

UNIVERSIDAD SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACIA

**Legalización del aborto: Un análisis desde la
perspectiva jurídica.**

Autor: LUCAS EMANUEL LAVASTO

Legajo: VABG54645

Tutora: Prof. Analía Luna

2019

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es analizar cuáles son los argumentos que justifican, o no, la legalización absoluta de la práctica del aborto, en la República Argentina, desde la perspectiva jurídica.

La presente investigación ha indagado sobre la figura del aborto y sus principales características, además de su desarrollo y evolución legislativa en nuestro país.

También se realizó un estudio de la actual problemática que se ha generado en torno a la legalización del aborto; las partes involucradas y los intereses de cada una en particular.

Se ha estudiado cómo está regulado dicho instituto en nuestra legislación, específicamente en el Código Penal (CP), en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) y en la Constitución Nacional (CN). Inclusive se analizó como lo interpreta la doctrina y la jurisprudencia argentina.

Asimismo, se han examinado los Tratados Internacionales que han sido aprobados por el Congreso Nacional, en lo referido a la protección de la vida humana y los derechos de los cuales gozan las mujeres.

El tipo de estudio utilizado es el *descriptivo*, a través del método investigativo *Jurídico-Doctrinal*, tomando como fuentes los diversos tipos de documentos que contienen información para dar respuesta a los objetivos planteados.

El propósito de esta investigación fue la realización de un análisis tal que permita vislumbrar las contradicciones que pueda generar la problemática de la legalización del aborto.

Palabras claves: Aborto, legislación, Constitución Nacional, Código Penal, Código Civil y Comercial, legalización, despenalización, tratados internacionales.

ABSTRACT AND KEYWORDS

The objective of this paper is to analyze what are the arguments that justify, or not, the absolute legalization of the practice of abortion, in the Argentine Republic, from the legal perspective.

This research has investigated the figure of abortion and its main characteristics, in addition to its development and legislative evolution in our country.

A study of the current problem that has been generated around the legalization of abortion was also carried out; the parties involved and the interests of each one in particular.

We have studied how this institute is regulated in our legislation, specifically in the Criminal Code (CC), in the National Civil and Commercial Code (CCyC) and in the National Constitution (NC). It was even analyzed as interpreted by Argentine doctrine and jurisprudence.

Likewise, the International Treaties that have been approved by the National Congress have been examined, regarding the protection of human life and the rights enjoyed by women.

The type of study used is the descriptive one, through the Legal-Doctrinal research method, taking as sources the various types of documents that contain information to respond to the objectives set.

The purpose of this investigation was the realization of an analysis that allows us to glimpse the contradictions that the problem of the legalization of abortion can generate.

Keywords: Abortion, legislation, National Constitution, Criminal Code, Civil and Commercial Code, legalization, decriminalization, international treaties.

ÍNDICE

Introducción	Pág. 7
<u>Capítulo I: Marco teórico de la investigación</u>	Pág. 11
Introducción	Pág. 11
1.1. Concepto de aborto y los diferentes tipos	Pág. 12
1.1.1. El aborto desde el derecho penal	Pág. 13
1.2. Naturaleza jurídica	Pág. 18
1.2.1. Bien jurídico protegido	Pág. 20
1.2.2. Sistemas de regulación del aborto	Pág. 21
1.3. Evolución histórica de la figura del aborto en la legislación argentina	Pág. 24
Conclusión parcial	Pág. 27
<u>Capítulo II: La problemática del aborto en la actualidad</u>	Pág. 28
Introducción	Pág. 28
2.1. Opiniones a favor y en contra de la legalización del aborto	Pág. 29
2.2. Derechos de la mujer Vs. Derechos del niño por nacer	Pág. 35
2.3. Ley de interrupción voluntaria del embarazo, ¿Qué dice el proyecto?	Pág. 36
Conclusión parcial	Pág. 40
<u>Capítulo III: El derecho a la vida del niño por nacer. Análisis normativo</u>	Pág. 41
Introducción	Pág. 41
3.1. El derecho del niño por nacer en los Tratados Internacionales	Pág. 42
3.1.1. El niño por nacer en la Declaración Universal de los Derechos Humanos	Pág. 43
3.1.2. El niño por nacer en la Declaración Universal de los	

Derechos y Deberes del hombre	Pág. 44
3.1.3. El niño por nacer en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pág. 44
3.1.4. El niño por nacer en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	Pág. 45
3.1.5. El niño por nacer en la Convención sobre los Derechos del niño	Pág. 46
3.1.6. Los derechos de las mujeres en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Pág. 47
3.2. La Constitución Nacional y sus impedimentos para la legalización del aborto	Pág. 48
3.2.1. Artículo 14 bis - La protección integral de la familia	Pág. 49
3.2.2. Artículo 16 - La igualdad ante la ley	Pág. 50
3.2.3. Artículo 29 - La protección de la vida	Pág. 50
3.2.4. Artículo 33 - El derecho a la vida y su disponibilidad	Pág. 50
3.2.5. Artículo 43 - Acción de Amparo. Declaración de inconstitucionalidad	Pág. 51
3.2.6. Artículo 75 - Atribuciones del Congreso	Pág. 51
3.2.6.1. Inciso 19 - La garantía del desarrollo humano	Pág. 51
3.2.6.2. Inciso 22 - Jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales	Pág. 52
3.2.6.3. Inciso 23 - El pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales	Pág. 53
3.3. Código Civil y Comercial de la Nación - Limitación del derecho al aborto	Pág. 54
3.3.1. La Concepción	Pág. 56
Conclusión parcial	Pág. 58

Capítulo IV: Regulación jurídica del aborto	Pág. 59
Introducción	Pág. 59
4.1. ¿Qué dice el Código Penal Argentino sobre el aborto?	Pág. 60
4.1.1. Supuestos de abortos no punibles	Pág. 62
4.1.1.1. Aborto terapéutico	Pág. 62
4.1.1.2. Aborto eugenésico	Pág. 64
4.1.1.2.1. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	Pág. 65
4.2. El proyecto de reforma del Código Penal Argentino, ¿Cómo viene a regular el aborto?	Pág. 66
Conclusión parcial	Pág. 69
Conclusiones finales	Pág. 71
Bibliografía	Pág. 74

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, diferentes agrupaciones y asociaciones de todo el país se han movilizado solicitando a los legisladores, la despenalización de la práctica del aborto inducido y su consecuente legalización. Si bien a nivel social esta situación amerita ser tratada y analizada a fin de llevar una respuesta a la población, es importante también observarla y analizarla desde otras aristas, como en el caso del presente trabajo, desde la perspectiva jurídica.

Esto no quiere decir que la despenalización del aborto no corresponda ser analizada desde el punto de vista social (esa discusión sobrepasa el alcance del presente trabajo), sino que, en un principio y para comenzar con el tratamiento del mismo, es necesario consultar y estudiar los cuerpos normativos de nuestro país, como la Constitución Nacional (en adelante CN), ya que ella es la ley fundamental y además es allí donde se encuentran los fundamentos y principios a observar antes de dictar cualquier tipo de ley por el Congreso de la Nación.

¿Qué es el aborto? La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) define el aborto como la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno.

En cuanto a la regulación normativa, la figura del aborto se encuentra consagrada en el Código Penal de la Nación (en adelante CP), más específicamente en los artículos 85, 86, 87 y 88, donde se establecen las penas para aquellas personas que provocaren un aborto, con el agravamiento de la pena en el caso de fallecimiento de la mujer inclusive. También se establecen los casos en los que los abortos no son punibles, siempre que se presenten ciertas circunstancias establecidas expresamente por el CP.

En el presente trabajo se pretendió analizar la figura del aborto, particularmente desde un punto de vista jurídico, buscando aquellos argumentos que justifiquen o no, en su caso, una posible y futura sanción de una ley que legalice la práctica del mismo.

Para ello se analizó la figura del aborto, sus principales características, sus antecedentes tanto doctrinarios como jurisprudenciales, además de su evolución histórica en la legislación argentina. Incluso, se analizaron los tratados concluidos con las demás naciones; con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede, aprobados por el Congreso Nacional, en lo referido a la protección de la vida humana.

Se partió del supuesto del art. 75 inc. 22 de la CN (donde hace mención de los tratados internacionales). Éstos no validan la legalización del aborto, ya que protegen la integridad física del niño a partir del momento de su concepción.

En este trabajo se realizó una *Investigación Descriptiva*. Se eligió ese tipo de estudio en particular debido a que permite describir el fenómeno del aborto caracterizando sus propiedades más relevantes, observándolos con la mayor precisión posible y, evaluando sus diferentes aspectos, dimensiones y condiciones. Este estudio supone, por un lado, una amplia accesibilidad a los antecedentes relativos a la temática y, por otro, que la misma ya ha sido receptada en el ordenamiento jurídico con la intención de analizar los supuestos de su funcionamiento, los requisitos para su utilización y, además, los inconvenientes interpretativos que surgen de su regulación.

La Estrategia Metodológica utilizada es el *Jurídico-Doctrinal* (también denominado generalmente como Jurídico-Dogmático), ya que tiene como fin realizar una interpretación y posteriormente una sistematización de las normas jurídicas referidas a la figura del aborto.

“Podríamos decir que ésta es la investigación jurídica por excelencia. Es la que nos permite diferenciar el conocimiento jurídico de otros tipos de conocimientos” (Sánchez Zorrilla, 2011, p. 336).

El método elegido se divide en dos niveles. El primer nivel se dedica a realizar la hermenéutica (o interpretación) de las leyes, las jurisprudencias y las doctrinas (hermenéuticas realizadas por otros juristas con anterioridad). En el segundo nivel se encuentra la dogmática-teórica, que busca teorizar, es decir, agrupar y unir de forma ordenada y sistemática un conjunto de dispositivos legales sobre un referente común. Las construcciones dogmáticas deben cumplir un fin práctico. La primera preocupación que se presenta al utilizar el método Jurídico-Doctrinal es saber qué significa el texto de una norma; es decir, saber qué casos resuelve. La segunda es la de dilucidar cuál es la respuesta adecuada al problema planteado.

El desarrollo del presente Trabajo Final de Grado (en adelante TFG) comprende cuatro capítulos fundamentales. El primero de ellos, denominado “*Marco teórico de la investigación*”, posee una finalidad netamente introductoria, donde lo que se pretende es posicionar al lector en lo respectivo a los principales conceptos que atañen a la temática. Se analiza el concepto de aborto, su naturaleza, los diferentes tipos y sus principales características. También se realiza un estudio histórico de dicha figura y un análisis de su evolución en la legislación argentina.

En el segundo capítulo titulado “*La problemática del aborto en la actualidad*”, se abarca la problemática actual en torno a la legalización del aborto en la República Argentina y las distintas posturas a favor y en contra la misma. Además, se contempla un breve estudio y análisis de la controversia, por un lado, entre los derechos de la mujer a disponer libremente de su cuerpo, y por el otro, del derecho a la vida que poseen los niños por nacer desde el momento de la concepción.

El tercer capítulo, y tal como su nombre lo indica “*El derecho a la vida del niño por nacer. Análisis normativo*”, comprende el estudio del derecho del niño por nacer desde un contexto jurídico, realizando un análisis exhaustivo de la normativa, tanto en los instrumentos nacionales como internacionales. El presente capítulo tiene como propósito comprender cómo las diferentes legislaciones han dado recepción al derecho de vivir de los niños por nacer.

Finalmente, en el cuarto capítulo, bajo el nombre de “*Regulación jurídica del aborto*”, se efectuará un examen de la regulación jurídica en torno a la figura del aborto en la legislación nacional, específicamente en el CP.

Teniendo en cuenta lo desarrollado en estos capítulos, en la última parte del TFG, se desarrollan las conclusiones finales, que fundamentalmente abarcan consideraciones en cuanto a la pertinencia o no, desde el punto de vista jurídico, de una futura ley que permita el acceso de las mujeres a la práctica del aborto en la República Argentina sin una consecuente penalización.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

Introducción

En el presente capítulo se expondrá, en primer lugar y a modo de posicionamiento del lector, el marco conceptual de la figura del aborto, siguiendo la definición que brinda la OMS. Seguidamente, se realizará un breve análisis de los diferentes tipos de abortos que existen a nivel mundial, siguiendo nuevamente lo expuesto por la OMS.

