, a la “*persona gestante*”, en clara referencia al avance pro-inclusión dado en nuestro país en los últimos años, pues recordando la Ley 26.743 (*Ley de Identidad de Género*) Cualquier persona tiene derecho a ser tratado de acuerdo con su identidad de género.

Derechos protegidos:

Este punto reafirma una garantía ya existente en vista de la incorporación de los tratados, en donde se incluyen los derechos mencionados, en nuestro bloque constitucional.

Sentencia, pues, que es en función de estos derechos que la mujer o persona gestante adquiere el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Se omite entonces la invocación o pretensión alguna de cierta armonización de otros derechos habidos en otros tratados, como son los del niño, constituyendo como veremos fuente de la crítica principal al proyecto por la corriente que promueve la pugna de dos derechos.

Supuestos:

En particular, el proyecto prevé en su parte general y hasta la semana 14 del proceso gestacional, que se debe garantizar el acceso al nuevo derecho con el solo requerimiento de la mujer o persona gestante.

El supuesto referido a “*el solo requerimiento*”, a nuestro entender, no implica mayores observaciones pues se encuentra en plena lógica con lo precedente, vale decir que, en

el supuesto o contexto de la existencia de un derecho al aborto, no sería válido que no se respetara en ese supuesto lo dispuesto en el artículo 19 de nuestra constitución:

- Artículo 19, Constitución Nacional:
 - “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están 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.”

En este sentido, en el contexto preestablecido, la práctica no estaría prohibida, por lo tanto, recaería dentro de las “acciones privadas” previstas por el artículo 19.

Sin embargo, es este artículo, si se quiere y a modo de adelanto de conclusiones, el punto de quiebre pues como hemos visto ¿Cuál es la situación que extingue la calidad humana del embrión hasta ese tiempo?

Por otro lado, el artículo plantea que el derecho debe ser garantizado a partir de la semana 15 del proceso gestacional en los términos indicados, que producen novedad en los siguientes aspectos:

- Sí el embarazo fuera producto de una violación:

La preposición recoge lo ya receptado por nuestra Corte Suprema en el caso Fal, en vista que lo interpretado por nuestra corte es que no es punible el aborto realizado a la mujer cuyo embarazo fue producto de una violación.

Con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el/la profesional de la salud interviniente:

Respecto de lo referido al “solo requerimiento” responde a principios ya vistos respecto de la primera parte de este artículo y además a la necesidad de evitar dilaciones, intencionales o no, por parte del aparato de Salud Pública ante un escenario de persecución Judicial.

Por otro lado, el proyecto no es preciso respecto del profesional interviniente, toda vez que en el ámbito de la atención de salud existen diferentes trabajadores con esa calidad y diferentes especializaciones, por ejemplo, de Medicina, Enfermería, Instrumentación, etcétera. Se entenderá que deberá ser el idóneo.

- Sí estuviera en riesgo la vida o la salud de la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano:

Este supuesto viene a modificar conceptualmente las circunstancias en referencia a la vida o la salud de la mujer.

Por un lado, a diferencia de la ley vigente en donde se establece la no punibilidad para el caso de aborto practicados en caso de peligro en la vida o la salud.

- Artículo 86, inciso 1, Código Penal Argentino:

- “...Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre...”

Por lo tanto, advertimos entonces un cambio de supuestos, por un lado, el proyecto, establece como condición para la práctica abortiva desde la semana 15 de gestación, el hecho de estar en riesgo la vida de la mujer y, por otro lado, la ley vigente dispone la condición a los fines de evitar un peligro.

Profundizando en los conceptos, en una interpretación particular, entendemos que se ha dado prevalencia al grado de probabilidad de la existencia de un peligro y/o producción de un daño respecto de la vida o la salud de la mujer o persona gestante, sobre la existencia efectiva de un peligro.

Luego, el proyecto elimina el supuesto de la alternativa de la aplicación de otro medio que, para el caso, mitigue el riesgo causa de la eventual interrupción.

- Artículo 86, Inciso 2, parte fina, Código Penal Argentino.

- “... y si este peligro no puede ser evitado por otros medios...”

