

UNIVERSIDAD
SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN. PIA

**"INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO"
CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD**

(EXPTE. 230-D-2018 DEBATIDO EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA EN EL AÑO 2.018)

TUSEDDO, Gustavo Ariel

Abogacía

2.019

Resumen:

En el año 2.018, en el Congreso de la República Argentina se introdujo el proyecto de ley (expte. 230-D-2018) I.V.E., de interrupción voluntaria del embarazo, con la finalidad de modificar la legislación penal vigente que tipifica el aborto en los artículos 85 al 88 del Código Penal. El proyecto debatido logró gran discusión parlamentaria sobre ciertos derechos contrapuestos, por un lado la autonomía de la mujer de poder decidir sobre su propio cuerpo, o sobre la planificación de su maternidad, y, por otro lado, el derecho a la vida, los derechos del nacidurus, y los derechos superiores del niño. La iniciativa ingresó a la Cámara de Diputados de la Nación donde obtuvo aprobación con media sanción; para luego pasar a la Cámara revisora, y en Senadores si bien obtuvo dictamen favorable de comisión, en el recinto el proyecto fue rechazado con argumentos Constitucionales y Convencionales, en virtud de que nuestro ordenamiento jurídico vigente resguarda el derecho a la vida desde la concepción en base lo establecido en los artículos 33, 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional.

Abstract:

In the year 2,018, in the Congress of the Argentine Republic, the draft law (exp., 230-D-2018) IVE, of voluntary interruption of pregnancy, was introduced, with the purpose of modifying the current penal legislation that typifies abortion in the Articles 85 to 88 of the Criminal Code. The debated project achieved great parliamentary discussion on certain conflicting rights, on the one hand the autonomy of the woman to be able to decide on her own body, or on the planning of her motherhood, and, on the other hand, the right to life, the rights of the nacidurus, and the superior rights of the child. The initiative entered the Chamber of Deputies of the Nation where it obtained approval with half penalty; to then go to the Review Chamber, and in Senators although it obtained a favorable commission opinion, the project was rejected

with Constitutional and Conventional arguments, because our current legal system protects the right to life from conception in base what is established in articles 33, 75 subsections 22 and 23 of the National Constitution.

Índice

Introducción.....	07
<u>CAPÍTULO I:</u>	
Nociones conceptuales:	09
1) Concepto de aborto.....	09
2) Tipos de Aborto.....	10
3) Presupuestos del aborto.....	13
4) Elementos del aborto.....	13
5) Bien Jurídico Protegido.....	15
6) Discusión valorativa de la materia en el ámbito social.....	16
7) Conclusión del Capítulo I.....	21
<u>CAPÍTULO II:</u>	
Alcance interpretativo del código penal desde el punto de vista legal.....	22
1) Código Penal.....	22
a) Antecedentes.....	22
b) Breve descripción de los artículo 85 a 88 del Código Penal.....	23
2) Análisis legal de las eximentes vigentes. Doctrina.....	27
3) Conclusión del Capítulo II.....	32
<u>CAPÍTULO III:</u>	
Proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo	33
1) Proyecto de Ley (expte. 230-D-2018) I.V.E.....	33
2) Derechos fundamentales en pugna.....	40
a). Derecho a la vida.....	40
b). Derecho a la Información.....	43
c). Derechos de la mujer.....	44

d). Derecho a la no discriminación; derecho a la igualdad.....	45
3) Conclusión Capítulo III.....	45
<u>CAPÍTULO IV:</u>	
Análisis constitucional del proyecto de I.V.E.....	47
1) Artículo 33.....	47
2) Artículo 75 inc. 23.....	49
3) Antecedentes Convencionales con equiparación constitucional.....	51
a) Declaración Universal de DDHH.....	51
b) Convención Americana de DDHH.....	52
c) Convención sobre los Derechos del Niño.....	54
d) Otros tratados internacionales de DDHH.....	55
4) Objeción de conciencia en el proyecto de ley de I.V.E.....	58
5) Conclusión capítulo IV.....	63
<u>CAPÍTULO V:</u>	
Casos Jurisprudenciales.....	65
1) F.A.L.....	65
2) V.D.A.....	75
3) ARTAVIA MURILLO.....	76
4) Conclusión Capítulo V.....	82
Conclusión Final.....	82
Bibliografía.....	85

Introducción:

¿Es Constitucional legislar en la República Argentina un proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del embarazo?.

Este trabajo, se llevará a cabo en base a una *metodología cuantitativa*, donde se desarrollan distintas teorías sobre el aborto, legislación vigente encontrada y evaluada para analizar la constitucionalidad o no de un proyecto de ley tratado por el Congreso de la Nación Argentina.

El interrogante lo esclareceremos primeramente analizando las nociones conceptuales respecto a la materia, en ese sentido en el Capítulo I definiremos que es un aborto, elementos y presupuestos del mismo, estableciendo cual es el bien jurídico protegido y los tipos de abortos, para finalmente exponer la posición de quienes se encuentran a favor y en contra del proyecto.

En el Capítulo II consideraremos la relevancia jurídico penal vigente del delito de aborto, examinando el alcance interpretativo de la legislación Penal vigente que tipifica al mismo como delito contra las personas (artículos 85 al 88 C.P.), asumiendo que nuestro ordenamiento jurídico nacional posee una sólida tradición de reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano desde la concepción, ratificada recientemente por el Código Civil y Comercial y se analizarán las exigencias legisladas en la materia.

En el Capítulo III se hace necesario establecer los alcances que pretende modificar el Proyecto de ley (expte. 230-D-2018) denominado I.V.E. de Interrupción Voluntaria del Embarazo y los derechos en pugna que surgen al tratar la materia.

En el Capítulo IV, se efectuará un análisis respecto a los aspectos de Constitucionalidad considerando el artículo 33 respecto a los derechos inherentes al ser humano reconocidos y del artículo 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional, que hacen por un lado a determinar la

Jerarquía Constitucional de los Tratados de Derechos Humanos con expresos reconocimientos de la personalidad jurídica de todo ser humano desde su concepción; y que establece la facultad del Congreso Nacional de dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia.

La Jurisprudencia en la materia juega un papel fundamental, en tal sentido en el Capítulo V se desarrollaran fallos que sirvieron de fundamento en el proyecto que se intenta legislar, y así el denominado caso F.A.L., dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, veremos que se expide acerca de la interpretación de las eximentes establecidas en el código penal en el artículo 86 inciso 2; exhortando al poder político efectuar acciones respecto al aborto producto de una violación. Pero además debemos analizar los casos V.D.A. y Artavia Murillo, como fundamento del proyecto de ley.

Finalmente la objeción de conciencia es un elemento en discusión, surgido de la omisión efectuada en el proyecto de ley presentado en el Congreso, imprevisión que constituye una grave amenaza a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de muchos profesionales de la salud, todo lo cual se encuentra desarrollado en el Capítulo VI.

El proyecto fue ampliamente debatido en el Congreso de la Nación durante el año 2018, ingresando el trámite a través de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, donde obtuvo media sanción, luego fue puesto a consideración de la cámara revisora, oportunidad en que la Honorable Cámara de Senadores de la Nación rechazó la iniciativa. Los impulsores decidieron no insistir durante 2018 y esperar un año para volver a introducir al Congreso el proyecto, toda vez que conocían de ante mano que no obtendrían los dos tercios necesarios para insistir con la iniciativa de interrupción voluntaria del embarazo.

CAPITULO I:

Nociones Conceptuales: Para comenzar con el análisis sobre la Constitucionalidad de legislar una ley de Interrupción Voluntaria del embarazo, se hace necesario comenzar por los siguientes conceptos:

1) Concepto de Aborto

Etimológicamente la palabra aborto proviene del latín abortus: ab, que significa "privación o separación de un límite" y ortus, que significa "nacimiento". Es decir "sin nacimiento".

Mientras que el homicidio es la muerte causada a un hombre por otro. En este delito, el aborto es la muerte causada o inferida a un feto en gestación. Cabe añadir que un aborto, a veces también puede ser denominado interrupción voluntaria, un proceso médico por el cual se finaliza con un embarazo para que no nazca un bebé.

La Organización Mundial de la Salud define al aborto como la Interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno. En el lenguaje corriente, aborto es la muerte del feto por su expulsión, natural o provocada, en cualquier momento de su vida intrauterina. La viabilidad extrauterina es un concepto cambiante que depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente en torno a las 22 semanas de gestación. El mencionado Organismo Mundial de la Salud ha definido al aborto como *"la expulsión o extracción del seno de su madre de un embrión o feto que pese 500 gramos o menos que se alcanza a las 22 semanas"*.(Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud – 2a ed - 2012 - Organización Mundial para la salud).

El aborto se puede definir como natural o provocado, en el período no viable de su vida intrauterina, es decir cuando no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir.

Para Carrara (1.945), quien hablaba del feticidio y lo definía como: “la muerte dolosa del feto en el útero; o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto, poniendo como extremos del delito: la gravidez, el dolo, los medios violentos y la muerte consiguiente del feto”.

Desde el punto de vista jurídico el delito de aborto está constituido por la interrupción del embarazo, siempre y cuando esa interrupción se haya producido matando al feto. La interrupción que no se ha producido por muerte del feto, no consuma el aborto (puede ser una tentativa de aborto imposible) y el posterior acto de matar a un feto que ha nacido con vida será homicidio (Creus 1.996); para Buompadre (2000), es la interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del ovulo; y según Donna (1999), la esencia de este delito está desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto.

2) Tipos de aborto

a) Aborto causado por un tercero:

El aborto producido por un tercero puede ser realizado con o sin consentimiento de la mujer embarazada. De no existir el consentimiento, el hecho delictivo es más grave que aquel que es causado con el consentimiento de la mujer encinta. Se considera que la mujer presta consentimiento cuando de forma expresa o tácitamente consiente ser sometida a las maniobras abortivas por parte del tercero, pero se requiere además, para que sea válido dicho consentimiento, que la mujer tenga capacidad para ser penalmente imputable, es decir, para responder penalmente por el delito que se encuentra consintiendo. Si la mujer es inmadura o incapaz de entender o querer y/o la maniobra se haya logrado por violencia o fraude, es

inimputable y el aborto se considera no consentido. Esta clase de aborto se agrava si el hecho fuere seguido de la muerte de mujer. (Nuñez, 2.008).

b) Aborto causado por la mujer:

La mujer causa su propio aborto si realiza los actos consumativos de la muerte del feto. Subjetivamente, requiere el propósito de llevarlo a cabo. A su vez, si existiese la participación de un tercero como coautor de esos actos convierte al hecho en un aborto consentido por la mujer. Pero el aborto provocado por la propia mujer es factible con actos de complicidad de terceros. El Código Penal lo reprime con pena menor que la del aborto causado por un tercero sin consentimiento de la mujer y con la misma pena que el consentido por ella. (Nuñez, 2.008)

c) Aborto preterintencional:

Se considera aborto preterintencional cuando con violencia se causare un aborto sin haber tenido el propósito de ocasionarlo, si el estado de la paciente fuere notorio o le constare. Solo puede ser autor un tercero. Se entiende por violencia al despliegue de energía física contra la mujer, que no necesariamente tiene que ser sobre su cuerpo. Implica desde golpearla hasta utilizar en su contra vías de hecho que no la alcanzan, y también el uso de medios hipnóticos o narcóticos. A su vez, es notorio si, por su exteriorización, se puede advertir sin esfuerzo alguno. Al tercero le consta el embarazo si tiene certeza de que la mujer ha concebido. (Nuñez, 2.008)

d) Aborto profesional punible:

Este tipo de aborto recae específicamente en médicos, cirujanos, parteras y farmacéuticos. Se configura cuando uno de éstos, abusando de su ciencia o arte, causare un aborto o cooperare en cualquier medida a causarlo. El profesional abusa de su ciencia o arte si, sin necesidad o finalidad terapéutica, causa o coopera a causar el aborto. Se pena de igual forma que al autor de un aborto provocado, consentido o no consentido por la mujer, y además deberán sufrir

inhabilitación por el doble tiempo que el de la condena. La inhabilitación tiene dos objetivos: castigar por la violación al deber profesional dado el abuso cometido y a la vez, es un resguardo ante posibles reiteraciones. (Nuñez, 2.008)

e) Aborto profesional impune:

Según lo establecido en el Código Penal, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible en los siguientes casos:

* Si se ha realizado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no pudo ser evitado por otros medios menos dañosos.

Este es el caso del aborto necesario o terapéutico, que es justificado por que es indispensable para salud o la vida de la madre. Esa indispensabilidad queda bajo el criterio del profesional interviniente, que su no justificación por algún criterio médico. (Nuñez, 1976)

* 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 mujer tiene que haber quedado embarazada a raíz de un acto de violación o de un abuso deshonesto. No se creía que, como consecuencia del abuso deshonesto, la mujer pudiera quedar embarazada. Cabe aclarar que hoy pueden darse atentados al pudor sin penetración sexual de los que resulte un embarazo. Un ejemplo de este, es la inseminación artificial directa o la implantación de óvulos fecundados que la mujer no estaba en condiciones de consentir, los que resultan encuadrables en el actual texto legal. Además de ser víctima de una violación o atentado al pudor, es necesario que la mujer se encuentre en un estado de idiotez o demencia. Los términos idiota o demente deben interpretarse en el sentido de que comprenden todas las afecciones mentales susceptibles de ocasionar taras hereditarias. No es necesaria una declaración judicial, basta con el criterio del profesional interviniente fundado en la ciencia

médica, que en este caso también se utiliza como límite la "*no justificación por algún criterio médico*". (Nuñez, 2.008). En éste punto, la Jurisprudencia amplió la interpretación a través del fallo F.A.L., admitiendo la posibilidad de efectuar la práctica a la mujer, aún cuando no sea idiota o demente, tema que desarrollaremos de manera ampliada en el capítulo V.