También se realizará un estudio del derecho penal para conocer como conceptualiza al aborto, cuales son sus partes, sus agravantes; y además para determinar la naturaleza jurídica de dicha figura en nuestro país.

Por último, se estudiará la evolución histórica que tuvo la figura en nuestra legislación, teniendo en cuenta que a lo largo de los años se han efectuado una serie de modificaciones a la norma, hasta finalmente llegar al cuerpo normativo que rige en nuestros días; modificaciones que principalmente se debieron a las diferentes formas de interpretar la norma por parte de los gobiernos de turno.

Para en el posterior capítulo poder analizar la problemática que gira en torno a la legalización del aborto de manera correcta, es pertinente primero saber de que hablamos cuando nos referimos al aborto.

1.1. Concepto de aborto y los diferentes tipos.

Siguiendo el concepto que nos brinda la Organización Mundial de la Salud (OMS), el aborto se define como la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno.

Jurídicamente, se entiende que el aborto consiste en matar al feto. Esta muerte puede ser causada por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del vientre materno. No es correcto, por ende, interpretar que el aborto es la interrupción del embarazo, pues se puede producir ésta y, a pesar de ello, el feto puede nacer con vida (Molinario, 2004).

Es Peña (2018) quién explica que, de acuerdo con la OMS, existen diferentes tipos de aborto. Por un lado, existe el *aborto espontáneo*, el cual se produce cuando ocurre una pérdida del embarazo antes de que el feto pueda sobrevivir fuera del útero materno. La OMS considera que el feto es viable a las 22 semanas de gestación.

Por otro lado, existe el *aborto inducido*, definiéndose éste como un proceso mediante el cual se interrumpe de manera voluntaria el embarazo antes de la viabilidad fetal. (Peña, 2018). Esto es, cuando hay intervención humana con la finalidad de interrumpir la gestación.

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

Por último, existe el *aborto inseguro*. Éste es un procedimiento llevado a cabo, ya sea por personas que carecen de la capacidad requerida, en un ambiente carente de estándares médicos mínimos, o en ambos casos (Peña, 2018).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el aborto peligroso “*como una intervención destinada a la interrupción de un embarazo practicada ya sea por personas que*

carecen de la preparación necesaria o en un entorno que no reúne las condiciones médicas mínimas, o ambas cosas a la vez”.

1.1.1. El aborto desde el derecho penal

- ***Tipo Objetivo.***

A) *Sujetos Activo y Pasivo.* Sujeto activo del delito de aborto puede ser cualquier persona. Se trata de un tipo de titularidad indiferenciada. Sujeto pasivo, en cambio, sólo puede ser el embrión o el feto. La diferenciación entre embrión y feto no quiere decir que se trate de sujetos distintos, sino sólo de distintos momentos en la etapa de desarrollo de la misma vida humana, pero con idéntica identidad valorativa. “Debe descartarse la idea de que el sujeto pasivo del delito de aborto es la madre, la comunidad o el Estado. Si el bien jurídico en el aborto es la vida del feto y el sujeto pasivo sólo puede ser el titular de ese tal bien jurídico, entonces no puede más que atribuirse aquella calidad al propio embrión o feto.” (Buompadre, 2017, p.7).

B) *Acción Típica.* El código penal no define el aborto ni suministra elemento alguno para su definición. No obstante, desde un punto de vista jurídico se lo puede definir como la “interrupción de proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo”. (Buompadre, 2017, p.8). Esta noción jurídico penal de aborto contiene los tres elementos que son comunes a todos los tipos de aborto previstos en el capítulo: estado de embarazo preñez, un feto con vida y la consecuente muerte del mismo. La acción típica consiste en “causar un aborto”, esto es, la destrucción del producto de la concepción, en las fases de su desarrollo embrionario o fetal, dentro del seno materno o por su expulsión provocada. Por consiguiente y según Buompadre (2017), quedan al margen de la tipicidad la muerte del feto por expulsión espontánea o natural, los partos anticipados, la

destrucción de embriones aún no implantados, los abortos selectivos en casos de embarazos múltiples 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.

Con respecto a los medios, al no imponer el texto legal ninguna limitación, puede ser utilizado cualquier medio, sin que importe su forma o naturaleza; pueden ser materiales o morales, físicos, químicos, eléctricos, térmicos u hormonales. Lo que importa es que con el empleo de tales medios se cause la muerte del feto.

a) Estado de embarazo o preñez: el tipo exige como presupuesto la existencia de una mujer embarazada, careciendo de relevancia que a tal estado se haya llegado a través de un proceso natural o por vía artificial (inseminación). (Buompadre, 2017). El estado de embarazo (cuya realidad presupone la existencia de un feto) constituye un elemento del tipo objetivo que debe ser comprobado a través de la prueba pericial médica. Los denominados falsos embarazos o embarazos aparentes, deben ser considerados atípicos por falta de objeto material.

b) Vida del feto: el delito presupone la existencia de un feto, sin que importen sus condiciones de viabilidad extrauterina, es decir, su capacidad de vivir fuera del claustro materno. (Buompadre, 2017). Si el feto está muerto al momento de realizar la acción, el hecho es atípico. Las maniobras abortivas realizadas sobre una mujer que no está embarazada (inexistencia de feto) son atípicas, salvo la responsabilidad por las lesiones que las maniobras pudieren haber causado en el cuerpo de la mujer. La viabilidad intrauterina, entendida como la aptitud para desarrollarse fisiológicamente dentro del seno materno, hasta que se produzca el nacimiento, condiciona la existencia del delito.

c) Muerte del feto. El delito se perfecciona con la destrucción del producto de la concepción, con o sin expulsión del seno materno. (Buompadre, 2017). La muerte del feto es el resultado exigido por el tipo penal. Cuestiones de particular interés se presentan en supuestos

en los que se practican maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada (pero el autor cree que lo está), sobre una mujer que está realmente embarazada, pero el feto está muerto o cuando se presenta un caso de embarazo ectópico.

Es Buompadre (2017) quién afirma que, en las dos primeras hipótesis, un sector doctrinal entiende que se está ante un caso de delito imposible en grado de tentativa (Soler, Fontán Balestra, Gavier, entre otros), otros doctrinarios defienden la idea de que el hecho, en tales circunstancias, es impune, salvo los daños remanentes que pudieren haberse causado a la mujer (Núñez, Creus, D'alessio, Fígari, Villada, entre otros). En los casos de embarazo ectópico o extrauterino, las soluciones están divididas; algunos sostienen la tipicidad de la conducta (el feto tienen posibilidades, aunque mínimas, de sobrevivir); no obstante, su destrucción sería impune sólo si concurriera un estado de necesidad debido al grave peligro que para la mujer generalmente comporta (González Rus, Huerta Tocildo, Rodríguez Ramos, entre otros); otros son de la opinión que el hecho es atípico, por inexistencia de objeto material, debiendo ser el dictamen médico el que lo ponga de manifiesto (Laurenzo Copello, Bajo Fernández, Cobo/Carbonell, entre otros).

C) *El Consentimiento*. El art. 85 del Código Penal contempla dos figuras de aborto, que se delimitan entre sí por la existencia o no del consentimiento de la mujer embarazada. En estos supuestos, el consentimiento no opera como una causal de atipicidad, sino que produce sus efectos sobre la pena: el aborto causado sin el consentimiento de la mujer embarazada tiene previsto una penalidad mayor (reclusión o prisión de 3 a 10 años) que el causado con el consentimiento de la mujer (reclusión o prisión de 1 a 4 años). Debe tenerse presente que el consentimiento es el acuerdo, permiso o autorización que la mujer embarazada da a otra persona para que ésta practique sobre su cuerpo un aborto. En estos casos, el tercero es el autor del delito (art. 85 inc. 2, CP), mientras que la mujer es penada autónomamente (art. 88, CP). El consentimiento puede ser expreso (directo, explícito o inequívoco), tácito (cuando está

constituido por actos que permiten deducir claramente la voluntad de abortar) o presunto (meramente conjetural, existente sólo en la mente del autor), pero en todo caso, sólo tienen eficacia a los fines de la delimitación típica los dos primeros.

El consentimiento presunto, que sólo implica una mera conjetura por parte del autor en el sentido de que la mujer podría prestarse a la maniobra abortiva, sin que se aprecie claramente esa voluntad, carece de valor tipificante del art. 85 inc. 2 del CP. El consentimiento debe ser válido y libremente prestado por una mujer que tenga capacidad para prestarlo. Esta capacidad es la capacidad penal (16 años), no la civil. Los medios violentos, coactivos y defraudatorios, excluyen el consentimiento. La rectificación efectuada con anterioridad a la realización de las maniobras abortivas, traslada el hecho al art. 85 inc. 1 del CP (aborto sin consentimiento).

- ***Tipo Subjetivo***

El aborto es un delito doloso, compatible sólo con el dolo directo. Quedan fuera del tipo subjetivo el dolo eventual (salvo, como veremos, en la hipótesis prevista en el art. 87 del CP) y cualquier forma de culpa.

Consumación y Tentativa.

El delito se consuma con la muerte del feto. Las maniobras tendientes a matar al feto, pero que no han producido tal resultado por razones extrañas a la voluntad del autor, quedan en grado de tentativa. Las lesiones al feto carecen de incriminación autónoma, pero su realización se enmarca en el ámbito punible de la tentativa. Las maniobras realizadas sobre un feto muerto, son atípicas, por carencia del objeto del delito.

Agravante.

Con arreglo al texto legal, el aborto se agrava “si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer”. Es preciso destacar que, medie o no la prestación del consentimiento (que tiene eficacia sólo en términos de penalidad), cuando la mujer que ha sido sometida a maniobras

abortivas muere, la figura aplicable es la agravada. La agravante configura un caso de aborto (muerte del feto o su tentativa) que produce como consecuencia también la muerte de la mujer. Con otros términos, puede decirse que la agravante requiere la realización de los siguientes pasos: debe haberse configurado el aborto básico (con todos sus elementos constitutivos: mujer embarazada, feto vivo y muerte del mismo o su tentativa) al que se añade la muerte de la mujer, resultado que debe ser la consecuencia del accionar del autor. Si se dan todos estos elementos, la figura aplicable es la del art. 85 del CP en su tipo calificado. Es apropiado mencionar, que la palabra “hecho” a que hace referencia el precepto legal, comprende tanto el aborto consumado como su tentativa, ya que ésta no deja de ser un hecho de aborto. El problema se presenta en aquellos casos de inexistencia de embarazo o cuando el feto está muerto. Para un sector doctrinario, en estos supuestos, no resulta aplicable la figura del art. 85 del CP, sino que se da una hipótesis de tentativa de aborto imposible en concurso ideal con homicidio culposo. “Es la teoría de Soler, Fontán Balestra, Oderigo, Vázquez Iruzubieta Villada, entre otros. Esta posición doctrinaria requiere, para que resulte aplicable el art. 85, la consumación del tipo de aborto (muerte del feto) más la muerte de la mujer.” (Buompadre, 2017, p.8). Para otros, por el contrario, en estos casos es de aplicación la figura del art. 85 del CP, por cuanto ésta no requiere la consumación del aborto, sino solo la realización del tipo del aborto en su forma tentada o imposible. De modo que, para esta opinión, es suficiente para la aplicación de la agravante, la realización de las maniobras abortivas (aún en supuestos de falso embarazo o de feto muerto) de las que resulta la muerte de la mujer. Por último, para Terán Lomas (2012) la hipótesis encuadra en la figura del homicidio preterintencional, ya que la mujer sobre quien se ejecutan las maniobras abortivas es el sujeto pasivo del atentado y la acción que sobre ella recae (lesiones) es delictiva en sí misma.

1.2. Naturaleza jurídica.

En la República Argentina, la práctica del aborto inducido es considerada un “*delito contra la vida de las personas*”, consagrada en los artículos 85, 86, 87 y 88 del CP.

Sin embargo, la legislación argentina contempla algunas excepciones, como el caso del *aborto terapéutico*, que es lícito siempre que el peligro de la salud o la vida de la mujer embarazada no pueda ser evitado de ninguna otra forma; y el caso del *aborto eugenésico*, que reconoce la licitud del aborto en caso de violación a una mujer demente o idiota (Art. 86 inc. 1º y 2º, CP, 1921).