Adicional a lo dicho, el proyecto advierte que tanto la vida como la salud de la mujer o persona gestante, debe ser considerada como “derecho humano”

- Si se diagnosticara la inviabilidad de la vida extrauterina del feto.

En este aspecto el proyecto recepta criterios de proyectos anteriores de forma genérica, como por ejemplo para los casos de embarazos con diagnóstico de Anencefalia.

Consentimiento informado:

El caso, el proyecto determina reglas respecto del requerimiento del Consentimiento, diferenciando para los supuestos generales como así también para los casos de menores de 16 años como para los de personas con capacidad restringida, remitiendo a lo ya dispuesto por nuestro ordenamiento, en particular nuestro Código Civil y Comercial en lo relativo a la capacidad de las personas, como así también a la ley 26.529 de Salud Pública en lo referido al consentimiento propiamente.

En ese sentido, la ley 26.529 dispone:

- Artículo 5.

Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

- Artículo 6

Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

- Artículo 7

Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito:

- a) Internación;

- b) Intervención quirúrgica;
- c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos;
- d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley;
- e) Revocación.

Plazo

El artículo refiere a los tiempos que deben observarse respecto de la ejecución de lo normado en el proyecto.

Prevé, un plazo de 5 días desde el requerimiento, en los términos precedentes.

Este punto, soslaya, junto con otros procedentes, y pone de manifiesto, como uno de los más criticados, la reacción que debe observar el aparato de salud.

En este sentido, y a modo de adelanto, uno de sus puntos de conflicto es la infraestructura con la que puede y debe disponer el aparato de servicio de salud pública en vista de su estado y su presupuesto en relación con la previsión y atención de otros objetos de la salud pública también atendibles y, por lo general, con mayor impacto²⁸.

Consejerías

Las consejerías tendrán, de acuerdo con lo dispuesto por el articulado, las funciones si se quiere, dispuesta en lo relativo al Consentimiento Informado²⁹

Sin embargo, destacamos en la redacción del inciso b, la disposición de “*Atención previa y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo*”, redacción que fue interpretada como marcador de la finalidad del proyecto, que solo prevé como camino válido la práctica del aborto.

Contrariamente, el proyecto en su inciso c, dispone el fomento en el cuidado de la salud, propiciando a través de las Consejerías, el acompañamiento en la información respecto de los distintos métodos anticonceptivos, su provisión.

Luego, la ley impone al profesional la obligación de asumir las funciones de las Consejerías en los casos en donde los establecimientos de salud no permitieran garantizar la

²⁸ Véase estadísticas de mortalidad materna, causas de muerte de mujeres en general.

²⁹ Artículo 5, Ley 26.529. Ley de Salud Pública. Consentimiento Informado.

atención para el caso previo y posterior al aborto, previsión no considerada para los otros supuestos.

Modificaciones al Código Penal

El proyecto prevé, la eventual y necesaria reconfiguración del articulado del Código Penal Argentino en lo referido al aborto, pues resultaría incongruente no hacerlo en un escenario que valida su practica en los supuestos precedentes.

- Artículo 85 del Código Penal:
 - Inciso 1: Mantiene los términos del actual artículo y agrega en su consideración la figura de persona gestante.
 - Inciso 2: Pena la práctica con consentimiento de la mujer y luego de la semana número 15, excluyendo los supuestos del artículo 86 (en la redacción que el mismo proyecto prevé)
- Se incorpora el artículo 85 bis:
 - Establece una pena de prisión y el doble de inhabilitación para la autoridad o profesional que dilatare, obstaculice o negare la práctica en los casos legales. La pena se agravará si de ello resultara un desmedro en la salud o la vida de la mujer o persona gestante.
- Artículo 86:
 - Establece la punibilidad en caso de aborto consentido por la mujer o persona gestante:
 - a. Hasta la semana 14 inclusive, de gestación.
 - b. Si el embarazo fuera producto de una violación, con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el profesional de salud interviniente
 - c. Si estuviera en riesgo la vida o de la salud la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano
 - d. Si se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto.
- Artículo 88:
 - Determina la pena para la mujer o persona gestante que provocara su propio aborto o consintiere el mismo a partir de la semana 15.