3.) Presupuestos del aborto

La diversidad de opiniones doctrinales en torno al aborto y sus consecuentes afectaciones, no solo en el campo jurídico, sino también en el científico y el ético, son muestra de que este delito encuentra sus raíces en la afectación del derecho que a primera vista es considerado importante y creador del resto de derechos: el derecho a la vida.

La concepción es el instante preciso donde queda afirmado que ha comenzado la existencia de la persona humana, con validez científica indiscutible y entendida como la fusión del óvulo con el espermatozoide.

Según Buompadre (2000), los presupuestos del aborto son dos:

a) El estado de embarazo, es decir, debe existir una mujer realmente embarazada, lo cual presupone la existencia de un feto. El estado de preñez, existe desde el momento en el que el semen viril fecunda el ovulo femenino y éste anida en la matriz. Con respecto al segundo presupuesto,

b) Y la vida y muerte del feto, es decir, el feto debe estar con vida al momento en que se producen las maniobras abortivas, que posteriormente causan su muerte.

4) Elementos del Aborto

a) El embarazo de la mujer:

No existe aborto si se impide la fecundación o se destruye una mola (huevo patológico o degenerado). Se configura un delito imposible por idoneidad del objeto aquella maniobra

abortiva que se practica una mujer que no está embarazada (ya sea porque no había concebido o porque el feto había muerto con anterioridad).

b) Muerte del feto causado por la madre o por un tercero:

Puede emplearse un medio físico, químico, una influencia síquica, hasta es posible la comisión de este delito por omisión de la mujer o un tercero. Lo exigible es que el medio utilizado haya causado el aborto, es decir, cuando la muerte del feto ha derivado del empleo o administración del medio abortivo, sin que medie otra fuente causal independiente y preponderante.

c) El dolo del autor, sea la madre o un tercero:

Quien realizase el aborto tiene que haber obrado con el propósito de causar el aborto. Si se hubiese realizado sin que exista una intención directa de abortar, en el caso de la mujer no es punible. Si por el contrario, en ese caso el tercero no es punible a título de aborto provocado, pero si a puede serlo a título preterintencional.

d) Consumación y tentativa:

“El delito se consuma en el momento de ser destruida la vida intrauterina que es el objeto de la tutela penal”

Sin importar el tipo que se trate, el aborto se consuma con la muerte del feto, es decir, cuando el feto carece de potencialidad vital natural o mantenida artificialmente. Con respecto a la tentativa, sólo el aborto causado a propósito por un tercero admite tentativa punible. El aborto causado por la propia madre la admite pero no es punible, fundamentándose en que sin haber logrado el efecto buscado, queda en la intimidad de la mujer o de su ámbito. Por otro lado, es punible la mujer que consciente a un tercero para que le aplique una maniobra abortiva, aunque no tenga éxito. Los cómplices de la tentativa de la mujer no son punibles.

Las lesiones producidas al feto que después vive por la actividad abortiva que se detiene en tentativa, no adquieren autonomía, sino que quedan insertas en la punibilidad de la tentativa de aborto.

5) Bien jurídicamente protegido

La determinación de si estamos ante un bien jurídico digno de protección es importante para determinar la legitimidad de perseguir una conducta considerada delictiva, pues si son graves las consecuencias de la intervención del Derecho penal, es de esperar que sean importantes las finalidades que se buscan preservar. Consecuentemente, la amenaza de pena va dirigida a una conducta desvalorada socialmente por constituir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico digno de protección

El bien jurídico protegido por las distintas figuras de aborto es la vida del feto. Este instituto principalmente y de manera esencial lesiona el derecho a la vida de un ser humano en gestación. Esto implica la destrucción de una vida definitivamente adquirida al que nuestra legislación civil le reconoce en su artículos 19 del Código Civil y Comercial de Argentina.

El aborto afecta, esencialmente, la vida del feto, aunque también se tiene en cuenta el riesgo que la maniobra abortiva implica para la vida de la madre. La tutela de la vida del feto, por lo demás, no solo surge del Código Penal, ya que a partir de la reforma de Constitución Nacional de 1.994, se incorporaron los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que se desprende que el derecho a la vida debe respetarse desde la concepción.

El objeto de protección penal en el delito de aborto es la vida del feto, un ser concebido pero no nacido, una esperanza de vida humana, que se convertirá en persona al término del proceso de la gestación y comenzar el nacimiento. La ley tutela, sin embargo, la vida del feto independientemente de la madre.

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.

La tesis de la anidación, establece que la vida del feto comienza cuando anida el ovulo fecundado en el útero materno, que sería aproximadamente a los 14 días de la fecundación. Ésta es la postura que siguen autores como Donna y Buompadre.

Y por último, la tesis del embrión se considera la más amplia ya que, quienes sostienen esta postura, establecen que la vida del feto comienza a partir de su constitución como vida humana en formación, que ocurre aproximadamente en el tercer mes o 12 semanas de gestación. Este es el periodo de tiempo del cigoto para desarrollarse y formar el embrión que finalmente se transformará en feto.

En el seno de la Convención Constituyente de 1994, con el objetivo de terminar con las discusiones al respecto, se utilizó en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional el término "embarazo" que comprende el periodo que comienza con la concepción-fecundación o concepción-anidación según la posición que se trate.

6) Discusión valorativa de la materia en el ámbito social

La legislación sobre la práctica del aborto en el mundo es muy diversa. Existen países que disponen en sus leyes desde el libre acceso al aborto en servicios sanitarios públicos gratuitos,

hasta aquellos, como el nuestro que lo penalizan con años de prisión para las mujeres y quienes lo practican. Lo cierto es que, ésta práctica está sujeta al ordenamiento jurídico de cada país, en los que puede ser tomado como un derecho o un delito penal, generando de esta forma un debate abierto que persiste hasta la actualidad.

Diferentes opiniones, argumentos, puntos de vista, ideologías, discusiones políticas, científicas y/o religiosas, han llevado a que exista una gran discusión social basada principalmente en dos movimientos: Los Pro-Elección y los Pro-Vida.

a) Movimientos en contra de la despenalización del aborto: Pro-Vida:

Expresan que el aborto provocado es contrario al derecho a la vida y a las libertades individuales y colectivas. Que los proyectos originales que fueron objeto de análisis, ahondan en las causales de muerte de los niños por nacer, es funcional a acciones eugenésicas, criminaliza la libertad de acción y de pensamiento, persigue a objetores de conciencia criminalizando a los profesionales de la salud, prevé la clausura de hospitales, y se desentiende del bienestar físico y emocional de las mujeres. Los “Pro-Vida”, tal como su nombre lo indica, son organizaciones sociales que tienen como posición la defensa del derecho humano a la vida. Uno de sus principales argumentos, es que la vida humana comienza desde el momento de la concepción, por lo tanto el cigoto, el embrión y el feto son consideradas personas por nacer. Para ellos todos los seres humanos tienen derecho a la vida, y ésta tiene que ser valorada y respetada desde la fecundación hasta su muerte natural. Cualquier destrucción deliberada de seres humanos, son tomados como asesinatos, es decir, como un delito.

Para ellos, el derecho a elegir nunca puede estar por encima del derecho a la vida. Consideran que frente al caso de un embarazo no deseado, la mujer tiene la alternativa de entregarlo en adopción, y que bajo ninguna circunstancia la solución es abortar. Expresan que los

proyectos relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo, crea y legaliza lisa y llanamente un supuesto "derecho al aborto", ya que no es una simple despenalización de una conducta. Más aún, amplían diciendo que se está buscando crear un "súper-derecho", con características diferentes y superiores a cualquier otro derecho constitucional o derecho humano, pues no se trata sólo de despenalizar y liberalizar una conducta, sino de hacerla de prestación obligatoria, y no sólo para el Estado, sino para cualquier tercero que brinde servicios de salud, a los que además obliga a realizar la práctica abortiva, con plazo perentorios, con prohibición de intervención de juez, ni defensa alguna y con la sanción de prisión, incluso no excarcelable, al médico o personal de salud que obstaculice la realización de un aborto, agravándose la pena si la persona por nacer permaneciera viva.

Además, impulsan políticas públicas con métodos para evitar el aborto y para la protección de las mujeres y el recién nacido, tales como, proyectos para la contención de la madre durante el embarazo, como así también posteriormente a éste, sobre todo en aquellas que no cuentan con los recursos como es por ejemplo la ayuda en la crianza del bebe.

Es importante resaltar, que en la actualidad este tipo de movimientos es asociado con la religión cristiana, aunque la realidad indica que existen asociaciones en contra del aborto que son netamente cristianas, pero también la hay otras que son arreligiosas.

Estas organizaciones contra el aborto expresan que El Proyecto de Ley establece el aborto como un súper derecho, supra constitucional, con características que no posee ningún otro derecho humano, ya que, la regla no será más el derecho a vivir de la persona no nacida, sino el derecho de la persona gestante a decidir si requiere o no la destrucción del ser concebido; en Argentina vivir o morir dependerá de la mera voluntad de un tercero. El ser amado tendrá derechos, el ser no deseado no será tratado como persona por nacer; se discriminará a los seres

humanos no nacidos por su origen, dando máxima cobertura al no nacido querido, y máxima vulnerabilidad al no deseado, siendo la existencia o no de amor externo la fuente del derecho a existir o de la condena a morir. Se da un derecho absoluto a abortar, además de cuando haya diagnóstico de inviabilidad extrauterina del no nacido.

b. Movimientos en favor del aborto: Pro-Elección:

Organizaciones que sostiene que el derecho de las mujeres a acceder a servicios integrales de salud reproductiva, incluido el aborto, está arraigado en los estándares internacionales sobre derechos humanos que garantizan el derecho a la vida, la salud, la intimidad y a no ser discriminado. Estos derechos son violados cuando los Estados vuelven los servicios de aborto inaccesibles para las mujeres que los necesitan. De acuerdo con lo establecido por el derecho internacional, los Estados pueden ser responsabilizados por expedir leyes altamente restrictivas en materia de aborto y por no garantizar acceso al aborto cuando éste es legal. Los Estados también son responsables de las altas tasas de muerte y lesiones de las mujeres que son forzadas a recurrir a abortos en condiciones de riesgo.

Se parte de la premisa que el aborto es de una práctica constante en nuestro país, pero que al ser considerado ilegal, requiere de prácticas clandestinas. Eso impacta fundamentalmente en las mujeres sin medios económicos, que al no poder hacerlo en hospitales públicos, recurren a instancias muy precarias, concluyendo en muchos casos con su muerte, durante ese intento interruptivo de gestación. Los “Pro-elección” o también llamados —Pro Derecho a Decidir son organizaciones sociales basadas en la postura de defensa de la soberanía sobre el cuerpo y el derecho a la vida de la mujer. Establecen que la mujer debe tener el control y soberanía sobre su fertilidad y embarazo, abarcando de esta manera los derechos reproductivos, que son: el derecho a la educación sexual, el acceso a un aborto electivo (que sea llevado a cabo dentro del marco

legal y por profesionales del área de salud), a la anticoncepción, a los tratamientos de fertilidad y la protección legal contra aborto forzados.

Estas organizaciones sostienen que el tener un hijo es una elección personal que afecta el cuerpo de la mujer y la salud personal. Según ellos, el aborto debería ser legal, sin intervenciones del Estado, para que de esta forma se impida que las mujeres vayan desesperadamente a realizarse abortos clandestinos, poniendo en riesgo su salud, que en muchos casos terminan en muerte. Sostienen de que si existiese una legislación por el derecho al aborto libre, legal, seguro y gratuito en el hospital público, estarían frenando cientos y cientos de muertes de mujeres, que se exponen a tener secuelas terribles sobre su cuerpo y además sustentan que poseer un derecho que las habilita a ejercerlo o no, el derecho no es una obligación y de esta manera una mujer va a poder decidir libremente seguir con el embarazo o interrumpirlo si así lo desea. Quienes luchan por esta conquista, dicen que es una falsedad que los juzguen como “contrarios a la vida”; y que su preocupación es solo la “mortalidad materna”, y que eso se solucionaría, en gran medida, legalizando la práctica abortiva.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.) entre otros muchos argumentos expresa que en los últimos años, en el país del Ni Una Menos, los derechos sexuales y reproductivos están siendo motivo de mayor debate público porque su vulneración implica las violaciones a los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral, a la autonomía, intimidad, dignidad, a estar libre de violencia y tratos crueles, inhumanos y degradantes y a la igualdad de las mujeres, lesbianas, niñas y personas con capacidad de gestar en nuestro país. Todos estos son derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y otros que tienen rango superior a las leyes. Argumenta en consonancia con las otras organizaciones por el aborto libre que la

penalización del aborto no modificó la voluntad de las mujeres que no desean continuar con una gestación, quienes tampoco renunciaron a tomar la decisión de manera autónoma a pesar de que el Estado las siga considerando objeto de tutela, "La persecución penal sólo las empujó a la clandestinidad". Lo que los representantes deben considerar es si la práctica se hará en condiciones de seguridad, igualdad y dignidad, o si la mantendrán en la ilegalidad. Legalizar el aborto es una cuestión de justicia social sostienen. El proyecto de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito señala que se presume que las adolescentes entre los 13 y los 16 años que soliciten una interrupción voluntaria del embarazo cuentan con la aptitud y madurez suficiente para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento. Los límites que establece el proyecto tienen respaldo en nuestra legislación de fondo. Finalmente sostienen que no existe ningún impedimento constitucional para que el Congreso, como espacio relevante para asegurar las garantías individuales, despenalice y legalice el aborto.

