



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN – PIA

“Aborto: argumentos jurídicos en el Derecho Argentino y en el Derecho Comparado”

Marinich Forte, Alan Gabriel

DNI: 36835820

Legajo: VABG34686

Abogacía

2019

Resumen

La presente investigación analiza la figura del aborto en el derecho penal argentino, desde su implementación al día de la fecha, cuál es su fundamento, cuáles son sus elementos, sus sistemas de regulación y cuáles son los intereses en juego en la discusión jurídica, como así también el estudio de las diferentes teorías que explican el comienzo de la vida y su concepción en diferentes ordenamientos del derecho anglosajón y latinoamericano. Este trabajo brinda información detallada y objetiva destinada a suplir de alguna manera la desinformación reinante en la población argentina, tratando de abarcar lo regulado específicamente en la ley en cuanto al delito, su constitución, sus excepciones, y considerando también los problemas que puede generar la temática y los cuestionamientos que pueden efectuarse en su contra o a favor, en virtud de la actualidad de la República Argentina en cuanto a la punibilidad (o no) del aborto teniendo en cuentas los bienes jurídicos lesionados y amenazados.

Abstract

The present investigation analyzes the figure of abortion in Argentine criminal law, since its implementation to date, what is its basis, what are its elements, its regulatory systems and what are the interests at stake in the legal discussion, such as also the study of the different theories that explain the beginning of life and its conception in different ordinances of Anglo-Saxon and Latin American law. This work provides detailed and objective information aimed at supplying somehow the disinformation prevailing in the Argentine population, trying to cover what is specifically regulated in the law regarding the crime, its constitution, its exceptions, and also considering the problems that can generate thematic and the questions that can be made against or in favor of it, by virtue of the actuality of the Argentine Republic regarding the punish ability (or not) of abortion taking into account the legal assets injured and threatened.

Palabras claves: Aborto, Derecho Penal Argentino, feto, embarazo, derecho a la vida.

ÍNDICE

INTRODUCCION	6
CAPITULO I.....	8
ESTUDIOS PRELIMINARES	8
1. Concepto de aborto:	8
2. Concepción Jurídica:	8
3. El aborto en la historia argentina:	9
4. Valor de la vida humana:	11
5. Eugenesia y vida de la madre:	12
6. Autonomía de la voluntad, algunas consideraciones:	12
7. Conclusión del capítulo:	13
CAPITULO II.....	14
BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	14
8. Bien jurídico tutelado:	14
9. Constitución Nacional Argentina:	14
9.1 Principio de Igualdad, artículo 16:.....	15
9.2 Principio de Reserva, artículo 19:.....	16
9.3 Acción de Amparo, artículo 43:	17
9.4 Artículo 75:	18
9.5 Artículo 75 Inc.19:.....	18
9.6 Artículo 75 Inc.22:.....	19
9.7 Seguridad Social, artículo 75 Inc.23:.....	20
10. Tratados Internacionales:	21
10.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:.....	21
10.2 Declaración Universal de los Derecho Humanos:	21
10.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:	22
10.4 Convención Americana de Derechos Humanos:	22
10.5 Convención de los Derechos del Niño:	23

CAPITULO III.....	25
ORDENAMIENTO JURIDICO DEL ABORTO EN ARGENTINA.....	25
11. Valor fundamental de la Vida Humana:	25
12. Teorías sobre el comienzo de la vida humana:	26
12.1 Teoría de la Fecundación:	26
12.2 Teoría de la Anidación:	27
13. Sistemas de Regulación del Aborto:	28
13.1 Sistema de prohibición absoluta:	29
13.2 Sistema de prohibición relativa:	29
13.2.1 Solución de plazos:	30
13.2.2 Solución de indicaciones:	30
14. Elementos comunes del tipo:	30
14.1 Estado de Embarazo:.....	31
14.2 Vida del feto:	31
14.3 Muerte del feto:	31
15. Consideraciones adicionales:	32
15.1 Sujetos del delito:	32
15.2 Acción Típica:	32
15.3 Medios:.....	32
15.4 Consumación:	33
16. Tipos penales de aborto:.....	33
16.1 Aborto causado por un tercero:	34
16.2 Aborto profesional punible:.....	36
16.3 Aborto profesional no punible:.....	37
16.3.1 Aborto terapéutico:	37
16.3.2 Aborto Eugenésico:.....	38
16.4 Aborto Preterintencional:	40
16.5 Aborto causado por la propia mujer:	40

17. Conclusiones del capítulo:	41
CAPITULO IV.....	42
PUNTOS DE VISTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL	42
18. Estados Unidos:.....	42
19. Canadá:	43
20. Republica de El Salvador:	43
21. República de Chile:	45
22. República Oriental del Uruguay:	47
CAPITULO V	50
POSICIONES ANTAGONICAS.....	50
23. Posiciones a favor de la penalización en Argentina:	50
23.1 Principales Argumentos Provida:	50
24. Posiciones en contra de la Penalización:	53
24.1 Principales argumentos Proaborto:	53
CAPITULO VI.....	56
CONCLUSIÓN FINAL	56
BIBLIOGRAFIA	58

INTRODUCCION

Desde el Art.85 al Art. 88, el Código Penal Argentino estipula la figura del aborto en sus diferentes modalidades. Delito objeto de debate en la República Argentina, con dos posturas diferenciadas, una de las cuales ha reclamado su despenalización, invocando el derecho de la mujer embarazada a decidir sobre su propio cuerpo, también alegando en este sentido, que la amenaza de pena no impide que se practiquen en nuestro país una significativa cantidad de abortos, de hecho, estar previsto como delito, sólo produce incentivar a la clandestinidad siendo perjudicadas las mujeres embarazadas de bajos recursos. Por otro lado, una segunda postura, invoca el respeto irrestricto a la vida de la persona por nacer, el peligro para la madre que se somete a la acción abortiva y a los Tratados Internacionales incorporados por la Constitución Nacional los cuales gozan de misma jerarquía que la misma. Es por estas razones que es dable preguntarse: ¿Qué normas jurídicas protegen la vida a nivel constitucional?,

A su vez, más allá de la discusión sobre la conveniencia de la previsión del aborto como delito, en nuestro código penal está expresamente prevista la conducta como delictiva, por lo que este trabajo propone, con rigor objetivo-jurídico, estudiar en profundidad la figura mencionada, desde el debate sobre la constitucionalidad de su punición, los distintos sistemas de penalización del aborto, sus elementos objetivos y subjetivos, como así también la recepción de la figura en distintos ordenamientos jurídicos del mundo.-

El fin de este trabajo fue recopilar conocimiento sobre la interrupción del embarazo y su recepción jurídica en el derecho comparado y prestando mayor atención al ordenamiento jurídico argentino. Se ha utilizado el método cualitativo, explorando y describiendo el delito de mención. En tanto a la figura en el ámbito penal, este trabajo describe los distintos métodos de penalización del aborto como así también los elementos del tipo con sus agravantes y excepciones.

Es por lo expuesto que este escrito se divide en cinco capítulos, el primero titulado "Estudios preliminares" donde se explica el concepto de aborto, abordando un breve repaso histórico de su penalización en Argentina y sus principios.

El capítulo dos, titulado "Bloque de Constitucionalidad" analiza cada artículo de la Constitución Nacional Argentina y Tratados Internacionales concordantes a la temática.

En el tercer capítulo del presente, titulado "Ordenamiento jurídico del Aborto en Argentina" se analiza en detalle desde el punto de vista del Derecho Penal la figura en la República Argentina.

El capítulo cuatro "Puntos de vista en el derecho internacional" se describe de forma breve la reglamentación del aborto en distintos ordenamientos jurídicos de América.

Encontraremos en el capítulo quinto titulado "Posiciones Antagónicas" las posturas de ambas parcialidades en cuanto a la discusión actual en la República Argentina, lo que derivará en el capítulo sexto "Conclusión Final" en el que se expone un balance de lo descrito en las paginas precedentes.

CAPITULO I

ESTUDIOS PRELIMINARES

1. Concepto de aborto:

El Código Penal Argentino no define el aborto, simplemente en su Art.84 expresa “el que causare un aborto...” por lo que etimológicamente el aborto (del latín abortus: de privar, y ortus: nacimiento) es la interrupción de la gestación provocando la muerte del feto con o sin expulsión del seno materno.

El ordenamiento penal argentino al no contener una definición o concepto del aborto, como así tampoco de la acción típica que se necesita para la configuración del delito, simplemente se limita a determinar una punibilidad para "el que causare un aborto". De allí que el concepto ha quedado en manos de la doctrina y la jurisprudencia haciéndose una diferencia en cuanto al concepto jurídico y al concepto médico.

Jurídicamente la acción “abortar” puede configurarse de dos maneras posibles, inducido en sus diferentes modalidades o espontaneo, el cual no acarrea sanciones jurídicas, por lo que por decantación los abortos inducidos son aquellas prácticas destinadas a la interrupción del embarazo en sus diferentes maneras.

Sin dejar lugar a matices, podemos definir al aborto como “*la interrupción del proceso fisiológico de la preñez con muerte del producto de la concepción en el seno materno o mediante la expulsión*” Núñez Ricardo (1988), o si bien como “*la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causado por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno*” Figari, Rubén (2004).

2. Concepción Jurídica:

La figura básica del delito de aborto, contemplada desde el Art.85 al Art.88 del Código Penal Argentino, siembra controversia en la sociedad sobre la conveniencia de su punición, un sector de la misma reclama su despenalización en todos los casos, más allá de los ya admitidos, invocando los derechos subjetivos del sexo femenino que

gozarían de supremacía logrando interrumpir la concepción y el nacimiento del feto, por otro lado, se encuentra el reconocimiento constitucional del derecho a la vida del niño por nacer, desde su concepción.

En cuanto a la valoración de la postura a favor de la despenalización de la práctica abortiva, debe tenerse en cuenta que el hecho de estar previsto como delito conlleva a que muchas personas deban acudir a la clandestinidad, maximizándose los peligros para aquellas mujeres de bajos recursos quienes se ven obligadas a acudir a sitios de dudosa reputación, poniendo en peligro su salud y vida, en cambio quienes gozan de mejor posición económica cuentan con la posibilidad de asistir a centros médicos privados, quienes brindan mayor seguridad. En definitiva, la amenaza de punición que otorga el código penal al aborto no impide la práctica abortiva, por otra parte, lo único que provoca es un riesgo para la vida de las mujeres embarazadas que acuden a sitios sin seguridad ni regulación en materia de salubridad. -

En otro sentido, quienes defienden la figura típica y antijurídica del aborto, como así también su punibilidad, evocan el cuidado sin restricciones a la vida de la persona por nacer, principalmente bajo la influencia de la doctrina de la iglesia católica en nuestro país y el peligro para la mujer gestante de someterse a la práctica abortiva. -

En resumen, más allá de la discusión entre estas dos posturas, nuestro país regula la figura del aborto y es claro en cuanto a su punición, por lo que a este trabajo compete es necesario analizar la figura en detalle.

3. El aborto en la historia argentina:

En 1886, año en que se sanciona el código penal argentino, entrando en vigencia el 1 de febrero de 1887, ya se incluía el tipo penal de aborto. Entendiéndose, sin embargo, como una figura atenuada frente al homicidio.