4.3. Consideraciones - Dictamen de Minoría – Cámara de Diputados

Es claro que el informe que funda el dictamen de minoría recoge en su totalidad los argumentos que se contraponen la sanción del proyecto, tal es así que resumen aquellas posiciones e incluso las que posteriormente fueron esgrimidas en la Cámara Alta.

A lo largo del informe observamos el planteo de las diferentes críticas a modo de advertencia de las vulnerabilidades, ya sean de forma, argumentales, doctrinarias y jurídicas, más específicamente las constitucionales, de las que el proyecto adolece.

Veremos las más relevantes a los fines de este análisis.

Respecto de los argumentos del proyecto

El informe no duda ni demora al lector en cuanto del arribo de su posición respecto de los diferentes argumentos vertidos en el proyecto, en particular en su parte prelegislativa (argumentos) al advertir que en sus bases el proyecto manifiesta la búsqueda de la reducción de la brecha existente en el estatus-quo al afirmar:

“esta ley es imprescindible para evitar más muertes y para erradicar inequidades y discriminaciones que contribuyen a ampliar la brecha de la injusticia social y sanitaria en la población³⁰”.

Sin embargo, entiende que tal afirmación surge de la manifiesta necesidad de polarizar el análisis indicando que tal figura propone que se esté de un lado o de otro, vale decir, los que estén en contra del proyecto (a favor del aborto) están a favor de la muerte de las mujeres vulnerables.

El informe, en su introducción, concluye que los argumentos desnudan el verdadero fin del proyecto, que no es otro que el de “...instalar en el debate y en nuestro ordenamiento jurídico el derecho al aborto para el goce pleno de los derechos sexuales y reproductivos...”

³⁰ Orden del Día N°155 Cámara de Diputados de la Nación.

Despejando el verdadero espíritu en que se fundan los proyectos en análisis³¹

El informe cuestiona de forma directa lo supuestos establecidos, tanto en los argumentos del proyecto en lo referido a las cifras por las cuales, a decir de los firmantes, la corriente de opinión favorable al proyecto indica que el aborto en las condiciones vigentes es la principal causa de muerte materna, por un lado, y que en Argentina se practican entre 370.000 y 520.000 abortos por año.

En el primer supuesto, los legisladores hacen uso de los datos estadísticos advirtiendo que el supuesto es falso, pues de acuerdo con las estadísticas³² oficiales, en el año 2016 en Argentina se han producido 171.408 fallecimientos de mujeres.

De los cuales el 30% fueron producidos por casos cardiovasculares, el 20% por enfermedades respiratorias, un 18% por tumores malignos y un 0,14% fueron muertes vinculadas con el embarazo, parto y puerperio.

Por lo que resulta, que en función de los datos citados por los legisladores, no corresponde la primera afirmación, más aún cuando en el análisis de las muertes por causas relativas a la maternidad, ascienden a 245 en ese periodo, de los cuales 41 corresponden a causas vinculadas con el aborto, más precisamente en una participación del 12,6 % representando la tercera causa de muerte materna.

En segundo término, el informe ataca el supuesto de la práctica anual de aproximadamente 500.000 abortos, dejando expresado el nivel de seriedad respecto de la estimación que arroja ese número, siendo la principal crítica la inclusión (o la no exclusión) de los abortos no ilegales (espontáneo, embarazo ectópico, la mola hidatiforme, etcétera) y por otro lado cuestionando la metodología, en este sentido el informe indica:

“El método empleado ya anuncia su imprecisión. Frente a ello el doctor e investigador chileno Elard Koch,³ llevó a cabo un trabajo científico en base a la tasa de embarazos estimados en determinado año para cada país. De esa forma se determinó que para el 2007 la cantidad de abortos provocados en la Argentina fue de 47.000, en tanto que el trabajo de Mario y Pantelides expresaba que era de 470.000.”

³¹ Ídem 23.

³² Según los últimos datos publicados por la Dirección de Estadísticas e Información de Salud, citado en el informe.