Por lo general, el aborto no era castigado en los pueblos antiguos. En la Roma pagana de los primeros siglos y hasta bien entrada la República, predominó el principio estoico *partus ante quane datur mulleris parts est vel viscerum* (el fruto de la concepción es parte de las entrañas de la madre). La represión recién aparece con el cristianismo, tanto que, en tiempos de Adriano, Constantino y Teodosio, el aborto fue asimilado al homicidio. Durante el Imperio Carolingio se distinguió la muerte del feto animado del inanimado, reservándose para el primer caso la pena de muerte para el autor (Buompadre, 2017).

En España, la antigua legislación siguió la tradición romanista-germánica, aunque en muchos casos se castigó con pena de muerte el aborto y con sanciones distintas el suministro de sustancias abortivas. Por mucho tiempo se siguió la tesis de la animación fetal como sistema regulador de la penalidad, produciéndose el abandono de este sistema recién con la sanción del código penal de 1822, en el que aparecen descriptas las figuras de aborto con consentimiento y sin consentimiento. La codificación posterior, aunque con diversos matices, siguió los mismos lineamientos, hasta la sanción del código penal de 1944, el cual prohibió no solamente todo tipo de práctica abortiva sino también el suministro de métodos tendientes a evitar el embarazo. (Buompadre, 2017, p.496).

En 1985, mediante la Ley Orgánica Nro. 9, se estableció el sistema de prohibición relativa del aborto, estableciéndose su castigo como principio general con ciertas y determinadas excepciones. Esta ley introdujo el art. 417 bis del anterior código penal, mediante el cual se declaró la impunidad del aborto cuando hubiere grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, cuando el embarazo fuere el producto de una violación o

cuando exista presunción de que el feto nacerá con graves taras físicas o mentales. Es preciso destacar que, mediante la señalada ley del año 1985, el legislador español se decantó por un sistema de indicaciones de punición excepcional.

En la actualidad, la reciente Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (BO: 4/3/10), estableció el “sistema del plazo”, por medio del cual se permite el aborto dentro de un período determinado de la gestación (primeras 14 semanas). La nueva regulación prevé dos hipótesis de abortos no punibles: el aborto libre a petición y el aborto por causas médicas como medida excepcional. Aunque con distintas variantes, el aborto estuvo castigado en todos los precedentes legislativos. Durante el proceso codificador, las formas de impunidad fueron introducidas por la Comisión del Senado, siguiendo los lineamientos del Anteproyecto Suizo del año 1916. Actualmente, el código penal prevé distintos tipos de aborto doloso; en el art. 85, inciso primero, se ocupa del aborto sin consentimiento de la mujer (forma más grave), mientras que en el inciso segundo se castiga con menor penalidad el aborto realizado con el consentimiento de la mujer. (Buompadre, 2017).

En ambos supuestos y con distinta penalidad, el hecho se agrava si se produce la muerte de la mujer. En el art. 86, primer párrafo del CP, se castiga el aborto profesional, mientras que en el segundo párrafo se encuentran previstos los abortos impunes: el denominado aborto terapéutico y el aborto eugenésico. El art. 87 del CP contempla el denominado aborto preterintencional y el art. 88, finalmente, prevé la pena de prisión para el auto aborto o la prestación del consentimiento para que otro se lo causare. El último párrafo del mismo precepto, declara la impunidad de la tentativa de aborto de la propia mujer.

1.2.1. Bien Jurídico protegido

El bien jurídico protegido por las distintas figuras de aborto es la vida del feto. En este Título carece de relevancia la protección que se pueda dispensar a otros intereses distintos de la propia vida de nasciturus, como ser la salud de la madre, el interés demográfico de la comunidad, etc., que podrían encontrar efectiva protección en otros lugares del ordenamiento punitivo; lo que importa preservar es la vida intrauterina, cuya tutela no sólo surge desde el propio código penal sino que la vida humana tiene reconocimiento expreso en la misma Constitución Nacional, la cual, a partir de la reforma de 1994, que introdujo los Tratados sobre Derechos Humanos, ha establecido que la protección de la vida debe hacerse, por lo general, a partir de la concepción (art. 75 inc. 22, CN). (Buompadre, 2017). El problema que se presenta consiste en determinar a partir de cuándo estamos en presencia de una vida humana que merezca protección penal. Sobre el particular se han esbozado dos teorías: la teoría de la fecundación, según la cual la vida humana comienza desde que el óvulo es fecundado por el gameto masculino. A partir de este momento, entonces, existe vida humana merecedora de protección penal. La otra teoría, denominada de la anidación, determina el comienzo de la vida humana como objeto de protección penal desde que el óvulo fecundado queda fijado (anidado) en el útero materno, fenómeno que se produce, aproximadamente, a los catorce días desde el momento de la fecundación. Compartimos la idea que sostiene que el objeto de protección en el delito de aborto debe quedar delimitado a partir del momento en que se produce la anidación del óvulo fecundado en el útero de la madre, lo cual implica que la protección penal sólo abarca al embrión y al feto, no así al pre embrión o embrión pre implantatorio (Figari, 2012).

Antes de la anidación, se tiene dicho, no puede hablarse propiamente de vida prenatal; el comienzo del proceso fisiológico de la gestación tan sólo se produce tras la anidación del óvulo fecundado en el útero materno.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación parece haberse inclinado por la primera teoría (teoría de la fecundación), al afirmar que la vida comienza con la fecundación, y que todo método que impida el anidamiento del ovulo fecundado en el útero materno debe considerarse abortivo, motivo por el cual hizo llegar a una acción de amparo interpuesta con el objetivo de prohibir la fabricación, distribución y comercialización de un fármaco que produce tales efectos.¹

Por otra parte, resulta prácticamente imposible la determinación exacta del momento de la concepción. (Carbonell Mateu y González Cussac, 1999). Tal como lo expresa Feijoo Sánchez (2003), la razón relevante para sostener la teoría de que la protección penal empieza con la anidación es de índole político criminal: no extender la intervención del derecho penal hasta límites de dudosa legitimidad o en los que el derecho penal perdería totalmente su eficacia como medio de protección. La cuestión decisiva a efectos del alcance del delito de aborto no es en realidad determinar el momento en el que se inicia la vida, sino cuándo puede y debe comenzar la protección jurídica-penal de la vida (Feijoo Sánchez, 2003). Razones de seguridad jurídica aconsejan aceptar esta conclusión. El criterio de la anidación permite sostener la tesis de la atipicidad en los casos de embriones fecundados in vitro, como en aquellos supuestos de óvulos aún no implantados, cuando al momento de la conducta el feto está muerto (no existe objeto material) o en los casos de embarazos ectópicos o extrauterinos (Feijoo Sánchez, 2003).

1.2.2. Sistemas de regulación del aborto.

Desde una perspectiva histórico-comparativa, se puede establecer la existencia, básicamente, de dos sistemas legales de regulación del aborto: el sistema de prohibición

¹ C.S.J.N. 5/3/2002, "Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", Fallos 325:292.

absoluta y el sistema de prohibición relativa, admitiendo éste último una sub clasificación entre dos modelos de regulación, el sistema del plazo y el sistema de las indicaciones.

- a) *Sistema de la prohibición absoluta.* Según este sistema, toda conducta provocadora del aborto o dirigida a causarlo, debe ser castigada como delito. Son ejemplos de este modelo de regulación legislativa los códigos europeos del siglo 19 y algunos que rigieron durante el siglo 20, v gr. el código español franquista de 1944 y el código penal italiano de 1930 (Código Rocco).
- b) *Sistema de la prohibición relativa.* Para este modelo de regulación, el aborto provocado, en principio, debe ser castigado como delito, aunque admite supuestos excepcionales de impunidad. La gran mayoría de los ordenamientos penales de la actualidad, en especial los de América Latina, se encuentran alineados en éste modelo. El sistema permite dos variantes: la solución del plazo y la solución de las indicaciones.
 - b. a) *Sistema del plazo.* Este sistema supone la impunidad de todo aborto consentido cuando es practicado por un médico y dentro de un plazo establecido legalmente, por lo general dentro del primer período de la gestación, esto es, durante los tres primeros meses del embarazo. Si el aborto debe ser practicado con posterioridad a dicho plazo, el sistema se complementa con ciertas indicaciones que están determinadas de antemano.
 - b. b) *Sistema de las indicaciones.* Es el modelo por excelencia, casi todas las legislaciones del mundo lo han adoptado. Para este sistema el aborto está prohibido como principio general durante todo el período de la gestación, pero se admiten ciertas y determinadas excepciones (indicaciones) que posibilitan la realización del aborto. Han seguido este modelo de regulación, entre otros, Argentina, Paraguay, Brasil, Uruguay, México, El Salvador, Panamá, Suiza, Portugal, Gran Bretaña etc.

Tradicionalmente, las indicaciones son cuatro:

I. *Indicación médica*, también denominada necesaria o terapéutica, según la cual la interrupción del embarazo está permitida cuando persigue evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la madre.

II. *Indicación eugénica*, también conocida como indicación eugenésica o embriopática, y consiste en permitir el aborto cuando se presume que el feto nacerá con graves secuelas físicas y/o mentales.

III. *Indicación ética*, denominada también jurídica, sentimental, humanitaria o criminológica, cuya aplicación presupone que el embarazo ha tenido su origen en un delito de naturaleza sexual, por lo general, el delito de violación.

IV. *Indicación socioeconómica*, supone que el nacimiento habrá de producir graves problemas de tipo social y económico a la embarazada o a miembros del grupo doméstico.

La indicación ha sido receptada por algunos países de Europa Oriental y, en América Latina, por el Uruguay. Tanto un sistema como el otro ofrecen ventajas e inconvenientes, pero la preferencia por uno u otro es, en rigor de verdad, una opción político criminal, aunque como ha mencionado Feijóo Sánchez (2003), el debate se ha centrado demasiado en la cuestión punición-no punición antes que discutir sobre las ayudas que la sociedad está dispuesta a aportar para que una madre no tenga que tomar la decisión de abortar. Dependerá del legislador ordinario escoger la mejor solución para brindar una eficaz protección a un bien jurídico como la vida prenatal.

Estructura Típica. El aborto es un delito de lesión, instantáneo y de resultado material, cuya estructura exige la concurrencia de tres elementos que son comunes a todas las figuras de

aborto previstas en el Código Penal: a) una mujer embarazada, b) existencia de un feto y c) la muerte del feto. Puede cometerse por acción o por omisión (impropia).

1.3. Evolución histórica de la figura del aborto en la legislación argentina.

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

En el año 1906 se presentó un proyecto que permaneció durante un largo tiempo sin consideración legislativa, hasta que se lo tomó como base en la elaboración del denominado “Proyecto de 1917”.

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

El artículo 86 del Código Penal, determinaba los casos en los que el aborto se encontraba despenalizado.

Según la segunda parte de este artículo, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible, en primer lugar, 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; y, en segundo lugar, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Jiménez de Asúa (1942) expresa que, desde su sanción, el artículo arriba mencionado, provocó diversas discusiones; debate que aún se mantiene hasta nuestros días.

Es Soler (1976) quién explica que, en el año 1968, con el fin de aclarar las dudas sobre el alcance de las excepciones contenidas en el artículo 86 del CP, y siguiendo el proyecto de 1960 elaborado por él mismo, el decreto ley 17.567 introdujo el requisito de gravedad del peligro en el inciso 1°. Además de eliminar del inciso 2° la frase “o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”, incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada.

La reforma agregó, además, el requisito de que “cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente” sería necesario “el consentimiento de su representante legal”. Los cambios introducidos confirmaron que la norma establecía una permisión genérica del aborto en caso de violación, lo cual resultaba justo e igualitario, y la particularidad sobre la necesidad de representación legal en el caso de violación de la mujer “idiota o demente” o de la mujer menor de edad.

Estas modificaciones fueron dejadas sin efecto en el año 1973 por la ley N° 20.509. De este modo, la redacción original del año 1921 retomó su vigencia.