Desde la entrada en vigencia de dicho código el aborto se penalizaba en todos sus casos sin ningún tipo de excepción. No fue sino hasta la primera reforma del año 1903 que se implementan cambios en el delito, el cual consistía en la no punibilidad de la tentativa de interrupción del embarazo. Es en el año 1921 cuando se reforma con mayores cambios y se establecen causas justificativas de las prácticas abortivas (riesgo

de vida o salud de la mujer, atentado contra el pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, por una violación seguida de embarazo), estos cambios resultaron en un gran impacto en el delito de aborto, por primera vez se dejaba un sistema estrictamente prohibitivo para comenzar a implementar el sistema relativamente permisivo. -

En el año 1968 se pone en vigencia el Decreto Ley N.º 17.567 en el cual se establece para todo el territorio argentino la no penalización si el peligro para la vida o la salud de la mujer reviste el carácter de grave, o en cualquier caso de abuso sexual con la condición que dicho hecho se encuentre en conocimiento del Poder Judicial (teniendo en cuenta que el delito de abuso sexual corresponde a delitos de instancia privada, es necesario realizar la denuncia y judicializar los hechos), sobre este último punto cabe agregar que si la mujer damnificada fuere menor de edad, idiota o demente debe obrar el consentimiento de su representante legal. En cuanto a estas modificatorias introducidas por la Revolución Libertadora Argentina, en el año 1973 bajo gobierno democrático y a través de la Ley N.º 20.509 las mismas fueron dejadas sin efecto. A pesar de ello, el gobierno de facto sanciona el Decreto Ley N.º 21.338 (1976) e incorpora nuevamente las modificaciones del año 1968.

La Ley N.º 23.077 del año 1984 retrotrae la normativa al Código Penal sancionado en 1921 dando por restablecidas las causales de no punición las cuales se hayan vigentes al día de la fecha.

Jurisprudencialmente, en el año 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncia en el fallo “F.A.L” dejando asentado que la interrupción voluntaria del embarazo en los casos de violación de aquellas mujeres que fueren “normales o insanas” puede practicarse sin autorización judicial previa y sin el peligro de recibir una sanción penal, eximiendo al médico que practique la intervención. Es a partir de este fallo que se deja por establecido que solo es necesario una declaración jurada que deje constancia del delito del que fue víctima la persona que desea interrumpir su embarazo. Cabe mencionar además la importancia de la distinción que efectúa el fallo al permitir el aborto a mujeres que no presenten ningún tipo de discapacidad, ya que previo a la jurisprudencia asentada por “F.A.L” el Código Penal solo permitía el aborto en casos de violación en los que la víctima fuere “idiota o demente”. Por último, el Protocolo ILE (Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo), el cual fue desarrollado por el Ministerio de Salud de la Nación, adhiere a los lineamientos dispuestos en el fallo ut-supra mencionado, agregando

consideraciones en cuanto al concepto de salud incorporando los aspectos físicos, psíquicos y sociales aclarando que el peligro de la salud puede ser potencial

4. Valor de la vida humana:

En la República Argentina el aborto se encuentra consagrado de manera expresa como delito en el Código Penal, por lo que se debe analizar bajo que principios el ordenamiento argentino considera que la realización de prácticas que produzcan la interrupción del embarazo son merecedoras de pena. En cuando a lo dicho, el principio básico que justifica la penalidad de dicha práctica es la protección del derecho a la vida del niño por nacer, si bien existen diferentes teorías que explican el comienzo de la vida, la ley argentina ha reconocido a la vida y por lo tanto el derecho a vivir desde el momento de la concepción. El Código Civil en su Art.19 estipula “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”, Doctrinariamente Donna (2011) expresa que con la concepción la vida surgida de la fecundación queda definitivamente individualizada. Esa primera e importante transformación biológica marca el punto de arranque de su tutela jurídica, porque a partir de ese momento estamos en presencia de un nuevo ser humano único y plenamente identificable. En complemento a ello la Corte Suprema de Justicia sienta jurisprudencia en autos caratulados “Portal de Belén – Asociación Civil sin Finde de Lucro c Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” fallando en contra de la utilización del fármaco Inmediat, esgrimiendo 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*” Basso, Domingo (1989, págs. 83, 84)

Mencionado el principio de protección a la vida en el seno materno desde la concepción con ejemplos en el plano del derecho positivo, de la doctrina y jurisprudencia, es dable mencionar la Reforma Constitucional del año 1994, la cual reconoció a diversos tratados internacionales con misma jerarquía que la Constitución Nacional, uno de ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en el año 1969 en San José, Costa Rica, la que establece en su Art. 4º inc.1 que *el derecho a la vida está protegido a partir del momento de la concepción* (Capítulo II – Derechos Civiles y Políticos, derecho a la vida). Continuando en el plano constitucional, el Art.75

Inc.23 de la carta magna nacional, al establecer un régimen especial e integral de protección del niño en situación de desamparo, lo hace desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental.

Establecido el valor que el ordenamiento jurídico le otorga a la vida humana, es racional preguntarse porqué en el ámbito del derecho penal al afectarse este preciado bien jurídico las penas del homicidio como del aborto no son equivalentes, la respuesta es simple, el legislador tuvo en cuenta otros factores al momento de atribuir una pena.

5. Eugenesia y vida de la madre:

Párrafo aparte merece el análisis de las causales de eximición de la responsabilidad al practicar el aborto. Como ya se dijo el Código Penal Argentino no establece la prohibición absoluta por lo que admite excepciones. Si el derecho positivo es claro con respecto a la protección de la vida en el seno materno desde la concepción, incluso otorgando al feto capacidad de derecho relativa, cuáles son las razones que fundamenten al aborto eugenésico y/o terapéutico? La respuesta es simple, razones éticas. Como se analizará en el Capítulo III del presente trabajo, el aborto practicado a aquella víctima de una violación como así también el practicado por razones eugenésicas, es decir, cuando el feto presente graves malformaciones o exista un riesgo comprobable para la vida o la salud de la madre, sea uno u otro el motivo aceptado por la legislación al momento de practicar el aborto, las razones de dicha aceptación son éticas.

6. Autonomía de la voluntad, algunas consideraciones:

Si bien el planteo consistente en que la mujer es libre de disponer sobre su propio cuerpo es completamente válido, se debe tener en cuenta lo dicho por Badeni (2006), al dejar aclarado que los fines humanistas de la Constitución Nacional presuponen necesariamente la defensa de la vida del hombre, por ser artífice de toda acción social, por lo que el derecho a la vida de un ser inocente se impone sobre otros valores y bienes jurídicos. Es por esto que el derecho al bienestar individual, en sus múltiples manifestaciones, no puede condicionar el derecho a la vida. Además, el mismo autor aclara que evitar una sanción social, preservar el honor o eludir una incomodidad son

valores legítimos, pero carentes de la envergadura suficiente para justificar el cercenamiento de una vida inocente.

7. Conclusión del capítulo:

En conclusión, a lo expuesto en el presente capítulo, podemos afirmar que el aborto contó y cuenta con protección jurídica desde el primer momento de la formación normativa Argentina, fundamentando su razón de ser en la defensa de la vida de la persona por nacer, sin embargo, al establecerse penas no se considera únicamente la lesión al bien jurídico protegido, además, se tienen en cuenta otras circunstancias del hecho (modo de concreción, participación criminal, etc.).

CAPITULO II

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

8. Bien jurídico tutelado:

El criterio utilizado en el Código Penal ha sido objetivo, es decir, clasificar y tipificar la conducta humana teniendo en cuenta el bien jurídico amenazado o lesionado, es esta la formulada aceptada por la mayoría de los autores porque permite clasificar a todas las especies de delitos, ya que, como expone Fontan Balestra (2008) no puede existir delito sin que haya violación de un derecho.

Como se hizo mención el tipo penal de aborto protege la vida del ser humano por nacer, aunque esta protección no sea efectiva, por lo que se debe analizar partiendo de la Supremacía Constitucional cual es el ordenamiento que deja asentada a la vida como un derecho fundamental.

9. Constitución Nacional Argentina:

Es un texto de carácter jurídico político fruto del poder constituyente que fundamenta todo el ordenamiento, además ostenta el carácter de norma suprema, de manera que prevalece sobre cualquier otra que fuese posterior y contraria a todo lo reglamentado en ella, es decir, es la norma que da lógica a todo el sistema y el derecho común surgirá de ella por mecanismos de derivación y aplicación. -

En nuestro país la Constitución Nacional fue aprobada en el año 1853 por una asamblea constituyente, la misma experimentó reformas en los años 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y por último en el año 1994.-

A partir de la reforma constitucional del año 1994 se elabora la doctrina del “Bloque de Constitucionalidad Federal”, ya que se integró a través del artículo 75 inc.22 diferentes tratados de derechos humanos, por lo que los derechos consagrados en ellos además de pertenecen al derecho interno no es necesario su posterior reconocimiento por parte del Estado.

A continuación, se abordará la recepción del derecho a la “vida” en la Constitución Nacional.

9.1 Principio de Igualdad, artículo 16:

El Art.16 de la Constitución Nacional que consagra la igualdad ante la ley de todos los habitantes de la Nación Argentina, estipula taxativamente que *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley,* (Artículo 16 CNA. 2012). Para valorar el presente artículo desde el marco del aborto se debe prestar especial atención a la frase “todos sus habitantes son iguales ante la ley”, por lo que teniendo en cuenta el Art.19 del Código Civil y lo expuesto por Aquino (2018) donde el mismo expresa:

La biología nos dice que luego de la unión del espermatozoide con el óvulo se origina una nueva vida. Esa vida es humana, ya que sus padres son también seres humanos, y porque lo que se origina tras un período de desarrollo es un hombre. También porque sus cromosomas, que son diferentes en su información genética a los de sus padres, son también humanos, y son de un embrión (con sus telómeros más largos). Además, es el primer momento en que en un individuo humano se encuentra presente la dotación de cromosomas y la misma información genética que va a caracterizar a cada célula de ese mismo individuo a medida que crece. Por lo tanto, ese ser pertenece a la especie humana y es diferente de sus padres. [Citado en: Laferriere J. N. (2018).

En complemento, si bien no reviste el carácter de constitucional, es importante mencionar que la Ley 24.413 en sus arts. 1 y 40 dispone que se deben asentar en actas correspondientes las “defunciones fetales”, por lo tanto, no hay defunción de algo que no existió. Es por lo valorado que no caben dudas de la existencia de la persona desde el momento de la concepción y por ello se infiere que el Art.16 de la Constitución Nacional brinda a la persona por nacer de todos los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico sin ningún nivel de distinción.

Sin embargo, el constituyente al momento de redactar el articulado optó por la utilización de la palabra habitante, hecho que desorienta al operador jurídico, más

teniendo en cuenta a la Real Academia Española que define a los habitantes como cada una de las personas que constituyen la población de un barrio, ciudad, provincia o nación. En cuanto a lo último es de común acuerdo asegurar que los habitantes se constituyen por personas, no así por personas por nacer, ya que el feto no cuenta con los atributos básicos para ser parte de la población (nombre, domicilio, capacidad, patrimonio y estado civil).

9.2 Principio de Reserva, 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” (Art.19 Constitución Nacional)

Como bien expone Carlos Julio Lascano (2005) el principio de lesión jurídica o lesividad consagrado en el art.19 primer párrafo de la Constitución Nacional, configura la base de un derecho penal liberal cuya regla es el impedimento de prohibir y castigar una acción humana si la misma no perjudica o de cualquier modo ofende los derechos individuales o sociales de un tercero, como así también la moral u orden público.

Es de particular interés analizar este principio fundamental del derecho penal, ya que el mismo es la base fáctica de la que parte la penalización del aborto, deduciendo que, de aprobarse la modificatoria que permita la interrupción del embarazo, la misma sería inconstitucional por poner en riesgo los derechos otorgados a la persona por nacer infringiendo lo dispuesto en el art.19 de la Constitución Nacional.

Como se dejó aclarado con anterioridad, el hombre es artífice de toda acción social, por lo que el derecho a la vida se impone sobre otros bienes y valores jurídicos (el derecho a decir sobre el propio cuerpo, por ejemplo), a su vez, el artículo es claro al disponer que cualquier acción es válida siempre y cuando no afecte el derecho de un tercero, el tercero en el caso del aborto, es el feto.

9.3 Acción de Amparo, artículo 43:

El artículo 43 de la Constitución Nacional, que regula la acción de amparo establece que:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. (Art.43 Constitución Nacional Argentina)

El presente artículo brinda el primer remedio judicial al momento de interponer acciones protegiendo la vida, el constituyente fue claro al momento de redactarlo, otorgando a cualquier persona la herramienta judicial a los fines de proteger todos los derechos que la Constitución Nacional, Tratados o Leyes reconocen, siendo que incluso dichos derechos solamente se vieran amenazados.