“De la comparación de los resultados se advierte una diferencia en más de diez veces. Según el doctor Elard Koch, el contraste entre sus resultados y los de las demógrafas obedece a que ellas se fundaron en encuestas de opinión en lugar de hacerlo en datos relevados y, a su vez, esas cifras fueron aplicadas con una” metodología similar a todos los países de la región, sin considerar el nivel de población y la tasa de nacimiento”

Aspectos Constitucionales³³

El informe sostiene que sus argumentos respecto de los aspectos constitucionales relativos al derecho a la vida se fundan en los declarado en el artículo 31 de la Constitución Nacional Argentina (derechos implícitos), los derechos enumerados en los diferentes tratados internacionales receptados por nuestro país con rango constitucional, y lo establecido en el artículo 19 de nuestro Código Civil y Comercial.

Aspectos Jurídicos: Disvalor de la acción. Causas de Justificación. Responsabilidad.³⁴

En lo relativo a los aspectos jurídicos, el informe realiza un breve análisis respecto de los conceptos enumerados, a los fines de establecer entre otras cosas, por que existiendo la tipificación del aborto, no es punible en los casos que el Código prevé.

Referido al carácter disvalioso de la conducta penada, en este caso el aborto, los legisladores asumen y manifiestan que, la inclusión de esta conducta en nuestro ordenamiento penal resume la receptación de esa característica por parte de la mayoría de la sociedad, en la figura y que por lo tanto debe ser desalentada su ejecución.

Seguido, se establece que es claro que aquella construcción, por su característica Social se encuentre “atravesada” por elementos culturales, sociales, religiosos, ideológicos y filosóficos. De modo que, concluye el punto, desacreditar alguno de estos elementos es desconocer a la costumbre como fuente del derecho, y descartar alguno de ellos constituye en sí un comportamiento autoritario.

Por lo tanto, al decir de los legisladores, establecido el derecho a la vida, sin ninguna duda desde la concepción, surge la objeción que se desprende de considerar los casos de no

³³ Ídem 23.

³⁴ Ídem 23

punibilidad del aborto, toda vez que aun mediando las causales no deja de existir ni de tratarse de la interrupción de un embarazo, por lo tanto, de la eliminación de una vida.

Se plantea entonces la síntesis de la posición en este punto, respecto que nuestro ordenamiento contempla y admite determinadas causales de justificación (artículo 34 del Código Penal).

En ese sentido, se manifiesta:

“...El sustento racional de la no punibilidad del hecho está dado por la no exigibilidad de otra conducta. El Estado no puede pretender y mucho menos compeler a sus ciudadanos a realizar conductas heroicas, soportar daños gravísimos o poner en juego su propia vida. Por dicha razón las causas de justificación que prevé el propio articulado del aborto son la máxima expresión de racionalidad y entendimiento que el legislador ha tenido sobre las conductas que la madre puede llegar a realizar en casos de desesperación por la injusta situación vivida.

¿Y cuándo una situación es injusta? Cuando quien la padece no ha sido responsable y por ende no le es exigible soportarla...”

Es que en función de esta pregunta se plantea el supuesto de Responsabilidad.

Responsabilidad

Es, siguiendo el informe, la responsabilidad la virtud de decidir de forma consiente y de asumir las consecuencias.

De este modo, se define³⁵ entonces como la “Responsabilidad Jurídica” cuando el sujeto transgrede un mandato, vale decir, lo que la norma en forma de prohibición o mandato imperativo le indica con carácter coercitivo.

En ese sentido, no se podría hablar de responsabilidad por los actos de abortos en los casos de embarazo producto de una violación, pues se dará entonces el caso de fuerza irresistible y/o la falta de capacidad para el caso de la mujer idiota o demente, toda vez que el embarazo, como producto no era querido.

³⁵ En decir del informe, de acuerdo con las expresiones del mismo respecto del concepto de responsabilidad en búsqueda de la justificación de los casos de no punibilidad del aborto.

Luego, se repara en el supuesto en que una mujer fuera de los supuestos precedentes está en capacidad de saber y representarse que teniendo relaciones sexuales puede quedar embarazada.

El texto, indica entonces:

“...Se entiende entonces lo difícil que le resulta a la ciencia jurídica justificar una conducta en principio disvaliosa (matar a otro) por una situación en que la propia mujer se puso al aceptar como posible el resultado embarazo...”