7) Conclusión Capítulo I:

En el presente capítulo se desarrollaron conceptos respecto del aborto, tipos, elementos y establecer cuál es el bien jurídicamente protegido, a fin de ir desentrañando los diferentes interrogantes y cuestionamientos en lo que se refiere a la penalización o a la procedencia de la despenalización del aborto, toda vez que en la actualidad se debatió un proyecto que pretende de algún modo eliminar la figura delictiva, tema que ha generado polémica y un necesario debate social a nivel nacional tanto doctrinario como jurisprudencial, pues se encuentra en juego el derecho a la vida y es allí donde se concentra la discusión, pues si bien científicamente se encuentra establecido que la vida comienza desde la concepción, el dilema está centrado desde que momento darle el reconocimiento y protección jurídica a ese ser.

CAPÍTULO II:

Alcance interpretativo del Código Penal desde el punto de vista legal: En este capítulo desarrollaremos la legislación vigente respecto al delito de aborto en Argentina, sus eximentes:

1) Código Penal :

a) Antecedentes:

Los precedentes legislativos del Código Penal siempre condenaron el aborto, no estableciendo excepción alguna a la regla o formas de impunidad, pues el proyecto de 1917 no la previó, pero con posterioridad, dos años después, el despacho de la Comisión del Senado incorporo formas de impunidad en la figura del aborto tomándolas del artículo 122 del anteproyecto del Código Penal Suizo que poseía errores de redacción que proporcionaron un espacio para la discusión doctrinaria sobre su alcance hasta en la actualidad. Durante el proceso codificador, las formas de impunidad fueron introducidas por una Comisión del Senado, siguiendo los lineamientos del Anteproyecto Suizo. Actualmente, el código penal prevé distintos tipos de aborto doloso; en su artículo 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. 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, se castiga el aborto profesional, mientras que en el segundo párrafo se encuentran previstos los abortos impunes: el llamado aborto terapéutico y el aborto eugenésico. El art. 87 contempla el denominado aborto preterintencional y el art. 88, finalmente, prevé 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

El texto actual del delito de aborto es el original del Código de 1922, excepto un solo artículo, el 86 que tuvo desde entonces 4 reformas en su redacción. Esta reforma tuvo vigencia hasta 1973, que retoma al texto original de 1922; posteriormente vuelve a ser reincorporadas en 1976, y finalmente vuelven a ser derogadas por la Ley 23.077 del año 1984, que vuelve a imponer la redacción del texto original del Código Penal.

b) Breve análisis de los artículos 85 a 88 del Código Penal:

En lo específicamente previsto por la ley penal, el artículo 85 establece: *“El que causare un aborto será reprimido:*

1.- Con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2.- Con reclusión o prisión de uno (1) a cuatro (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis (6) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”

En el inciso primero, se describe el aborto sin el consentimiento de la mujer, donde el sujeto activo puede ser cualquier persona, en tanto que el sujeto pasivo es el feto o nacidurus que se encuentra dentro del seno materno, sin importar el tiempo de desarrollo que lleve alcanzado. Además se requiere que se encuentre con vida, con lo cual serán atípicas las maniobras realizadas sobre un feto muerto; tutelando además a la vida y la libertad de la madre quien es sometida a los riesgos de una maniobra abortiva. La acción típica se desarrolla dando muerte al feto dentro del seno materno, o como consecuencia de una expulsión provocada, cuando por sus características (inmadurez), dicha expulsión ha sido el medio seleccionado para matarlo, o cuando la exclusión se produce por un procedimiento que implica darle muerte al feto. Este

hecho posee una penalidad mayor, cuando no ha existido consentimiento de la mujer gestante tutelándose así su vida y su libertad.

En cuanto el tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, que se consuma con la muerte del feto. La tentativa será considerada cuando el resultado de la maniobra abortiva no se produjo por circunstancias ajenas a su autor, al igual si se intenta el aborto por medio de la expulsión del feto, pero con ésta no se logra la muerte del feto.

El agravante se configura, si en el hecho resulta la muerte de la mujer embarazada, elevando el máximo a quince años. Aquí el deceso aparece como un resultado preterintencional, que objetivamente aparece como consecuencia del aborto y subjetivamente no debe estar comprendido en el dolo del autor. Al respecto Donna expresa que si la muerte de la mujer a la que se le practica el aborto se produce con dolo configura un concurso de delitos de homicidio y de aborto.

En el inciso segundo, la diferenciación se encuentra con un hecho realizado con el consentimiento de la mujer embarazada, es decir la autorización que le brinda a un tercero para que le efectúe las maniobras abortivas. Dicho consentimiento deber otorgado libremente y puede ser otorgado explícita o implícitamente. El consentimiento tácito es el constituido por actos que implican la voluntad de la mujer de someterse a las maniobras abortivas, el cual no debe confundirse con el consentimiento presunto el cual no tiene valor a no tener capacidad para demostrar con claridad la voluntad abortiva de la madre. No es eficaz el consentimiento prestado por padres, tutores por limitación propia de la ley que solo refiere a la mujer gestante. El consentimiento puede ser retractado hasta el momento de la consumación; en tal caso la mujer no está sujeta a la pena por tratarse de un desistimiento voluntario y en cuanto al tercero

interviniente pasa a obrar sin consentimiento. Finalmente en cuanto al agravante por la muerte de la mujer, el inciso segundo guarda similitud con el descrito en el inciso primero.

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

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 este peligro no puede ser evitado por otros medios;

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

En la figura del aborto profesional se estipula una inhabilitación especial, como pena conjunta para los profesionales descritos taxativamente en la ley, en la medida en que abusen de su ciencia o arte para causar un aborto o cooperen a causarlo. No se trata de un delito que requiera una calidad especial de autor, sino que se trata de un agravamiento del hecho para ciertas personas. Es considerado abuso de su ciencia o arte, el profesional que utiliza su conocimiento para practicar él mismo el aborto, o colabore de otro modo. No existirá abuso en los casos en que el profesional provoca el aborto por imprudencia o negligencia, supuesto que queda al margen de la punibilidad ya que el aborto culposo no está previsto.

El segundo párrafo del artículo 86 prevé los eximentes del aborto, en el inciso primero se describe la figura del aborto terapéutico, siendo éste una causa de justificación específica para el delito de aborto, donde se exige que exista un conflicto de intereses entre la vida de la madre y la

del feto, que sólo puede ser resuelta con la muerte de éste, resolución que se considera menos perjudicial ante la colisión de ambos bienes jurídicos. Es decir, permite sacrificar la vida del feto ante el peligro de perder la vida su madre, pues la vida de ésta última es considerada más valiosa. Pero de igual modo se respeta el derecho heroico de la maternidad y se reconoce solo a ella la opción entre su propia vida o la de su hijo. El sujeto activo debe ser un médico diplomado, no están comprendidos otros profesionales del arte de curar. El consentimiento debe ser prestado por la mujer, si ella se negara a prestarlo o estuviese impedida por causas físicas o mental, el aborto solo quedara impune si el profesional médico diplomado actuara en las previsiones del eximente del estado de necesidad del artículo 34 inc. 3 del Código Penal. El aborto aquí causado debe tener la finalidad de evitar un grave peligro para la vida y la salud de la madre.

El inciso segundo del segundo párrafo del artículo 86 prevé el aborto eugenésico, del cual la doctrina se encuentra dividida respecto a su interpretación. Para una parte de la doctrina, se establece el eximente solo para mujeres idiotas o dementes. Otros en cambio interpreta que también se prevé la impunidad para los casos de violación a la mujer sin ninguna afección mental. El consentimiento debe ser prestado por parte del representante legal, en el caso de la mujer idiota o demente, o por la mujer violada. La interpretación de éste inciso, dio lugar al fallo F.A.L. dictado por Corte Suprema de Justicia de la Nación, del cual analizaremos más adelante, en los antecedentes jurisprudenciales.

El artículo 87 del código Penal establece 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 del embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.*”

La figura exige que se haya ejercido violencia, es decir empleando una energía física dirigida intencionalmente a dañar a la mujer pudiendo operar sobre su cuerpo o sobre su psiquis.

El término violencia, es tomado en general, abarcando cualquier caso de malos tratos, traumatismos, etc. que sean apreciados como dirigidos hacia la mujer, y no contra el feto. Quedarán al margen de esta figura las violencias causadas culposamente, cuyo resultado serán punidos por sus respectiva figura culposa. En cuanto al requisito subjetivo exigido, el autor debe conocer que está ejerciendo violencia sobre una mujer que se encuentra cursando un embarazo. Este conocimiento puede provenir de la notoriedad del estado gestacional, o del hecho de que le conste por otras razones. La violencia ejercida contra la mujer no debe tener como objeto causarle el aborto, toda vez que se ha entendido que se trata de un delito preterintencional, pues contiene un delito de base ilícito y doloso, que provoca un resultado previsible pero no deseado por su autor.

El artículo 88 del Código Penal prevé: *“Será reprimida con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible”*

Aquí se establece el delito de aborto causado por la propia mujer embarazada, con lo cual solo ella será el sujeto activo, en tanto que el sujeto pasivo es el feto, y la acción típica será llevada a cabo por la propia mujer realizando sobre el fruto de su embarazo las maniobras abortivas. El resultado típico requiere el resultado muerte del feto, como consecuencia de la maniobra abortiva desplegada por su madre.

En cuanto a la tentativa de aborto, no es punible para el caso de la mujer embarazada, pues así lo establece el propio artículo 88.

2) Análisis Legal de las eximentes vigentes

El código Penal Argentino establece eximentes en su artículo 86 e instituye lo siguiente:

“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.”

Artículo 86 segundo párrafo inciso 1º:

D’Alessio expresa que una específica causa de justificación para el aborto y cuenta con tres requisitos, una particular calidad del agente, el consentimiento de la mujer embarazada y una especial finalidad. Se exige que exista un conflicto de intereses entre la vida de la madre y la del feto, que sólo puede ser resuelto con la muerte de éste último, solución que se considera la menos perjudicial ante la colisión entre ambos bienes jurídicos. La vida de la mujer es considerada más valiosa, pero sin embargo se respeta el derecho que tiene la madre a elegir la opción entre su propia vida y la del hijo, facultad que solo a ella se le reconoce.

Según Buompadre (2000), este inciso contempla, no un caso de estado de necesidad elevado como en el artículo 34, inciso 3º del Código Penal, sino una cuestión de necesidad de efectuar el aborto para evitar un riesgo o peligro de muerte de la mujer o un daño irreparable para su salud. El adjetivo grave, se utiliza para especializar el peligro, ya que no se trata de proteger daños insignificantes o intrascendentes.

Para Fontán Balestra (1998), el inciso 1° del Código Penal es un tipo de aborto que se considera un estado de necesidad, comprendido en la norma general del artículo 34, inciso 3° de dicho código. De éste último fluyen los valores relativos de los bienes en conflicto: se trata de causar un mal para evitar otro mayor. El debate tiene que ver si el bien mayor es la vida de la madre o la del hijo. El inciso 1°, resuelve dando preponderancia al grave peligro para la vida y aun para la salud de la madre, cualquiera sea el termino del embarazo. Para la ley no es necesario que el mal sea inminente, ni siquiera el peligro; basta con que a juicio del médico exista un peligro, que puede ser futuro, para la vida o salud de la madre. Es el facultativo quien, según sus conocimientos, se encargue de establecer este estado y en esa convicción realizar el aborto. Además, se requiere el consentimiento de la madre y que el peligro no pueda ser evitado por otros medios.

Donna (1999), expresa que es la existencia de un conflicto de intereses entre la madre y la vida del feto, que sólo puede ser resuelto con la realización del aborto. La muerte del feto sería la solución menos perjudicial en la pugna de ambos bienes jurídicos, siendo para nuestra legislación el de mayor valor la vida de la madre. Para eso es necesario el consentimiento expreso de la mujer encinta, no admitiéndose el consentimiento presunto ni el tácito. Es un estado de necesidad, que solamente puede ser practicado por un médico, con el fin de salvar a la vida o la salud de la madre, en base a los conocimientos definidos del médico. No es necesario que sea un especialista en ginecología, la ley no exige tal requisito, ya que se incluye no solo el funcionamiento orgánico, propiamente físico, sino además la posibilidad cierta de un daño psíquico, tales como las enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas, etc. El problema reside cuando el médico se niega a realizar el aborto basado en objeciones de conciencia, derecho reconocido en nuestra Constitución Nacional. La negativa, en principio

quedaría amparada en una causa de justificación, sin embargo, si el hospital es público y no existe la posibilidad de realizarlo en otro, el médico tiene la obligación de realizarlo, porque el valor de la vida de una persona está por encima del problema de conciencia.