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

Con posterioridad, en el año 1984, el gobierno democrático dictó la ley N° 23.077 que dejó sin efecto en forma general las reformas introducidas al CPN por la dictadura. Así, el artículo 86 volvió a su versión original, que se mantiene hasta nuestros días.

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

Desde el año 1984 a la fecha, se presentaron ante el Congreso de la Nación una notable cantidad de proyectos de reformas a la ley actual. Éstos derogaban figuras del aborto no punible

previstos en el art. 86 del CP, algunos apuntaban a mejorar su redacción y otros propusieron legalizar el aborto reglamentando su ejercicio, pero ninguno ha logrado ser sancionado como tal.

Conclusión parcial

El aborto es una figura jurídica que se encuentra legislada por el CP, más específicamente en los artículos 85, 86, 87 y 88 de dicho código.

Si bien dicho cuerpo normativo no brinda un concepto de la figura, la OMS expresa que el aborto es la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno.

Dicha organización también expresa que existen a nivel mundial tres tipos de abortos: el espontáneo, el inducido y el inseguro.

En cuanto a la naturaleza jurídica del aborto, el mismo se trata de un “*delito contra la vida de las personas*”, consagrado en el CP (1921). El bien jurídico protegido por las distintas figuras de aborto es la vida del feto. Sin embargo, en el art. 86 del CP se establecen casos excepcionales los cuales no son punibles².

Históricamente, la figura del aborto estuvo legislada en el CP a partir del año 1987. En un principio se condenaba la práctica, no previendo ningún tipo de excepciones a la regla, hasta que en el año 1919 se introdujeron formas de impunidad a la figura, formas que con el paso del tiempo sufrieron algunas modificaciones, pero a partir del año 1984 retomaron su redacción original de 1919 y se mantiene así hasta la actualidad.

² **Artículo 86.-** “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

CAPÍTULO II

LA PROBLEMÁTICA DEL ABORTO EN LA ACTUALIDAD

Introducción

Ahora, ya habiendo cumplido con los objetivos específicos del capítulo primero, donde se analizó la figura del aborto y sus características, se está en condiciones de abordar en el presente capítulo la situación problemática en torno a su legalización.

En los últimos años, diferentes agrupaciones y asociaciones de todo el país se han movilizado solicitado a los legisladores la despenalización de la práctica del aborto inducido y su consecuente legalización.

El objetivo específico del presente capítulo será investigar cuales son las posiciones que se han generado en torno a este debate, y cuáles son los fundamentos que sostiene cada una de ellas. También se realizará una distinción entre los derechos de la mujer, por un lado, y los derechos del niño por nacer, por el otro.

2.1. Opiniones a favor y en contra de la legalización del aborto.

En las últimas décadas, la legislación sobre el aborto se ha ido modificando en casi todos los países, con una tendencia general a que el acceso a la práctica sea cada vez menos restrictivo.

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

Sumado a los impedimentos legales que favorecen la clandestinidad del aborto, los niveles de uso de métodos anticonceptivos modernos suelen ser muy bajos, y la educación sexual podría considerarse casi inexistente, según un cuestionario complementario de las pruebas *Aprender*.

Ya pasaron trece años de la sanción de la ley 26.510 en el 2006. Dicha ley dejaba asentado que "todos los educandos tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos de gestión estatal y privada". Los años pasaron y la sensación fue siempre la misma: que la ley no se estaba aplicando. Desde 2017 se empezó a relevar en forma más concreta y la presunción quedó confirmada. Tanto que en el cuestionario complementario de las pruebas *Aprender*, cuando se preguntó por temas que la escuela debería abordar, pero no lo hace, el 79% de los estudiantes de secundaria dijo que falta educación sexual y el 76% que falta abordaje sobre violencia de género (Fernandez, 2018).

En la República Argentina coexiste en torno a esta problemática dos posiciones contrapuestas. Por un lado, se encuentran las organizaciones "PROVIDA", vinculadas directamente con la Iglesia Católica, cuyo máximo referente a nivel nacional es la Conferencia Episcopal Argentina, las cuales van a proclamar la protección de la vida humana, especialmente la vida del niño por nacer. Dentro de esas organizaciones "PROVIDA", también se encuentran

organizaciones religiosas cristianas evangélicas. Entre los fundamentos de estas organizaciones en contra del aborto y a favor de la vida, se encuentran las siguientes: principalmente argumentan que el aborto vulnera la norma constitucional desde la perspectiva del derecho y en lo concerniente a la salud, afirman que el aborto posibilita enfermedades tales como trauma postaborto, estrés severo e infecciones puerperales.

En el lado opuesto se encuentran las organizaciones “*PRO-ELECCIÓN*”, las cuales apoyan la aprobación de una ley que legalice el aborto. Estas organizaciones están nucleadas en la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Cuentan con la adhesión de más de 300 organizaciones de distintos puntos del país.

Incluye movimientos sociales, sindicatos y agrupaciones científicas, académicas y de derechos humanos. Entre ellas, también se encuentra “Católicas por el Derecho a decidir”, una organización compuesta por mujeres católicas y feministas, que se encuentran en disidencia con la posición de la doctrina moral contenida en el Catecismo de la Iglesia. “Estamos convencidas que se puede profesar la fe católica y estar a favor de la legalización del aborto” (Católicas por el Derecho a Decidir, 2016). Diversas autoridades eclesíásticas han expresado que dicha asociación no pertenece a su credo.

En este grupo de organizaciones a favor del aborto legal seguro y gratuito, se destacan el Colectivo de Actrices Argentinas quienes a través de la difusión de diversos videos, campañas, publicidades y encuentros, manifiestan su postura a favor de que dicha ley sea prontamente sancionada, visibilizando su reclamo a través del uso de un pañuelo verde.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, 2018) expresa que es necesario legalizar el aborto por las siguientes razones:

No existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna disposición que se pueda invocar para sostener que el Estado argentino debe reconocer un derecho absoluto a la vida desde la concepción. La despenalización y la legalización del aborto temprano no vulneran nuestras

leyes ni el derecho internacional. En cambio, sostener la respuesta penal para resolver cuestiones de salud y lesionar autonomías, va en contra de distintas convenciones de derechos humanos. (CELS, 2018).

CELS (2018) expresa que el número de abortos muestra el poco o nulo efecto disuasorio que tiene la penalización en la decisión de las mujeres. Al mismo tiempo, si lo que se busca es proteger al embrión, la penalización no es un medio efectivo. Su protección puede lograrse mediante políticas públicas que sean, a la vez, consistentes con los derechos de las mujeres.

Para CELS (2018), la penalización solo hace que:

- Los abortos sean clandestinos.
- Se practiquen en forma insegura.
- Aumente la mortalidad de las mujeres pobres y jóvenes.

En marzo de 2019, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU dijo que “Todos los individuos y grupos, incluyendo jóvenes y adolescentes, tienen derecho a información basada en la evidencia sobre todos los aspectos de la salud sexual y reproductiva, incluyendo salud materna, aborto seguro y atención posaborto”. La desinformación y las restricciones en el acceso a la información sobre salud sexual y reproductiva son una violación a los derechos humanos.

Otra de las razones que expone CELS (2018) para posicionarse a favor de la legalización del aborto es que la falta de acceso de las mujeres en situaciones de embarazo no deseado a servicios de salud en condiciones de igualdad, dignidad y seguridad es discriminatoria porque afecta únicamente a las mujeres. Es decir que se contraponen a los artículos 1 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

La falta de garantía del Estado para el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos reproductivos viola los derechos de las mujeres a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral, a la autonomía, intimidad, dignidad y a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Según la ONU (2019): “la promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud”.

Es preciso destacar que en los países cuya legislación permite el aborto con un modelo de indicaciones amplias, las complicaciones derivadas de un aborto inseguro son menores que en los lugares donde el aborto legal está más restringido, tal como afirma la Organización Mundial de la Salud.

En la Argentina, según cifras de la CEPAL (2018), se estima que se realizan un promedio de entre 486.000 y 522.000 abortos clandestinos al año (lo que equivale a más de un aborto por cada dos nacimientos) y cada año el sistema de salud registra más de 50.000 internaciones en hospitales públicos de todo el país a causa de abortos inseguros. Desde hace dos décadas el aborto ocupa el tercer lugar entre los egresos hospitalarios por causas relacionadas con el embarazo, parto y puerperio a nivel nacional.

En la Argentina el aborto inseguro es un grave problema de salud pública, que implica serios riesgos para la salud y la vida de miles de mujeres (CELS, 2018). En los últimos treinta años, las complicaciones derivadas de abortos practicados en condiciones de riesgo son la primera causa de mortalidad materna y representan un tercio del total de esas muertes. Las estadísticas del quinquenio 2007-2011 muestran que 23% de las muertes derivaron de abortos inseguros. En la actualidad, el aborto continúa siendo la principal causa de mortalidad materna en más de la mitad de las provincias del país.

El informe de CELS (2018), afirma que una gran cantidad de mujeres que tienen derecho a un aborto legal y seguro no puede acceder a él por el estigma alrededor de la práctica.

Los estereotipos alrededor de la maternidad y la construcción social alrededor del aborto derivan en discriminación hacia las mujeres que deciden sobre su capacidad reproductiva. A más de dos años del fallo “F.A.L.” se reiteran los casos en los que se dificulta o impide el acceso al aborto no punible por intervenciones ilegales de operadores judiciales, abogados y efectores sanitarios, y empujan a las mujeres a la clandestinidad.

Algunos de los obstáculos que se les presentan son: mala fe de algunos profesionales y funcionarios, desconocimiento del derecho vigente, falta de información jurídica de los profesionales de la salud que temen una sanción penal, abuso de la objeción de conciencia con tolerancia estatal, comentarios reprobatorios del personal de salud, violencia institucional contra las mujeres en estas situaciones. Otra de las razones en las que se sustenta el CELS para estar a favor de la legalización del aborto es que las últimas estadísticas oficiales de 2013, muestran que 245 mujeres murieron por causas relacionadas con el embarazo. El 25% de ellas fue por causas obstétricas indirectas (mujeres que fallecieron por un problema de salud que se agravó como consecuencia del embarazo, parto o puerperio). La muerte de muchas de estas mujeres era evitable con políticas de consejería integral en anticoncepción (que ayudan a prevenir embarazos riesgosos – y con asesoramiento – una vez embarazadas) sobre los riesgos de llevar adelante la gestación y su derecho a interrumpir el embarazo en condiciones legales y seguras.

Otro fundamento es que las mujeres de nivel socioeconómico medio y alto acceden a una atención sanitaria adecuada y segura y, en general, no sufren complicaciones postaborto. Las de bajos recursos, en muchos casos adolescentes, se encuentran obligadas a exponerse a intervenciones en la clandestinidad y en condiciones sanitarias precarias.

Los índices más altos de mortalidad de mujeres causada por abortos se registran en las regiones del Noreste y el Noroeste de nuestro país: regiones con elevados porcentajes de pobreza. Por otra parte, se estima que, del universo de abortos realizados en hospitales públicos,

alrededor del 15% corresponden a adolescentes y niñas menores de 20 años, y un 50% a mujeres de entre 20 y 29 años.

Las mujeres que solicitan un aborto no punible son víctimas de juicios reprobatorios y maltrato institucional: se les niega la práctica y las dejan libradas a su suerte, intentan convencerlas de que desista, sufren intervenciones ilegales de operadores de la justicia y abogados que intentan impedir que aborten (CELS, 2018).

Estas situaciones son formas de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, tal como lo estableció el Comité de Derechos Humanos en el caso L.M.R. contra la Argentina. La CSJN en el caso “F.A.L.” consideró que los “procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo (...) puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3° y 6° de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

En los países que tienen una legislación restrictiva de acceso al aborto, el mercado moviliza cifras multimillonarias por abortos clandestinos (a través de los abortos quirúrgicos y la comercialización de pastillas de misoprostol o mifepristona) (CELS, 2018). Es decir que la penalización del aborto valida un mercado no regulado y clandestino que lucra con la vida, la salud y la autonomía de las mujeres.

El misoprostol fue declarado “medicamento esencial” por la OMS. Es indispensable que la provisión de un medicamento de ese tipo no quede librada a las reglas del mercado.