Además, se debe hacer mención a la facultad otorgada al juez en dichos casos, donde la propia constitución concede al magistrado la potestad de declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto que restrinja, altere o amenace dichos derechos.

Es de suma importancia lo expuesto en el párrafo precedente, ya que de aprobarse el proyecto de ley que permita la interrupción voluntaria del embarazo, esta sería la primera herramienta de carácter constitucional de quienes se oponen a la reforma penal, siempre y cuando no se reforme la Constitución Nacional.

Como segundo caso de análisis y retomando la medida de amparo obrante en el Art.43 de la Constitución Nacional, es cierto que el mismo no especifica que derechos proteger, pero siguiendo los lineamientos generales del derecho positivo y teniendo en cuenta la ineficacia de la pena como medio de protección de derechos, el recurso de amparo es una medida valida tanto para la mujer que quiere decidir sobre su propio cuerpo como para aquellos que defienden la vida del feto, y no se debe olvidar que el primer derecho a proteger siempre es la vida humana.

9.4 Artículo 75:

En el artículo 75 de la Constitución Nacional se agrupan las competencias que la constitución otorga al congreso, como expone Bidart Campos German (2004), el art. 75 pertenece a la parte orgánica de la constitución, pero es la expresión de un fenómeno normativo propio de la reforma de 1994, consistente en incorporar a la parte orgánica una serie de valores, principios y derechos, es por esto que en la temática abordada nos interesa el análisis del Art.75 inc.19, donde en sus cuatro párrafos expone los lineamientos del orden socioeconómico, para el crecimiento y el desarrollo desigualitario, para la educación y la cultura. El art.75 inc.22 que hace mención a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y por último el Art.75 inc.23 que deja asentada la igualdad real y los derechos. A continuación, se expone sobre cada inciso mencionado.

9.5 Artículo 75 Inc.19:

El presente inciso del art.75 encomienda al congreso la tarea de *proveer lo conducente al desarrollo humano* (Art.75 inc. 19 CNA). De acuerdo a lo estipulado al Congreso una de las atribuciones del mismo es proveer el desarrollo humano, indicado como uno de los objetivos de la legislación nacional, en complemento a ello María Angelica Gelli (2004) expresa que “*al lado de estas obligaciones legislativas, se indican otros deberes del congreso que, en mi opinión, se enuncian como medidas instrumentales de desarrollo humano. En esa dirección se prescribe la formación profesional de los trabajadores, la investigación y desarrollo científico y tecnológico, el poblamiento del territorio nacional, y los referidos a la educación y cultura*” Gelli M. A. (2004).

Del análisis del presente inciso se desprende la importancia del desarrollo humano, como así también del poblamiento (proceso de asentamiento humano en un lugar determinado) del territorio nacional y todos aquellos derechos referidos a la educación y la cultura, es por esto que el inciso 19 del Art. 75 de nuestra Constitución Nacional aborda de manera tácita el tema aborto, ya que la vida es el principio básico en el que se asienta el desarrollo, ya que, sin defender la vida desde sus primeros momentos

no habría lógica en proyectarse en temas relacionados a la educación, cultura, población, etc.

9.6 Artículo 75 Inc.22:

Como explica Quiroga Lavié (1995), los Tratados Internacionales conforman el denominado bloque de constitucionalidad, es decir, tienen jerarquía constitucional, por lo tanto, ellos no forman parte de la Constitución, sino que la complementan. Un tratado de éstos no puede ser modificado por otro que no sea sobre derechos humanos, tampoco por una ley, de ahí surge su supremacía sobre el resto del orden jurídico de la Argentina.

La Convención Constituyente del año 1994, conformada a los fines de reformar la Constitución, en lugar de hacer referencia a todos los tratados de derechos humanos prefirió la enumeración precisa de nueve tratados: uno sobre derechos económicos, sociales y culturales, uno sobre derechos civiles y políticos, dos sobre eliminación de la discriminación, uno sobre la prevención del genocidio, uno sobre la prevención de la tortura, uno sobre los derechos del niño y tres de carácter general.

En cuando a la supremacía otorgada por la Ley Suprema, la misma establece que estos Tratados Internacionales *no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.* (Art.75 inc. 22 Constitución Nacional Argentina).

Analizando lo descripto textualmente en el párrafo que antecede, es importante recalcar el derecho a la vida concedido por la Constitución Nacional, también se consagra en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por último la Convención de los Derechos del Niño, los cuales serán analizados posteriormente, por lo tanto como ya se verá, de aprobarse la modificación del Código Penal, dicha Ley no sería acorde a la normativa supralegal.

9.7 Seguridad Social, artículo 75 Inc.23:

El presente inciso, que en su parte dispositiva obliga a:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. (Art.75 Inc.23 de la CNA)

Es categórico en cuanto a impulsar medidas de acción que garanticen el ejercicio de todos los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, asimismo compromete al dictado de un régimen de seguridad social en protección del niño, y en este punto la Constitución es clara, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental. Es por ello que la vida del niño por nacer vuelve a tener otra protección Constitucional.

Tal es así que en una “declaración en defensa de la vida” la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, a través de su presidente Jorge Vanossi, su vicepresidente, Roberto Luqui y el secretario Emilio Gnecco, advierten a la Cámara de Diputados, que:

Ante proyectos de aborto no punible, también destaca su inconstitucionalidad, porque la Constitución garantiza el derecho a la vida desde el embarazo (artículo 75, inc. 23), al promover medidas de acción positiva a favor del niño y de la madre, por parte del Congreso de la Nación, evitando en todo caso su “desamparo”. En ello cabe un régimen asistencial público que proteja ambas vidas y, a la vez, dé a la madre la posibilidad de entregarlo en adopción, cumpliendo un régimen legal regulatorio a esos efectos.

10. Tratados Internacionales:

Desde la Reforma del año 1994 se produjeron grandes cambios en la carta magna de nuestro país, uno de los más radicales fue la integración de diferentes tratados internacionales en miras de proteger los derechos humanos, como ya se dijo, estos tratados gozan de igual jerarquía que la constitución conformando el denominado bloque de constitucionalidad. Dicho esto, se debe tener en cuenta desde la mirada de la supremacía constitucional que cada norma inferior del derecho positivo debe ser concordante a lo dispuesto a la regulación suprema. (CN, art.31)

10.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

La declaración americana de los derechos y deberes del hombre fue aprobada en la ciudad de Bogotá Colombia, en el año 1948 por la IX Conferencia Internacional Americana, es el primer acuerdo internacional con base a derechos humanos, en su capítulo primero, donde enumera los derechos reconocidos, dispone en su artículo 1 que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

En cuanto a su recepción en la Constitución Nacional Argentina, la misma ha sido enumerada en el Art.75 inc.22 segundo párrafo.

10.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Incentivada por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, la declaración universal de los derechos humanos fue adoptada el día 10 de diciembre de 1948 por la tercer Asamblea de las Naciones Unidas en la ciudad de Paris, de los cincuenta y seis miembros de dicha asamblea, ninguno voto en contra del escrito.

Previo a consagrar el derecho a la vida, la presente declaración se compone de un Preámbulo, en el que se deja constancia de la importancia de proteger los derechos fundamentales de la humanidad a través de un régimen de derecho, por lo que la Asamblea General proclama que, en defensa de los derechos y libertades concedidos, se deben implementar medidas progresivas de carácter nacional e internacional.

Habiendo sido mencionada la necesidad de aplicar un régimen de derecho en favor de la protección de estos, y abordando la temática del aborto, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Art.3 de la declaración que se examina, donde consta que *“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*

10.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Mediante la Resolución 2200 A, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado en fecha 19 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estado Unidos. -

El presente pacto toma relevancia en nuestro país desde la sanción en fecha 17 de abril de 1986 de la Ley N.º 23.313, cuya promulgación fue en fecha 06 de mayo de 1986, en donde la República Argentina ratifica lo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Sin desviarnos de la temática abordada, el Art. 6 del Pacto hace alusión de manera expresa en su primer inciso que *“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”* (Art.6 Inc.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Además en el mismo artículo pero bajo el inciso 5, el pacto hace referencia de manera implícita a la vida uterina, ya que establece *“no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicara a las mujeres en estado de gravidez”* (Art.6 Inc. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al prohibir la pena de muerte a mujeres en estado de embarazo se está protegiendo de manera indirecta la vida del feto, reconociéndolo como un ser autónomo sin responsabilidad por los hechos cometidos por su progenitora.

10.4 Convención Americana de Derechos Humanos:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica, se suscribió el día 22 de noviembre del año 1969 tras

realizarse la Conferencia Especializada interamericana de Derechos Humanos, la misma entró en vigencia el 18 de Julio del año 1978.

Es de suma importancia lo estipulado en la convención que se analiza considerando que es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.”

Atento a los derechos y libertades que la Convención otorga, en su Art.4 se establece *“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.”* (Art.4 Convención Americana de Derechos Humanos)

El artículo es claro en relación al derecho de respetar la vida de cada persona, sin embargo, se debe hacer énfasis en la expresión “en general” la cual permite que los estados como la Argentina que ya habían despenalizado algunas causales de aborto en forma legal, pudieran ratificar la Convención, asimismo el término otorga la posibilidad de legislar sobre un amplio abanico de excepciones sin violar la Convención. Tal es el caso de Bolivia que, en su Código Penal, precisamente en el Art. 266, describe causales de aborto impune, o en Uruguay que a través del Art. 328 del Código Penal detalla los motivos que conllevan a la eximición de responsabilidad, siendo que en ambos países la Convención Americana es obligatoria.

Es este Tratado Internacional quien expresamente reconoce la vida desde la concepción, en el plano nacional adhieren a esta protección de la vida desde ese estadio de evolución el Código Civil y Comercial y además la Ley. 23.849 en su Art.2 tercer párrafo.

10.5 Convención de los Derechos del Niño:

En la ciudad de Nueva York, en el año 1989, la ONU adopta la Convención de los Derechos del Niño. En ella se establece con carácter de ley internacional que los

Estados Partes deberán orientar sus políticas y ordenamientos jurídicos a los fines de asegurar que todos los niños y niñas se beneficien de medidas especiales de asistencia y protección, como así también, según lo expone la organización Unicef en su página oficial, se debe asegurar que todos los niños y niñas *“tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa.”*

Abordando el tema que nos interesa, si bien la Convención de los Derechos del Niño, en su Art.1 estipula que 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”* (Art.1 Convención Americana de los Derechos del Niño)

En cuanto a la falta de precisiones al definir el comienzo de la existencia de la persona, se debe tener en cuenta que a través de la Ley N.º 23.849, la cual fuere sancionada en fecha 27 septiembre de 1990 y promulgada en fecha 16 de Octubre de 1990, se aprueba en el territorio Argentino la Convención sobre los derechos del niño, dejando en claro en su Art.2 tercer párrafo que *“Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.”* (Art.2 tercer párrafo, Ley 23.849.

Concluyendo el análisis constitucional e internacional se destaca la protección que se le da a la vida incluso anteriormente al proceso de nacimiento, es por esto que partiendo de lo estipulado en el Bloque de Constitucionalidad es elocuente la afirmación de que la vida se encuentra protegida por la ley suprema al día de hoy.

CAPITULO III

ORDENAMIENTO JURIDICO DEL ABORTO EN ARGENTINA

11. Valor fundamental de la Vida Humana:

Como se analizó en el capítulo anterior la vida de la persona por nacer goza de protección supralegal, tal es así que:

En los casos en que la mujer, autora del delito de aborto, concurre a un centro asistencial público para recibir asistencia, se encuentran confrontados dos valores cuya ponderación por el ordenamiento jurídico es incuestionable. Ellos son el derecho a la vida del nasciturus, por un lado, y el derecho a la salud de la madre, por el otro. Y ante estas especificaciones no cabe duda, el derecho a la vida cuenta con la más decidida protección tanto en las disposiciones de la Constitución Nacional como en los numerosos antecedentes emanados del más alto tribunal, entendiéndoselo como un derecho preexistente a cualquier otro y sin el cual no tendría razón de ser el cuidado de los demás valores jurídicos.