Artículo 86 segundo párrafo, inciso 2º :

El inciso en cuestión, en cuanto aquí interesa, dispone que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, siendo necesario en este caso, el consentimiento de su representante legal para el aborto”. La mayoría del Alto Tribunal en Argentina adhiere a la interpretación amplia del texto, según la cual “debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado comprende a aquél que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima”

Este inciso ha generado debate dada la ambigüedad de la norma. La doctrina está separada en dos posturas: una tesis amplia y una tesis restringida.

Los autores que sostienen la tesis amplia, expresan que el alcance de dicha norma permite que se practique un aborto a cualquier mujer que ha sido violada, como así también a la interrupción del embarazo producto de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente. Quienes sustentan la *tesis restrictiva*, en cambio, establecen que el alcance de dicha norma sólo permite la interrupción del embarazo a las mujeres con discapacidades mentales.

A continuación se desarrollara cada una de ellas

-Tesis restrictiva:

Esta corriente sostiene que el aborto sólo es posible cuando el embarazo es proveniente de una violación o atentado al pudor de una mujer idiota o demente. Los que afirman que ambos términos se refieren a una mujer con falta de razón, lo ha sostenido especialmente usando los siguientes argumentos:

* Si el Código hubiera querido referirse a la violación de mujer sana, es decir, a todos los casos de embarazo proveniente de una violación, hubiera puesto una coma luego de la palabra “violación” y ante la disyuntiva “o”, cosa que no ha hecho.

* El Código habla de consentimiento del representante legal, lo cual carece de sentido cuando se trata de mujer mayor de edad no privada de razón.

* El atentado al pudor, según lo define nuestro Código, no puede dar lugar a la concepción de hijo alguno, puesto que excluye la cópula.

- Tesis Amplia:

Quienes sostienen la tesis amplia, expresan que el segundo inciso es bivalente, prevé el aborto sentimental y el aborto eugenésico. Esto quiere decir, que el alcance de dicha norma hace referencia a:

* Un aborto a toda mujer que ha sido violada

* La interrupción del embarazo sólo a mujeres idiotas o dementes

Los autores que siguen esta corriente sostienen que no existe duda alguna de que el embarazo proveniente de una violación de la que ha sido víctima una mujer idiota o demente, entendiendo por tal mujer alienada, puede ser objeto de aborto impune. Pero, para expresar ese propósito, le hubiera bastado al legislador con decir, por ejemplo: “si el embarazo proviene de una violación cometida sobre mujer idiota o demente”; con ello la norma quedaba clara y el pensamiento completo. Esto no puede haber escapado al codificador, pues la sola lectura del inciso, tal como está redactado, da a entender bien a las claras que se habla de dos cosas distintas: violación y atentado al pudor. También, sostienen que el argumento de la coma, por si sólo es de poco valor, ya que interpretado el inciso sin ella carece de sentido. Esto es así, toda

vez que, o se habla de un hecho que no puede dar lugar al embarazo, lo cual no puede presumirse, o se interpreta que por atentado al pudor ha de entenderse como acceso carnal.

Con respecto a la exigencia del consentimiento del representante legal, alegan que también es necesario para cuando el sujeto pasivo es menor de edad, sobre todo cuando la víctima es menor de doce años, caso previsto en el artículo 119 inciso 1° del Código Penal. Asimismo, la norma al referirse al consentimiento dice en este caso, lo cual reafirma la bivalencia de la disposición, ya que si se referiría a la violación y al atentado al pudor sobre la mujer idiota o demente, debería decir en estos casos.

3) Conclusión del Capítulo II

En el presente capítulo hemos analizado la legislación vigente en cuanto la penalización del delito de aborto en Argentina, elemento jurídico en discusión al cual se lo pretende modificar efectuando una despenalización del mismo. Hasta hoy, para la legislación de nuestro país la vida es un bien jurídico indisponible, penalmente protegido y la existencia de la persona comienza con la concepción. De allí que corresponda concluir que se ha legislado hasta el momento con la convicción que la vida es un bien jurídico indisponible. La protección penal no es una caprichosa invención del legislador, sino la consecuencia de una lógica de protección de bienes jurídicos según su importancia.

CAPITULO III:

Proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo: En el presente capítulo se desarrollara los alcances que pretendió establecer el proyecto de reforma al Código Penal, dando una amplia discusión respecto de la despenalización de ciertos aspectos hoy tipificados en el Delito de Aborto:

1) Proyecto de Ley (expte. 230-D-2018) I.V.E

El 14 de junio de 2.018 la Cámara de Diputados dio media sanción a un proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, el cual ingresó en fecha 19 de junio de 2.018 para ser tratado por la Cámara revisora, el Senado de la Nación.

En el título I, denominado modificación del Código Penal, se establecían modificaciones de dicho cuerpo legal, sustituyendo el artículo 85, 86 y 88 los que quedarían redactado de la siguiente forma:

Artículo 85: El que causare un aborto será reprimido: 1) Con prisión de tres (3) a diez (10) años si obrare sin consentimiento de la mujer o persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer o persona gestante. Los médicos, cirujanos, parteros, farmacéuticos u otros profesionales de la salud que causaren el aborto o cooperaren a causarlo sin consentimiento de la mujer o persona gestante sufrirán, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. 2) Con prisión de tres (3) meses a un (1) año si obrare con el consentimiento de la mujer o persona gestante y el aborto se produjere a partir de la semana quince (15) del proceso gestacional, siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86 del presente Código.

Artículo 86: No es delito el aborto realizado con consentimiento de la mujer o persona gestante hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional. En ningún caso será

punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer o persona gestante: Si el embarazo fuera producto de una violación, con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el profesional de salud interviniente; Si estuviera en riesgo la vida o la salud de la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano; Si se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto.

Artículo 88: Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año la mujer o persona gestante que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare cuando el mismo fuera realizado a partir de la semana quince (15) del proceso gestacional y no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86 del presente Código. La tentativa de la mujer o persona gestante no es punible. El juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso en atención a los motivos que impulsaron a la mujer o persona gestante a cometer el delito, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y la apreciación de otras circunstancias que pudieren acreditar la inconveniencia de aplicar la pena privativa de la libertad en el caso.

Y se incorporaba el artículo 85 bis del Código Penal el que establecía:

Artículo 85 bis: Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena la autoridad de un establecimiento de salud o profesional de la salud que dilatase injustificadamente, obstaculizare o se negare a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados. La pena se elevará de uno (1) a tres (3) años si, como resultado de la conducta descrita en el párrafo anterior, se hubiera generado perjuicio en la vida o la salud de la mujer o persona gestante.

En el título II, denominado Interrupción Voluntaria del Embarazo, se establecía el objeto de la ley, expresando que tenía por objeto garantizar el derecho de las mujeres o personas

gestantes a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con las disposiciones de la misma.

En cuanto a los derechos protegidos garantizaba todos los reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos ratificados por la Republica Argentina, en especial, los derechos a la dignidad, la vida, la autonomía, la salud, la integridad, la diversidad corporal, la intimidad, la igualdad real de oportunidades, la libertad de creencias y pensamiento y la no discriminación. En ejercicio de estos derechos, toda mujer o persona gestante tenía derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo de conformidad a lo establecido en la ley. Se avalaba el derecho a acceder a la interrupción del embarazo con el solo requerimiento de la mujer o persona gestante hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional. Fuera del plazo dispuesto, se garantizaba el derecho de la mujer o persona gestante a acceder a la interrupción voluntaria en los siguientes casos: Si el embarazo fuera producto de una violación, con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el profesional de la salud interviniente; Si estuviera en peligro la vida o la salud de la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano; si se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto.

Se incorporaba el consentimiento informado previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo en los casos previstos en la ley, se requería el consentimiento informado de la mujer o persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y el artículo 59 del Código Civil y Comercial. Ninguna mujer o persona gestante podía ser sustituida en el ejercicio de este derecho. Las personas menores de edad, si se trataba de una adolescente, niña o persona gestante menor de dieciséis (16) años, la interrupción voluntaria del embarazo se debía realizar con su consentimiento informado en los términos del

artículo anterior y conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el artículo 7° de su decreto reglamentario 415/06. En particular, debía respetarse el interés superior de la niña o adolescente y su derecho a ser oído. Las personas con capacidad restringida, si se tratara de una mujer o persona gestante con capacidad restringida por sentencia judicial y la misma no impedía el ejercicio del derecho que otorga la presente ley, ella debía prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna. Si la sentencia de restricción a la capacidad impedía el ejercicio del derecho previsto en la presente ley o la persona había sido declarada incapaz, el consentimiento informado debía ser prestado con la correspondiente asistencia prevista por el sistema de apoyos del artículo 32 del Código Civil y Comercial o con la asistencia del representante legal, según correspondiera. En ambos supuestos, ante la falta o ausencia de quien debía prestar el asentimiento, podía hacerlo un allegado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Civil y Comercial.

En cuanto al plazo para efectuarse la práctica, la mujer o persona gestante tenía derecho a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en el sistema de salud en un plazo máximo de cinco (5) días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que determinaba la ley, conjuntamente con la ley 26.529 y concordantes.

Realizada la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, el establecimiento de salud debía garantizar a aquellas mujeres o personas gestantes que lo requerían: Información adecuada; atención previa y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo de carácter médica, social y psicológica, con el objeto de garantizar un espacio de escucha y contención integral; acompañamiento en el cuidado de la salud e información adecuada y confiable sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos

anticonceptivos previstos en el Plan Médico Obligatorio y en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable establecidos por la ley 25.673 o la normativa que en el futuro los reemplazare. La atención y acompañamiento previstos en este artículo debían basarse en los principios de autonomía, libertad, intimidad y confidencialidad, desde una perspectiva de derechos que favorezca la autonomía en la toma de decisiones. Cuando las condiciones del establecimiento de salud no permitiesen garantizar la atención prevista en el inciso b), la responsabilidad de brindar la información correspondía al profesional de la salud interviniente.

La responsabilidad que se instituía a los establecimientos de salud, las autoridades de cada establecimiento de salud debían garantizar la realización de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos establecidos en la ley y con los alcances del artículo 40 de la ley 17.132 y el artículo 21 de la ley 26.529 y concordantes.

La ley se debía efectivizar sin ninguna autorización judicial previa. No podían imponerse requisitos de ningún tipo que dificulten el acceso a las prestaciones vinculadas con la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo garantizarse a la mujer o persona gestante la utilización de la mejor práctica disponible según las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y una atención ágil e inmediata que respete su privacidad durante todo el proceso y garantizarse la reserva de la información aportada. En el caso excepcional de ser necesaria la derivación a otro establecimiento, la interrupción voluntaria del embarazo debía realizarse en el plazo establecido y las demás disposiciones de la presente ley, siendo responsable de la efectiva realización el establecimiento derivante.

La interrupción voluntaria del embarazo debía ser realizada o supervisada por un profesional de la salud. El mismo día en el que la mujer o persona gestante solicitaba la interrupción voluntaria del embarazo, el profesional de la salud interviniente debía suministrar

información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la prosecución de la práctica y los riesgos de su postergación. La información prevista debía ser clara, objetiva, comprensible y acorde a la capacidad de comprensión de la persona. En el caso de las personas con discapacidad, se debía proporcionar en formatos y medios accesibles y adecuados a sus necesidades. En ningún caso podía contener consideraciones personales, religiosas o axiológicas de los profesionales de la salud ni de terceros. Se debían establecer mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento del plazo y condiciones establecidas en la ley a las mujeres o personas gestantes privadas de su libertad. Ningún profesional interviniente que hubiera obrado de acuerdo con las disposiciones de la ley está sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa derivada de su cumplimiento, sin perjuicio de los casos de imprudencia, negligencia e impericia en su profesión o arte de curar o inobservancia de los reglamentos y/o apartamiento de la normativa legal aplicable.

Para la Objeción de conciencia, el profesional de la salud que debía intervenir de manera directa en la interrupción voluntaria del embarazo tenía la obligación de garantizar el acceso a la práctica y no podía negarse a su realización. El profesional mencionado en el párrafo sólo podía eximirse de esta obligación cuando hubiese manifestado su objeción previamente, de manera individual y por escrito, y la hubiese comunicado a la máxima autoridad del establecimiento de salud al que pertenece. La objeción podía ser revocada en iguales términos, y debía mantenerse en todos los ámbitos, públicos o privados, en los que se desempeñare el profesional. El profesional no podía objetar la interrupción voluntaria del embarazo en caso de que la vida o la salud de la mujer o persona gestante estuvieran en peligro y requiriera atención médica inmediata e impostergable. Cada establecimiento de salud debía llevar un registro de los profesionales

objetores, debiendo informar del mismo a la autoridad de salud de su jurisdicción. Quedaba expresamente prohibida la objeción de conciencia institucional y/o de ideario.