En términos de política criminal, la penalización del aborto es ineficaz para proteger la vida del feto. La persecución penal a las mujeres es una forma de estigmatización escrita dentro del Código Penal. Además de reforzar estereotipos sobre la crianza y cuidado de los y las niñas, negar a las mujeres la decisión sobre si tener o no hijos y el control sobre cuándo ser madre, agrava las desigualdades de género en la vida educativa, cultural, económica y política.

Mantener la penalización del aborto es contrario a la construcción de sociedades igualitarias. Un primer paso para la igualdad de género es que las mujeres tengan control sobre su capacidad reproductiva, que incluye acceso a la anticoncepción y al aborto seguro. La soberanía de las mujeres sobre sus cuerpos es clave para lograr la igualdad (Pantelides y Mario, 2009, p.23).

2.2. Derechos de la mujer Vs. Derechos del niño por nacer.

La cuestión de la legalización del aborto ha generado intensos debates, los cuales han dado lugar al nacimiento de dos corrientes opuestas. Por un lado, se encuentran quienes sostienen que es correcta la penalización del aborto inducido, centrando la atención en el derecho a la vida del niño por nacer. Por otro lado, se encuentran quienes ponen el acento sobre el derecho de elección de la mujer, enfatizando en que se debe modificar la legislación de forma tal que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en grave peligro sus vidas.

¿Cuándo la gente dice que no se trata de muerte o un asesinato, se está engañando a sí misma? Esta es una pregunta de particular interés ya que en esta discusión hay dos modos de entender lo lícito o ilícito del acto, más allá de cualquier creencia religiosa. Depende en donde se ponga el acento, si en el derecho a la vida de un niño, o en los derechos de una mujer. Los que están a favor del aborto argumentan que las mujeres deben ser libres de elegir, por lo tanto, ponen el acento en los derechos de las mujeres. Los que están en contra piensan en el derecho a la vida, en el derecho a nacer como uno de los derechos fundamentales de los seres humanos. Si escuchamos las discusiones siempre se resumen en estos dos bandos. Entonces, al ser dos perspectivas muy diferentes, sería importante que se tengan en cuenta e integrarlas a la hora de hacer las leyes y legislar (De Laurentis, 2012, p.15).

El presente trabajo no tiene como propósito realizar un juicio de valor sobre una u otra postura, sino conocer las distintas posiciones.

2.3. Ley de interrupción voluntaria del embarazo, ¿Qué dice el proyecto?

La Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito presentó la iniciativa para que la ley sea tratada por octava vez. A catorce años de su creación, la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito volvió a presentar su proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria de Embarazo (IVE) ante el Congreso de la Nación para su tratamiento y posterior aprobación.

Minuciosamente redactado (se tomó en cuenta la media sanción de 2018 y hubo intercambios y sugerencias de las regionales de las distintas provincias), el nuevo texto, de 20 artículos en total, contiene modificaciones con respecto a lo que se debatió en el año 2018 y agrega algunos conceptos que buscan contemplar todas las situaciones y dificultades que se enfrentan a la hora de realizar una interrupción voluntaria del embarazo. El nuevo texto de la ley se aprobó el día 16 y 17 de marzo de 2019 durante una asamblea Plenaria realizada en la Universidad Nacional de Córdoba, a la que asistieron 190 representantes de todo el país.

El primer artículo se refiere al sujeto que contempla la ley. Ahora, será "toda mujer u otras identidades con capacidad de gestar" las que tendrán el derecho a una IVE. Se puede acceder a la práctica hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

En el artículo tercero, donde se habla de las definiciones, se deja en claro que "interrupción voluntaria del embarazo" y "aborto" son considerados términos equivalentes y que "salud integral" debe interpretarse "sin excepción" como lo hace la Organización Mundial de la Salud (OMS): un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades. También agrega que las expresiones "mujer u otras identidades con capacidad de gestar" y "mujer o persona gestante" son equivalentes.

Sobre la posibilidad de abortar pasadas las catorce semanas, se mantiene el derecho de hacerlo si el embarazo fuera producto de una violación -con el solo requerimiento y la declaración jurada de la persona ante el/la profesional o personal de salud interviniente- o si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la mujer o persona gestante.

En el artículo quinto se especifican los plazos y condiciones de la práctica. La mujer o persona gestante deberá acceder al aborto en un plazo máximo de cinco días desde que lo requiera y tiene derecho que suceda supervisada por un/a profesional o personal de salud. Además, si ocurriera en un establecimiento de salud, sus autoridades deben garantizar la realización de la práctica sin requerir autorización judicial previa.

Otro punto clave aparece en el artículo sexto y se refiere a la información que debe recibir la mujer previo a realizar la práctica: "Debe ser objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible, científica, actualizada y laica de manera tal que garantice la plena comprensión de la persona". Aquí también queda descartada la objeción de conciencia, un elemento muy debatido en 2018 en el Congreso y que se volvió controversial porque habilitaba a los médicos o instituciones de salud a negarse a realizar un aborto alegando sus creencias personales y/o religiosas.

Como lo que busca la Campaña es que a nadie se le pueda negar el acceso a la IVE, decidieron no incluir la objeción en el proyecto. En ningún caso puede contener consideraciones personales, religiosas o axiológicas de los/las profesionales o personal de salud ni de terceros/as (Shaw, 2019).

El artículo noveno enmarca los requerimientos para llevar a cabo la IVE según la edad de cada persona que lo solicite. "Esto es fundamental, sobre todo por la gran cantidad de casos que hay de menores de edad y los hospitales o profesionales de la salud que no acceden a realizarlo" (Shaw, 2019). En el caso de las menores de trece años, la ley indica que "se requerirá su consentimiento informado con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as o

representante legal". En cambio, si quien quiere realizarse un aborto es una persona adolescente de entre trece y dieciséis años, "se presume que cuenta con aptitud y madurez suficientes para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento". El consentimiento de los padres será requerido en aquellos casos en que esté en riesgo grave la salud o la vida de la mujer o persona gestante, por condición preexistente, circunstancia que deberá constar en la historia clínica. Además, se estipula que en caso de existir intereses contrapuestos entre la persona adolescente y el/la adulto/a responsable, será el/la profesional o personal de salud interviniente quien deberá decidir. Por último, incluye que "la persona mayor de dieciséis (16) años tiene plena capacidad para ejercer los derechos que otorga la presente ley".

El artículo décimo primero trae una novedad importante: el derecho al aborto deberá estar incluido en el Plan Médico Obligatorio. De este modo, se exige que "todos los agentes y organizaciones que brinden servicios médico-asistenciales a las personas afiliadas o beneficiarias deben incorporar la cobertura integral y gratuita de la interrupción voluntaria del embarazo". Esto incluye al sector público, privado, obras sociales y prepagas.

En el artículo décimo segundo aparece uno de los reclamos más importantes por parte de la Campaña: la Educación Sexual Integral (ESI). Dicho artículo establece que el Estado, la ciudad de Buenos Aires y el resto de las provincias deben implementar la Ley 26.150 desarrollando la problemática del aborto: "Debe ser enseñado como un derecho de las mujeres y personas gestantes, a través de contenidos científicos, laicos, confiables, actualizados y con perspectiva de género que puedan fortalecer su autonomía. Deben incluirse los contenidos respectivos en el currículo de todos los niveles educativos, independientemente de la modalidad, entorno o ámbito de las instituciones educativas, sean estas de gestión pública estatal, privada o social".

Del artículo 13 hasta el 17 se incluyen las modificaciones al Código Penal. Se pretende sustituir el artículo 85 del CP y, a partir de esta ley, comienza a penar con prisión de tres a diez

años a quien realice un aborto sin consentimiento de la mujer. Además, se eleva la pena a quince años si, como producto de la práctica, la mujer o persona gestante muriera.

También se agrega el 85 bis, que "apunta a castigar a la autoridad de un establecimiento de salud, profesional o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados". La pena indicada es prisión de tres meses a un año. Se eleva a de uno a tres años si se genera perjuicio de la salud de la mujer y a cinco años si le causa la muerte.

Asimismo, se sustituye el artículo 86 del CP y se lo modifica para establecer que no es delito que una mujer o persona gestante aborte hasta la semana 14 de gestación e incluye las dos excepciones para hacerlo pasado ese plazo: la violación o que corra riesgo la vida de la persona.

El artículo 87 del CP también se lo cambia y comienza a reprimir con prisión de seis meses a dos años a quien, con violencia, causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la mujer o persona gestante fuere notorio o le constare.

Finalmente, se sustituye el artículo 88 del CP, el cual establece que "la mujer o persona gestante que causare su propio aborto o consintiere en que otro/a se lo causare en ningún caso será penada".

Conclusión parcial

En la República Argentina coexiste en torno a la problemática de la legalización del aborto dos posiciones opuestas. Por un lado, se encuentran las organizaciones “PROVIDA”, quienes defienden el derecho del niño por nacer a partir del momento de la concepción, expresando que es correcta la penalización del aborto a partir de ese momento; y por el otro se encuentran las organizaciones “PROELECCIÓN”, las cuales apoyan la aprobación de una ley que legalice el aborto, enfatizando en el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo y en la libertad de elección. Ambas organizaciones poseen sus fundamentos desde la perspectiva del derecho y de la salud.

CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA VIDA DEL NIÑO POR NACER. ANÁLISIS NORMATIVO

Introducción

En el presente capítulo se realizará un análisis de tipo jurídico sobre el derecho a la vida que tienen todos los niños en la legislación argentina.

Después de haber analizado el capítulo segundo, podemos ver que hay dos posiciones con respecto a la legalización del aborto. Por un lado, están quienes se inclinan por repudiar la práctica del aborto, basando su fundamento en el derecho a la vida que posee toda persona por nacer. Por el otro lado, tenemos a quienes defienden la legalización de la práctica del aborto basando su fundamento en el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo y en la libertad de elección que ésta posee.

Frente a esta situación controvertida, es necesario remitirnos a los cuerpos legales que forman parte de nuestro sistema jurídico, a los fines de analizar de qué forma se encuentra legislado lo referido a la vida de las personas en cada uno de ellos.

Específicamente se analizarán los Tratados Internacionales que fueron constitucionalizados a partir de la reforma de la CN en el año 1994.

Con posterioridad se señalarán los artículos de la CN que hacen alusión a la defensa del derecho a la vida de las personas por nacer.

Se examinará también a partir de qué momento el niño posee el derecho a la vida. Esta es una discusión de larga data, pero que con la sanción del nuevo CCyC en el año 2015 ya no quedan dudas al respecto. Esto es importante ya que determina el momento a partir del cual la vida de una persona recibe la protección del CP.

3.1. El niño por nacer en los Tratados Internacionales.

La República Argentina ha ratificado numerosos tratados internacionales, los cuales adquirieron jerarquía constitucional a partir de la reforma de la CN en el año 1994.

Tanto la CN como aquellos Tratados Internacionales con rango constitucional son la base de la legalidad en nuestro país. Ninguna sentencia judicial, cuya última instancia es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede violar ninguno de los principios que en ellos se establecen.

La interrupción del embarazo y su juridicidad es un asunto que se debate no sólo en el ámbito del derecho interno, sino que también ha sido objeto de controversia en el derecho internacional, particularmente en el derecho internacional de los derechos humanos. Las posiciones defendidas por diversos sectores van desde quienes sostienen que el derecho internacional proscribe en forma absoluta, o quasi absoluta, el aborto, a aquellas que afirman que éste constituye un derecho de la mujer, al menos, bajo determinadas circunstancias (Meza-Lopehandía, 2016).

Sin perjuicio de lo anterior, este trabajo busca clarificar qué ha dicho el derecho internacional en esta materia, particularmente el derecho internacional de tratados.

El aborto, en tanto acción de interrupción voluntaria del embarazo, no está tratado explícitamente en los tratados internacionales de derechos humanos, ni como derecho, ni como prohibición. Sin embargo, esto no significa que el derecho internacional no diga nada al respecto. De hecho, lo hace de forma indirecta, al consagrar derechos como la vida o los derechos de la mujer, y en forma directa, a través de la evaluación de situaciones concretas que realizan los organismos y tribunales internacionales. La discusión en torno al aborto se ha centrado en la determinación del alcance e intensidad de la protección al derecho a la vida,

cuya importancia en el entramado del derecho internacional está fuera de duda³, pero cuya vigencia puede entrar en tensión con otros derechos, particularmente, con los de la mujer embarazada. En este sentido, lo primero que cabe establecer es si la protección de la vida en el derecho internacional alcanza al que está por nacer, y si lo hace, en qué medida y desde qué momento. Luego, cabe revisar el modo en que éste resuelve el conflicto que dicha protección puede suscitar respecto de los derechos de la progenitora (Meza-Lopehandía, 2016).