En los casos de denuncia formulada por el profesional médico que en el hospital público asiste a la autora del aborto, el enfoque de la cuestión debe realizarse entre la valoración del “derecho a la vida del feto” por un lado, y el “derecho a la salud de la madre”, por el otro, y entre la “necesidad de la represión penal de los delitos” y “el aprovechamiento de medios ilegítimos para la persecución de dichas conductas”, debiendo concluirse que la protección brindada por todo el ordenamiento constitucional, tanto el reconocimiento por parte de los tratados internacionales como así también por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, llevan a concluir que el derecho a la vida encuentra reconocimiento por sobre cualquier otro¹.

En concordancia al fallo precedente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció al respecto señalando que *“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido.* (Caso Calderón García” párr. 82 CIDH, de fecha 06 de abril de 2006)

¹ CSJ de Santa Fe, 12/08/98, “I., M” Ays 148-357/428, WebRubinzalpenal23.1.1.1. r19, LL 1998-E335, LL 1998-F-547, LL Litoral 1998-2-428

Advertido la importancia de la vida en nuestro ordenamiento, y siendo el bien jurídico protegido por la norma penal, es necesario abordar desde que momento comienza a recibir protección por la figura del aborto, para ello se expondrá sobre dos criterios los cuales son los seguidos por la doctrina, el que señala el comienzo de la vida humana y su correspondiente protección desde el momento de la concepción, y el que lo señala desde el momento de la anidación o implantación otorgando tutela jurídica desde ese punto.-

12. Teorías sobre el comienzo de la vida humana:

A lo largo de la historia se ha intentado determinar con precisión el momento exacto del comienzo de la vida, a raíz de ello se han planteado diversas respuestas a esta pregunta, es por esto que se analizará en forma breve las dos teorías relevantes.

12.1 Teoría de la Fecundación:

Al momento de fecundarse el óvulo con el gameto masculino comienza la vida de acuerdo a la teoría de la fecundación, como explica González Morán Luis (2006), la vida comienza desde el momento de la fecundación, es decir, cuando del espermatozoide y el óvulo surge una nueva y distinta realidad con potencialidad propia y autonomía genética, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su evolución se realizará de acuerdo con su propia programación genética. Tal es así que la doctrina expone:

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 fecundación. (confr. Basso, Domingo M. "Nacer y Morir con Dignidad" Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84 y sus citas)

Ampliando lo dicho, la Corte Suprema de Justicia en el fallo de autos caratulados “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro- c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ Amparo” plantea la interrogativa de determinar si el fármaco “Inmediat” denominado “anticoncepción de emergencia” produce efectos abortivos al impedir el anidamiento del embrión en su lugar de implantación, por lo que es de suma importancia determinar si la concepción se produce con la fecundación o además es necesaria la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Ante la interrogante planteada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación citando a biólogos, genetistas y biólogos celulares es elocuente al concluir que la vida comienza desde el momento de la fecundación, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “Inmediat”.

12.2 Teoría de la Anidación:

Esta teoría propone que el inicio de la vida humana surge desde el momento en que el óvulo ya fecundado anida en el útero. Este instante concuerda con la concepción, por lo tanto, quienes sostienen esta teoría afirman que la protección jurídica del aborto abarca al embrión y al feto, no así al embrión pre implantado o preembrión.

Como se expuso precedentemente, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina adhiere a la fecundación como momento de la concepción, a contrario sensu la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta que:

“...de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas.

Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.” (Fallo “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica” Sentencia. 28/11/2012)

En el plano nacional, es el propio Código Civil y Comercial de la Nación quien hace referencia a la “implantación” del concebido como punto de partida de los derechos y obligaciones que adquirirá al momento de su nacimiento².

Dicho esto, sin detrimento del debate instalado en torno a la cuestión, el tema que nos concierne pertenece a la órbita del derecho penal, dentro de la rama se adoptó mayoritariamente que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación, momento en que una nueva realidad con su propia información genética se establece, sin embargo, es desde el momento de la anidación en el seno materno cuando la protección jurídica comienza, ya que es el instante en que la mujer presenta un estado de embarazo. Este estado marca el inicio de la protección penal, solo interrumpiendo un estado de embarazo se configura el delito de aborto, siempre y cuando las maniobras abortivas se produzcan antes del nacimiento, de lo contrario nos encontraríamos ante la figura de homicidio.

13. Sistemas de Regulación del Aborto:

En los ordenamientos jurídicos del mundo se implementan diferentes sistemas que permiten establecer en cuales casos se puede instaurar el aborto como delito, es necesario analizar dichos sistemas ya que permiten darnos una visión de que dirección toma un ordenamiento dependiendo del sistema adoptado. En los sistemas de prohibición absoluta prima la vida del feto por sobre la libertad de la madre, en cuanto a los sistemas de prohibición relativa el derecho considera que ninguno de los derechos tiene preeminencia sobre otro, es por esto que regula ciertas excepciones.

² Art.21, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

13.1 Sistema de prohibición absoluta:

Este sistema no predomina en las políticas criminales actuales, está orientado a penar toda conducta que provoque o este dirigida a causar un aborto. Como explica Arroyo Zapatero (2016), el núcleo esencial de la tesis antiabortista se concreta en la idea que nacidos y no nacidos son valores iguales, por lo tanto, el derecho los ha de tratar de igual forma. Esta corriente propone que la muerte voluntaria de un no nacido ha de ser considerada como delito, de igual forma que la muerte de un hombre. Sin embargo, esta conducta estaría permitida en casos de legítima defensa o estado de necesidad justificante³.

Son ejemplos de esta regulación los códigos europeos del siglo 19, el Código Penal Italiano de 1930 y el Código Español Franquista de 1944.-

Como se abordará posteriormente, si bien la prohibición del aborto podría ser realmente absoluta como ocurrió en tiempos del cristianismo en donde en la Roma antigua el aborto era asimilado al homicidio, la especialización en punición y el avance de la humanidad han avanzado hacia posturas no tan estrictas como en tiempos antiguos, es por esto que el aborto al día de hoy no se pena con la misma carga que el homicidio, ya que se tiene en cuenta no solo el bien jurídico protegido sino también la acción del autor, como se analizó en el ejemplo del homicidio agravado por el medio idóneo para generar peligro (Art. 80 Inc. 5) y el estrago agravado por muerte (Art. 186 Inc.5).

13.2 Sistema de prohibición relativa:

Opuestamente al sistema de regulación absoluta nos encontramos ante el sistema de prohibición relativa, para este modelo el aborto en principio debe ser considerado un delito, aunque adhiere a ciertas causas que justifican la práctica. Es el predominante en la gran mayoría de los Códigos Penales de América Latina, este sistema permite dos variantes que a continuación se analizarán.

³ Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/2prohibicion-del-aborto-y-constitucion.pdf>

13.2.1 Solución de plazos:

Este sistema propone la impunidad del aborto siempre y cuando sea practicado por un médico y dentro del plazo establecido legalmente, por regla general dicho plazo comprende los primeros tres meses de gestación, su fundamentación se basa en la progresividad del peligro a medida que avanza el tiempo, yendo de menor a mayor en detrimento de la madre.

13.2.2 Solución de indicaciones:

En opinión de la mayoría de las legislaciones del mundo este es el sistema correcto o con mayor integración jurídica, ya que, aunque en un principio el aborto se encuentra prohibido como regla general, se implementan ciertas excepciones o indicaciones orientadas a resolver los perjuicios que podría sufrir la madre ante situaciones puntuales, en general las indicaciones pueden ser médicas (encaminadas a evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre), eugenésicas (se implementan ante la presunción de que el feto presenta graves alteraciones físicas o mentales), éticas (cuando el estado de embarazo se produjo en virtud de un delito de naturaleza sexual) y por último las indicaciones socioeconómicas (el nacimiento producirá graves perjuicios económicos en la madre o grupo familiar), si bien esta última indicación puede resultar inaudita, ha sido receptada por algunos países de Europa Oriental como así también en el país vecino del Uruguay.

14. Elementos comunes del tipo:

En nuestro sistema penal se acogió el sistema de prohibición relativa, haciendo uso de las indicaciones, dicho esto cabe analizar la tipificación del delito del aborto en la República Argentina. Como bien explica Zaffaroni (2006), una conducta pasa a ser considerada como delito cuando una ley la criminaliza, para eso las leyes se valen de fórmulas legales que señalan pragmas conflictivos que amenazan con penas, estas fórmulas se las denomina tipos penales y se encuentran en la parte especial del código

penal y en leyes penales especiales. Al momento de analizar estos tipos penales se deben evaluar diferentes elementos que terminarán configurando la conducta penada, en el delito de aborto existen elementos comunes que se deben presentar en forma simultánea a los fines de configurar la conducta ilícita.

14.1 Estado de Embarazo:

El estado de preñez de la mujer es el primer elemento constitutivo de los tipos penales de aborto, debe existir una mujer embarazada, lo que indica la presencia de un feto. Como se expuso existe preñez desde el momento de la anidación, no es de importancia que al estado de embarazo se arribe a través de métodos naturales o artificiales, de igual modo cabe destacar que el uso de anticonceptivos o medios alternativos tendientes a evitar el embarazo como así también los casos de fecundación in vitro que aún se encuentran en etapa de laboratorio quedan al margen del Código Penal.

14.2 Vida del feto:

Como el delito de aborto protege la vida de la persona humana por nacer, es fundamental que al momento de realizar la acción abortiva el feto se encuentre con vida. Si el feto no presenta vida al momento de realizar la acción el hecho deviene atípico por la ausencia del objeto material del delito.

14.3 Muerte del feto:

Habiendo sido acreditado el estado de preñez como así también el feto con vida al momento de realizarse la acción, se debe abordar el tercer elemento constitutivo del tipo, la muerte del feto. Es esta pérdida de la vida del nasciturus la que termina por perfeccionar el injusto penal, no es relevante la expulsión del seno materno.

15. Consideraciones adicionales:

Si bien los elementos anteriormente descriptos configuran la base del delito penal de aborto además existen ciertos aspectos que se deben tener en cuenta al momento de perfeccionar la materialidad del hecho, ellos son:

15.1 Sujetos del delito:

En cuanto al sujeto activo del delito, en principio puede ser cualquier persona, excepto en aquellos casos que la ley requiere ciertas cualidades como se verá más adelante. El sujeto pasivo sólo puede ser el feto, ya que si el bien jurídico protegido es la vida solo puede ser sujeto pasivo quien haya sido vulnerado de dicho derecho.

15.2 Acción Típica:

Al delito puede arribarse a través de una acción u omisión (impropia), sin perjuicio de la diferencia de pena que le podría caber al actor según el aspecto subjetivo del acto, siempre y cuando este direccionada a la destrucción del producto de la concepción. Quedan excluidas de la tipicidad la muerte del feto por expulsión espontánea, la destrucción de embriones aun no implantados, los partos anticipados o la interrupción de un embarazo para implantar el embrión en otra gestante, ya que no se produce la destrucción del objeto material del delito.

15.3 Medios:

Cualquier método al momento de realizar el aborto es admisible, siempre y cuando causen la muerte del feto. Estos pueden ser físicos, hormonales, químicos, etc.

15.4 Consumación:

El aborto es un delito de resultado y de lesión, como se dijo puede cometerse por acción u omisión impropia, se consuma en el preciso momento que se produce la muerte del feto, sin embargo, teniendo en cuenta que se trata de un tipo penal de resultado la tentativa es admisible, como así también las diferentes participaciones criminales que la parte general del Código Penal establece.

Es fundamental analizar bajo qué condiciones el aborto se configura en grado de tentativa, a tal efecto se debe acreditar la iniciación de maniobras abortivas de una mujer embarazada, es por esto que la prueba pericial es la de mayor consideración, ya que con ella se comprueba no solo la existencia del feto con vida en el útero materno, además se confirma la realización de las maniobras tendientes a interrumpir ese embarazo.