A entender del autor, se observa cierta inclinación a establecer una especie de “dolo eventual” para el caso de la mujer que, fuera de los supuestos contemplados, queda embarazada, pues se da por positivo que toda mujer sabe y está en condiciones de representarse el resultado.

Ampliación de Causales

El informe es abarcativo en lo relativo a la ampliación de las causales de no punibilidad cuando advierte y critica los supuestos de no punibilidad para los casos de abortos practicados sobre embarazos con malformaciones fetales.

Además de ello, repara en el supuesto, ya observado en este trabajo, respecto de las terminologías utilizadas para el causal de no punibilidad vinculado al riesgo para la vida o la salud de la mujer, afirmando que es pretensión del proyecto introducir una figura que por razones sociales y de la salud, incluso sin límite, garantice la práctica.

Lo suyo hace el informe, respecto de la Objeción de Conciencia introducida y en los términos del proyecto.

“...La consideración restrictiva que se realiza de la objeción de conciencia individual, y la lisa y llana prohibición del ideario institucional implica un cercenamiento del ejercicio de la labor del equipo de salud, por cuanto supone violentar las convicciones de equipos médicos enteros y de instituciones con una clara postura respecto de la defensa de la vida y los derechos de todas las personas desde el momento de la concepción...”

Conclusiones del Informe

Concluye el informe, en relación con los argumentos que indican que, en virtud de las problemáticas sociales actuales, que redundan en la pobreza y vulnerabilidad de mujeres les resta a ellas entonces la elección entre su vida o la de su hijo.

Que, en este supuesto, los proyectos solo plantean la opción del aborto como solución y no otra.

Lo que redundante, a saber, de los legisladores, en la búsqueda de la creación de un derecho no reconocido por nuestra Constitución, mediante la sensibilización de la sociedad con motivo de la polarización del supuesto (vida madre o vida hijo)

En el mismo sentido, advierte de la manipulación del lenguaje en cuanto al introducir términos “Interrupción voluntaria del embarazo” o “introducción de nuevas causales de no punibilidad” viene en ayuda de argumentos que, a modo de ejemplo, permiten encontrar declaraciones de posiciones en contra del aborto, pero a favor de la despenalización, toda vez que la despenalización implica su legalización.

“...Es verdad que el “Estado debe garantizar un acceso real y equitativo al derecho a la salud para todas las mujeres sin permitir que se generen diferencias según el nivel socioeconómico, de etnia, valores culturales y religiosos, ni edad”, pero mediante la legalización de aborto no se concretaría el mencionado postulado...”

Por último, el informe insiste, existen desigualdades no resueltas que debieran ser prioridad como medio de limitar, entre otras cosas, las muertes maternas, y que es el Estado quien debe prioritariamente garantizar la igualdad en el acceso a la salud.

4.4. Conclusión Parcial

De lo planteado surge con claridad la búsqueda respecto de la ponderación del derecho de autonomía de la mujer o persona gestante, sin embargo, no resultan claras las bases argumentales relativas a los casos estadísticos que permitan determinar con contundencia la dificultad y el menoscabo social que la penalidad del aborto supone y por consiguiente la necesidad de su despenalización.

Tampoco resulta evidente asumir, para el caso, que la despenalización y la creación del derecho al aborto se trata a todos los efectos de un asunto de salud pública, considerándolo como política pública, toda vez que comparado con otras causas, en principio redundaría en un impacto notablemente menor.

El proyecto no desconoce la existencia de la persona durante el proceso de gestación, pues pena la interrupción luego de la semana 14 salvo en los casos eximentes ya tratados., por lo que se entiende que se dar por existente a la persona desde la semana 15.

Respecto de su tratamiento legislativo, resultan de relevancia los puntos desarrollados en el Dictamen, pues ponen de relieve las vulnerabilidades de forma y de fondo que el proyecto presenta.

Las principales son las referidas a que de la forma no puede concluirse que exista armonización entre el derecho que promulga el proyecto con nuestra realidad y con nuestro ordenamiento.

Queda claro en él, la conceptualización por la cual actualmente se recoge la posibilidad de justificar la práctica del aborto por vía de su no penalización para los casos ya estudiados, y dejando establecido y explicado la posición en la que se encuentra la mujer al momento de decidir proceder con la práctica y las falencias que sufre que eventualmente redundan en su falta de conocimiento ya sea del proceso gestacional, métodos preventivos, etc.