Para contribuir a dilucidar esta pregunta, se revisarán los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

3.1.1. El niño por nacer en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre del año 1948, en París.

El derecho a la vida está reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos, incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), que, aunque carece del estatus de un tratado internacional, es considerado como uno de los pilares del moderno sistema universal de derechos humanos, proveyendo un marco para el reconocimiento internacional de los derechos y libertades fundamentales (Humphrey, 1975).

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

³ Basta examinar el contenido de los principales instrumentos internacionales, para constatar su importancia. Art. 3 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); art. 6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 4 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); y art. 2 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se trata de “un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos” (Corte IDH, 1999: párr. 144).

En su artículo 1° expresa que “*todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”.

3.1.2. El niño por nacer en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.

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

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

Históricamente, fue éste el primer acuerdo internacional celebrado sobre Derechos Humanos. La misma, en su 1° artículo, al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que “*todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”.

3.1.3. El niño por nacer en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, el 19 de diciembre del año 1966. Nuestro país ratificó dicho pacto en el año 1986 por medio de la Ley N° 23.313.

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

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), es uno de pilares del sistema universal de derechos humanos (Humphrey, 1975).

Respecto al tema en cuestión, el Pacto, en su art. 6, inc. 1º expresa 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 (...).*”

3.1.4. El niño por nacer en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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

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

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) fue el primer instrumento internacional, aunque de alcance regional, en hacer algún tipo de reconocimiento al que está por nacer (Meza-Lopehandía, 2016).

En su artículo 4.1 se consagra el Derecho a la Vida y el mismo reza:

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

Esta disposición ha sido frecuentemente citada por los que sostienen la existencia de una prohibición internacional del aborto a partir del reconocimiento de la personalidad jurídica del nonato (Joseph, 2009; De Jesus, 2011; Paúl, 2012).

3.1.5. El niño por nacer en la Convención sobre los Derechos del niño (Nueva York, 1989)

En el año 1990 en la República Argentina se sancionó la Ley N° 23.849, a través de la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de noviembre del año 1989 en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos. En la misma se declara que los niños gozan de los mismos derechos que los adultos, y se resaltan aquellos derechos que derivan de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de una protección especial.

La Convención de Derechos del Niños de 1989 (CDN) es el primer tratado internacional, con vocación universal, en aludir expresamente a la protección de un ser humano aun antes del nacimiento. De hecho, en su preámbulo declara que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (Meza-Lopehandía, 2016).

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

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

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

3.1.6. Los derechos de las mujeres en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), es un tratado internacional que establece un catálogo de derechos fundados en el principio de igualdad y un programa de acción dirigido a los Estados para alcanzar la plena igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

Este instrumento reafirma los derechos civiles y políticos de la mujer, y en general, su condición jurídica y social. Además, trata la cuestión de los derechos reproductivos y la importancia de los factores culturales para el ejercicio efectivo de los derechos humanos por parte de las mujeres. Entre los derechos específicos reconocidos a las mujeres, está el de “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (art. 16.e). Este derecho es considerado como un fundamento general de los derechos reproductivos (Copelon y otras, 2005). Su íntima conexión con el derecho igualitario a la vida, ha motivado la preocupación del Comité CEDAW por el aborto, particularmente respecto de los países que cuentan con legislaciones estrictamente prohibitivas. En sus informes de países, el Comité ha mostrado una gran preocupación por las tasas de mortalidad maternal debida a condiciones inseguras de aborto, enmarcando así el problema como una cuestión de derecho a la vida. Por lo mismo, ha llamado en diversas ocasiones a los Estados a revisar sus leyes antiaborto (Meza-Lopehandía, 2016).

Si bien la CEDAW no contiene una norma expresa en que autorice o prescriba el aborto como ejercicio de un derecho humano de la mujer, el Comité ha interpretado que existe una exigencia en tal sentido bajo ciertas circunstancias, fundándose en la protección de la vida e integridad física y síquica de las mujeres. Por lo mismo, ha señalado en reiteradas oportunidades su preocupación por la existencia de legislaciones excesivamente restrictivas en

materia de aborto, particularmente respecto de los casos de violación, incesto y riesgo para la salud o vida de la madre (Meza-Lopehandía, 2016).

3.2. La Constitución Nacional y sus impedimentos para la legalización del aborto.

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

Tan inherente a nuestra cultura ha sido el derecho a la vida, que se fue consagrado en nuestra Constitución a lo largo de todo su articulado.

Si bien éste derecho no está expresamente enunciado en la Constitución Nacional, a través de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de sus preceptos, resulta claro que este atributo integra el concepto del ser humano objeto de la regulación constitucional, con la consecuente obligación del Estado y de los particulares de velar por ella. Sin vida no existe el hombre, ni la libertad, ni la dignidad que le garantiza el texto constitucional. Sin el amplio reconocimiento de la libertad natural de vivir, no existe una constitución personalista (Badeni, 2006).

La tutela del derecho a la vida es tan absoluta que constituye el eje central de nuestro ordenamiento jurídico. Está protegido en las normas básicas y fundamentales de nuestra Constitución. Esta tutela se ha reforzado en la Reforma Constitucional de 1994 y en la suscripción de numerosos Tratados y Declaraciones internacionales que se han constitucionalizado (Badeni, 2006).

La jurisprudencia de la CSJN, ha sostenido al respecto, que el derecho a la vida es el *“primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que*

resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes” (Fallos: 302:1284 y 310:112).

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

3.2.1. Artículo 14 bis. - La protección integral de la familia.

Si bien *a priori* no parece estar relacionado éste artículo con el tema en cuestión, es de suma importancia destacar que dicho artículo encomienda al Estado la reglamentación de una ley para la *protección integral de la familia* (Art. 14 bis, CN, 1994), lo que no es menor, ya que al hablar de aborto estamos hablando de impedir el desarrollo y posterior nacimiento de un hijo, y considerando su estado de indefensión, resulta de suma importancia una protección especial.

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

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

Esto no impide que puedan existir ciertos casos que merezcan ser exceptuados y que no estén incluidos expresamente dentro de las permisiones que hace el código penal, como sería el caso de un embarazo resultado de una violación a una mujer que no sea demente ni idiota (C.S.J.N. “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 2012).

3.2.2. Artículo 16 - La igualdad ante la ley.

Este artículo garantiza la igualdad de todos los habitantes de la Nación argentina ante la ley, (Art. 16, CN, 1994), es decir que, si bien es cierto que se ha desconocido muchas veces el carácter de persona al embrión humano, resulta éste merecedor de los mismos derechos que cualquier individuo, ya que éste tema ha sido muy debatido, pero posteriormente aclarado no solo a nivel nacional sino también mundial.

Al respecto, Serra (1998) explica:

Que el embrión desde su primer instante de vida, lo cual en embriología se denomina “cigoto” es un ser vivo, distinto de su madre, perteneciente a la especie humana. “El nuevo ser, producto de la fusión de los gametos masculinos y femeninos, no es una simple suma de los códigos genéticos de los padres, se trata de una nueva persona, que no existía hasta entonces, ni se repetirá jamás” aclara el genetista. El cigoto por lo tanto supone el inicio de un nuevo ciclo vital es decir de un nuevo ser humano, esto es un dato irrefutable desde el punto de vista científico (Serra, 1998, p.34).

Según estipula el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), la existencia de la persona humana comienza desde el momento de la concepción, con lo cual se puede inferir que la persona por nacer, desde ese preciso momento goza de todos los derechos reconocidos por la ley, al igual que cualquier habitante de la Nación, sin ningún tipo de discriminación.

3.2.3. Artículo 29 - La protección de la vida.

El derecho a la vida es un derecho inalienable y por ninguna causa puede quedar en manos de aquellas personas que detentan el poder estatal. Así lo determina la constitución al manifestar que *el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos.* (Art. 27, CN, 1994).

3.2.4. Artículo 33 - El derecho a la vida y su disponibilidad.

El primero y fundamental de los derechos del hombre, el derecho a la vida, se ha constitucionalizado en el Estado Argentino en forma implícita en este artículo. Está presupuesto en esta "cláusula residual", al establecer que *las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno* (Art. 33, CN, 1994) y esto es así, ya que sin vida humana no se puede ejercer ningún derecho.

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

3.2.5. Artículo 43 - Acción de Amparo. Declaración de inconstitucionalidad.

Según establece éste artículo, se podría interponer *acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*, (art. 43, CN, 1994) solicitando la declaración de inconstitucionalidad, en el caso hipotético en que se sancionara una ley que legalice el aborto, ya que no sólo la CN, a través de su art. 75 inc. 22, sino también nuestro CCyC establece claramente que *“la existencia de la persona humana comienza con la concepción”* (Art 19, CCyC, 2014).

3.2.6. Artículo 75 - Atribuciones del Congreso.

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

3.2.6.1. Inciso 19 - La garantía del desarrollo humano.

Éste inciso encomienda, entre otras, la tarea de *proveer lo conducente al desarrollo humano* (Art. 75 inc. 19, CN, 1994), y como se ha demostrado, el aborto, salvo ciertas excepciones, atenta contra dicho desarrollo.

La ilegitimidad del aborto inducido se fundamenta en un rechazo generalizado a la posibilidad de atentar contra la vida de los seres humanos indefensos, o lo que es peor, contra la vida de los propios hijos. La supresión del derecho a la vida implicaría la eliminación de todos los demás derechos, ya que aquel es el presupuesto de todos ellos.

3.2.6.2. Inciso 22 - Jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales.

Por su parte, este inciso otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales *en las condiciones de su vigencia*. Establece también que éstos *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, CN, 1994).

Dichos tratados reconocen la personalidad del ser humano desde el momento mismo de la concepción. Así ha quedado sentado tanto en la Ley N° 23.849 de la Convención de los Derechos del Niño, como los artículos 1° y 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 6° inc. 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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

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

Bien como lo explicó Badeni (2006), el ordenamiento jurídico argentino no autoriza el aborto y quien esté en desacuerdo con tal normativa, debe denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Derechos del Niño y propiciar la reforma constitucional modificando el alcance de éste artículo, así como también la esencia personalista de la Ley Fundamental; pero mientras ello no acontezca, y tal como ocurre en un Estado de Derecho, la ley nos impone el deber de defender el derecho a vivir del niño desde que comienza su existencia, o sea desde la concepción.

3.2.6.3. Inciso 23 - El pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales.

Nuevamente a nivel constitucional, este artículo reconoce la personalidad del niño por nacer, al encomendar al Congreso de la Nación el dictado de un régimen de protección del niño en situación de desamparo, durante toda la duración del embarazo (Art. 75 inc. 23, CN, 1994).

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

El jurista y ex integrante de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Rodolfo Barra (1996), en su obra “*La protección Constitucional del Derecho a la Vida*”, sostiene que, de esta manera, en nuestra Constitución Nacional y a través de los Tratados constitucionales, la protección del derecho a la vida (*a partir de su momento inicial, la concepción del embrión humano*) alcanza un grado total de fortaleza, que en complementación con lo dispuesto en la segunda parte del art. 75 inc. 23 del texto constitucional (*que, si bien destinado a otra finalidad, tiene una enorme trascendencia interpretativa a los efectos que aquí interesan*) nos coloca entre las naciones más avanzadas en esta materia tan sensible y crucial para la defensa integral de los derechos humanos.

3.3. Código Civil y Comercial de la Nación - Limitación del derecho al aborto.

Un tema que ha generado mucho debate es determinar si el niño por nacer es considerado una persona. A nivel legislativo el comienzo de la existencia de la persona humana es una cuestión que no plantea dudas, pues el Código Civil y Comercial de la Nación⁴ (en adelante CCyC) trata la cuestión de la persona física y el comienzo de su existencia de manera concluyente. Al respecto, establece que “*la existencia de la persona humana comienza con la concepción*” (Art. 19, CCyC, 2014).