El sector público de la salud, todas las obras sociales, todos aquellos agentes y organizaciones que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliadas o beneficiarios independientemente de la figura jurídica que posean, debían incorporar la cobertura integral de la interrupción voluntaria del embarazo prevista en la ley en todas las formas que la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda. Estas prestaciones quedaban incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), así como también las prestaciones de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

En el título III se creaban las Políticas de salud sexual y reproductiva y Educación sexual integral, donde el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios tenían la responsabilidad de establecer políticas activas para la prevención de embarazos no deseados, y la promoción y el fortalecimiento de la salud sexual y reproductiva de la población. Debían además capacitar en perspectiva de género a todos los profesionales y personal de la salud a fin de brindar una atención, contención y seguimiento adecuados a las mujeres que deseen realizar una interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la ley.

El Estado debía asegurar la educación sexual integral, lo que incluye la procreación responsable, a través de los programas creados por las leyes 25.673 y 26.150. En este último caso, debían incluirse los contenidos respectivos en la currícula obligatoria de todos los niveles educativos, independientemente de la modalidad, entorno o ámbito de las distintas instituciones educativas, fueran éstas de gestión pública o privada, lo que debía hacerse efectivo en todo el territorio nacional a partir del ciclo lectivo próximo. La educación sexual integral es un derecho y debía impartirse en todo el sistema educativo sin excepción y con especial referencia y

atención a las comunidades más vulnerables y a la diversidad e identidad de los pueblos originarios.

Se creaba la Comisión Bicameral de Seguimiento de la Normativa sobre Salud Reproductiva y Educación Sexual, a fin de solicitar informes de las autoridades de los ámbitos nacional, provincial y municipal, referidas a la implementación de las medidas contenidas en las leyes, así como de entidades privadas que trabajaren en la materia; Receptar denuncias y/o informes provenientes de miembros de la comunidad educativa sobre la falta u obstrucción de la aplicación efectiva de la ley, convocar a funcionarios encargados de la aplicación del Programa de Educación Sexual Integral para que informen acerca de la implementación efectiva de la ley, promover reuniones científicas que ofrezcan alternativas para la más eficaz aplicación de la normativa en cuestión, impulsar, a partir de la evaluación que formule, la sanción de nuevas normas, o reformas a las existentes, con el fin de remover los obstáculos que se hayan presentado y favorezcan el logro de los objetivos que se habían propuesto, presentar un informe anual circunstanciado del estado de aplicación de las normas en la materia.

Finalmente en el título IV se establecía la autoridad de aplicación, siendo el Poder Ejecutivo Nacional el encargado y se establecía que las disposiciones de la ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina.

2) Derechos fundamentales en pugna a raíz del proyecto

a) Derecho a la vida:

El Código Civil y Comercial de la Nación, en el art.19 establece la protección civil de la persona humana comienza con la concepción en el seno de la mujer, en los casos de técnica de reproducción humana asistida, dicha tutela comienza con la implantación del embrión en la mujer. El embrión no implantado tendrá una protección civil diferenciada mediante la ley

especial dictada a tal efecto. En cuanto al artículo 21 enuncia que los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si la persona nace con vida; de lo contrario, se considera que nunca existió. El Código Civil y Comercial reconoce tres niveles de protección civil en sintonía con la tutela constitucional deparada a la vida a partir del momento de la concepción, a saber:

- * La protección civil del embrión desde la concepción.

- * La protección civil de la persona por nacer desde el momento de la concepción en el seno de la mujer o la implantación del embrión establecida por el Código Civil.

- * La protección de la persona nacida hasta su finitud establecida por el Código Civil .

El Estado Argentino al momento de ratificar la Convención sobre los Derecho del Niño, ley 23.849, artículo 2 segundo párrafo, ratificó que la protección constitucional y convencional de la vida intra o extra corpore comienza a partir del momento de la concepción. Esto implica que el derecho a la vida tenga una mayor jerarquía respecto de los demás derechos.

En el derecho tanto civil como penal le otorgaron a la persona un mayor reconocimiento de sus derechos o protección de la vida. El derecho civil posibilitando la adquisición irrevocable de los derechos y obligaciones adquiridos (estableciendo que el nacimiento sin vida implica que la persona jurídica nunca existió). El derecho penal protege la vida humana, su extinción por obra de un tercero es un delito contra las personas. Médica y culturalmente, la ley penal protege como vida de las personas la subsistencia de su funcionamiento orgánico, cualquiera que sea la conformación corporal de la persona; o el grado de su deficiencia fisiológica o la seguridad de que no podrá sobrevivir, siempre que su potencialidad vital funcione naturalmente o pueda mantenerse por medios artificiales. Lo que caracteriza substancialmente la vida humana es la capacidad del organismo del individuo para proseguir funcionando, en alguna medida. A su vez,

no sólo es protegida penalmente la vida del ser orgánicamente desarrollado, también lo es el producto de la concepción de la mujer, desde sus primeros instantes, aunque carezca de viabilidad por defecto de las condiciones necesarias para sobrevivir. Es decir, que la protección penal comienza desde el momento de la concepción, pero a los efectos de la definición y del castigo del delito, al derecho penal no le resulta indiferente el momento inmediato anterior al que la persona por nacer pueda percibirse y matarse desde fuera del seno materno, se está frente al delito de aborto con sus propias escalas penales. A partir de ese instante, el delito es un homicidio.

Fontan Balestra (1998), establece que la tutela penal está dirigida al resguardo de la persona física. Esto implica protegerla frente a las conductas que puedan afectarla en su salud, en su vida, o en su integridad corporal, sea por destrucción daño o exposición a peligro efectivo o presumido. Por otro lado, otros aspectos de la persona física son objetos de protección en títulos siguientes bajo el epígrafe de delitos contra el honor, delitos contra la integridad sexual, delitos contra el estado civil y delitos contra la libertad.

Actualmente por la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, el derecho a la vida tiene consagración constitucional con la incorporación de los tratados internacionales de derecho humanos, que gozan de un rango superior a las leyes, por el artículo 75 inciso 22. Algunos de estos son:

* El tratado de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 6 reza , 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”.

* La convención de los Derechos del Niño, en el artículo 6 establece lo siguiente: 1. “ Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.” 2. “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

* Por su parte, el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

b) Derecho a la información:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara en su artículo 19 inciso 2 que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, sea oralmente, por escrito o en forma expresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”

En relación al aborto, implica una obligación positiva por parte del Estado de brindar información completa, correcta y necesaria para proteger y promover la salud y los derechos reproductivos, incluyendo información sobre el aborto. Las mujeres se ven afectadas en su derecho cuando la información segura sobre servicios seguros de aborto se encuentra restringida o denegada.

Basándonos en la idea del artículo 164 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, el derecho de éstas a decidir el número y espaciamiento de sus hijos sin discriminación solo puede efectuarse si tienen la posibilidad de acceso a todas las medidas efectivas para controlar el tamaño de sus familias incluyendo el aborto. Sin embargo, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la

Mujer, en repetidas oportunidades dejó en claro "que el aborto no puede utilizarse como un método de planificación familiar, bajo ninguna circunstancia". No obstante, al mismo tiempo, al reconocer la necesidad de la despenalización del aborto, el Comité ha reconocido implícitamente que puede constituir la única manera en que una mujer ejercite su derecho a decidir de manera independiente sobre el número de los hijos y el intervalo entre los nacimientos, sobre todo si quedó embarazada como resultado de violación o incesto, o si su vida o salud corren peligro.

c) Derechos de la Mujer:

Derecho a la Salud y a la Atención Médica: La constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), establece que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. Derecho a la salud significa que los Estados deben crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible.

Este derecho es reconocido por numerosos Tratados Internacionales, entre ellos están: El Pacto de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12 expresa que los Estados partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Por su parte, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) reconocen el derecho a la protección de la salud en el artículo 11, inciso 1 "F", y con respecto a la atención médica, el artículo 12 inciso 1º, establece la adopción de medidas apropiadas para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, inclusive a los que se refieran a la planificación de la familia. Además, el Comité del CEDAW, hace hincapié en que "el acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza con obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas

intervenciones". En base a esto, piden que en lo posible se reforme la legislación la que castiga al aborto a fin de que las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos, sean eliminadas.

d). Derecho a la no discriminación; Derecho a la igualdad:

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, entro en vigor como tratado internacional el 3 de Septiembre de 1981 y es dentro de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el documento más amplio y fundamental para la incorporación de la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones. Tiene su génesis en el objetivo de las Naciones Unidas, que son el de reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. En su preámbulo reconoce explícitamente que “las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones” y resaltan que esa discriminación “viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana”. En su primer artículo, define a la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (...) en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Es por esto, que afirma de manera positiva el derecho de igualdad, al establecer en su artículo 3, que los estados partes deben tomar “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

3) Conclusión del capítulo III

En el desarrollo del presente capítulo se ha podido analizar los alcances que pretendía el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, contrastándolo con principios y

derechos en pugna reconocidos internacionalmente por Tratados de Derechos Humanos. Si bien en la reforma intentada mantiene la figura del delito de aborto, la reduce solo a las prácticas realizadas sin el consentimiento de la persona gestante y cuando fuese efectuado con posterioridad a la semana 15, siempre y cuando no se encuentre atrapado en las nuevas eximentes previstas para la materia. Se desplaza la protección jurídica del ser gestante hasta la semana 14 de embarazo, otorgando hasta ese plazo de gestación el permiso legal de interrumpir voluntariamente el embarazo, previo a efectuar un consentimiento informado de la persona gestante, información que debía ser brindada eficientemente por los centros asistenciales. Vemos a partir de aquí como van colisionando derechos y principios rectores relacionados a la protección de la vida humana y sobre todo el momento que debe tomarse como comienzo de existencia de la misma y brindarle la protección jurídica adecuada.

CAPITULO IV:

Análisis constitucional del proyecto de I.V.E. y la Objeción de Conciencia: En presente capítulo, se desarrollaran aspectos Constitucionales referidos a la Interrupción Voluntaria del embarazo, para tenerlos en cuenta respecto al momento de legislar un proyecto, como el presentado en nuestro país. También se analizará la Objeción de Conciencia, como derecho Constitucional a favor de profesionales de la salud.

1) Artículo 33 de la Constitución Nacional Argentina:

La reforma constitucional de 1860 incluyó una norma que pasó a ser el artículo 33, que dispuso: *"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"*

La doctrina argentina ha destacado la importancia del artículo 33 relativo a la presencia constitucional de los derechos y garantías no enunciados expresamente en la Carta, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, conteniendo el artículo 33 de la Constitución un principio claro para "evitar todo avance de los poderes públicos sobre los derechos individuales. Denominado por la Doctrina como derechos implícitos o derechos inherentes, ya que, cuando se refieren a derechos propios e innatos de la persona humana, sólo pueden encontrarse en una concepción jusnaturalista, en virtud de la cual existen derechos inherentes a la persona humana, anteriores al Estado y a toda organización constitucional. La situación no es exactamente igual, pero es sin embargo análoga, cuando el texto constitucional deriva estos derechos no enunciados de la idea democrática, del origen popular del poder político, del régimen representativo o de los derechos del pueblo.

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, ya que si bien no aparecía expresamente en la Constitución Nacional, este presupuesto esta en "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 y esto es así, ya que sin vida humana no se puede ejercer ningún derecho. La inclusión de una norma de este tipo en las declaraciones constitucionales de Derechos se basa en una concepción filosófica general en la idea fundamental del Estado democrático de que la persona humana puede lícitamente hacer, todo lo que no vaya contra el derecho de otra u otras personas y no está legítimamente prohibido.

Bidart Campos dice que hay Constituciones con una norma expresa sobre los derechos no enumerados o implícitos a los que no se puede negar ni desconocer constitucionalmente por el hecho de estar ausentes en el catálogo declarativo, que no debe recibir el carácter taxativo o exhaustivo. Queda la rendija de la amplitud para dar entrada a otros derechos que, pacificados con los enunciados en normas expresas, tienen que disfrutar del amparo de la Constitución en un mismo nivel jerárquico con los otros y con ella misma.

El derecho a la vida, como propio del ser humano, es un derecho de toda persona humana. Tan simple aseveración plantea el arduo problema de fijar con mayor precisión posible desde que momento existe la persona humana. La vida humana en gestación y desarrollo es siempre y objetivamente, un bien jurídico aun antes de que exista persona: entonces tendríamos dos etapas igualmente importantes en perspectiva constitucional: a) el período de vida humana desde la concepción hasta la individualización del nuevo ser como persona humana; b) el siguiente periodo de vida humana de ese ser que ya es persona concebida.

La Constitución Nacional reconociendo derechos inherentes a la vida humana, conjuntamente con otras normas de jerarquía constitucional que “resguardan de modo estricto el derecho a la vida” y en ese sentido se plasmo en el nuevo Código Civil y Comercial declarando que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

2) Artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional:

Corresponde al Congreso: ... "inciso 23: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia"...

Este artículo reconoce la personalidad del niño por nacer, al encomendar al Congreso el dictado de un régimen de protección del niño en situación de desamparo, durante toda la extensión del embarazo. 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 y a través de los tratados internacionales, 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.