Por lo tanto, resulta el informe de una importante herramienta para entender en resumen las posiciones de crítica recurrentes que a fines de cuenta implicaron el rechazo del proyecto.

Conclusiones Generales

Existe conceptualmente un conflicto entre los puntos que se desarrollan dentro del proyecto de ley y nuestra constitución, estos puntos son aquellos que de forma directa contradicen el espíritu que de nuestra ley principal (y los tratados incorporados con igual rango) surgen.

En este sentido el proyecto de interrupción voluntaria del embarazo plantea la asimilación, en nuestro sistema, de un derecho que implica de forma directa la supresión de una vida en pos de la reivindicación de otro que tiene como base la autonomía, intimidad, integridad, etcétera, de la Mujer.

Que es facultad del legislador la de establecer las pautas que ponen límites a los derechos y su ejercicio, en este caso del derecho a la vida. Previendo y considerando un grado de armonización de derechos con el objeto del bien común.

Es este choque la causa principal que pone de relieve el carácter inconstitucional del proyecto, en vista de los siguientes supuestos:

Nuestro sistema determina que la vida humana se inicia con la concepción:

Receptado en nuestro Código Civil y Comercial, más aún cuando aquel entró en vigor en el año 2015, lo que aleja la eventual crítica de contemplar conceptos desactualizados, pues recoge y se adecúa conforme a normas existentes en los tratados internacionales de rango Constitucional ya referidos.

Nuestro sistema protege la vida desde la concepción:

Constitución, art 75, inc. 22.

Tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Interpretación de la Corte Suprema de la Nación.

Nuestro sistema contempla la no punibilidad del aborto en los supuestos estudiados:

Esto implica que ya se encuentra receptado el carácter no absoluto del derecho a la vida.

Que el legislador contempló la armonización de derechos para el caso de violación y siguiente. (Artículo 86)

Nuestro sistema limita también el derecho a la autonomía:

Pues el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional pondera ese derecho, sin embargo, establece una limitación, siendo aquella el hecho de la afectación de los derechos de otros:

Artículo 19.

“...Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están 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...”

Respecto de los argumentos basados en la mortalidad materna para sostener la necesidad del acceso al aborto legal como política de salud pública no resulta en principio válido, toda vez que las estadísticas oficiales nos muestran que la principal causa de las muertes maternas es otra, principalmente las obstétricas directas, que representan el 55,1% de las muertes.

Que, respecto de ser una de las mayores causas de muerte de mujeres, resulta que en 2016 corresponden en un 30% a afecciones cardiovasculares como se ha dicho en puntos anteriores, siendo para el caso del aborto el 0,14%.

Resulta de los datos recolectados y del breve análisis desarrollado en cada caso, que estamos frente a una problemática históricamente reconocida y de difícil solución.

Por lo tanto, proponer la inobservancia en los términos del proyecto de ley deviene inconstitucional.

Sin embargo:

- ¿Qué sucede con todos los supuestos planteados en uno u otro sentido?
- ¿Qué sucede con la problemática respecto de los abortos de embarazos no deseados no contemplados en los supuestos de no punibilidad?
- ¿Qué sucede con la autonomía de la mujer respecto de decidir sobre su cuerpo?

Entendemos que, en el desarrollo del presente trabajo, hemos podido detectar cuales son las características de la problemática y con la metodología que nuestro ordenamiento las trata, por lo que, el “Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo” (en integración de sus variadas presentaciones) no responde de forma integrada a las mismas.

El proyecto no plantea soluciones de fondo que ataquen la problemática de la mujer en estado de vulnerabilidad que se ha visto desprotegida por parte del Estado, ya sea desde lo preventivo por no garantizar su educación, en todo sentido: sexual, civil y general, como el acceso a la salud: reproductiva, profilaxis, etcétera. y cultural: desarrollo personal, etcétera.

Son entonces los embarazos producto de estas vulnerabilidades los que deben ser contenidos atacando sus causas raíz.