El CCyC define el momento desde el cual se considera que se es persona humana como centro de imputación de efectos (derechos y deberes) jurídicos en el ámbito civil. Éste señala que el comienzo de la existencia de la persona humana acontece desde la concepción. No aclara que se entiende por concepción cuando se trata de personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida (también conocidas por su sigla: TRHA), pero ello se concluye por interpretación según la línea legislativa que adopta el CCyC y atendiendo a otras legislaciones como la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y a lo decidido por la Corte IDH,⁵ cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional.⁶ Por otra parte, la disposición transitoria segunda del CCyC establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado. Por lo tanto, la naturaleza, límites y grado de protección que se le otorga al embrión no implantado o in vitro, serán materia de una normativa especial, no siendo objeto de regulación de la legislación civil (Herrera, 2015).

El artículo 19 del Anteproyecto del CCyC se refería a la concepción “en el seno materno”, expresión que finalmente fue dejada de lado.

⁴ Aprobado por ley N° 26.994 (BO del 08/10/2014), vigente desde el 01/08/2015.

⁵ Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, 28/12/2012

⁶ CSJN, “Mazzeo”, Fallos: 330:3248.

La quita de la consideración de que la concepción acontece en el “seno materno” responde a la coherencia que el CCyC mantiene con la Ley 26.743 de Identidad de Género. La referida coherencia radica en que en el derecho argentino no es necesario someterse a operación quirúrgica alguna para proceder a la modificación del género: una persona que ha nacido mujer puede cambiar su identidad al género masculino y quedar embarazado; en tal caso no sería jurídicamente seno “materno” porque este niño nacería de un padre que es la identidad “autopercebida” de quien da a luz, siendo este el elemento central en respeto por el derecho a la identidad. Esta es la misma razón por la cual en el Título V del Libro Segundo, referido a la filiación se alude en varios articulados a la persona que da a luz y no a la noción de “madre” o “mujer”. De este modo, se alcanza una coherente y sistémica con todo el ordenamiento jurídico nacional en el que prima el principio de igualdad y no discriminación, como el reconocimiento y protección del derecho a la identidad en sus diferentes vertientes (Herrera, 2015).

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

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

Además, desde el año 2005, rige la Ley N° 26.061 de “*Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*”, la cual en su artículo octavo reconoce

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

3.3.1. La Concepción

Existen distintas posturas doctrinarias con respecto a la concepción. Al debatir sobre el aborto, los juristas y demás especialistas se interrogan: ¿Cuándo comienza la vida?, ¿En qué estadio del ser humano se posiciona a la concepción?

El CCyC articula de manera referencial con la CN y con los Tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional.

Lo que establece la ley es que el derecho a la vida se protege desde el momento de la concepción. El debate irresuelto y que ahora se posiciona y amplifica es desde qué preciso momento se produce la misma.

Para la legislación nacional, desde el momento de la concepción (que ocurre en el seno materno) esa persona ya es un ser humano y posee todos los derechos. Sólo los derechos patrimoniales los adquirirá irrevocablemente si nace con vida.

Es Blanco (2018) quién expone que en la Argentina existen tres corrientes para estudiar y abordar el tema del inicio de la vida para luego, desde esas premisas, discutir el aborto.

La primera es la corriente del ovocito pronucleado, que plantea que desde el momento que el núcleo del espermatozoide ingresa en el óvulo hay concepción. Esta corriente defiende la vida desde su estadio más temprano.

La segunda corriente, que puede considerarse intermedia, se denomina singamia. Es la fusión de dos gametos para crear un nuevo individuo con un genoma derivado de ambos progenitores. Y plantea que la vida humana comienza cuando se fusionan las dos células, existiendo un sólo núcleo y formándose así el cigoto.

Y la tercera corriente que propone una mirada sobre la concepción más tardía es la anidación; que dice que existe concepción desde el día 14 y en un medio adecuado el cigoto se prenderá en la madre (anidará). Quienes postulan esta corriente dicen que lo anterior al día 14 deber ser considerado pre-embrión.

Conclusión parcial

A partir de año 1994, con la reforma de la CN, se introdujeron en el artículo 75 inciso 22 de la CN una serie de Tratados Internacionales, los cuales vienen a proteger los derechos fundamentales de los habitantes de la Nación.

Todos ellos expresan que se debe defender el derecho a la vida a partir del momento de la concepción en el vientre materno. Sin embargo, este derecho no es absoluto, sino que cede bajo ciertas circunstancias, en función de la protección de los derechos de la mujer.

Asimismo, la CN a lo largo de todo su articulado hace mención sobre los derechos de las personas que se relación directamente con el derecho en cuestión. Al interpretar cada uno de los artículos podemos concluir que la CN protege la vida de todas las personas.

Con la sanción del nuevo CCyC, el artículo 19 del mismo deja en claro que la existencia de la persona humana comienza a partir del momento mismo de la concepción.

CAPITULO IV
REGULACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO

Introducción

A continuación, se realizará un examen del CP, buscando a lo largo de todo su articulado aquellos preceptos que se refieren a la regulación de la práctica del aborto en nuestro país.

Se hará especial énfasis en los casos de abortos no punibles, como son el caso del aborto terapéutico y el aborto eugenésico, contenidos en el artículo 86 de dicho código.

Al analizar el caso del aborto eugenésico, se realizará un análisis sobre la opinión que tiene la Corte Suprema Justicia de la Nación al respecto.

También se realizará un análisis del proyecto de reforma del CP, tratando de observar cual es la postura que tiene esta reforma con respecto a la legalización del aborto.

4.1. ¿Qué dice el Código Penal Argentino sobre el aborto?

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

El aborto se consuma con la muerte del feto. Cuando la maniobra abortiva no produjo ese resultado, por situaciones extrañas al autor, estaremos ante una tentativa, al igual que si se intenta el aborto por medio de la expulsión del feto y esta se logra, pero la muerte no. Si la muerte no se produjo por la inidoneidad de la maniobra, estaremos ante una tentativa de delito imposible (Cód. Penal, art. 44), y si la maniobra se realizó sobre un feto ya muerto, será un caso de atipicidad por ausencia del sujeto pasivo (Soler, 1976).

Esta situación está tipificada entre los delitos contra la vida, exceptuándose algunos casos como aquél en que la salud o la vida de la madre corra peligro si se continuara con el embarazo y éste sea el único modo de evitarlo, o cuando el feto fuera producto de un delito de violación sobre una mujer demente o idiota (art. 86 inc. 2º, CP, 1921).

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema, a partir del año 2012, estableció que “*cualquier mujer violada puede solicitar que se le practique un aborto no punible*” (CSJN. “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, expediente 259/2010, tomo 46, letra F.).

El artículo 85 del CP (1921) contempla los casos de aborto que si son punibles, y éste se divide en dos párrafos, distinguiéndose los casos en que el autor del aborto actúa sin consentimiento de la mujer embarazada, que tiene una pena de entre tres y diez años de prisión o reclusión, y se eleva a quince años si se produce la muerte de la madre; y cuando lo hace mediando dicho consentimiento expreso o tácito, como sería el caso de una mujer que llega a una clínica con un aborto incompleto que intentó hacer por sus propios medios, siendo la pena

prevista de entre uno a cuatro años de prisión o reclusión. Si muere la mujer, el máximo de la pena se eleva a seis años.

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

El artículo 86 del CP (1921), determina los casos en los que el aborto se encuentra permitido. Según la segunda parte de este artículo, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible en dos casos: si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, siempre que este peligro no puede ser evitado por otros medios; y si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para llevar a cabo el aborto.

El artículo 87 del CP (1921), por su parte, contempla la figura del aborto preterintencional, que es aquél que es llevado a cabo por cualquier persona que *“ejercerse violencia sobre una mujer sin que haya existido la intención directa de afectar el embarazo, ya que era una consecuencia previsible si el embarazo era notorio”*. La pena, en este caso, es de seis meses a dos años de prisión.

No solo es punible el tercero que practica el aborto sino la propia madre, *que se lo practicare a sí misma o que consienta que otro se lo cause*, según el artículo 88 del CP (1921), siendo la pena para la misma, de uno a cuatro años de prisión.

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

4.1.1. Supuestos de aborto no punible

Siguiendo las bases sentadas en las legislaciones más liberales de su tiempo, el CP penaliza el aborto durante todo el embarazo y establece, en el artículo 86, los casos en los que no será punible.

El CP regula dos circunstancias de permisión. En primer lugar, en el inciso 1º, el CP permite el aborto en los casos en los que se encuentra en peligro la salud o la vida de la mujer embarazada. Se privilegia el interés en la salud o la vida de la mujer y se desincrimina el aborto cuando el peligro no puede ser evitado por otros medios. En segundo lugar, el inciso 2º despenaliza el aborto en caso de violación, y expresa que cuando se trate de la violación de una mujer “idiota o demente”, su representante legal será quien deberá dar el consentimiento para llevar adelante la práctica.

Ésta es la descripción del alcance de las permisiones previstas en el CP más adecuada a la luz de los derechos garantizados en el sistema constitucional argentino. Sin embargo, como se sabe, esta interpretación ha sido desafiada en diversas ocasiones a lo largo de la historia de vigencia del régimen de despenalización establecido en 1921. Los desafíos al status legal de la despenalización han adoptado diversas formas. Mientras algunos han cuestionado directamente la constitucionalidad de todas o algunas de las circunstancias de no punibilidad, otros han intentado restringir el alcance de todos o ciertos permisos previstos en ambos incisos (Bergallo y Michel, 2009).

4.1.1.1. Aborto terapéutico.

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

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

La regla que se puede extraer de la ley es que se exige que exista un conflicto de intereses entre la vida de la madre y la del feto, que solo puede ser resuelto con la muerte de éste, solución que se considera la menos perjudicial ante la colisión entre ambos bienes jurídicos (Donna, 2004).

Es una causa de justificación específica para el aborto y cuenta con tres requisitos: una particular calidad del agente, el cual debe ser un médico diplomado; el consentimiento de la mujer embarazada; y una finalidad especial, la cual consiste en evitar un grave peligro para la vida o salud de la madre (D'Alessio, 2004).

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

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

Si bien siempre se requiere el consentimiento de la mujer, en ningún caso de aborto no punible se requiere autorización judicial. De hecho, como indica el constitucionalista Gil Domínguez (2000), *cuando el aborto es voluntario y no es punible, “el servicio público de salud debe atender a la mujer demandante y no trabar la solicitud remitiéndola a un proceso*

judicial". Requerir la intervención de un juez es interponer una barrera que dificulta arbitrariamente el acceso a los servicios de salud, por lo que resulta inconstitucional y violatorio del derecho a la salud de las mujeres.

4.1.1.2. Aborto eugenésico.

El inciso 2° del artículo 86 del CP también despenaliza el aborto en caso de violación, y especifica que cuando se tratase de la violación de una mujer "*idiota o demente*", su representante legal será quien deberá consentir la práctica.

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

En marzo del año 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), puso fin a todas las dudas acerca de este tema, ya que en el caso "F., A. L." (Fallos: 335:197) aclaró que: "[...] *toda mujer embarazada como resultado de una violación tiene derecho a acceder a un aborto no punible sin importar su capacidad intelectual*". También remarcó que la mujer no debe solicitar una autorización judicial previa para acceder a la práctica y que las mujeres que fueron víctimas de una violación no tienen la obligación de realizar la denuncia penal del delito, sino que basta que completen una declaración jurada en la que manifiesten que el embarazo es producto de una violación.

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

4.1.1.2.1. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, el Máximo Tribunal consideró:

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

4.2. El proyecto de reforma del Código Penal Argentino, ¿Cómo viene a regular el aborto?

La Comisión de Reforma del Código Penal, presidida por el juez de la Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Mariano Borinsky, fue creada mediante el Decreto N° 103/17 del Poder Ejecutivo Nacional (PEN). Dicha comisión comenzó su trabajo en febrero del 2017 y culminó en junio de 2018. El PEN elevó por primera vez al Congreso de la Nación el nuevo CP el día 25 de marzo de 2019, sin hacerle ajuste alguno.