16. Tipos penales de aborto:

Los tipos delictivos concernientes al aborto se hallan en la parte especial del código penal, precisamente desde el Art. 85 al Art. 88.

El Art.85 del Código Penal prevé cuatro formas de abortos punibles, en el primer inciso establece penas de 3 a 10 años a quien causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, elevando a 15 años la pena si por el hecho resultare la muerte de la mujer. Asimismo, el inciso 2 del mismo artículo estipula penas de 1 a 4 años si obrare con consentimiento de la mujer, elevando a 6 años el máximo si de la práctica la mujer falleciere

Como se dijo con anterioridad, si bien el sujeto activo del aborto en principio puede ser cualquier persona, la ley requiere de ciertas cualidades a los fines de agravar la pena, por lo que en el art.86 encontramos que a las penas establecidas en la figura básica se le suma la inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. Además, en el segundo párrafo de dicho artículo se establecen las causas de aborto no punible.

El artículo 87 del código penal asienta las penas correspondientes al aborto preterintencional, siendo las mismas de seis meses a dos años de prisión.

Por último, el artículo 88 sienta las penas en el caso que la mujer causare su propio aborto como así también prestare consentimiento a que un tercero se lo causare, siendo no admisible la tentativa de la mujer.

16.1 Aborto causado por un tercero:

Las acciones realizadas por terceros a los fines de causar la interrupción del embarazo son criminalizadas desde un primer momento en el Art.85 del Código Penal, como se manifestó precedentemente el tipo penal requiere de elementos a los fines de su constitución.

El derecho penal argentino hace mención a este primer elemento, la existencia del feto con vida, al fallar:

“no existiendo el delito de aborto prueba que permita dar certeza de que en el momento de realizarse el mismo, el feto estuviera con vida, debe calificarse el hecho como lesiones culposas gravísimas. La acción típica requiere la existencia de un feto vivo, pues el bien jurídico protegido es la vida de la persona por nacer” *CNCCorr*, sala I, 20/4/93, “P. de S., C.C”, c. 42.289, BCNCCorr, N.º 02/1993

Al ser la existencia de un feto con vida el primer elemento de la figura típica, por consecuencia se debe probar el embarazo de la mujer, a tal efecto en el fallo “Dacurso Paula” se deja asentado que, si no se cuenta con el resultado histopatológico, no es posible determinar la existencia de un embarazo, razón por la cual debe revocarse el procesamiento y decretar la falta de mérito respecto al imputado, sin embargo el Dr. Bruzzone en disidencia del fallo expone:

Para que se pueda sostener la existencia del delito de aborto deben estar presentes determinados requisitos típicos, entre ellos, la existencia de una mujer embarazada, la de un feto con vida y que la muerte de dicho feto sea consecuencia de las maniobras abortivas practicadas. “El delito de aborto debe tener como requisito material, la existencia del feto con vida, ya que el bien jurídico protegido es la vida de la persona por nacer. Decía Nuñez, que no basta que haya existido un feto con vida, sino que es necesario que la conserve al momento del hecho, aunque por sus condiciones o la de su

madre no sea viable”. CNCCorr, sala I, 9/6/2006, “Dacurso Paula”, C.28.407, Boletín de Jurisprudencia de la CNCCorr, primer semestre de 2006.

En cuanto al tercer elemento básico encontramos la muerte del feto como producto de las maniobras abortivas realizadas, en consecuencia, la jurisprudencia abordó el tema declarando que la muerte del feto, como consecuencia directa de las maniobras abortivas, se erige como un elemento fáctico de esencial determinación por parte de la sentencia condenatoria por el delito de aborto⁴.

El aborto con consentimiento previsto en el Inc.2 del Art.85 del Código Penal representa la figura básica, ya que se afecta un solo bien jurídico: la vida del feto. En cuanto a lo estipulado por el Inc.1 se prevé el aborto agravado por la falta de consentimiento de la mujer embarazada, este agravante se deduce de la afectación de dos bienes jurídicos protegidos: la vida del feto y la autodeterminación de la madre.

Advertida la expresión *sin consentimiento* utilizada por el legislador, cabe preguntarse si la misma incluye un nuevo elemento al tipo penal, por lo que se debe tener en cuenta que no todo lo que está escrito en el texto de un artículo del Código Penal forma parte del tipo objetivo, es por esto que debe considerarse como parte de la tipicidad objetiva lo que constituye o agrega algo a la materia de prohibición. Tal es así que la frase del Inc.1 *con consentimiento* no constituye un elemento del tipo porque está prohibido penalmente provocar un aborto, sea con consentimiento o no. Que la mujer preste su consentimiento no agrega nada a lo ya prohibido por la norma.

En el caso del aborto sin consentimiento la expresión si forma parte del tipo objetivo, la falta de consentimiento de la mujer suma a la materia de prohibición, esto debido a que está prohibido ocasionar un aborto a cualquier mujer, pero más grave se considera la conducta si la misma no presta su consentimiento, porque además se estaría quebrantando su autodeterminación.

A todo lo analizado del Art. 85 debe agregarse la muerte de la mujer, dicha agravante será de aplicación cuando el que haya cometido el delito con todos sus elementos constitutivos y como consecuencia de ello la mujer fallece.

⁴ STJ de Entre Ríos, 4/03/1995, v. 121 El Dial-AT1432

Es menester aclarar que, si faltasen alguno de los elementos básicos del tipo, la acción abortiva que cause la muerte de la mujer debe ser encuadrada bajo la calificación legal del homicidio culposo, ya que el accionar del autor sería por imprudencia o impericia debido a que las acciones tendientes a interrumpir el embarazo presentan por sí mismas un riesgo para la mujer, por lo que la muerte consecuente de dicho actuar imprudente o negligente debe ser atribuida al autor a título de culpa. La jurisprudencia al pronunciarse al respecto dijo

El delito de aborto seguido de muerte de la madre – artículo 85, incisos 1º y 2º del CP requiere que este último resultado sea imputable a su autor a título de culpa, pues en caso contrario se estaría haciendo aplicación de criterios de responsabilidad objetiva reñidos con nuestra constitución nacional. Y si esto es así, no cabe duda alguna de que, en la primera acusación formulada contra el imputado por el delito de aborto seguido de muerte, estuvo incluida la imputación a título de culpa de la muerte de la paciente, y habiendo sido absuelto el acusado por tal hecho, no podría volver a sometérselo a persecución penal por aquel resultado letal. SCJBA, 15/03/2006, “B, M s/ Homicidio culposo”, P 85046 S (JUBA)

16.2 Aborto profesional punible:

El Art. 86 en su primer párrafo establece: *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.* (Art. 86 primer párrafo del Código Penal).

Se vislumbra en este primer párrafo una disposición especial en relación a los sujetos que intervienen en el delito de aborto, es una excepción al régimen establecido en los Arts. 45 al 48 del Código Penal, ya que no distingue entre los diferentes grados de participación criminal (autor, coautor, partícipes o cómplices) consagrando la misma pena sea cual fuere el aporte que hayan realizado a la conducta criminalizada. La ley penal decide someter a todos a la misma pena, sin importar sus acciones. A todo esto, se debe agregar que es exigible al autor una cualidad específica, el profesional que realice la intervención debe hacerlo con malicia, debe actuar abusando de su ciencia o su arte

haciendo un mal uso de la profesión, aplicando los conocimientos técnicos adquiridos con el fin de cometer el delito.

16.3 Aborto profesional no punible:

En el art. 86 segundo párrafo del Código Penal se establece: *“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º 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. 2º 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”*. (Código Penal, Art. 86 segundo párrafo, Incisos 1º y 2º)

El artículo 86 segundo párrafo del Código Penal hace referencia al aborto terapéutico y al aborto eugenésico, en ambos es necesario que el sujeto activo sea un médico habilitado por la matrícula correspondiente, el precepto no incluye a quienes se encuentren vinculados a la medicina, pero no posean título de médico, como ser parteras, enfermeras, farmacéuticos, etc. Además, la mujer debe prestar su consentimiento.

16.3.1 Aborto terapéutico:

Como explica Marin Jorge (2008), el aborto terapéutico requiere para su aplicación que las prácticas abortivas estén dirigidas a evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, siempre y cuando no pueda ser evitado por otros medios.

En cuanto a la naturaleza jurídica del aborto terapéutico, un sector de la doctrina no considera que se trate de un caso especial de estado de necesidad, ya que exige más requisitos que los necesarios para el art.34 inc.3 del Código Penal, pues impone ciertas cualidades al sujeto activo (ser médico) y además el consentimiento de la mujer, siguiendo la línea de pensamiento se debe tener en cuenta que el aborto terapéutico es algo muy distinto a la situación de necesidad, ya que esta supone una situación de urgencia, referidas con la frase “mal inminente”, en discordancia a ello en el aborto terapéutico si bien el mal que se amenaza es necesario, la situación no lo es.

Por otro lado, hay quienes sostienen que el aborto terapéutico presenta la estructura de una causa de justificación (estado de necesidad), ya que se da prevalencia a un bien jurídico de mayor valor al que se perjudica. En este caso se hace prevalecer la vida de la madre por sobre la del feto, más allá del debate moral que implica esta prevalencia, sin apartarnos de lo estipulado por el Derecho Penal podemos encontrar en el delito de homicidio y en el de aborto qué vida se encuentra por encima en orden de importancia, en este caso la de la madre, ya que al evaluar las penas previstas en la parte especial, el delito de homicidio simple prevé una pena de 8 a 25 años de prisión, asimismo el aborto con consentimiento de la mujer prevé una pena de 1 a 4 años de prisión, a claras luces se vislumbra que la vida de la mujer reviste para el derecho penal de mayor importancia que la del feto.

Es de suma importancia aclarar que en este caso se compara el valor jurídico vida, no así la libertad de la mujer, si ese fuere el caso siempre la vida (sea del feto o de la madre) prevalece sobre cualquier otro bien jurídico.

16.3.2 Aborto Eugenésico:

Este tipo de aborto impune supone el acometimiento sexual sobre una mujer idiota o demente, explica Marin Jorge (2008) que los fundamentos de la incorporación de esta hipótesis de imputabilidad del aborto se sustentaron en que al legitimar el aborto con un fin eugenésico se evitaba que, de un ser idiota o enajenado, o de un incesto nazca un ser anormal o degenerado. Con ello se tendía al perfeccionamiento de la raza.

En cuanto a las circunstancias que deben presentarse al momento de configurarse esta causa de impunidad las mismas son: el estado de idiotez de la mujer debe darse al momento de la violación, además es necesario que la mujer idiota resulte embarazada de dicha violación.

Se entiende por idiotez o demencia a todas aquellas afecciones mentales susceptibles de causar taras hereditarias. (Gonzales, 2017).

Previo a continuar el análisis del presente artículo se debe mencionar a la Ley N.º 25.087 la cual fue promulgada en fecha 07 de mayo de 1999, en dicha ley se reemplazó el término “violación” por “abuso sexual con acceso carnal”.

Es difícil en tiempos modernos sostener el fundamento de la preservación de la raza como única razón de ser del presente inciso, sin embargo el 14 de Enero de 2010, ante la justicia penal de la Provincia de Chubut, la señora A.F en representación de su hija A.G de 15 años de edad, solicitó la interrupción del embarazo de la niña adolescente, el cual fue producto del abuso sexual sufrido por la menor en manos de su padre (ante el cual pesaba una causa en contra por ese hecho). A tal efecto el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, esgrimiendo distintos fundamentos, sentencia que el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º primera parte del artículo 86 del Código Penal, otorgando autorización para realizar la intervención abortiva, efectuándose el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew.

A raíz de esto el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut en carácter de Tutor *Ad-Litem* y Asesor de Familia e Incapaces recurre la decisión por medio de un recurso extraordinario radicando la causa ante la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mismo orden de ideas que el Superior Tribunal de Justicia de Chubut, analiza que reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos solo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación, en razón de ello no es imprescindible que la víctima sea idiota o demente.