El art. 75 inc. 23 de la Constitución argentina le impone al Congreso la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato de manera general y de forma particular. Para ambas situaciones, la combinación de legislar y promover establece la fuerza normativa y plena operatividad de la norma, cuya inobservancia genera una clara omisión inconstitucional e inconvencional de satisfacción del sistema de derechos y habilita automáticamente el control de constitucionalidad y de convencionalidad en los casos concretos donde se invoque.

La primera parte del art. 75 inc. 23 tiene como objeto garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. Por ello, en la Convención Constituyente varios Convencionales expresaron que existía un vínculo directo e inmediato entre el art. 75 inc. 23 y el art. 75 inc. 22. Esto implica que todos los derechos fundamentales y humanos son pasibles de ser promovidos mediante las acciones positivas que el Congreso legisle, y que como promotor de las mismas, el Parlamento tiene el deber de controlar la eficacia sociológica de las mismas. Por ende, el Congreso no cumple con su rol si solamente legisla y luego deja todo en manos del Poder Ejecutivo, sino que por imperio constitucional, debe controlar que los programas creados se apliquen realmente y se consigan resultados concretos en términos de igualdad real de oportunidades y trato.

La segunda parte del art. 75 inc. 23 se orienta a grupos particulares que históricamente han sido vulnerados: los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Desde la perspectiva doctrinaria Bidart Campos, se sostiene que los derechos se promueven cuando se adoptan medidas para hacerlos accesibles y disponibles a

favor de todos; eso exige una base real igualitaria que elimine, por debajo de su nivel, cuanto óbice de toda naturaleza impida que muchos consigan disfrutar y ejercitar una equivalente libertad real y efectiva, por lo tanto, el Congreso queda impuesto con obligaciones de hacer: legislar y promover medidas de acción positiva.

La Constitución garantiza el derecho a la vida desde el embarazo (artículo 75, inciso 23), al promover medidas de acción positiva a favor del niño y de la madre, por parte del Congreso de la Nación, evitando en todo caso su “desamparo”. Si bien el derecho a la vida desde la concepción no fue incorporado a la Constitución partir de este artículo (esa propuesta fue expresamente rechazada por la Convención Constituyente de 1994, toda vez que en el supuesto de considerar que tal derecho fuera incorporado a través del Artículo 75 inciso 23, el mismo sería nulo ya que el Congreso Nacional no había habilitado el tratamiento del derecho a la vida desde la concepción en la ley de necesidad de la última reforma constitucional, Ley 24.309. Motivo por el cual el derecho esencial a la vida queda incluido ente los derechos implícitos o inherentes al ser humano contemplado en el art. 33 de la Constitución Nacional), el Congreso tiene la obligación de legislar un régimen integral “en protección del niño desde el embarazo”, entonces no puede dictar un régimen general de desprotección y facilitación de su destrucción.

3) Antecedentes Convencionales con equiparación Constitucional

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales en las condiciones de su vigencia, establece también que estos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Fue aprobada el 10 de diciembre de 1948. 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. En la materia que nos ocupa se destacan los tres primeros artículos que disponen el respeto a la vida, la dignidad y la libertad de los seres humanos.

* Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

* Artículo 2: 1.-Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

*Artículo 3: Todo individuo (Ser vivo, perteneciente a una especie o género, considerado independientemente de los demás) tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

b) Convención Americana de Derechos Humanos.

*Artículo 4 (Derecho a la Vida): Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

* Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal):

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

* Artículo 7 (Derecho a la Libertad Personal):

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

* Artículo 12 (Libertad de Conciencia y de Religión):

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Fue aprobada en 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 sobre derechos humanos. La misma en su artículo 1° establece que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

c) Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 1989).

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”. El texto enfatizado parece sugerir que el niño es sujeto de derecho incluso antes de nacer.

En el año 1990 en Argentina se sancionó la Ley N° 23.849, a través de la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989. En la misma se declara que los niños gozan de los mismos derechos que los adultos, y se subrayan 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.

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, declara haciendo una reserva en la Convención 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 parte se comprometen a adecuar su marco normativo a los principios establecidos por esta Convención y a destinar todos los esfuerzos que sean necesarios para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos.

d) Otros Tratados Internacionales:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Fue suscripto en Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Nuestro país lo ratificó en 1986 por medio de la Ley N° 23.313. Establece un Comité de Derechos Humanos que estudia los informes presentados por los Estados parte sobre las medidas tomadas para volver efectivos los derechos enumerados en él. Respecto al tema en cuestión, el Pacto contiene el siguiente artículo:

*Artículo 6 : Inciso 1. 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. (...)

Inciso 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. (...)

*Artículo 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

* Artículo 9: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

* Artículo 18: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de "los" padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

*Artículo 6: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

* Artículo 12: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

* Artículo 12: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

* Artículo 15: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

4) Objeción de conciencia en el proyecto de ley de I.V.E.

Mientras que las primeras versiones del proyecto de ley de aborto libre y legal incluían el derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales de la salud, el texto presentado en 2018 ya no lo incluía. Esta omisión constituye una grave amenaza a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de muchos profesionales de la salud. Se trata de derechos reconocidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional. Además, ignora las mismas recomendaciones del fallo “FAL” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Negar la objeción de conciencia contradice los códigos de ética médica vigentes en nuestro país.

La objeción de conciencia es el derecho a eximirse, total o parcialmente, del cumplimiento de una disposición legal, debido a que la misma violenta la conciencia religiosa o moral de una persona. Se diferencia de la desobediencia civil por cuanto no se cuestiona la ley en sí, objetivamente, sino la obligatoriedad de determinado aspecto en determinadas circunstancias para un individuo específico.

Se trata de un verdadero derecho, explícitamente reconocido en numerosos textos legales del más alto nivel jurídico, como parte de la libertad de religión y pensamiento. Así, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Resolución 46, de 1987 expresa que: "la objeción de conciencia (...) debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". En 1993, el Comité de Derechos Humanos declaró legítima esa interpretación en su Observación General N° 22, cuando afirma que si bien "en el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia (...) el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la

medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias".

En Argentina, son varios los textos legales que lo reconocen explícitamente. Así, la Ley 25.673 de Salud sexual y procreación responsable (art. 10); el Decreto 1282/2003 (art. 10); la Ley 26.130 de contracepción quirúrgica (art. 6); la Ley 26.150 del Programa Nacional de educación sexual integra (art. 5). El mismo fallo FAL sobre abortos no punibles (Corta Suprema de Justicia de la Nación, 2012) expresa que "deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho a la objeción de conciencia" (considerando 29). En relación con el proyecto bajo análisis, específicamente, la falta de alusión a la objeción de conciencia implica un cercenamiento del ejercicio de la labor del equipo de salud, primero por cuanto supone violentar las convicciones de equipos enteros y de instituciones con una clara postura respecto de la defensa de la vida y los derechos de todas las personas desde el momento de la fecundación. En segundo lugar, porque podría representar presiones con repercusiones en el libre ejercicio de la profesión y a nivel de desarrollo y promoción profesional. Si bien asistimos a la difusión de una mentalidad que considera que el médico debe limitarse a cumplir lo que pide el paciente, en lo que se ha llamado "medicina de consumo", la realidad es que los profesionales de la salud, por sus conocimientos y capacitación, tienen un lugar decisivo en la atención de la madre y su hijo. De hecho, el mismo Código Penal en su artículo 86 inciso 1, considera no punible el caso en que el riesgo para la vida de la madre "no puede ser evitado por otros medios". Ello reconoce la importancia decisiva de la intervención de salud, recordando que prácticamente todo embarazo trae consigo algún cambio en la salud de la madre, basta pensar en los habituales cambios de presión o la propensión a diabetes adquirida, por ejemplo. En tal sentido, la Corte

Suprema en el fallo “FAL”, más allá de las críticas que merece, estableció que “lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo (...)”. En esa línea, la CSJN refirió en el considerando 25 de FAL a las condiciones médicas necesarias para llevar a cabo de manera rápida, accesible y segura la terminación del embarazo. Por otro lado, si bien oportunamente cuestionamos los alcances de los exhortos de la CSJN en el citado fallo, en el considerando 29 se establece una limitación que quizás haya pasado inadvertida. En efecto se establece que para el acceso a la práctica abortiva deberán eliminarse “requisitos que no estén médicamente indicados”. La indicación médica, en el fallo pareciera constituir un límite que no pareciera tener acogida en el proyecto de ley en discusión. Similar limitación aparece en el considerando 29, donde el tribunal aclaró apoyándose en la Organización Mundial de la Salud que no sería necesario “satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario”. En el considerando 20 del fallo citado se recuerda en relación con el proceder de los profesionales de la salud, el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, del cual surge que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Cabe recordar muy brevemente parte de la nutrida normativa que existe en torno al ejercicio de la medicina, la que colisiona con las pretensiones del protocolo bajo análisis. Del artículo 2° de la Ley 17.132 surge que el objeto del ejercicio de las profesiones del arte de curar es el de lograr “la recuperación, conservación y preservación de la salud de las personas”, lo que debe procurarse respetando también los derechos de tales agentes. Tal como lo hemos destacado en otra oportunidad, vale explicitar a uno de los más importantes principios rectores en materia de

ejercicio de la medicina, el principio de libertad en el ejercicio profesional, el que cuenta con muy diversas manifestaciones:

- * Derecho a ejercer la profesión en forma libre y sin presiones de naturaleza moral, técnica o económica;

- * Derecho a ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional;

- * Derecho a abstenerse de garantizar resultado en la atención médica;

- * Derecho a abandonar o transferir la atención médica del paciente;

- * Derecho a la objeción de conciencia.

Otro aspecto destacable como parte esencial del principio de libertad en el ejercicio de la medicina e íntimamente ligado a la objeción de conciencia es la libertad de opinión, la que encuentra justificación normativa del más alto nivel (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). Todo lo manifestado anteriormente se desprende de una premisa subyacente que no puede ser soslayada: los médicos también poseen el derecho a que se respeten sus Derechos Humanos, consagrados en instrumentos con la máxima jerarquía en nuestro país. En similar orden de ideas, deben tomarse en consideración las normas deontológicas que rigen el ejercicio del arte del curar, las que favorecen la resolución de los conflictos éticos que se presentan de modo congruente con el sistema internacional de derechos humanos, el que se apoya en consideraciones de orden ético anteriores a la legislación proyectada. El Código de Ética de la Asociación Médica Argentina, por ejemplo, establece en el artículo 48 que “el Equipo de Salud debe disponer de libertad en el ejercicio profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad. Ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional”. A su vez, los artículos 70 y 219 consignan en línea con lo dicho que “los miembros del Equipo de

Salud tienen el derecho de ejercer la libre elección de sus pacientes (...)” y que “(...) deben defender su derecho a prescribir libremente”. El último artículo establece también que dichos agentes están obligados al uso racional de los medios de diagnóstico y tratamiento, evitando indicaciones desmesuradas o inútiles. El aborto podría llegar a constituir, en ciertos casos, una medida clínicamente tolerada desde el punto de vista técnico-médico, recomendada en situaciones específicas determinadas por el equipo médico interviniente (el problema del aborto indirecto). Ahora bien, es cuanto menos discutible atribuir incluso naturaleza de acto médico al aborto realizado no sólo en violación en la normativa vigente, sino en situaciones en las que el leal saber y entender médico no lo convalida. El proyecto de ley criticado exige una conducta determinada a los médicos y a los demás profesionales de la salud que intervinieran, lo que contraría la normativa deontológica en vigor y el principio de reserva, rasgo fundamental de nuestro sistema jurídico. Es necesario replantear el tema a la luz de todos los bienes en juego, defendiendo la dignidad, la libertad y los derechos humanos de los profesionales de la salud, y recordando también los intereses de las mujeres y las personas por nacer, los que son especialmente vulnerables. La sociedad en su conjunto deberá tomar en consideración tales bienes y ello expresarlo en reglamentaciones y prácticas humanas y equilibradas.

5) Conclusión del Capítulo IV:

Del análisis de los tres principales artículos de la Constitución Nacional relacionados al proyecto de interrupción voluntaria del embarazo, podemos advertir que todos hacen referencia a que se encuentra garantizado el derecho a la vida. Y es entonces donde colisiona el proyecto con la Constitución Nacional. El artículo 33 se refiere a los derechos inherentes al ser humano, quedando garantizado el derecho a la vida, como tal la ciencia médica es categórica al afirmar que la vida comienza con la concepción. En el mismo sentido el artículo 75 inc. 22, que otorga

jerarquía constitucional a tratados de derechos humanos se encuentra con lo establecido por el la Convención Americana de Derechos Humanos "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción", afirmando una vez más el comienzo de la existencia de las personas. En el mismo ideario la Convención de los Derechos del Niño su preámbulo destaca firmemente que el niño por su falta de madurez física y mental necesita control y cuidados especiales, incluso la debida protección legal tanto "antes" como después del nacimiento. Y finalmente el artículo 75 inc. 23 que garantiza el derecho a la vida desde el embarazo, al promover medidas de acción positiva a favor del niño y de la madre, por parte del Congreso de la Nación, evitando en todo caso su "desamparo". En ello cabe un régimen asistencial público que proteja ambas vidas.