Señala el Dr. Borinsky (2019), que el proyecto constituye un paso esencial para producir un cambio fundacional en la Argentina, de mayor modernidad, con normas claras y que otorguen previsibilidad y seguridad jurídica. El nuevo CP se presenta como proyecto que propone una modificación integral del código vigente desde el año 1921, devolviéndole identidad, modernizándolo y superando la grieta entre "garantismo" y "mano dura". El Proyecto es el resultado de la aplicación práctica del derecho penal y no de estudios académicos

o de laboratorio. Para la elaboración del mismo se trabajó sobre la base del actual CP, intentando mantener su estructura original, y se tomó a la CN como la ley suprema, así como también las convenciones internacionales ratificadas por la República Argentina, y se integraron las leyes penales especiales sistematizándolas en un único ordenamiento.

El artículo 85 del proyecto lo que hace es reproducir el texto del artículo 85 del CP actual, considerando así al aborto inducido como un delito contra la vida de las personas, imponiendo una pena de prisión que va desde los tres a los diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer; y desde uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. En ambos casos la pena se verá agravada si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. La única diferencia se encuentra en la redacción de los incisos primero y segundo, ya que no se refiere más a “prisión o reclusión” al establecer las penas, sino solo a “prisión”.

En el artículo 86 del proyecto se puede observar una importante innovación, ya que se reemplaza la referencia a la "violación o de un atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente" contenida en el inciso segundo del artículo 86 del CP actual, por la expresión "abuso sexual". Es por esto que queda incluido dentro de la excepción al artículo cualquier embarazo producto de un abuso sexual. Lo que se realizó aquí fue normativizar las causales de aborto no punible, hoy solo receptadas en jurisprudencia, de acuerdo al Fallo “FAL” (CSJN, del 13/3/2012).

El artículo 87 del proyecto realiza dos modificaciones al artículo 87 del CP actual. En primer lugar, lo que hace es elevar la pena de uno a tres años de prisión, al que con violencia causare un aborto sin haberse representado esa consecuencia, si el estado de embarazo de la mujer fuere notorio o le constare. En segundo lugar, incorpora el inciso segundo, el cual dispone que se impondrá prisión de seis meses a dos años y, en su caso, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, al que causare un aborto por imprudencia, negligencia o por impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes

a su cargo. También dice el mismo inciso que el aborto imprudente causado a si misma por la mujer embarazada no es punible.

Finalmente, el artículo 88 del proyecto lo que hace es reducir la pena máxima a solo tres años de prisión para la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare, lo cual posibilita, en caso de corresponder, una pena de ejecución en suspenso.

Continúa diciendo el mismo artículo que la tentativa de la mujer embarazada de causar su propio aborto no es punible. Como novedad se agrega que el juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso o eximirla de ella, teniendo en cuenta los motivos que impulsaron a la mujer a cometer el hecho, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar pena privativa de la libertad. No puede haber delito sin pena, ergo el juez es el único que puede eximir de pena a la mujer.

Conclusión parcial

El CP regula la práctica del aborto en el Libro Segundo “De los Delitos”, Título I “Delitos contra las personas”, Capítulo I “Delitos contra la vida” a lo largo de cuatro artículos.

El primero de ellos es el artículo 85, el cual expresa que el que causare un aborto será reprimido, en un primer caso, con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; y en un segundo caso, con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. Dicho artículo expresa también que el máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

El segundo de los artículos que regula la práctica del aborto es el 86, el cual expresa en su primer párrafo que 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.

En el segundo párrafo de dicho artículo se hace mención a los casos excepcionales de abortos no punibles. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible, en primer lugar, 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; y, en segundo lugar, 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.

La CSJN, en el caso “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva” (2012), dejó en claro que, según lo establecido en el artículo 86 inciso 2º del CP, el aborto no es punible cuando el embarazo proviene de una relación sexual no consentida sin importar la capacidad de la mujer y que no se requiere autorización judicial ni denuncia policial previa para acceder al aborto en

estos casos. Por lo que con esta afirmación se aclaran todas las dudas acerca de la procedencia de la permisión que hace el CPN en caso de violación de una mujer no demente ni idiota, cuestión que gran parte de la doctrina rechazaba.

El tercer artículo es el 87, el cual dice que será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

El cuarto y último de los artículos es el 88, el cual determina que será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. También aclara que la tentativa de la mujer no es punible.

En cuanto al proyecto de reforma del CP, el mismo continúa considerando al aborto inducido como un delito contra la vida de las personas, imponiendo una pena de prisión que va desde los tres a los diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer, y desde uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. En ambos casos la pena se verá agravada si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

El proyecto mantiene la condena de prisión para la mujer que aborte, pero abre la posibilidad de que "el juez puede decidir si corresponde eximir a la mujer de la pena".

Además, el proyecto reglamentó el fallo de la Corte Suprema de Justicia denominado "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva", sancionado en 2012, que prevé que cualquier mujer puede interrumpir su embarazo en caso de que este provenga de un abuso sexual. La iniciativa respeta la jurisprudencia del máximo tribunal.

CONCLUSIONES FINALES

Como puede observarse, en la presente investigación se estudió con respecto a si nuestro sistema jurídico actual ofrece fundamento y soporte para una futura sanción de ley que legalice de forma absoluta la práctica del aborto inducido.

Es preciso destacar que la ley penal argentina prohíbe el aborto, aunque existen algunas excepciones. El art. 86 del CP dispone que cuando sea practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta dicha práctica no sea punible si responde a fines terapéuticos y/o eugenésicos.

En cuanto al derecho a la vida del niño por nacer, este es presupuesto de la jerarquía de valores. Éste derecho requiere que se le brinde una adecuada y suficiente protección. Por ello es que nuestra legislación protege el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción.

De esta investigación surge que conforme la norma estipulada en la Carta Magna actual como en los diferentes Tratados Internacionales, se protege el derecho a la vida con todo lo que ello significa, entendiéndose que la vida comienza al momento de la concepción, pero se ha estudiado que existen tres corrientes que varían y que apoyan diferentes tesis sobre cuándo comienza la concepción, por ello es que la despenalización podrá ser constitucional o no, según en qué corriente se posicionen los legisladores al momento de debatir su despenalización. Conforme los artículos analizados en la Constitución actual, el aborto colisiona con el derecho a la vida consagrado y protegido en la Carta Magna.

El derecho internacional otorga protección a la vida del que está por nacer, pero ésta no es absoluta. La cuestión se ha concebido como un conflicto entre los derechos de las mujeres y un interés público (la protección de la vida del que está por nacer), reconociéndose que dicho interés puede ser legítimamente limitado, bajo ciertas circunstancias, en función de la protección de los derechos de las mujeres, particularmente su vida, su integridad física,

psíquica, y su salud. Dicha flexibilización apunta explícitamente a causales de aborto por violación y riesgo para la salud o la vida de la madre, tal como lo dispone el CP en su art. 86.

En este trabajo se ha podido analizar que existen distintas organizaciones y posiciones doctrinarias sobre el tema, cada una de ellas con sus respectivos fundamentos.

Este estudio no pretendió crear un juicio de valor sobre una postura u otra, pero sí se puede afirmar que conforme lo establece la Constitución Nacional, el derecho a la vida colisiona con el aborto, debido a que éste atenta contra la vida del ser humano más indefenso, el embrión. También debe recordarse lo descripto por diversos doctrinarios como Sagués y Bidart Campos, quienes afirman que la Constitución Nacional no lo enuncia como “delito constitucional”, pero su despenalización sería inapropiada, pues se direcciona en contra de los principios de la Constitución Nacional, del Código Civil y Comercial de la Nación, y de los Tratados Internacionales a los que adhiere nuestro país.

La vida de una persona es intangible por cualquier órgano del Estado (art. 29, CN, 1994). El aborto no puede ser un acto libre, porque la protección de la vida es el presupuesto de todo ordenamiento jurídico.

Nuestro régimen jurídico actual no permite la legalización absoluta del aborto. Quien no esté de acuerdo con la actual normativa, deberá denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Derechos del Niño e instar la reforma de la Constitución Nacional y su esencia personalista. Mientras aquello no ocurra, la ley ordena el deber de defender el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

En conclusión, y confirmando la hipótesis planteada al comenzar la presente investigación, nuestro régimen jurídico no contiene fundamentos que justifiquen llevar a cabo la legalización absoluta del aborto en nuestro país. Únicamente están permitidos de forma legal, y de manera excepcional, aquellos casos de abortos no punibles, descriptos en el art. 86, inciso 1º y 2º del CP, en función de la protección de los derechos de las mujeres.

Nuestra ley suprema defiende y protege la vida de las personas a partir del momento mismo de la concepción, tal como lo enuncia el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 19.

La ley que el Congreso de la Nación sancione al respecto, sin respetar lo dispuesto por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, será pasible de ser declarada inconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

➤ Doctrina

- Badeni, G. (2006). “Derecho a la vida y aborto”. *Persona, vida y aborto. Aspectos Jurídicos*. Recuperado de <https://docplayer.es/53928072-Derecho-a-la-vida-y-aborto-ed-por-badeni-gregorio.html>
- Barra, R. (1996). “*La protección constitucional del Derecho a la Vida*” Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bergallo, P. y Ramón Michel, A. (2009). “*El aborto no punible en el derecho argentino*”.
- Borinsky, M. (26 de junio de 2019). El aborto en el nuevo Código Penal. *INFOBAE*. Recuperado de <https://www.infobae.com/opinion/2019/06/26/el-aborto-en-el-nuevo-codigo-penal/>
- Buompadre, J. (2017). “*Aborto*”. Asociación de Pensamiento Penal. Buenos Aires: Astrea.
- Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito (2015, 28 de octubre). *Adhesiones*. Recuperado el 15 de agosto de 2019 de <http://www.abortolegal.com.ar/adhesiones/>
- Caramelo, G., Picasso, S. y Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L., (1999). “*Derecho penal, Parte especial*” Tirant lo Blanch Libros, Valencia.
- Centro de Estudios de Legales y Sociales. (CELS). Informe a favor del aborto (2018).
- D’Alessio, A. J. (Director). (2004). *Código penal comentado y anotado*. Buenos Aires: La Ley.
- Feijoó Sánchez, B. (2003). “*Compendio de derecho penal, parte especial*”. Vol. I, Madrid: Editorial R. Areces S.A.
- Fernandez, M. (5 de agosto de 2018). Educación sexual integral: la realidad de la ley de la que mucho se habla, pero poco se cumple. *INFOBAE*. Recuperado de

<https://www.infobae.com/educacion/2018/08/05/educacion-sexual-integral-la-realidad-de-la-ley-de-la-que-mucho-se-habla-pero-poco-se-cumple/>

Figari, R. (2012). “*Con la teoría de la fecundación*”, Buenos Aires: La Ley.

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

Meza-Lopehandía, M. (2016). El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos. *Biblioteca del Congreso de Chile*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/doctrina46270.pdf>

Peña, M. (2018). Tipos de aborto. *Salud 180*. Recuperado de <https://www.salud180.com/sexualidad/tipos-de-aborto>

Shaw, M. (28 de mayo de 2019). Claves del nuevo proyecto para legalizar el aborto que se presentará hoy en el Congreso. *INFOBAE*. Recuperado de <https://www.infobae.com/politica/2019/05/28/claves-del-nuevo-proyecto-para-legalizar-el-aborto-que-se-presentara-hoy-en-el-congreso/>

Soler, S. (1976). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, t. III.

Terán Lomas, R. (2012). “*Derecho Penal*”, Buenos Aires: TEA.

➤ **Legislación**

Código Civil y Comercial de la Nación: Arts. 19 y 24.

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

Constitución Nacional: Arts. 14 bis, 16, 29, 33, 43, 75 inc. 19, 75 incs. 19, 22 y 23.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 4.1.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989, Nueva York). Art. 1.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948, Bogotá). Art. 1.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, ONU) Art. 1.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, Nueva York). Art. 6 Inc. 1º.

Proyecto de Reforma del Código Penal de la Nación.

Proyecto de ley: Interrupción Voluntaria del Embarazo.

➤ **Jurisprudencia**

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

C.S.J.N. 5/3/2002, "Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", Fallos 325:292.