A su vez el fallo luego de recordar tanto a los profesionales de la salud como a los operadores judiciales que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, tal cual lo expresa el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva, continúa exponiendo

“que teniendo a la luz aquella manda constitucional es que debe interpretarse la letra del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible” CSJN. “F.A.L s/ Medida Autosatisfactiva” (2012)

Se llega a la conclusión en cuanto al Art.86 inc.2 que al día de la fecha no es necesario que la mujer víctima sea idiota o demente como estipula el articulado, en cambio sí es un elemento esencial que el embarazo sea producto de una violación. Tampoco es necesaria una autorización judicial, ya que según el fallo de la Corte Suprema de Justicia no se puede exigir la presentación de una denuncia o inicio de un proceso penal, sólo se necesitaría una declaración jurada de la existencia del delito que originó la preñez a los fines de desligar de responsabilidad penal a los médicos que realicen la intervención.

16.4 Aborto Preterintencional:

El Artículo 87 del Código Penal establece *“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 del embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”*

Son elementos de este delito: 1) el ejercicio de violencia, sea físico o psíquica, sobre el cuerpo de la mujer o dirigida a ella, 2) una mujer en estado de embarazo, 3) que ese estado de embarazo le conste al autor o sea notorio, 4) la muerte del feto como consecuencia de esa violencia; y 5) la inexistencia de dolo directo por parte del autor.

En relación a este último elemento explica Buompadre (2018) que no debe existir dolo directo, la figura en análisis requiere de dolo eventual, se trata de un caso en que el autor, no obstante advertir o conocer el estado de embarazo de la mujer y previendo la posibilidad de un resultado previsible (la muerte del feto), ejerce violencia sin importarle dicho resultado y no se detiene en su actuar, concluyendo el acto violento y provocando el aborto, dicho esto nos encontramos ante un caso de dolo eventual.

16.5 Aborto causado por la propia mujer:

El Art.88 del Código Penal refiere distintas situaciones en que la mujer opera como agente o concurre a la interrupción de su propio embarazo, una de ellas es la causación de su propio aborto, que se pune con pena de uno a cuatro años, la segunda es

la prestación de consentimiento para que el agente del delito previsto por el art.85, inc. 2° le cause el aborto, que se castiga con la misma pena que en el supuesto anterior, y por último la tentativa por parte de la mujer la cual reviste el carácter de impune. (Creus, 1998)

En cuanto al monto de pena dispuesto en el Art.85 inc.2° como del Art.88, si bien ambos artículos imponen el mismo lapso de pena, el artículo que menciona el aborto causado por la propia mujer solamente hace referencia a la prisión, mientras que el aborto causado por un tercero con consentimiento de la mujer puede ser penado con prisión o reclusión.

17. Conclusiones del capítulo:

Se concluye que el ordenamiento jurídico argentino adopta la teoría de la anidación como método para determinar el comienzo de la vida, por lo que la misma comenzaría desde el momento en que el óvulo ya fecundado anida en el útero. Asimismo, se adopta el sistema de prohibición relativa, por lo que en un principio el aborto se encuentra prohibido excepto bajo ciertas circunstancias o indicaciones. Además, se analizó los diferentes elementos del tipo penal, recordando que la falta de uno de ellos encuadraría en una figura atípica.

Desde el Art. 85 al Art. 88 se regula el aborto como delito en el Código Penal con penas que varían de acuerdo a diferentes circunstancias tanto objetivas como subjetivas, teniendo en cuenta también las causales de no punibilidad.

CAPITULO IV

PUNTOS DE VISTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

18. Estados Unidos:

Desde el año 1860 Estados Unidos aumentó la legislación penalizando y criminalizando el aborto, tal es así que a comienzos del siglo XX el aborto era ilegal en numerosos estados, aunque en algunos incluían ciertas excepciones con los fines de proteger la vida de la mujer o los embarazos por violación, como así también aquellos embarazos producto de relaciones incestuosas. Para el año 1965 la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “Griswold vs. Connecticut” sentenció que la Constitución de los Estados Unidos contenía zonas de penumbras y derechos periféricos, uno de ellos era el derecho a la privacidad marital, por lo que a raíz del fallo se dejó sin efecto aquellas leyes que violaban ese derecho a la privacidad. En consecuencia y adhiriendo a la teoría de la anidación como comienzo de la vida, en los Estados Unidos se aprobó la utilización de métodos anticonceptivos que actuaban antes de la implantación del embrión en el útero.

En cuanto al aborto, desde la sentencia de la Corte Suprema de dicho país en el caso Roe vs. Wade de fecha 22 de enero de 1973 se estableció que el plazo en el que puede practicarse el aborto corresponde al período a partir del cual el feto podía ser viable, es decir, contar con la probabilidad de supervivencia fuera del útero, por lo tanto, se fijó en tres meses. Luego de esa fecha sería punible.

Esta sentencia prohibió cualquier limitación al aborto temprano, aunque otorgó facultades a los fines de imponer restricciones o prohibiciones absolutas superado ese plazo de tres meses. Por lo que, en resumen, el eje central de la misma fue que el aborto debe ser permitido a la mujer, por cualquier razón, hasta el momento en que el feto se transforme en "viable", es decir, sea potencialmente capaz de vivir fuera del útero materno, sin ayuda artificial⁵.

⁵ Recuperado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade

19. Canadá:

En Canadá el aborto es legal, no se encuentra limitado por la ley, se practica a petición de la mujer y sin límite de gestación. Sin embargo, esto no siempre fue así.

Hasta el año 1969 las maniobras interruptoras del embarazo se consideraban ilegales, es en ese año cuando se aprueba la Ley de Reforma del Código Penal, la cual despenalizó los métodos anticonceptivos y la práctica del aborto inducido, entre otras modificaciones. Para no ser criminalizada la conducta se requería que el aborto sea realizado por un médico en una institución hospitalaria, previa aprobación del “Comité de Abortos Terapéuticos” que se encargaba de determinar en qué casos la vida o salud de la mujer podría ser afectada por la continuación del embarazo. Esto acarreo una dificultad práctica que fue la base fundamental del fallo *R. vs Morgentaler* (1988), este problema mencionado fue que algunos hospitales permitían cualquier aborto mientras que otros ninguno.

Continuando con lo aludido en el párrafo precedente, en el año 1988 la Corte Suprema de Canadá en el caso *Morgentaler* declaró la inconstitucionalidad de la Sección 251 del Código Penal que regulaba lo casos de aborto. Es entonces que a partir de este fallo que se considera al aborto como legal en todo el terreno canadiense.

Por lo expuesto se advierte que Canadá presenta políticas criminales liberales en cuanto a la figura del aborto, tal es así que, en el año 1989, la Corte Suprema de Canadá tras la petición de Chantal Daigle quien se encontraba embarazada de su pareja y el mismo se oponía al aborto, fallo a favor de la nombrada dejando asentada en la jurisprudencia que ningún padre podría oponerse a la voluntad de la mujer de abortar ya que este derecho corresponde solamente a las mujeres.

20. Republica de El Salvador:

La República de El Salvador presenta unos de los ordenamientos jurídicos más restrictivos del mundo en cuanto al aborto, el delito se encuentra tipificado en el Código Penal en su capítulo II titulado “Delitos relativos a la vida del ser humano en formación”, abarcando desde el Art.133 al Art.141.

En el Art. 133 se establece la figura básica del aborto describiendo tres conductas distintas merecedoras de la misma pena: el que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer, la mujer que provocare su propio aborto, o la mujer que consintiere que otra persona se lo practique. Para cualquiera de los supuestos la pena establecida por el Art.133 es de dos a ocho años de prisión.

El aborto sin consentimiento se halla en el Art.134 de la ley penal de El Salvador, el cual prevé una pena de prisión de cuatro a diez años al que provocare un aborto sin el consentimiento de la mujer, a su vez en el segundo párrafo del artículo se establece que la misma pena incurrirá al que practicare el aborto con consentimiento de la mujer, siempre y cuando este consentimiento sea otorgado producto de violencia o engaño hacia la víctima.

La figura agravada de aborto del Art.135 establece como condición para su configuración una cualidad especial en el sujeto activo, por lo que la pena de seis a doce años de prisión recaerá sobre el médico, farmacéutico o personas ligadas a estas profesiones que cometan el injusto penal.

La inducción o ayuda al aborto del Art. 136 estipula una pena de dos a cinco años a quien indujere a la mujer a practicarse un aborto, como así también facilite los medios económicos o de cualquier otro tipo a los fines de llevar a cabo la interrupción. A su vez se aumentará en una tercera parte la pena máxima si el instigador o quien facilita la ayuda fuere el progenitor.

La forma culposa de la figura se encuentra estipulada en el Art.137, al tratarse de un delito sin ánimo de dolo la pena prevista se reduce considerablemente, prisión de seis meses a dos años, sin distinción del sujeto activo. En el mismo artículo se hace mención a que el aborto culposo ocasionado por la propia mujer como así también la tentativa de esta para causar su aborto no son punibles.

El ordenamiento jurídico de la Republica de el Salvador adhiere a criminalizar las lesiones del feto, por lo tanto, prevé una pena de uno a diez años de prisión a quien ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica⁶. En cuanto a la forma culposa el legislador salvadoreño optó por no incluir una pena de prisión, por

⁶ Art.138, Código Penal de la República de El Salvador

lo que se incorporó una multa de cincuenta a cien días a quien ocasionare culposamente las lesiones descriptas anteriormente⁷.

Por último, habiendo analizado los distintos presupuestos del aborto en la justicia de El Salvador como así también las lesiones al feto, no debemos olvidar que estamos ante un ordenamiento restrictivo, tal es así que en los últimos dos artículos correspondientes al Capítulo II del Código Penal se tipifican aquellas acciones de manipulación genética merecedoras de punición, es por esto que quien manipulare genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, excepto que la finalidad de la manipulación sea la disminución de taras o enfermedades graves, será condenado con prisión de tres a seis años⁸. Además, el que manipule genes y culposamente ocasione daños de tipo vital será sancionado con multa de cincuenta a cien días⁹.

21. República de Chile:

El ordenamiento jurídico de Chile experimento cambios significativos en los últimos años. En el año 1989 bajo la dictadura militar de Augusto Pinochet se penalizaron todos los tipos de interrupciones del embarazo convirtiendo a Chile como una de las naciones del mundo más restrictivas en materia de aborto. Sin embargo, ya en gobierno democrático, el sábado 31 de enero de 2015 se presentó un proyecto de ley por ante la cámara de diputados con los fines de legalizar el aborto en tres circunstancias diferentes, aprobándose la Ley N.º 21.030 y promulgándose la el 14 de septiembre de 2017, fecha en la cual se despenalizó el aborto únicamente en las causales de violación, inviabilidad fetal y riesgo de vida de la madre.

Previo a continuar con el análisis del caso chileno se deben realizar ciertas consideraciones en cuanto a la pena. El Código Penal de la República de Chile establece en su Art.21 diferentes clases de penas, ellas son: de crímenes, de simples delitos y de faltas. Lo interesante del sistema chileno radica en la postura del legislador de imponer la sanción según una tabla de aplicación de penas, no es así el caso argentino donde la pena se impone de manera textual en el tipo penal. Mencionada esta distinción y a los

⁷ Art.139, Código Penal de la República de El Salvador

⁸ Art.140, Código Penal de la República de El Salvador

⁹ Art.141, Código Penal de la República de El Salvador

finde de simplificar el entendimiento, es de suma importancia el conocimiento de la tabla de aplicación de penas del sistema jurídico penal de Chile:

Penas	En su grado mínimo	En su grado medio	En su grado máximo
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación MAYOR	5 años y 1 día a 10 años	10 años y 1 día a 15 años	15 años y 1 día a 20 años
Inhabilitación absoluta y especial temporal	3 años y 1 día a 5 años	5 años y 1 día a 7 años	7 años y 1 día a 10 años
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación MENOR	61 días a 540 días	541 días a 3 años	3 años y 1 día a 5 años
Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular	61 días a 1 año	1 año y 1 día a 2 años	2 años y 1 día a 3 años
Prisión	1 a 20 días	21 a 40 días	41 a 60 días

Continuando con el tema en cuestión, luego de la reforma del año 2017 el Código Penal Chileno en su Título VII “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, estipuló desde el Art.342 al Art.345 las diferentes causas de aborto punible e impune.