No resuelve tampoco lo relativo a la autonomía de la mujer, pues, en definitiva, ¿Que implica decidir?, ¿Es una mujer en estado de vulnerabilidad en los términos planteados, un ser capaz de decidir respecto de un embarazo no deseado o su interrupción? ¿Es asimilable la falta instrucción o conocimiento que permita, por ejemplo, decidir adecuadamente el método preventivo de embarazo no deseado a, la falta de instrucción o conocimiento que promueve a la misma mujer a decidir abortar?

La mujer vulnerable lo es porque el devenir de un estado ausente la colocó allí, del mismo modo que se podría entender que el mismo estado colocará al niño por nacer en una situación final.

En resumen:

Los embarazos no deseados son una realidad como así también los abortos realizados en el ámbito de la clandestinidad y las muertes maternas resultantes por esas prácticas.

El derecho a la autonomía de la mujer es una realidad, como así también la necesidad de promoverlo, de igual forma su derecho a la integridad y a la salud en toda su extensión.

El derecho a la vida de la persona por nacer es una realidad, como así también la necesidad de su protección.

Surge de nuestro ordenamiento principal, el espíritu de protección del derecho a la vida desde la concepción, del mismo modo que queda sujeto a la liberalidad del legislador la mejor práctica para promover la tutela de la vida, lo que sugiere que la regulación de esa protección no debe ser necesariamente penal.

Por lo tanto, todos estos derechos merecen tutela, respeto y consideración, y deben ser tratados por nuestro ordenamiento con total integración entre ellos y con absoluta observancia de nuestra Constitución, en ese sentido resulta contrario a ella la creación de un derecho que, de forma discrecional, relativice la continuidad de la vida humana en gestación.

Bibliografía

Legislación

- Código Penal de la Nación, ley 11.179.
- Constitución Nacional Argentina
- Código Civil y Comercial Argentino
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Ley. 23.849, Aprobación Convención de los Derechos del Niño
- Ley 26.529. Ley de Salud Pública

Jurisprudencia

- CSJN en el Caso F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente 259/2010, tomo 46, letra F, sentencia del 13/3/2012
- C.S.J.N. 5/3/2002, "Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", Fallos 325:292
- C.S.J.N. "SAGUIR Y DIB, CLAUDIA GRACIELA" (06/11/1980 - Fallos: 302:1284) Salud, Vida, Transplante, Familia. DERECHO A LA SALUD. <http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>

Bibliografía

- Figari, R E. y Bailone, M. (2006). *El aborto y la cuestión Penal*. Cordoba, Argetina: Editorial Mediterranea.
- Cabero Rura, L...[et. al.]- (2006). *Tratado de ginecología, obstetricia y medicina de la reproducción*. Buenos Aires, Argentina: Médica Panamericana.

- Bidart Campos, German J. (2016). *Compendio de Derecho Constitucional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Gil Dominguez, A. (2000). *Aborto Voluntario, vida humana y constitución*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Información General

- <http://etimologias.dechile.net/?aborto>
- <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/pregnancy-loss-miscarriage/symptoms-causes/syc-20354298>
- <https://actualidad.rt.com/actualidad/284358-mapa-estatus-legal-aborto-mundo>
- <https://www.guttmacher.org/es/fact-sheet/aborto-inducido-nivel-mundial>
- <https://www.guttmacher.org/es/fact-sheet/aborto-en-america-latina-y-el-caribe>
- <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001229cnt-analisis-mmi-2007-2016.pdf>
- <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001229cnt-analisis-mmi-2007-2016.pdf>
- <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001229cnt-analisis-mmi-2007-2016.pdf>
- https://www.youtube.com/watch?v=FUhO-AVV_T0
- http://www.dnrec.jus.gov.ar/descargas/estadisticas/Informe_Condenadas_2016_FINAL_ANEXO.pdf
- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/nasciturus/nasciturus.htm>
- Orden del Día N°155 Cámara de Diputados de la Nación.
 - <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-136/136-155.pdf>
- <https://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/25.php>
 - Declaración sobre el aborto provocado, Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, Plenario Académica aprobado en sesión privada del 28/07/1994.

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

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Eres, Walter Mariano
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	27755803
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Inconstitucionalidad en el Proyecto de ley de Interrupción voluntaria del embarazo (IVE)
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	licweres@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

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

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

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

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

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