Respecto a la objeción de conciencia, el proyecto presentaba una omisión que constituye una grave amenaza a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de muchos profesionales de la salud. Se trata de derechos reconocidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional y además, ignora las mismas recomendaciones del fallo "FAL" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Negar la objeción de conciencia contradice los códigos de ética médica vigentes en nuestro país.

CAPITULO V:

Casos Jurisprudenciales: En el presente capítulo analizaremos casos jurisprudenciales que han sido argumentos a favor de legislar una ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo:

1) Caso F.A.L.:

En el caso “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”, La Corte Suprema por unanimidad y por el voto conjunto del Presidente Lorenzetti, de la Vicepresidente Highton de Nolasco y de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni, y por los votos individuales de los jueces Petracchi y Argibay, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que, en marzo de 2010 autorizara la realización de la práctica de aborto respecto de la joven A.G de 15 años de edad, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro. De esta manera, rechazó el recurso extraordinario que, en representación del *nasciturus*, interpusiera el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut. La Corte aclaró que, no obstante que el aborto ya se había realizado, y el tema se resolvía en abstracto, se configuraba uno de los supuestos de excepción que según su jurisprudencia la autoriza a pronunciarse, teniendo en cuenta: a) que el tiempo que implica el trámite judicial de cuestiones de esta naturaleza excede el que lleva su decurso natural, b) que era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para futuros casos análogos y c) estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Los hechos: La Sra. A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, solicitó el 14 de enero de 2010 a la justicia penal de la Provincia del Chubut, ante cuyos Estrados se instruyó una causa contra O.C., esposo de aquella, por la violación de A.G. que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre

de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación.

El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido. La madre de A.G. inició entonces la medida auto-satisfactiva que originó la presente causa y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia como en la cámara, no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., “presentaba síntomas depresivos... e ideas suicidas persistentes” y que “el embarazo era vivido como un evento extraño, invasivo... En su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre...” por lo que se estimó que “la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la niña implicaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida” (Informe del Equipo Técnico Interdisciplinario)

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la Sra. A.F. en la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º, primera parte del art. 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesariedad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La

intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew.

La decisión de la Suprema Corte de la provincia Chubut fue recurrida por medio de un Recurso Extraordinario interpuesto, en representación del nasciturus, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad Litem y Asesor de Familia e Incapaces. El mismo fue concedido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no obstante haberse llevado a cabo la ya mencionada práctica médica, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. El principal argumento del apelante fue que al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción.

Una vez radicada la causa ante la CSJN, se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, quien asumió en representación de la niña A.G. y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada, al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado –víctima de violaciones- debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante.

Asimismo se le corrió traslado a la Defensora Pública de Menores e incapaces, quien asumió la representación del nasciturus y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida. Oportunamente se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse en abstracto.

Sentencia de la Corte Suprema de la Nación. Fundamentos

La Corte aclaró que, no obstante que el aborto ya se había realizado, se configuraba uno de los supuestos de excepción que, según su jurisprudencia, la autoriza a pronunciarse. Esto teniendo en cuenta:

a) Que el tiempo que implica el trámite judicial de cuestiones de esta naturaleza excede el que lleva su decurso natural.

“Las cuestiones relacionadas con el embarazo –o su eventual interrupción- jamás llegan al máximo tribunal en tiempo para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso”

b) Que era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para casos análogos.

“En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos en el futuro.”

c) Que estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

“Resulta necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que deben permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. A su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal.” El voto mayoritario, firmado por los jueces Lorenzari, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni sentó tres reglas claras:

1. La Constitución y los tratados de Derechos Humanos no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario impiden castigarlos respecto de

toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y legalidad.

De esta forma, se puso fin a la incertidumbre relacionada con el alcance del artículo 86, inciso 2º del Código Penal, en tanto algunas instancias judiciales han entendido que éste sólo aplica respecto de la víctima de una violación que poseyera alguna discapacidad mental, criterio que llevaba a que la cuestión se judicializara a lo largo del país con resultados adversos y, en algunos casos, con riesgo a la realización del aborto o a la salud de la madre.

“Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el a quo.”

2. Los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase abortos.

Lo deben practicar requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación.

“La Judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho a la interrupción del embarazo en condiciones seguras.”

“Quien se encuentre en las condiciones descritas en art. 86 del Código Penal no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible.”

“Este Tribunal se ve en la necesidad de advertir a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida. Con respecto a la necesidad de contar con la aprobación de comités de ética, Directores de la Institución o equipos de trabajo, la Corte aclaró:

“El aborto no punible es aquel practicado por “un médico con el consentimiento de la mujer encinta”, circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar.”

3. Los jueces deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones.

Los jueces tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico.

“Este Tribunal recuerda a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que, según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido de un médico”

Entre otros aspectos, en la decisión, se tuvieron en cuenta la posición de la Organización Mundial de la Salud en la materia y distintos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y del Comité de los Derechos del Niño, ambos de Naciones Unidas, que marcaron la necesidad de garantizar el acceso seguro a los abortos no punibles en nuestro país y la eliminación de las barreras institucionales y judiciales que han impedido a las víctimas de una violación acceder a un derecho reconocido por la ley.

Posibilidad de “Casos Fabricados”

Por otra parte, el Tribunal advierte sobre la posibilidad de “casos fabricados”, dada la facilidad para acceder a la práctica (sólo declaración jurada ante un médico).

“Tal como lo ha afirmado la OMS, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumentan la probabilidad de abortos no seguros o, incluso pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado.”

“Si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados”, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente en un ilícito penal, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.”

Con el objeto de hacer efectivo lo decidido y asegurar los derechos de las víctimas de violencia sexual, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni exhortaron a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 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 a disponer un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio:

“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. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.”

Objeción de Conciencia

“Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las

actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.” Asimismo, atendiendo a la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, los mencionados jueces señalaron la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva y el asesoramiento legal del caso. También sostuvieron que se consideraba 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 y que se capacite, en este sentido, a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que brinden a toda víctima de violencia sexual la orientación del caso.

Por su parte, el juez Petracchi entendió que el recurrente no había justificado debidamente por qué sólo debía permitirse que se practicara esta clase de abortos a las víctimas de una violación que presentaban deficiencias psíquicas ya que, lo fundamental, era que, en este caso, la joven A.G. también había sido víctima de un ataque a su integridad sexual y consideró que éste tampoco había demostrado que fuera inconstitucional la solución adoptada por el legislador frente al conflicto de derechos entre la persona por nacer y quien resultó embarazada como consecuencia de una violación. En consecuencia, resolvió declarar inadmisibile el recurso interpuesto por el Asesor.

La jueza Argibay también sostuvo que el recurrente no había demostrado por qué era válido restringir el acceso al aborto no punible sólo a las víctimas de violación que presentaban deficiencias psíquicas ya que, lo fundamental, era que, en este caso, la joven A.G. también había sido víctima de un ataque a su integridad sexual. Además, consideró que no se había demostrado que fuera inconstitucional la solución adoptada por el legislador frente a este conflicto de derechos entre la persona por nacer y quien resultó embarazada como consecuencia de una violación. Por último, estableció que para el ejercicio del permiso jurídico sentado en la norma no debía requerirse autorización judicial sino únicamente que los médicos verifiquen que, respecto de quien peticona el aborto, el embarazo es la consecuencia de una violación. En consecuencia, resolvió rechazar el recurso interpuesto por el Asesor y confirmó la sentencia apelada.

En síntesis, la Corte Suprema tuvo en cuenta que el artículo 86 inciso 2° del Código Penal establece que: “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: ... 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”. Así, atendiendo a esta disposición, y frente a una extendida práctica fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales y provinciales que ha restringido indebidamente el acceso a los abortos no punibles por parte de las víctimas de una violación, la Corte Suprema de Justicia reafirma, con este pronunciamiento, el imperio del principio de legalidad que prescribe que las leyes están para ser cumplidas, por lo que no puede impedirse a estas víctimas ejercer su derecho a interrumpir el embarazo conforme lo autoriza el Código Penal en esta clase de casos.

2) Caso V. D. A

Se presentó el respectivo caso ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los hechos que originaron que V. D. A en representación de su hija L. M. R alegando que fue víctima por parte del Estado Argentino de las violaciones de las disposiciones que establece la Comisión de Derechos Humanos en su protocolo facultativo.

La menor L.M.R padece una discapacidad mental, se constató que la menor estaba embarazada ante la cual la actora solicitó que se le practicara la interrupción del embarazo. El hospital se negó a realizarlo y remitió a la paciente a otro nosocomio que le informó que debía realizar la denuncia. Esta fue hecha contra el tío del menor, sospechoso de haberla violado.

El nosocomio recibió una orden judicial exigiendo la interrupción de todos los procedimientos y se inició un proceso judicial para impedir el aborto. La Jueza de menores fallo prohibiendo el mismo, por considerar que no era para ella admisible reparar una agresión injusta (el abuso sexual) “con otra agresión judicial contra una nueva víctima inocente como es el bebe”.

La decisión fue confirmada en apelación por la Cámara Civil, quien instruyó a la jueza para que extremar los controles sobre la menor, en cuanto a la evolución del embarazo y supervisara de manera constante y directa tanto el estado de salud de la menor como del niño por nacer por intermedio de la subsecretaria de la minoridad.

La sentencia fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, quien dejó sin efecto la sentencia recurrida y determinó que el aborto podía realizarse. Comunicaron al nosocomio que la práctica a realizar era legal y no requería autorización judicial.

La madre de la menor alega que se violó el derecho al acceder al aborto legal, que fue discriminada en el acceso a la salud reproductiva, se violó la autonomía reproductiva, su derecho

a la privacidad como así también a la intimidad. A pesar de constituir una causal de aborto legal admitida en el país, es casi imposible obtener el acceso a servicios de salud que lo haga efectivo.

El fallo de la Corte Suprema autorizó la suspensión del embarazo dentro del plazo inobjetable atendiendo los criterios de razonabilidad pacíficamente aceptados en el ámbito de derecho internacional de los derechos humanos.

El Estado Argentino indica que la justicia actuó con la celeridad que requería el caso, ya que en menos de cuatro semanas resolvió el motivo del pleito, habiendo pasado la tramitación por la instancia de origen, la Cámara y la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. La decisión posterior de la actora de acudir a la realización de la práctica abortiva arriesgada se enmarca en una decisión tomada en su esfera íntima, no pudiendo ser considerada como consecuencia directa de la actuación del Estado.

El Comité determinó que habiendo existido una interferencia ilegítima por parte de las instancias inferiores del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires en la aplicación del artículo 86 del Código Penal; en cuanto al caso de la menor se ha producido la violación de protocolo facultativo de los derechos humanos.

3) Caso ARTAVIA MURILLO:

Casi al finalizar el año 2012, un hito altamente significativo se ha producido en el ámbito de los derechos reproductivos. Ha hablado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No se trata de una voz más, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se trata del caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” . En 1997, el Poder Ejecutivo de Costa Rica reguló la práctica de la fecundación in vitro (FIV); en el año 2000, el decreto del Ejecutivo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de ese país; ese Tribunal

consideró que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida. El resultado de esa decisión judicial fue la prohibición de la práctica. En 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión sostuvo que la prohibición costarricense constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad. Por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la Convención. Ante el incumplimiento de la recomendación, luego de tres prórrogas, el 29/07/2011, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa Rica; dijo que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia.

La Corte ratificó, pues, que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente, pero fue más allá, ya que al analizar el art. 4.1 de la Convención y la naturaleza del embrión, ingresó en un terreno sensible y necesario para América Latina, como es la interrupción del embarazo.

¿Qué dijo?

1. Expresó enfáticamente que los derechos reproductivos integran los derechos humanos: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear.

2. Interpretó el término concepción, contenido en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo asimiló a la anidación. Reconoció que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano; pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus

posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado. Concepción presupone, pues, existencia dentro del cuerpo de una mujer. Prueba de esta conclusión es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se produce una hormona detectable únicamente en una mujer que tiene un embrión anidado. En definitiva, elocuentemente, la Corte afirma que el término concepción al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que se produce la anidación.

Esta afirmación es importante no solo en el campo de la reproducción humana asistida sino también en el de los derechos sexuales y reproductivos, ya que legitima los métodos anticonceptivos, en especial, los hormonales de emergencia, tales como la pastilla del día después. La sentencia permite afirmar que tales métodos no atentan contra el derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos ni son abortivos, debido a que no hay embarazo mientras no hay anidación, proceso que esos métodos impiden.

3. Afirmó que un embrión no implantado, o sea, un embrión in vitro, no es persona y agregó que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. El embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. Es decir, la protección del derecho a la vida desde la concepción, mencionado en el art. 4 de la Convención, se vincula al mayor o menor desarrollo de ese embrión.

Esta afirmación es crucial, atento a que, al reconocer condicionalidad, relatividad y gradualidad a la protección del embrión y del feto, las leyes que regulan la interrupción del embarazo tienen que ser coherentes con la regla de que el embrión no tiene derechos absolutos; de allí que una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo que no atendiese a

otros derechos en conflicto violaría la Convención. Así, por ejemplo, Nicaragua, con apoyo de los sectores más conservadores de la sociedad latinoamericana, eliminó del Código Penal la eximente de grave riesgo para la vida o la salud de la madre; o sea, en Nicaragua, de acuerdo a la legislación vigente, estaría penado el aborto practicado por el médico, aun para salvar la vida de la madre, con su consentimiento. Semejante absurdo no es tolerado por la Convención, conforme la sentencia que se analiza.