Como primer supuesto establece al que maliciosamente causare un aborto si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años), al que sin ejercer violencia pero obrare sin consentimiento de la mujer la pena que le correspondería sería la de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años), y con presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) si la mujer consintiere¹⁰.

¹⁰ Art.342, Código Penal de Chile

El Art. 343 del Código Penal Chileno dispone una pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio a quien incurra en el aborto preterintencional, es decir a quien con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido el propósito de causarlo, siempre y cuando el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al autor.

Con presidio menor en su grado máximo será penada la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, asimismo si lo hiciere por ocultar su deshonor incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio¹¹.

Por último, se establece en el Art.345 que el facultativo, mediante el abuso de su oficio, causare el aborto o coopere a él, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 342 aumentadas en un grado¹².

22. República Oriental del Uruguay:

La Ley N°.9763 aprobada el 28 de enero de 1938 introdujo al ordenamiento jurídico de la República Oriental del Uruguay la figura penal del aborto, en ella se establecía la pena de 3 meses a 9 meses de prisión para la mujer que lo practicase, y la pena de 6 meses a 2 años de prisión para el médico u otra persona que lo realizare. Esta ley se mantuvo en vigencia hasta el año 2012, ya que el 17 de octubre de ese año la Cámara de Senadores aprobó con una votación de 17 votos positivos sobre 31 posibles la Ley N°18.987 denominada “Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo”¹³.

Es desde ese entonces que al aborto queda comprendido en el Capítulo IV del Código Penal Uruguayo, comprendido entre los Arts.325 y 328.

En el Art.325 se prevé una pena de 3 a 9 meses de prisión a la mujer que causare o consintiera su propio aborto, en el Art.325 bis se castiga con 6 meses a 2 años de prisión a quien practicare el aborto previo el consentimiento de la mujer. Y por último en el Art.325 ter se agrava la conducta del sujeto activo en el supuesto de no contar con el consentimiento de la embarazada, correspondiéndole la pena de 2 a 8 años de penitenciaria.

¹¹ Art.344, Código Penal de Chile

¹² Art.345, Código Penal de Chile

¹³ Recuperado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_Uruguay

El Art.326 hace mención a las causales de lesión o muerte de la mujer, estableciendo que si de la practica abortiva (con consentimiento) sobreviniera a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de 2 a 5 años de penitenciaria, asimismo si ocurre la muerte de la misma la pena se elevará de 3 a 6 años de penitenciaria. Prosiguiendo con el análisis del Art.326, en su segundo párrafo se dispone que si se dieran las lesiones ut-supra mencionadas pero esta vez sin el consentimiento de la mujer para llevar a cabo la práctica, la pena será de 3 a 9 años de penitenciaría, y si falleciera la pena será de 4 a 12 años de penitenciaría.

Las circunstancias agravantes del tipo penal del aborto en el Código Uruguayo constan de tres casos hipotéticos: cuando se cometiera con violencia o fraude, cuando se ejercitare sobre la mujer menor de dieciocho años o privada de razón o sentido y, por último, cuando se practicara por el marido o mediando alguna de las circunstancias previstas en el inciso 14 del artículo 47¹⁴.

En cuanto a esta última hipótesis descrita, el Art.47 Inc.14 estipula que los delitos serán agravados cuando fueren cometidos con abuso de autoridad, o de las relaciones domésticas o de la cohabitación, o con violación de los deberes inherentes al estado, cargo, oficio o profesión.

Es en el Art. 328 donde se debe prestar mayor atención en el caso de la regulación del aborto en la República Oriental del Uruguay, debido a que estipula la causas atenuantes y eximentes del tipo penal. Como primer supuesto la pena será disminuida de un tercio a la mitad si el delito se cometiere con los fines de preservar el propio honor, tanto de la esposa como de un pariente próximo (queda excluido el miembro de la familia que fuera autor del embarazo), a su vez el Juez en el caso de aborto consentido y evaluando las circunstancias del hecho puede eximir totalmente de castigo.

Si el embarazo de la mujer fue producto de una violación o la misma presenta graves problemas de salud y prestare consentimiento para realizar el aborto, el autor será eximido de prisión, no es el caso si obrare sin consentimiento ya que la pena correspondiente será disminuida de un tercio a la mitad¹⁵.

En cuanto a las justificaciones económicas el Inc.4 menciona que si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica el Juez

¹⁴ Art. 327 Código Penal de Uruguay

¹⁵ Art.328 Inc. 2º y 3º, Código Penal de Uruguay

podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad, y si se efectuare con consentimiento podrá llegar a la exención de la pena.

Es en el Art.328 inc. 5° es donde el Código Penal Uruguayo hace una importante aclaración, ya que dispone que la exención de pena como la atenuación de los incisos anteriores regirán solo en los casos en que el aborto sea practicado por un médico dentro de los tres primeros meses de la concepción, sin embargo, este plazo de tres meses no será vigente en las causales de aborto por causas graves de salud de la madre.

A modo de conclusión se advierte una progresiva permisividad hacia el aborto. Los ordenamientos jurídicos del América han optado gradualmente la implementación de causales que permiten realizar la práctica, sin embargo, algunos países se mantienen estrictos con su punibilidad, tal es el caso de El Salvador. Por otro lado, Canadá acepta ampliamente la práctica abortiva, por lo que se infiere que la posibilidad de realizar abortos impunes se encuentra íntimamente ligado no solo al ordenamiento jurídico de cada país, sino también con su situación económica, índices de alfabetización, políticas públicas de salud, etc.

CAPITULO V

POSICIONES ANTAGONICAS

23. Posiciones a favor de la penalización en Argentina:

La República Argentina se encuentra dividida en dos al momento de debatir sobre el aborto, una de las posturas es tajante al oponerse a la despenalización del delito. Estos grupos denominados “Provida” son organizaciones que defienden la vida desde el momento de la fecundación, principalmente integradas por O.N.G., organizaciones no gubernamentales, la Iglesia Católica (cuyo máximo referente a nivel nacional es la Conferencia Episcopal Argentina), y las Iglesias Evangélicas representadas a través de la Alianza Cristiana Evangélica de la República Argentina que agrupa a más de 15.000 iglesias las cuales proclaman la protección de la vida humana, es decir, la vida del niño por nacer, y la defensa de la vida de la madre gestante.

Este grupo de personas argumentan, entre otras, que el cigoto, embrión y feto se consideran vidas humanas, por lo cual se oponen a prácticas como la eutanasia, la clonación humana, las investigaciones con células madre embrionarias y sobre todo al aborto inducido¹⁶.

En vista de la realidad actual, a continuación, se enunciarán brevemente los principales argumentos esgrimidos en las reuniones informativas de la Cámara de Diputados previos a la votación del proyecto de ley:

23.1 Principales Argumentos Provida:

- Toda vida humana vale por igual, sin importar el estadio de su evolución, y es función del estado argentino protegerla con todas las herramientas a su alcance.
- El aborto seguro no existe, ya que la misma práctica abortiva acarrea peligros tales como hemorragias, infecciones, traumas, etc.

¹⁶ Recuperado de <https://es.wikipedia.org/wiki/Provida#Argentina>

- El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta garantizado por la constitución nacional, a su vez, este derecho se encuentra presente desde el momento de la concepción.

- La mujer no puede decidir sobre su propio cuerpo en cuestiones relacionadas al aborto, ya que el feto no es un órgano más de su composición corporal, es sino un cuerpo distinto que tiene una identidad genética propia y que inclusive puede tener sangre incompatible con la de su madre.

- La mujer no es la única protagonista al hablar del aborto, ya que además del derecho a la vida vulnerado a la persona por nacer se debe tener en cuenta el derecho del padre a proteger su paternidad.

- De conformidad al Art.25 Inc. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde expresa “*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...*” la República Argentina debería adoptar medidas alternativas en pos de la protección de las madres embarazadas, considerándose como último recurso la legalización de la interrupción del embarazo.

- El Código Civil otorga derechos sucesorios a la persona por nacer, siempre y cuando se encuentre concebida al momento de la muerte del causante. Eso sí, es requisito fundamental el nacimiento con vida, por lo que se infiere que nuevamente se acepta su individualidad en el seno materno, sin perjuicio de su nacimiento.

- En la Argentina rige un principio social de solidaridad que se encuentra fomentado por el ordenamiento jurídico a través de imposiciones de prestaciones de asistencia, estas prestaciones obligan a considerar las necesidades del otro. Dentro de estas necesidades se deben prestar especial atención a aquellas que recaen sobre los más vulnerables como es el caso de la persona por nacer.

- El trauma pos violatorio no se atenúa por la práctica interruptora del embarazo.

A raíz de estas convicciones los grupos provida se desempeñan bajo diferentes modalidades, una de ellas es a través de la investigación bajo la premisa de que la verdad es el vehículo que permite tomar conciencia real sobre la problemática del aborto, la organización “+Vida” afirma que la desinformación es habitualmente una forma muy recurrida de abuso de poder y control, como así también pregona que se intenta instalar

en la población la falsa idea de que se abortan clandestinamente más niños de los que nacen, pretendiendo ocultar la obvia realidad de que legalizarlo lejos de disminuir la cantidad de abortos lo incrementa violentamente, como siempre ocurrió luego de una legalización¹⁷. Es por esto que se hace hincapié en la investigación científica y divulgación de datos reales.

Otro método de trabajo llevado a cabo por estos grupos es la formación de la sociedad, tras sostener que los argumentos que apoyan el aborto son falsas construcciones de una realidad manipulada, se realizan congresos, charlas, talleres y seminarios en donde se revelan los resultados de diferentes estudios científicos en concordancia a lo explicado en el párrafo que antecede.

Por último, el objetivo principal consiste en el acompañamiento a las madres atento a que la mejor forma de combatir el flagelo del aborto es con prevención, la cual se alcanza a través de la concientización pública. Por ello estas organizaciones brindan acompañamiento a madres que deciden seguir adelante con sus embarazos a pesar de las diferentes dificultades que pudieran tener en su vida privada, predominantemente estas dificultades gravitan en el ámbito económico por lo que se intenta proveer a las madres de bienes necesarios para llevar a cabo un embarazo sin inconvenientes. En muchas otras ocasiones las madres atraviesan una etapa de vulnerabilidad en la que se sienten presionadas por un contexto desfavorable, como puede ser el trabajo, la familia, su pareja, etc. Por lo que estas organizaciones brindan apoyo psicológico para preservar la salud mental de la progenitora.

En la República Argentina el portal www.unidadprovida.org nuclea un gran número de organizaciones que adhieren a la idea de que el aborto legal es un fracaso social que destruye a una mujer, termina con la vida de un niño y nos hace a todos más inhumanos, uniéndose todas ellas para que nadie deba sufrir o morir por el aborto.

Algunas de estas organizaciones provida son: Frente Joven Argentina, Conin San Juan, Haciendo Camino, Rosario te quiero Provida, Elegimos la Vida, Prodeci, Asociación Argentina de Orientadores Familiares, Pastoral Universitaria, Derecho al Futuro, Unidos por la Vida, Fundación Padres, Ucasal, Médicos por la vida, Defensoría de la Vida Humana, Citizen Go, Centro de Bioética, entre otros.

¹⁷ Recuperado de <http://masvidaoficial.org/nosotros/#MISION>

24. Posiciones en contra de la Penalización:

Por otro lado, bajo el lema “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir” se encuentran quienes pregonan por la desincriminación del aborto, el colectivo “Ni una Menos” en su carta orgánica expresa que:

“el derecho al aborto es parte de nuestro derecho a la soberanía de nuestros cuerpos, a gozar, a ser madres o no serlo, a parir como queremos y con quien queremos. Al igual que en los argumentos contra el voto femenino, nos condenan a una eterna minoría de edad, que nos impide decidir sobre nuestras vidas, al tiempo que se las pone en riesgo cuando queremos interrumpir un embarazo, y nos empujan a la clandestinidad. El derecho al aborto es necesario para proteger la salud y la integridad de las mujeres y otros cuerpos con posibilidad de gestar. La negación de ese derecho, incluso el ya consagrado de interrupción legal del embarazo, es violencia institucional, somete a formas de tortura, tratos crueles y humillantes. Sin aborto legal, no hay ni una menos posible”. Recuperado de: <http://niunamenos.org.ar/quienes-somos/carta-organica/> en fecha 16/07/2019

Situándonos nuevamente en el plano actual, teniendo en cuenta los debates llevados a cabo por la Cámara de Diputados y en correlación a lo precedentemente expuesto, se enunciarán los principales argumentos pro aborto.

24.1 Principales argumentos Proaborto:

- La penalización del aborto no disuade a las mujeres, debido a que ellas al decidir sobre la continuidad o no del embarazo primeramente tienen en cuenta razones personalísimas, como su situación personal, económica, etc. Por lo que la penalización únicamente contribuye a aumentar los abortos clandestinos, se realicen de forma insegura y en consecuencia aumente la mortalidad de las mujeres.

- La ilegalidad del aborto implica la estigmatización de aquellas mujeres que pueden realizarlo de manera legal, ya que los estereotipos alrededor de la maternidad y

la construcción social derivan en discriminación hacia las mujeres que deciden sobre su futuro reproductivo.

- La penalización del aborto impacta de manera diferenciada entre mujeres de diferentes ingresos económicos, ya que aquellas mujeres de bajos recursos y especialmente adolescentes deben exponerse a intervenciones en la clandestinidad y en condiciones sanitarias precarias.

- La vida no cuenta con el mismo valor jurídico en la concepción que desde el nacimiento hasta la muerte.

- Las mujeres que deciden abortar se exponen a violencia institucional, ya que en muchos casos se intenta convencerlas de desistir de la acción, otras veces se les niega la práctica y las dejan libradas a su suerte.

- Es función del estado transformar el dolor de las personas en derechos para así poder evitar el sufrimiento, por lo que el aborto debería ser seguro legal y gratuito y beneficio de aquellas mujeres que se encuentran viviendo situaciones angustiantes en cuanto a su embarazo no deseado.

Dicho esto, los movimientos que adhieren a la despenalización del aborto brindan información detallada a las mujeres que desean realizarse uno. Una de las herramientas predominantes es el Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción legal del Embarazo (ILE), el cual fue publicado en el año 2015 por el Ministerio de Salud de la Nación. En él se remarca: la innecesaridad de una denuncia ante autoridad policial o judicial; el deber de respetar la privacidad y garantizar la confidencialidad; el deber de sancionar por demoras en la atención, brindar información falsa o negarse a realizar la interrupción del embarazo; además el profesional objetor de conciencia debe notificar su voluntad por escrito y derivar a otro profesional que garantice la realización; se debe ofrecer información válida y confiable en relación al aborto seguro; se debe recibir atención médica después de una interrupción del embarazo haya sido legal o ilegal, etc.-

Otra herramienta que brindan estas organizaciones es la aplicación para teléfonos móviles denominada “Donde” de la Fundación Huésped, la misma permite encontrar distintos servicios de acceso al Protocolo ILE en todo el país y ubicar el más cercano, como así también calificar los servicios y de esta manera evaluar cuál de ellos es el indicado para acceder a la interrupción del embarazo.

Cabe mencionar la práctica llevada a cabo por estas organizaciones la cual se denomina “Socorrismo”, este procedimiento consiste en proporcionar a la mujer gestante cierta información para llevar a cabo su propio aborto mediante el uso de “Misoprostol”¹⁸, a través del portal de internet www.socorristasenred.org y en conjunto con redes de profesionales de la salud por los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes, los grupos pro aborto además brindan números telefónicos, direcciones, mails e información útil para la mujer que pretende interrumpir su embarazo.

Algunos grupos adheridos al movimiento en contra de la penalización del aborto son: Socorristas en Red, Frente de Mujeres Evita, Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto, Colectivo de Salud Comunitaria La Mestiza, Fusa, Amnistía Internacional, Fundación Huésped, católicas por el Derecho a Decidir, entre otros.

¹⁸ El misoprostol se usa para la interrupción del embarazo ya que provoca la inducción del parto al promover las contracciones uterinas y la preparación del cuello uterino para el trabajo del parto.

CAPITULO VI

CONCLUSIÓN FINAL

Luego del análisis de la figura del aborto llevada a cabo en el presente trabajo se concluye que en el ordenamiento jurídico argentino prima la protección de la vida de la persona por nacer desde el momento de la concepción, esta protección reviste el carácter de Constitucional, ratificada por diversos Tratados Internacionales adoptados desde el año 1994, los cuales han sido descriptos en el capítulo II del presente.

Ante esta prerrogativa del derecho a la vida del nasciturus, si bien no resulta necesario sancionar penalmente la conducta considerando el principio de mínima intervención, a su vez se considera inadmisibles que la práctica sea legal y gratuita, ya que nos encontraríamos ante un caso de inconstitucionalidad de la ley sancionada.

Como se expuso, en el plexo normativo nacional existen causas de aborto no punible, por lo tanto, es desde el año 2012 con el fallo “*F.A.L s/ Medida Autosatisfactiva*” con pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en donde se deja expresamente en claro que no es necesaria la autorización judicial a los fines de proceder con la intervención médica, sin embargo, reviste el carácter de obligatoriedad la confección de una declaración jurada.

De conformidad al párrafo precedente, es menester recalcar que en el fallo FAL se sienta jurisprudencia en relación al Art. 86 Inc. 2 del Código Penal, por lo que el mismo deja de ser de interpretación restringida, pudiendo ser llevado a cabo el aborto en casos de violación sin necesidad que la víctima sea idiota o demente.

Habiendo quedado en claro que la vida es el bien jurídico protegido por preeminencia ya que es la base fundamental del cual emergen los demás derechos, la Constitución Nacional (además de proteger la vida) en su Art.43 regula la acción de amparo, dicha acción es un remedio judicial implementado para que cualquier persona pueda interponerla (siempre y cuando no exista un remedio judicial más idóneo) contra toda acción u omisión que lesione, restrinja, altere o amenace los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un Tratado Internacional o una Ley, otorgando al Juez competente la potestad de declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funde el acto u omisión lesiva. Es por esto que legalizar el aborto sería inconstitucional, siempre y cuando no se reforme la constitución.

Continuando con el análisis de lo investigado, se concluye que en los ordenamientos jurídicos de América se advierte una progresividad hacia sistemas liberales, claros ejemplos son la República Oriental del Uruguay y Chile, quienes reformaron sus Códigos Penales implementando causales de aborto no punibles.

Por último, ante los acalorados debates llevados a cabo en la República Argentina entre quienes pregonan la despenalización del aborto y quienes no, se debe concluir que la solución al problema no se debe arribar desde el plano jurídico, la génesis de la problemática del aborto proviene de asuntos sociales, políticos y económicos, por lo que a prima facie se debería abordar la cuestión desde el punto de vista de políticas públicas, intentando fomentar la educación sexual de la que gran parte de la sociedad adulta carece, hacer hincapié en la formación escolar de los niños a los fines de prevenir embarazos precoces, incentivar el uso de métodos anticonceptivos, brindar apoyo activo a mujeres víctimas de abuso sexual, crear programas de contención para mujeres en situación de vulnerabilidad tanto económica como familiar, asimismo se debe mejorar el sistema de adopción.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina:

- Arroyo Zapatero (2017) “*Prohibición del aborto y constitución*”, disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/2prohibicion-del-aborto-y-constitucion.pdf>
- Bidart Campos German (2004) “*Compendio de Derecho Constitucional*”, 1º edición, Ciudad de Buenos Aires. Editorial Ediar.
- Buompadre Jorge Eduardo (2018) “*Derecho Penal: parte especial*”. Resistencia, Chaco. Editorial Contexto.
- Creus, Carlos (1998) “*Derecho Penal parte especial*”, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Donna Edgardo Alberto (2011) “*Derecho Penal Parte Especial Tomo I*”, Cuarta Edición, Santa Fe, Argentina. Editorial Rubinzal y Culzoni.
- Figari, Rubén (2004) “*Homicidios*”. Segunda edición corregida y ampliada. Cuyo, Mendoza. Editorial Ediciones Jurídicas.
- Fontán Balestra Carlos (2008) “*Derecho Penal Parte Especial*”, 17ª edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot.
- Gelli, María Angelica (2004) “*Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*”. 2º edición, Buenos Aires. Editorial La Ley.2
- Lascano Carlos Julio (2005) “*Derecho Penal Parte General*”, 1ª edición 1ª reimpresión, Córdoba, Argentina. Editorial Advocatus.
- Marín Jorge (2008) “*Derecho Penal Parte Especial*” 2ª edición. Buenos Aires, Editorial Hammurabi.
- Molina Gonzalo (2017) “*Delito contra las personas*”, Resistencia Chaco. Editorial Contexto.
- Núñez Ricardo (1988) “*Tratado de Derecho Penal*”. Córdoba, Argentina. Editorial Marcos Lerner.
- Quiroga Lavié Humberto (1995) “*Lecciones de Derecho Constitucional*”, Buenos Aires. Editorial Depalma.

• Zaffaroni Eugenio Raul, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro (2006) “*Manual de Derecho Penal Parte General*”, 2ª edición 1º reimpresión, Buenos Aires. Editorial Ediar.

Legislación:

- Código Civil Argentino
- Código Penal de Chile
- Código Penal de El Salvador
- Código Penal de la República Oriental del Uruguay
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención de los Derechos del Niño
- Código Penal Argentino
- Constitución Nacional Argentina
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de los Derecho Humanos
- Ley N.º 9.763 (Uruguay)
- Ley N.º 17.567
- Ley N.º 18.987 (Uruguay)
- Ley N.º 20.509
- Ley N.º 21.030 (Chile)
- Ley N.º 21.338
- Ley N.º 23.077
- Ley N.º 23.313
- Ley N.º 23.849
- Ley N.º 24.413
- Ley N.º 25.087

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Protocolo ILE (Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo)

Jurisprudencia:

- CNCCorr, “*Dacurso Paula*”, sala I, fallo de fecha 9 de junio de 2006.
- CNCCorr, sala I, 20/4/93, “*P. de S., C.C*”, c. 42.289, BCNCCorr, N.º 02/1993
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*”, fallo de fecha 28 de noviembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Baldeón García Vs. Perú*”, fallo de fecha 06 de abril de 2006.
- Corte Suprema de Estados Unidos, “*Griswold vs. Connecticut*”, 381 U.S. 478 (1965).
- Corte Suprema de Estados Unidos, “*Roe vs. Wade*”, fallo de fecha 22 de enero de 1973, 410 U.S. 113 (1973).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Portal de Belén – Asociación Civil sin Finde de Lucro c Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*”, sentencia del 5 de marzo de 2002. ID SAIJ: FA02000003
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*F.A.L s/ Medida Autosatisfactiva*”, fallo del 13 de marzo de 2012.
- Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 12/08/98, “*I., M*” Ays 148-357/428, WebRubinzalpenal23.1.1.1. r19, LL 1998-E335, LL 1998-F-547, LL Litoral 1998-2-428.
- Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 4/03/1995, v. 121 El Dial-AT1432
- SCJBA “*B, M s/ Homicidio culposo*”, 15/03/2006, P 85046 S (JUBA)
- Tribunal Supremo de Canadá., “*R. vs Morgentaler*”, 1 SCR 30 (1988).