4. Enfatizó la necesidad de proteger los derechos humanos, en especial, los derechos de las mujeres y, por eso, el legislador debe permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Al respecto, la Corte recurre a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero en los que se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre. Entre las decisiones judiciales citadas, la Corte destaca lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina, que ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias (Corte Suprema de Justicia de Argentina, “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI, consid. 10.).

Por lo tanto, la Corte Interamericana concluye que el objeto y fin de la cláusula en general del art. 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Por eso, no puede alegarse la protección absoluta del embrión, anulando otros derechos, en especial, los derechos de la mujer.

Esta afirmación también es de suma relevancia en tanto pone énfasis en el respeto y la consideración de los derechos de la mujer, que también son privilegiados. En suma, una prohibición del aborto que no respete los derechos de las mujeres violaría la Convención.

Una vez más, la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos ha hablado. Por primera vez, la Corte Interamericana se enfrenta a un tema por demás sensible, como es la naturaleza jurídica del embrión y su clara incidencia en dos temas que hacen a los derechos sexuales y reproductivos: (a) el derecho a procrear y a no procrear; más precisamente, el derecho a la reproducción humana asistida in vitro y (b) la interrupción del embarazo. La Corte ha dado pasos gigantes, ya que no solo ha legitimado la reproducción humana asistida, sino que también ha avanzado hacia una ampliación en el acceso a anticonceptivos y al aborto. Puede pensarse, entonces, que la máxima instancia judicial en la región ha dado luz verde para legalizar la interrupción del embarazo en América en un abanico mucho más amplio de casos.

4) Conclusión del Capítulo V:

En el presente capítulo se desarrollaron casos jurisprudenciales que han servido en parte de base para la redacción del proyecto de ley de interrupción Voluntaria del embarazo. En el primer caso, F.A.L. la Suprema Corte de Justicia de la Nación sienta precedente al autorizar la realización de la práctica de aborto respecto de una joven de 15 años de edad, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro, declarando que se configuraba uno de los supuestos de excepción que, según su jurisprudencia, la autoriza a pronunciarse, ampliando así la interpretación del inciso segundo del art. 86 del Código Penal. Con dicho fallo, sumadas a una serie de recomendaciones hacia el estado nacional que no se estaban llevando a cabo de manera eficiente, se necesitaba plasmar en la nueva ley que se pretendía legislar. Por otro lado con el fallo de Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica se expresó

que los derechos reproductivos integran los derechos humanos y que hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear. Se le dió una interpretación al término "concepción", contenido en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo asimiló a "anidación". Reconoció que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano"; pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado. "Concepción" presupone, pues, existencia dentro del cuerpo de una mujer. Prueba de esta conclusión es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se produce una hormona detectable únicamente en una mujer que tiene un embrión anidado. En definitiva, la Corte afirma que el término "concepción" al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que se produce la anidación. Esta afirmación es importante no solo en el campo de la reproducción humana asistida sino también en el de los derechos sexuales y reproductivos, ya que legitima los métodos anticonceptivos.

CONCLUSIÓN FINAL:

En el presente trabajo se desarrolló el proyecto de ley de despenalización del aborto, denominado de Interrupción Voluntaria del Embarazo, analizando la legislación nacional, la Constitución y los tratados con Jerarquía Constitucional en profundidad, su interpretación, derechos y valores en juego, la manera que se aplican en la actualidad, considerando además los fallos jurisprudenciales más relevantes en la materia.

No existe discusión en el ámbito científico, con lo cual es aceptado también por el ámbito legal, que la vida comienza desde la concepción, en virtud de lo cual la discusión se centra en el momento en que ese ser con vida humana es reconocido por el ordenamiento jurídico.

De legislarse despenalizando completamente el aborto, de manera libre y discrecional, sin causa para efectuar la práctica, aceptado que ese ser concebido no tiene derechos hasta la semana 14 de gestación, se estaría incumpliendo con los compromisos internacionales asumidos en 1994 con la reforma constitucional, donde se le brindó jerarquía de base a los tratados internacionales de derechos humanos, que reconocen el comienzo de la vida en general desde la concepción, lo que provocaría un debilitamiento al orden jurídico, al no poder pasar el filtro de Constitucionalidad y de Convencionalidad.

Nuestro ordenamiento jurídico protege la vida, y siempre el aborto se encontró tipificado como delito (de hecho la iniciativa tratada también lo contempla en algunos supuestos), comprendiendo en la categoría de ilícitos contra las personas y protegiendo el derecho a la vida desde la concepción. Ese fundamento hoy ha quedado también consolidado a partir del año 1.994 por lo establecido en el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, que detalla que el Estado debe proteger íntegramente a la niñez desde el embarazo debiendo acompañar a la madre, brindándole todos medios necesarios. Cuando nuestros convencionales de 1.994 hablan de

embarazo, lo hacen teniendo en cuenta que el mismo comienza desde la concepción, pues esa fue siempre la postura tomada por Argentina, con lo cual no hay que darle otra interpretación más que la que posee.

Ahora bien, después de haber realizado la investigación acerca de este tema, resulta importante estudiar si se considera necesario modificar la legislación en la materia, ya no en el sentido de despenalizar el aborto en general, libre y de manera discrecional, toda vez que sería inconstitucional, pero sí en cambio analizar si sería útil que el ordenamiento jurídico incorpore otras eximentes o aclare la que hoy se encuentran reconocidas por importantes fallos Jurisprudenciales, sin eliminar la figura penal casi completamente.

En primer lugar, hay que dejar en claro la posición acerca de esta cuestión que socialmente está instalada, que ha sido motivo de arduos debates y que sin lugar a dudas considera que el aborto no tiene que ser ni legalizado ni penalizado en su totalidad.

Quizás se considerarían más abarcativas de la realidad actual si en las eximentes predichas para el aborto, se previera cuando el mismo pone en peligro la vida o a la salud de la madre, cuando el nacidurus no tenga posibilidad de vida extra uterina, y cuando el embarazo sea el producto de una violación, siendo ésta última eximente la que contiene falencias de redacción que afectaron la interpretación a la hora de juzgar, que introdujo dos tesis, la amplia y la restrictiva, imponiéndose finalmente la tesis amplia a través del fallo plenario dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso F.A.L.

Ese inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, presentan problemas de interpretación en cuanto al alcance que debe darse, que ha generado arduas discusiones doctrinarias arribando a dos teorías, la amplia y la estricta. La primera hace referencia a la posibilidad de que toda mujer que haya quedado embarazada producto de una violación tenga acceso a un aborto no punible;

mientras que la segunda sólo lo permiten en los casos de violación de las mujeres idiotas o dementes. Como consecuencia de ello la cuestión ha tenido que ser resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del fallo F.A.L. s/ medida autosatisfactiva (2012), donde al respecto se considera que el Código Penal debiera legislar una modificación en el inciso cuestionado, efectuando una mejor redacción del mismo, incorporando las demás precisiones que fueron detalladas en el fallo.

En tal inteligencia, es que resulta necesario legislar sobre una nueva redacción del artículo 86, que se adapte a la Jurisprudencia actual para que sea innecesario de la autorización judicial o la judicialización en los casos de aborto producto de una violación, efectuando la correcta redacción de los incisos para no entrar en extremas divergencias interpretativas.

Por último, del balance realizado con la investigación en materia de Interrupción Voluntaria del Embarazo, es posible concluir que el aborto atenta contra la vida del ser humano más indefenso, el embrión, su despenalización libre y discrecional sería inapropiado, ya que va en contra de los principios de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que adhiere nuestro país adhirió. La vida inocente es intangible por cualquier órgano del Estado y la misma comienza desde la concepción. El aborto no puede ser un acto libre y discrecional, porque la protección de la vida es el presupuesto de todo ordenamiento jurídico, aún y cuando se pretenda dar una interpretación en el sentido de que los derechos no son absolutos y deben ser otorgados de manera gradual e incremental, porque si bien no hay derechos absolutos, tampoco existe la desprotección absoluta y si también el derecho puede ser otorgado de manera gradual e incremental, eso no significa que pueda ser desprotegido totalmente de la noche a la mañana.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

Constitución Nacional de la Republica Argentina

Código Penal de la Republica Argentina

Código Civil y Comercial de la Republica Argentina

Convenciones Internacionales de DDHH con jerarquía Constitucional conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Doctrina:

DE MARTINI, Siro, “El derecho penal y la protección de la vida de las personas por nacer”, E.D., del 08/09/05.

Análisis del proyecto de ley de aborto libre y propuestas para la maternidad vulnerable - Centro de Bioética Persona y Familia - <http://centrodebioetica.org/>

Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud – 2a ed - 2012 - Organización Mundial para la salud

CREUS Carlos (1.996) - Derecho Penal, Parte Especial - Tomo 1 - 6ta. edición

BUOMPADRE, Jorge E (2.000) - Derecho Penal, Parte Especial - Tomo 1

DONNA, Alberto Edgardo (1.999) - Derecho Penal, Parte Especial -Tomo 1

RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela - Código Civil y Comercial - Tomo 1-

NUÑEZ, Ricardo (2008) Manual de Derecho Penal Parte Especial - Tercera edición

FONTAN BALESTRA, Carlos (2008) - Derecho Penal Parte Especial

D´ALESSIO, Jorge Andres (2.004) - Derecho Penal - Comentado y Anotado

LASCANO, Carlos julio (h) (2002)- Derecho Penal parte General

NUÑEZ, Ricardo (1999) Manual de Derecho Penal Parte General 4ta Edición

BIDART CAMPOS, Germán - Manual de Derecho de la Constitución Reformada - tomo I y II

SOLER Sebastián (1945), *Derecho penal argentina*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

BALCARSE, Fabian (2011) *Derecho penal- parte especial*.

GIMENEZ, Oscar Marcelo (2006) *Despenalización del aborto: Entre la Religión y el Estado*

BADENI, Gregorio. Manual de derecho constitucional, Buenos Aires, La Ley, *aborto*

GOLDESTEIN, Noemí. Anuario de derecho penal, *aborto: despenalización o justificación*, Buenos Aires, Ad- Hoc, Volumen 2012

LARRANDART, Lucia E. Anuario de derecho penal, *¿Aborto: justificación o discriminación?*, Buenos Aires, Ad – Hoc, Volumen 2012

Convención Sobre los Derechos de los Niños, Ley N° 23.849
<http://www.tribunadocente.com.ar/documentos/DerechosNinos.pdf>

GARGARELLA, Roberto (Comp.), y SABA, Roberto (2016) - Teoría Y Crítica Del Derecho Constitucional, TOMO I,

Declaración Universal de Derechos Humanos, Art 6. <http://www.un.org/es/>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976),

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) San José de Costa Rica (1969), Art. 4

NINO, Carlos (1984), ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, 2000, *aborto voluntario, vida humana y constitución*, Buenos Aires

BORDA, Guillermo, 1983 *Tratado de derecho civil parte general*, Buenos Aires:

Páginas Web para Consultar

www.laleyonline.com.ar

www.cij.gov.ar

www.pensamientopenal.com.ar

www.pjn.gov.ar

www.jus.mendoza.gov.ar

www.eldial.com

www.abortos.com/tipos_aborto.htm

www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

www.icj-cij.org/

www.diariojudicial.com/contenidos/2007/04/27/noticia_0009.html

www.csjn.gov.ar

www.abortolegal.com.ar/?p=1471

www.fundacionvida.net/content/view/346/45/

<http://centrodebioetica.org/2018/03/analisis-del-proyecto-de-ley-de-aborto-libre-y-propuestas-para-la-maternidad-vulnerable/>

<http://www.bcnbib.gov.ar/uploads/DOSSIERlegislativoN144-Abortodoctrinajurisprudencia.pdf>

Fallos

CSJN “Pro-Familia Asociación Civil c/ el GBCA y otros s/ impugnación sobre actos administrativos”, sentencia de 11 de Octubre del 2012

Comité de Derechos Humanos, dictamen Comunicación No 1608/2007, Caso “V. D. A”, sesiones 14 de marzo al 1 de abril del 2011. Dictamen de comunicación N° 1608/2007

CSJN “F. A. L s/ medidas autosatisfactiva”, sentencia del 13 de Marzo de 2012

http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

Jurisprudencia:

C.I.J, Pesquerías Anglo- Noruegas. Fallos cfr. *I.C.J. Reports 1951*, p. 132
<http://www.eldial.com/>

C.I.J. La Grand (Alemania c. EE.UU.), fallo del 27/06/91, parág. 91 <http://www.icj-cij.org/>

C.S.J.N. F., A. L. s/ medida autosatisfativa, Fallos 259. XLVI. (2012)

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal. caso “Gallo, N.” Sobreseimiento. Aborto. Inst. 33/170

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal. “F., N. La Ley, 123-842 - JA, 966-V-69.

C.S.J.N. Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización. 06/11/1980 - Fallos: 302:1284

http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

C.S.J.N. en Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional