



# Universidad

# FASTA

Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales

Abogacía

\*\*\*

## “El Proyecto de Ley 1218-D- 2012

## y el Derecho Positivo Argentino”

\*\*\*

Alumno: Santiago Barrera Capdepón

Tutor: Dr. Juan Carlos Mena

Departamento de Metodología e Investigación

Septiembre 2012

# Índice General

- I. Introducción. (pág. 3)
- II. Estado de la Cuestión. Marco teórico. (pág. 5)
- III. Presentación del Proyecto de Ley 1218-D-2012. (pág. 8)
- IV. El Ordenamiento Jurídico Argentino de Fondo. (pág. 13)
- V. Derecho Constitucional e Internacional (pág. 24)
- VI. Conclusión. (pág. 29)
- VII. Bibliografía. (pág. 33)
- VIII. Anexo. (pág. 34)

## I.- Introducción

Nuestro derecho es un sistema, y como tal, debe funcionar de forma lógica y organizada. Es por ello que, cuando se busca por medio de procedimientos contemplados, introducir una variante o nuevo elemento dentro del mismo, es necesario realizar un previo análisis sobre el elemento a incorporar.

Esto, se ve motivado por el hecho fundamental, de que uno de los objetivos principales de cualquier ordenamiento jurídico es mantener la paz social y la misma será imposible de alcanzar, si se cuenta con leyes que no guardan una coherencia o cierto orden. Se trata, evidentemente, de una consecuencia de orden lógico, atendiendo a que no puede haber contradicciones e incongruencias dentro del mismo.

Al entender esto, nos encontramos entonces, frente a aquella tarea preventiva que debe realizar todo legislador, al momento de realizar su labor, tratando de mantener la armonía y la concordia del marco jurídico. Podemos decir, que dicha sistematicidad, se presenta como una especie de filtro, para evitar contradicciones y enviar un mensaje claro a la sociedad, receptora y sujeto del derecho.

A efectos de circunscribir el objeto de nuestro trabajo, aclaramos que nos vamos a referir a un “elemento” que se busca integrar al sistema jurídico argentino, esto es, a través del único método que puede modificar de forma real el mismo: la sanción de una ley. Nos referiremos entonces, a un proyecto en estado parlamentario. Dicho esbozo, tiene como objetivo modificar el código penal, cambiando tangencialmente uno de los delitos contemplados en el mismo: el delito de aborto. El mismo, se encuentra caratulado bajo el número: 1218-D-2012, y comenzó a discutirse en la Comisión de Derecho Penal, perteneciente a la cámara de diputados, el 20 de Marzo del 2012.

Por todo lo antes descripto, y acudiendo al marco jurídico argentino, a lo legislado en otras materias, como la constitucional (sobre todo en lo que a pactos internacionales se refiere) y a la civil, encontramos la imperiosa necesidad de analizar la incorporación, como ley, del proyecto antes mencionado. Esto, no por simple ocurrencia, sino por el hecho central, de que se nos presenta la intención de modificar el código penal - atendiendo a que dicha codificación conglomerará las normas de *ultima ratio*, en lo que atañe a las conductas humanas -. Es decir, se trata de un derecho de “*última instancia*”, debido a que tiene como objeto penalizar aquellos actos que menoscaban y vulneran los bienes jurídicos más importantes del Estado y sus miembros. Por lo que el solo hecho de hablar de su modificación, afirmamos, justifica un análisis.

Pero, avanzando un poco más, el tema puntual objeto de este intento legislativo, profundiza la referida necesidad, debido a que involucra no a cualquier bien jurídico

protegido, sino a uno de los más importantes, necesario para ejercer y gozar de derechos fundamentales: la vida.

En concreto, el problema que se plantea es si la sanción de ésta nueva normativa, implica un conflicto patente de leyes, o si por el contrario, se encuentra en consonancia con el derecho vigente. Frente a dicha cuestión, a modo de hipótesis, nos hemos planteado que se trata de una intención legislativa que colisionaría contra el sistema jurídico argentino. Es justamente, el objetivo del presente trabajo: determinar si nuestra hipótesis es afirmativa o por el contrario, luego de la investigación realizada, si nos encontramos frente a un proyecto en consonancia con los lineamientos legales positivos de nuestro país, y concordante con la sistematicidad legal que debe estar presente siempre, en cualquier ordenamiento jurídico.

Para realizar esto, y a fines metodológicos, partiremos de analizar el proyecto en concreto, sus implicancias, y cuáles son las variantes que busca introducir dentro de la normativa penal.

Luego, se tratará de identificar aquellos sectores pertenecientes a otras ramas del derecho de igual jerarquía en los que podría darse un conflicto, buscando confirmar si realmente se produce una colisión que atente contra la sistematicidad de la que hablamos en un comienzo o si subsisten armónicamente.

Si una vez realizado dicho análisis, se deduce la presencia de conflictos de leyes, se tratará de determinar en qué perspectiva sucede esto y cuál es el alcance de dicha pugna. Particularmente, nos referiremos al Derecho Civil, al Derecho Penal, a la Constitución Nacional, y a aquellos pactos internacionales, a los cuales nuestra Carta Magna reconoce máxima jerarquía.

## II.- Estado de la cuestión. Marco Teórico.

Desde la perspectiva jurídica, el tema del derecho a la vida se ha desarrollado ampliamente. Incluso, si nos remontáramos en la historia, podríamos acudir a la consideración que se le otorgaba al *nasciturus*, dentro del Derecho Romano, como aquella *máxima de Paulo* que sentaba: “*El que está en el útero es protegido igual que si hubiese nacido, siempre que se trate de sus propias ventajas; aunque no aproveche de ningún modo a los otros antes de que nazca*”. Pero hemos considerado que excedería el objetivo esencial de nuestro trabajo, por no tratarse este de un análisis histórico, sino más bien directo y referido a la pugna jurídica en cuestión, que ha sido mencionada en nuestra introducción.

Es por ello que, a estos fines, hemos encontrado como antecedente paradigmático, al cual acuden todos los doctrinarios y jurisprudencia al momento de comenzar a tratar el tema, el famoso fallo “*Roe vs. Wade*”, del 22 de enero de 1973, perteneciente a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Sin duda, las posturas que se tomaron en el mentado dictamen, atendiendo a los distintos votos de los jueces del máximo tribunal de E.E. U.U., vino a definir un poco la tendencia que se fue conformando con el paso del tiempo. Se trata de un claro *leading case*, ya que el mismo ha sido tomado como parámetro a la hora de legislar sobre el tema, por la mayoría de la comunidad internacional que ha querido despenalizar la figura del aborto. A partir de dicho fallo, quedaron tangencialmente marcadas las dos posturas que hasta el día de hoy, dividen la opinión jurídica sobre la figura del aborto.

Por un lado, el voto mayoritario, se inclinó por resolver que “*la decisión de tener un aborto reposa en la mujer y su médico*”. Fijando un claro antecedente en la innecesaridad de requerir autorización judicial para la práctica del mismo, y que claramente ha sido receptado por muchos intentos legislativos, incluido el nuestro. Pero el fallo fue más allá, considerando que todas las normas estatales que prohibían o restringían el aborto, eran inconstitucionales.

Es así como, en el ámbito del derecho, podemos decir que se establece uno de los antecedentes más paradigmáticos de la postura pro-aborto de la doctrina. Subordinando la vida del nonato, a los derechos a la intimidad, a la salud, y a la elección de la madre embarazada. Dentro de esta postura, nos encontramos con la expresada por el Dr. Eugenio Zaffaroni, en su tratado de Derecho Penal. El mismo, no sólo adhiere directamente, sino que hace hincapié en que de acuerdo a las leyes actuales, a nuestro derecho penal vigente, este tipo de aborto (el eugenésico, el terapéutico y el sentimental) ya se encontraría permitido, aludiendo a un concepto amplio del término “salud” – al que hace referencia nuestro Código Penal, y sobre lo cual abundaremos más adelante -, y destacando que en todos los casos

en los que la salud de la madre, psicológica o física, se ve comprometida, procede la posibilidad de realizar el aborto.<sup>1</sup>

Adhiere a esta corriente doctrinaria, el proyecto de ley que es objeto de nuestro trabajo.

Tomando una postura intermedia, nos encontramos con lo que dice el penalista Soler, en su tratado de dicha disciplina, al referir a la figura penal del delito del aborto: *“Así como el homicidio es la muerte inferida a un hombre, el aborto es la muerte inferida a un feto.”*<sup>2</sup> Nótese la diferencia que establece el autor entre los dos conceptos. En la misma obra, más adelante, dice: *“En caso de peligro para la madre, la ley, para la cual la vida de ésta es más valiosa, puesto que no la sacrifica forzosamente a la del hijo, respeta, sin embargo la decisión de aquélla, respeta su derecho, heroico si se quiere, a la maternidad y le reconoce a ella, y sólo a ella, el derecho de optar entre su propia vida y la del hijo”*. Deja la puerta abierta a la posibilidad de la no punibilidad de un aborto, en caso de peligro de salud de la madre, pero hace referencia, no tanto a la salud psicológica dentro de la cual podemos encuadrar la intimidad, el honor y otras cuestiones, sino más bien a la salud física. Y refiriéndose a esta última, no en cualquier caso, sino que ante peligro de muerte.

Por otro lado, la postura minoritaria, volviendo al fallo *“Roe vs. Wade”*, también determinó el indicio de lo que sería la posición contraria a la despenalización del aborto, y por ende de aquellos proyectos de ley con este objetivo. El Juez White expresó que dicha decisión se trataba del ejercicio de *“un burdo poder judicial”*. Esta postura jurídica, subordina la libertad de la madre, al derecho a la vida del niño por nacer, justificando dicha subordinación en la jerarquía que al derecho a la vida otorga numerosa normativa nacional e internacional, como también, atendiendo a que dicha normativa, en muchos casos, sostiene que existe vida desde el momento de la concepción.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos – denominada también Pacto de San José de Costa Rica -, incorporada a nuestro derecho por Ley N°23.054, determina en su artículo cuarto que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. Aquí vemos cómo es receptada esta postura por el derecho internacional, como también lo ha sido por nuestra Carta Magna, Código Civil y, exceptuando las excepciones calificadas como aborto no punible, por nuestro Código Penal. Abundaremos en detalle sobre esto, a lo largo de todo el trabajo.

---

1 Zaffaroni, Ernesto. (2000). Derecho Penal Parte General. República Argentina. Ediar. P. 612.

2 Soler, Sebastian. (1992) Derecho Penal Argentino. República Argentina. Editorial T.E.A. Tomo 3, Cap. “Los delitos contra la persona”, pág. 96.

El Dr. Bach de Chazal, exponente del derecho argentino dentro de ésta postura, al momento de comenzar a referirse al derecho a la vida y otros derechos esenciales afirma: *“Son pues, derechos erga omnes, cuyo fundamento radica en el carácter universal y trascendente de la naturaleza humana y que, por ello, resultan anteriores y superiores a cualesquier ordenaciones jurídicas positivas, sean éstas del orden que fueran (local, nacional o supraestatal).”*<sup>3</sup>

Además, el autor Jofré Giraudo, refiriéndose también a este orden jerárquico al que hace referencia Bach de Chazal, dice que: *“ Al haberse constitucionalizado los principales tratados de derechos humanos, la explicitación del derecho a la vida como inherente a la persona desde su concepción se convirtió en un muro infranqueable. Se intenta superarlo mediante juegos de palabras que buscan interpretar estas normas a la luz de las pequeñas incoherencias señaladas en el derecho infra constitucional, bajo el nombre de reglamentaciones, cuando en realidad se debe hacer lo contrario, interpretar y adecuar las normas ordinarias a la luz del derecho constitucional”*<sup>4</sup>. Volveremos sobre esta cita más adelante.

Planteadas las posturas, y descritos sus fundamentos, a la luz de ellos, pasaremos a analizar el proyecto que es objeto del presente estudio. Surgirá a las claras que el mismo se encuentra ubicado, y fundado, en la postura que se desarrolló en primer lugar.

---

3 Bach de Chazal, Ricardo. (2009). El aborto en el derecho positivo argentino. República Argentina: Editorial El Derecho. Capítulo 1, pág. 19.

4 Jofré Giraudo, Samuel. (2011): La discusión sobre el derecho a la vida del niño por nacer. República Argentina: Editorial Advocatus. Pág., 299.

## II.- El proyecto 1218-D-2012. Motivación y Objetivos.

Antes de introducirnos en el cotejo de la normativa vigente, haremos una presentación directa del proyecto, a fin de entender de dónde proviene el mismo, como así también, cuáles son sus motivaciones.

Consideramos oportuno referirnos al mismo antes de comenzar con el resto del análisis, ya que de esa forma podremos tenerlo en cuenta al desarrollar las otras ramas jurídicas. A fines prácticos, referiremos en adelante simplemente al mismo como “el proyecto” o “el proyecto de despenalización”.

El proyecto de análisis, surge a partir de la campaña llamada “Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito”, y fue presentado ante la Cámara de Diputados en el año 2007, adquiriendo estado parlamentario en el año 2012. Dicho proyecto, no es solo impulsado por un partido político, sino que por el contrario, son varios los que han adherido al mismo, cuestión que se hace notar al observar la cantidad de diputados que firman el intento legislativo.

Vale destacar, que no es el único proyecto que sea ha “postulado” como iniciativa, hay una variada gama de ellos, pero entre todos, el que hemos elegido, es el de mayor relevancia, tanto por el soporte político (debido a la cantidad de firmantes), como por el contenido del mismo.

El lema de la corriente promotora del mismo, dictamina: *“educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir”*. Se aduce que el Estado debe realizar modificaciones en todos sus sistemas (Educación, Salud y Justicia), y también *propiciar profundos* cambios culturales, como podemos observar al inicio de los argumentos esgrimidos por los firmantes y la organización mencionada, al inicio de estos, dentro del proyecto. Se infiere entonces, que no se trata de un objetivo puntual, referido a un proyecto particular respecto al aborto, sino que el campo de transformación al que aspira este movimiento ideológico es mucho más extenso. Siempre con el apoyo permanente de organismos internacionales, lease *Human Right Watch* – mencionado entre los fundamentos. Nos resulta notable, la permanente preocupación y supuesta solidaridad que tienen dichas organizaciones, por la sanción del aborto en los denominados países *“del tercer mundo”*.

Respecto al sentido de oportunidad del proyecto, en sus fundamentos, podemos destacar que se arguye que *“La realidad material del grito de las mujeres por su derecho a decidir... (...), se impuso desafiantemente a lo legal”*. (...). *“Porque el derecho es una construcción social”*. Haciendo alusión a que la legislación vigente es tachable de retrograda, atento a la realidad que le toca vivir a las mujeres de hoy en día:



*Mostró la ilegalidad de lo obsoleto; que no siempre lo legal es legítimo, y que por lo tanto, la legitimidad impone la transformación de lo legal. Muestra que las leyes están detrás de la sociedad. Demostró que no queremos seguir siendo mercancía, que hace mucho queremos ser las protagonistas de nuestra propia historia y del proceso social.*<sup>5</sup>

Además, otro de los fundamentos que, como veremos, es pilar del proyecto, hace referencia a que la creencia de la campaña mencionada, participa de la postura de que tanto los derechos sexuales como los reproductivos, son derechos humanos, y deben ser reconocidos como derechos básicos de todas las personas; por lo cual, el estado – al tratarse de derechos fundamentales – no sólo debe permitir su ejercicio, sino que debe *garantizarlo*.

Por otro lado, y siguiendo dentro de esta línea argumentativa, la misma campaña se atribuye como uno de sus logros generar ... *“cambios en la interpretación judicial...”* (...) *“al considerar como no punibles: violación en todos los casos y ampliar el concepto de riesgo para la salud, incluyendo el aspecto psicológico.”*

A partir de lo descrito anteriormente, consideramos que se evidencia de forma concreta cuáles son los fundamentos, y el origen de los mismos. De hecho, dentro del proyecto mismo, se auto identifican las precursoras del intento legislativo como *“las mujeres feministas”*.<sup>6</sup>

Dirigiéndonos al articulado del proyecto en sí, podemos destacar como primer punto, que en su artículo primero, se establece la libertad para toda mujer, de decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas de gestación: *“Toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional”*. Sin ninguna necesidad de que esta decisión se vea supeditada a una autorización judicial o de ningún tipo, y solo siendo subordinada al requisito formal de que la mujer, al momento de solicitar dicho aborto, presente su consentimiento informado. Encuentra su *“argumento”* en la exposición de motivos, cuando repetidas veces, se hace referencia a que la mujer debe tener libertad de decidir sobre su propio cuerpo, apartándose de la imposición forzada de maternidad.<sup>7</sup>

---

5 Del “Documento presentado por la Comisión por el Derecho al Aborto” en el Primer Encuentro Nacional por el derecho al aborto legal, Buenos Aires, 2004. (Citado por el Proyecto 1218 – D – 2012).

6 Proyecto 1218-D-2012, en Anexo: “Desde hace décadas mujeres feministas vienen poniendo en debate el tema del aborto y las consecuencias de su status legal actual en la vida y la salud de las mujeres”

7 Idem

Asimismo, y aún habiéndose superado las doce primeras semanas de gravidez, el intento legal establece en su artículo tercero que podrán realizarse practicas abortivas, de configurarse determinados supuestos, que a nuestro entender no están correctamente delimitados, debido al vocabulario utilizado y a las situaciones de hecho que contempla. Dice el artículo tercero:

*Fuera del plazo establecido en el art. 1º, toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción del embarazo, en los siguientes casos: a) Si el embarazo fuera producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud. b) Si estuviera en riesgo la salud o vida de la mujer. c) Si existieran malformaciones fetales graves.*

Al establecerse como uno de los principios del proyecto la no sujeción a autorización judicial, nos parece que queda demasiado librado al azar, cómo se determinará en que casos hubo violación o si es que la hubo. Asimismo, tampoco queda claro qué son *malformaciones graves*, lo cual a nuestro parecer, deja abierta la puerta a numerosas dudas, atendiendo a que además de no intervenir el juez en el análisis del caso, tampoco se supedita a la opinión médico – profesional, determinar en la particularidad si hay o no una malformación grave. A nuestro entender, se trata de eugenesia en concreto.

Por otro lado, no puede dejar de hacerse referencia al requisito exigido para el caso de violación, manifestado a través de tres tipos de denuncias: la judicial, la policial o la formulada en un servicio de salud. En parte volviendo a lo dicho en el párrafo que antecede, nos parece que dando la opción de no dar lugar a la intervención del juez, se está dejando indefensa a la víctima de la violación, atendiendo a que si el aborto procediera, por ejemplo, partiendo de una *“denuncia formulada en un servicio de salud”*, no solo no se investigaría al violador, sino que además este quedaría absolutamente impune, por razones obvias.

A continuación el proyecto, en su artículo quinto, consagrando uno de los objetivos perseguidos por la “Campaña por el Aborto Legal, Libre y Gratuito”, se establece la obligación para con los servicios de salud de garantizar la realización de estas prácticas, y el deber de los organismos de seguridad social y sistemas privados de incorporarlos dentro de su espectro de cobertura, en igualdad con otras prestaciones. Lo cual, en otras palabras, quiere decir, que tanto los servicios públicos como las obras sociales privadas, deberán asegurar las prácticas previstas en el proyecto de despenalización. Ello indica, que deberán ser equiparadas a cualquiera de las otras prestaciones ofrecidas por estas instituciones, colocándose a su nivel, e incluso equiparándose a aquellas que se entiendan como de carácter básico y primordial para la salud de la mujer. Además, y yendo netamente a lo práctico, refiere a que deberá ser tenido en cuenta el personal de salud, las instalaciones e insumos requeridos. Nos resulta llamativo, el hecho de que este artículo incorpore como obligatorias acciones que, si nos sujetáramos al derecho penal vigente, serían tenidas en

cuenta como medidas preparatorias para la comisión de un delito tipificado, y que de ser interrumpidas, podrían ser calificadas como tentativa.

Respecto a los médicos que deberán practicarlos, establece que aquellos que manifiesten objeción de conciencia, deberán manifestarlo a las autoridades de los establecimientos de los que forman parte, bajo apercibimiento de no poder negarse a “efectuar las intervenciones”, dentro del plazo de treinta días de sancionada la ley. El artículo sexto es claro respecto a aquellos profesionales que no se hayan manifestado al respecto, estableciendo expresamente que no podrán negarse a efectuar dichas intervenciones. Se nos presenta la duda, de darse este supuesto en la práctica, cual será el procedimiento para obligar a dicho médico a realizar el aborto, y como se ejecutará dicho procedimiento. Asimismo, y tratando de evitar aquellos casos en los que no haya personal dispuesto a realizar estas prácticas, el proyecto determina que las autoridades responsables de los hospitales o clínicas deberán garantizarlas.

Es, al menos llamativo, cómo una práctica que está prohibida, pasaría, no sólo a estar permitida, sino que debería ser garantizada. En otras palabras, el aborto no solo dejaría de ser punible, sino que sería un derecho exigible como esencial a la condición de la mujer. Equiparándoselo al nivel de otras prestaciones relacionadas con la calidad de vida y salud, que deberán ser prestadas de forma obligatoria tanto por organismos públicos como privados.<sup>8</sup>

En su artículo octavo, el intento legislativo hace referencia al supuesto de que la mujer embarazada sea menor de trece años, estableciendo como requisito esencial el asentimiento de uno de los padres. Recordemos que para otros actos de los menores, como salir del país, es necesario que la potestad sea ejercida en forma conjunta. Es llamativo que pueda avanzarse con la práctica abortiva, a pesar de la disconformidad de uno de los padres. Sumado a esto, el artículo deja abierta la posibilidad de que el asentimiento de los padres pase a segundo plano, supeditando todo al *interés superior de la niña* y estableciendo que la misma debe ser oída.

Finalmente, y no por ello menos importante, el proyecto determina la abolición de los arts. 85 inc. 2, 86 y 88 del Código Penal, que punen el aborto realizado por la mujer o consentido por ella, y deja en pie la figura del aborto realizado por un tercero, sin consentimiento de la misma; lo cual pareciera tener concordancia y lógica para el proyecto en sí, atendiendo a lo establecido en sus primeros artículos. Pero si analizamos un poco

---

8 Idem. Art. 5°: “Los servicios de salud del sistema público garantizarán el acceso gratuito a las prestaciones mencionadas en los arts. 1° y 3° y de los de la seguridad social de salud y de los sistemas privados las incorporarán a sus coberturas en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones.”

como quedaría la estructura general de la figura del aborto – de sancionarse el esbozo legislativo -, sin necesidad de acudir a un razonamiento profundo, nos encontramos con un grave inconveniente: ¿Qué pasa con la mujer que realiza un aborto, cuyo estado de gravidez ha superado las primeras doce semanas de gestación y que no se encuentra dentro de ninguna de las tres causales previstas?. Como hemos descrito, el proyecto afirma expresamente, sin dejar lugar a dudas, cuales son los casos en los que puede practicarse la maniobra abortiva: hasta las doce semanas de gravidez o, superando dicho período, si se configuran causales de malformaciones graves, peligro para la salud o vida de la madre o embarazo producto de violación; pero, al derogar los artículos que punen el aborto, no quedaría castigado aquel obrar de la mujer, o de terceros, que trasunta los límites mencionados. Por ello, podemos concluir, que el proyecto legalizaría el aborto tácitamente, y quedaría permitido en todas sus formas, atendiendo a aquel principio constitucional que reza que *“todo lo que no está prohibido, está permitido”*, o por lo menos, no sería pasible de sufrir sanción penal alguna.

## II.- El Ordenamiento Jurídico Argentino de Fondo.

Como hemos adelantado, procederemos al análisis del proyecto, enfrentándolo con el ordenamiento jurídico argentino, y posteriormente con el derecho al que jerárquicamente éste se encuentra subordinado: el Derecho Constitucional y aquellos Tratados Internacionales a los que hemos adherido.

Vale insistir, cómo hicimos en la introducción, que cotejaremos el proyecto más que nada frente a materia legislativa, ya que ese es el objeto de nuestro trabajo. Aunque haremos mención a otros institutos – como jurisprudencia relacionada -, ya que algunos no pueden ser dejados de lado. Analizaremos entonces, de acuerdo al acápite, nuestro Derecho Civil y Penal, sus antecedentes, su actualidad, en comparación al proyecto de ley que se acompaña en anexo.

- **El Derecho Civil:**

El art. 70, de nuestro Código Civil, expresa:

*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de la madre .*

Asimismo, el art. 63, mismo código, reza: “*Son personas por nacer las que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno*”.

A efectos de mantener toda la objetividad posible a lo largo de ésta disquisición, y antes de dar nuestra opinión, acudiremos a los antecedentes de nuestro código, apelando al maestro civilista Jorge Joaquín Llambías, el cual es tomado como uno de los referentes principales a la hora de estudiar la materia en todas las universidades argentinas, y además fue por mucho tiempo presidente del Instituto Nacional de Derecho Civil, por lo cual su opinión no es poco relevante.

El mismo, sobre los artículos del código, nos dice:

*En esta forma Veléz adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia, aunque sustancialmente, el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser.*

A fin de ejemplificar, y sostener su postura, agrega Llambías: *“Esto explica satisfactoriamente (...) porque en los países en que existe pena de muerte se suspende la ejecución de mujeres encintas hasta después del alumbramiento.”*<sup>9</sup>

El Codificador, toma entonces la postura de “la realidad biológica”, apartándose de la idea de que la “personalidad” (entiéndase en términos jurídicos como la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones), comienza sólo a partir del alumbramiento.

Adhiere Veléz a la postura del *Esboço* de Freitas, aquel proyecto de Código Civil para el Imperio de Brasil, que sirvió de materia de inspiración y fundamento para gran parte de nuestro articulado.

Dicho autor, dice en la nota al art. 221 de su *esboço*:

*La proposición del texto, en su forma exterior, diverge de la redacción que los códigos y los autores han empleado hasta hoy para designar la existencia antes del nacimiento. Esta existencia es real, sus efectos jurídicos no dan lugar a duda, sobre ellos no hay divergencia alguna, pero se ha imitado el derecho romano, las palabras han sido infieles al pensamiento y aquello que es verdad se dice que es una ficción (...). No concibo que haya ente con susceptibilidad de adquirir derechos, sin que haya persona. Si se atribuye derechos a las “personas por nacer” (...) si los que deben nacer son representados (...) dándoseles curador al vientre, es forzoso concluir que existen ya y que son personas, pues la nada no se representa. Si los que deben nacer, dejan de ser personas por la imposibilidad de obrar, tampoco son personas los menores impúberes, al menos hasta cierta edad.*

El esbozo mencionado, así como el denominado Código Napoleón, constituyen fuentes esenciales, de las cuales se valió Veléz Sarsfield al momento de redactarlo. Por ello, más allá de que una postura doctrinaria o ideológica decida ponerse en el mismo lugar “en la biblioteca”, es evidente que no puede ser ignorada su postura. Ha servido, tal y como Veléz en algún momento mencionó, de inspiración directa para la redacción del cuerpo de leyes más importante de nuestro ordenamiento jurídico.

Vale decir, que el legislador argentino no podía hasta hace pocas décadas, imaginar otra posibilidad de concepción y vida pre-natal que en el seno materno, por eso la definición del art. 70: ... *“concepción en el seno materno.”* Las circunstancias de la época y el concepto utilizado, nos muestran que la alusión al seno materno busca reforzar y aclarar la radicalidad de la afirmación sobre el comienzo de la existencia de la persona, y no excluir a aquellos que no han sido concebidos en dicho seno.<sup>10</sup>

El art. 57 de nuestro ordenamiento civil, al decir que: *“Son representantes de los incapaces: 1.- De las personas por nacer, sus padres y a falta o incapacidad de éstos, los*

---

9 Llambías, Jorge Joaquín. (2003) “Tratado de Derecho Civil, Parte General”. República Argentina.

Editorial Lexis Nexis. Tomo 1, Cap. “De la persona y sus atributos”, pág. 222 y ss.

10 Giraudó, Samuel Jofré. (2011) “La discusión sobre el derecho a la vida del niño por nacer”.

República Argentina. Editorial Advocatus. Cap. pág. 113 y ss.

*curadores que se le nombre*”, está previendo la posibilidad de que la persona por nacer no tenga padres, y nos otorga una vía de interpretación, para aquellos casos en los que la persona no ha sido concebida en el seno materno, sino que lo ha sido por otros medios, como por ejemplo la fertilización in vitro. Queda definido esto, a partir del art. 51, al declarar que *“todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”*. Es decir, que para ser tales, no es estrictamente necesario que sean concebidas en el seno materno, sino que el hecho de que lo hayan sido, y presenten signos característicos de humanidad, les otorga dicha cualidad.

Es interesante tener en cuenta lo que dice el código al referir a *“sin distinción de cualidades o accidentes”*, ya que en primer término pareciera que esto no iría en armonía con lo establecido en el art. 3, inc. C del proyecto despenalizador, que legalizaría el aborto en caso de *“malformaciones fetales graves”*, incluso luego de las 12 semanas exigidas en el primero de sus artículos.

### **Los derechos que pueden adquirir las personas por nacer**

Atendiendo a lo desarrollado con anterioridad, Llambías, entre otros autores, afirman que la persona por nacer es susceptible de ejercer sus derechos, tal y como lo hacen los otros incapaces de hecho que nuestro código civil enuncia (menores impúberes, dementes declarados tales en juicio y dementes que no saben darse a entender por escrito), esto es, a través de sus representantes.

- Bienes adquiridos por donación o herencia: El art. 64 del C.Civ., dice: *“Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia”*. A simple viste, pareciera que la capacidad de las personas por nacer queda reducida a adquirir bienes por las vías mencionadas, pero no es así. Dice el Dr. Llambías:

*En realidad esta mención de la donación o herencia es una alusión a los supuestos ordinarios que habrán de motivar la representación de estos incapaces, pero no tiene el sentido de negar otras fuentes de adquisición de bienes a favor de ellos, pues no habría razón alguna para someter a estas personas a una situación tan injusta.<sup>11</sup>*

Y a continuación el autor realiza una enumeración pormenorizada de aquellos casos en los que podría adquirir bienes a través de: legado, por el cargo impuesto a un tercero, etc.

---

11 Llambías, Jorge Joaquín. (2003) Tratado de Derecho Civil, Parte General. República Argentina. Editorial Lexis Nexis. Tomo 1, Cap. “De la persona y sus atributos”, pág. 227 y ss.

- Otros derechos: Además de lo mencionado en el párrafo anterior, las personas por nacer, según nuestro código, tienen otros derechos. A saber: pueden ejercer acciones para acreditar el estado civil que les corresponda, como su filiación; derecho a reclamar la prestación de alimentos; y por supuesto, daños y perjuicios. Ni hablar de los beneficios que las leyes laborales y de previsión social otorgan a favor de los hijos de los trabajadores fallecidos, sin distinguir entre si ellos han nacido o se encuentran aún en el vientre materno. Vale decir, que de dicha enunciación podría extenderse bastante, atendiendo a que, como dice el art. 53: "... les son permitidos todos los actos y derechos que no les fueren prohibidos...". Esto otorga la certera posibilidad, de que si realizáramos un análisis pormenorizado de las distintas ramas civiles, podríamos encontrar muchos más ejemplos de derechos ejercidos por las personas por nacer.

- **El Derecho Penal:**

Reviste mayor importancia para el análisis, esta rama del derecho, atento a que el proyecto apunta directamente a ella (sin hacer referencia a lo que hemos dicho respecto al Derecho Civil – cuestión que como hemos aclarado en la introducción, consideramos necesaria atendiendo a la sistematicidad y unicidad de cualquier ordenamiento jurídico.).

El proyecto deroga algunos artículos de nuestro Código Penal, y los reemplaza por otros. Pasaremos ahora, al análisis y estado actual, de nuestro ordenamiento penal, para luego cotejarlo con el proyecto.

El Dr. Sebastián Soler, a quien tomaremos como referente en la materia que nos ocupa, define el delito del aborto diciendo que es *"la muerte inferida al feto"*.<sup>12</sup> Y dice a continuación que: *"de ello se deduce que la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto que no pueda aun ser calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, condición que, según sabemos, principia con el comienzo del parto"*.<sup>13</sup> Notamos entonces que, para el doctrinario, hay un límite entre las dos figuras penales, dado por el momento del alumbramiento. Desde el nacimiento, todo atentado contra la vida de la persona, excede la figura penal del aborto, y queda subsumido bajo la de *homicidio*. Y para finalizar nos dice que: *"... establecido el estado de gestación, es indiferente el grado de desarrollo*

---

12 Soler, Sebastián. (1992) "Derecho Penal Argentino". República Argentina. Editorial TEA. Tomo 3, Cap. "Aborto", pág. 96.

13 Idem. pág. 97



*alcanzado por el feto.*"<sup>14</sup>. Haciendo referencia a que la ley ha adoptado la postura de que cualquiera sea el momento de gravidez, de atentarse contra la vida del niño, se configura la figura abortiva. Esto resulta de especial importancia, como veremos, ya que el proyecto de análisis en su artículo primero, establece distinción de acuerdo a la etapa de gestación – tal y como adelantamos, postura originada a partir del fallo "*Roe vs. Wade*".

El Código Penal legisla sobre el aborto, en el articulado que va del número 85 al 88, estableciendo distintos "tipos penales", para cada caso y circunstancia concreta. Analizaremos estos:

1. *El aborto simple. Límites.*

El artículo 85, del Código Penal, establece:

*"El que causare un aborto, será reprimido: 1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; 2° Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con el consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuera seguido de la muerte de la mujer."*

El bien jurídico tutelado, al encontrarse este tipo penal dentro del apartado del código que hace referencia al los "*Delitos contra la vida*", es claro; en consonancia con lo expresado por Soler y sus distinciones respecto al homicidio, anteriormente citado.

Asimismo, consideramos que es necesario distinguir – atento a que la norma no define el momento del aborto – que la figura protege el feto incluso si el aborto es cometido fuera del vientre materno. Esto es, conforme a gran parte de la doctrina – entre ellos Soler – debido a que son contemplados aquellos casos en los que se provoca la denominada "*expulsión temprana*" del vientre materno, a los efectos de que se produzca, debido a ello el aborto. Por ende, es necesario que se haya producido esta relación, entre la intencionalidad de provocar el aborto y la expulsión inducida, para que estos actos delictivos cometidos sobre la persona del feto expulsado, sean tenidos por aborto, y no por homicidio. Soler, dentro de su desarrollo establece ese requisito. Es decir, que para el autor, la figura típica protege a la vida también cuando está fuera del vientre, pero sólo si se da esa ocasión por un parto prematuro inducido a los fines de provocar el aborto.

Es claro, entonces que para el penalista, si se produce el parto, y posteriormente la muerte del feto naciente, pero no existe esta relación directa y causal entre ambos, el delito excede los límites del tipo penal, quedando castigado por otra figura.

---

14 Idem. pág. 98

También es dable destacar, apartándonos de Soler, que la figura no hace mención como elemento subjetivo o requisito tipificante, al hecho de que sea necesaria la existencia de un embarazo, lo que dejaría abierta la puerta a otra gama de interpretaciones, que por el objeto que podría llegar a alcanzar (ej. Fertilización in vitro) – y otro tipo de concepciones inducidas fuera del vientre materno – en principio excedería el campo de nuestro trabajo.

Pero no podemos dejar de hacer referencia a un sector de la doctrina, que no con poca lógica jurídica, alude a que hacer una interpretación de esta índole, implicaría una interpretación analógica o extensiva, prohibidas de forma tajante en el ordenamiento penal<sup>15</sup> También al respecto se expide el maestro penalista Donna, sosteniendo la necesidad del embarazo de la mujer, para que se produzca la configuración objetiva del tipo, diciendo que: *“... no se protege al embrión fecundado in vitro, ya que no está en el vientre de la madre. En este sentido, hay una laguna en la legislación argentina que no regula el tema”*.<sup>16</sup>

Apartándonos del momento de comisión, y haciendo referencia a los medios, vale mencionar lo dicho por Jofré Giraudo, al decir que: *“... va difundiéndose la muerte por medios farmacológicos, en estadios menos avanzados de desarrollo, incluso impidiendo la anidación del niño por nacer en el útero materno. A los efectos delictivos, todos estos medios se equiparan, aunque se dificulte la prueba del hecho y de la responsabilidad”*.<sup>17</sup> Podemos inferir que, más allá de la ponderación que haga el juez de los medios probatorios que sea menester exponer posteriormente al hecho, cualquier forma que atente contra la vida queda abarcada por el tipo penal, incluso, aquellas que “pasen desapercibidas.” En ese sentido, adhiere Soler al decir: *“... el modo de comisión es indiferente, siempre que con él se logre el resultado. Puede también lograrse por medios psíquicos”*. Quiere decir, que más allá de los métodos utilizados, nos encontramos frente a uno de los llamados *“delitos de resultado”*, en los cuales los medios utilizados para perpetrar el delito, quedan en segundo plano, y no son necesarios para que se configure la tipicidad.

#### *El papel del consentimiento:*

Se trata del elemento que distingue entre las distintas figuras de aborto. Según Soler, no se parte del consentimiento civil, es decir desde la capacidad, sino que se apunta a que esa voluntad sea *“jurídicamente relevante”*, en cuyo caso las facultades mentales no deben verse alteradas, o que no se vea reducida la conciencia del acto que se está consintiendo.

---

15 Rodríguez Varela, Alberto (1997) Aproximación a la Persona Antes de Nacer. República Argentina. Ediciones UCA. Págs. 199 y 200.

16 Donna, Edgardo Alberto (1999): Derecho Penal. Parte Especial. República Argentina. Rubinzal – Culzoni Editores. Tomo I. Pág 73 y 74.

17 Giraudo, Samuel Jofré. (2011) La discusión sobre el derecho a la vida del niño por nacer. República Argentina. Editorial Advocatus. Cap. pág. 125.

Según el penalista, dicho consentimiento, puede ser verbal o no, puede asumir formas tácitas derivadas de la actitud de la mujer.<sup>18</sup> Reviste importancia para el proyecto que analizamos la “formalidad” en la que debe ser manifestado el consentimiento, debido a que él mismo – en su artículo cuarto – establece que: *“Previamente a la realización del aborto en los casos previstos en la presente ley, se requerirá el consentimiento informado de la mujer expresado por escrito.”* Se trata no de cualquier consentimiento, sino del informado, es decir, aquel que requiere – completándose un formulario – el conocimiento cierto de la intervención quirúrgica a ser realizada y, en su caso, la intervención de representantes, padres o tutores. Si bien, el proyecto, para este último caso (niña menor de 14 años), establece que el menor siempre debe ser oído por el juez, y que *“frente a cualquier otro interés se considerará primordial la satisfacción del interés superior de la niña en el pleno goce de sus derechos”*, dejan claramente la puerta abierta a la posibilidad de que la voluntad de los padres sea dejada de lado. No podemos dejar de mencionar, que dicho formulario, servirá como una “limitante” a la responsabilidad civil que pudiera surgir a partir de aquellas consecuencias que se consideren “sabidas por el paciente”, de hecho, es una de las principales funciones, sino la más importante, del instrumento mencionado. De ahí, que en la práctica revista especial interés dentro del marco del ejercicio diario de la medicina.

Vemos aquí, un giro importante a la hora de la exigencia de formalidades sobre el consentimiento. Cambio que va de la mano, claramente, de la modificación estructural del tipo penal.

Volviendo a la ley actual, reviste importancia el consentimiento, como dijimos, para determinar de qué tipo penal se trata. Si hay ausencia de consentimiento, nos encontramos frente al descrito en el inciso primero del art. 85, el cual prevé una pena de tres a diez años de reclusión o prisión, con posibilidad de ampliación del máximo de la pena a quince años, si se sucede con la muerte de la mujer; pero si el hecho acaece motivado por el consentimiento de la madre, las penas se ven notoriamente disminuidas: de uno a cuatro años, de reclusión y prisión, con posibilidad de ampliar el máximo legal a 6 años de las condenas mencionadas.

Además, y también es de relevancia, el hecho de que la presencia del consentimiento determina la culpabilidad de la mujer, ya que en su presencia vendría a configurarse otro delito penal – que es “la contracara de la misma moneda” del que venimos desarrollando – debido a que esta figura no se ocupa de castigar al tercero que *“ocasionare el delito”* sino que a la mujer que busca causar el propio aborto o que simplemente lo consiente. Se trata de la figura regulada en el art. 88, cuyo profundo análisis no

---

18 Soler, Sebastián. (1992) “Derecho Penal Argentino”. República Argentina. Editorial TEA. Tomo 3, Cap. “Aborto”, pág. 103

consideramos necesario, debido a que con lo dicho hasta ahora es suficiente. Sí consideramos pertinente su transcripción: *“Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o que consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible”*

Es evidente, que en caso de realizarse la conducta prevista en el art. 85 inc. 2° (aborto ocasionado por un tercero con consentimiento de la mujer), se vería simultáneamente configurada la prevista en el art. 88.

*Elementos esenciales del tipo:*

Según Bach de Chazal, la doctrina tradicional distingue cuatro elementos esenciales del tipo: el embarazo o preñez, la ejecución de maniobras abortivas, la relación de causalidad entre dichas maniobras abortivas y la muerte de la persona por nacer y el dolo.<sup>19</sup>

- a) *El embarazo:* Como hemos dicho con anterioridad, es uno de los presupuestos que se encuentra más controvertido. Nos remitimos a lo desarrollado *ut supra*.
- b) *Maniobras abortivas:* Son conceptuadas por Soler, como toda acción destructiva de la vida, anterior al momento del parto, sea que importe la muerte de la persona por nacer en el claustro materno, sea que dicho resultado se produzca como expulsión prematura.
- c) *Relación de causalidad entre las maniobras abortivas y la persona por nacer:* Es suficiente señalar, que la muerte del feto, debe tener como causa las maniobras que tienden a su destrucción.
- d) *Dolo:* Nuestro ordenamiento penal no prevé la forma culposa del delito de aborto.

Para concluir con estos dos “tipos de aborto”, es necesario decir que el proyecto de estado parlamentario “1218-D-2012”, deroga el art. 87 inc. 2° y el art. 88, dejando firme el aborto realizado sin consentimiento de la mujer, es decir, el contemplado en el art. 88 inc. 1°.

## 2. Aborto Practicado por profesionales. Agravante. Aborto Impune:

*El agravante:*

El art 86, en su primera parte, reza:

*“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”.*

---

19 Bach de Chazal, Ricardo. (2009). “El aborto en el derecho positivo argentino”. República Argentina: Editorial El Derecho. Pág. 156 y 157.

En este caso, vemos claramente, como la pericia propia de los *profesionales del arte de curar*, a partir del conocimiento cierto que tienen de la materia, funciona para ellos como un agravante. Es similar, a otros tipos penales, ante los cuales el conocimiento cierto, funciona siempre como una forma de acentuar y aumentar la responsabilidad. (ej. Funcionarios públicos). Igualmente, es importante aclarar, que se trata de un agravante y no de uno de los denominados *delitos especiales*, en los cuales para que se vea configurado el mismo es requisito *sine qua non* que sean perpetrados por determinadas personas.

Dice Soler, escribiendo con suma inteligencia, y ayudándonos a delimitar este caso, que para que el profesional realmente incurra en este delito, no debe cometer una simple cooperación, sino que debe realizar maniobras que tienden que “coadyuvan” a la ejecución del hecho, y da un ejemplo muy claro, al decir:

*El médico que con fanfarrona imprudencia, se pone a explicar a mujeres un procedimiento abortivo, pero sin saber que alguna de ellas está embarazada y que aprende la lección con el fin de aplicarla, comete una ligereza de mal gusto; pero no coopera a causar el aborto abusando de su ciencia.*<sup>20</sup>

Es de suma importancia la distinción realizada por el autor, debido a que si fuera otro el caso, cualquier médico novato y de actuar verborrágico, podría ser penado con fundamento en esta figura. Si hablamos de aquellos casos más bien intermedios... Para ello, podría acudir a otra figura penal, como la apología del delito, pero no nos encontraríamos dentro de ésta si ese obrar no estuviera directamente relacionado al hecho abortivo, debemos remitirnos a lo dicho *ut supra*, al referirnos al nexo causal como elemento esencial del tipo penal mencionado.

Como hemos desarrollado, el proyecto despenalizador, en su artículo onceavo, deroga el presente artículo, y establece la necesidad de que se garantice por parte de los centros médicos respectivos las prácticas abortivas, equiparándose las mismas a cualquier otro tipo de prestaciones médicas de carácter básico y esencial para la salud de la mujer.

Y a continuación establece la obligatoriedad de que aquellos profesionales que manifiesten no estar de acuerdo en dicha práctica, deberán manifestar esto a las autoridades de sus centros de salud, dentro de los treinta días de sancionada la ley o, luego de sancionada, cuando comiencen a ejercer la profesión dentro de dicho establecimiento. Para que quede constancia de su postura, bajo apercibimiento de – en caso de no haberse registrado o no haber manifestado su voluntad al respecto – ser obligados a la práctica del aborto. Lo cual ha despertado enormemente nuestra curiosidad, atendiendo a cuál será el método utilizado, para obligar a dicho profesional a realizar dicha práctica, y como se efectivizará en la práctica. Más allá del aborto en sí, entendemos que se ve tergiversado de

---

<sup>20</sup> Soler, Sebastián. (1992) “Derecho Penal Argentino”. República Argentina. Editorial TEA. Tomo 3, Cap. “Aborto”, pág. 106

forma patente el derecho a la objeción de conciencia, supeditándolo a requisitos formales que de no ser cumplidos, acarrearán la obligatoriedad de la realización de una práctica que seguramente el que objeta no quiere – siguiendo sus convicciones – realizar ni participar de la misma. Justamente, deja de ser una cuestión de “conciencia”, al exigirse que la postura sea planteada previamente y de forma pública, como requisito para el ejercicio de ese derecho. No obstante nuestra postura sobre el aborto, que desarrollaremos en la conclusión, vemos desnaturalizado en este caso el ejercicio del derecho de objeción de conciencia.

De sancionarse, se trataría de un giro completo, respecto a la legislación vigente.

#### *Aborto Impune:*

El segundo párrafo, establece los distintos casos en los que se considera la figura del aborto como impune, es decir, aquellos casos en los que se ve configurada la figura del aborto, pero al mismo tiempo se dan circunstancias que excusan su punibilidad, y por tanto no se aplica la pena prevista. Dicho párrafo dice :

*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.*

Respecto al primer inciso, debemos decir que se ha denominado a dicho supuesto como “*aborto terapéutico*”. Soler manifiesta que se trata precisamente del consentimiento dado para la “*destrucción de un ser concebido*”, pero que la ley considera más valiosa la vida de la madre, por lo que le da a ella “*y solo a ella*”, la posibilidad de elegir.<sup>21</sup> Al respecto, Bach de Chazal adelanta que considera que “*Matar a una persona en aras de la salud de otra no puede, pues, ser considerado “mal menor” que habilite el supuesto enunciado por la norma*”. Continúa dicho autor, haciendo referencia a que utilizar, en este caso, la expresión “*peligro para la vida*”, es, cuando menos, delicado, atendiendo a que es necesario dilucidar y distinguir entre dos vidas cual es la más valiosa, lo que, sin dudas, es otorgar un poder de singulares características al legislador penal; además de hacer referencia al derecho de igualdad ante la ley, consagrado de forma constitucional.<sup>22</sup> Reservamos nuestra opinión al respecto, para el momento de la conclusión.

Respecto al segundo inciso, es el que más debate ha ocasionado, debido a su ambigua redacción. Ha sido objeto de muchas críticas, atento a que no queda claro de forma definitiva, en qué casos sería impune el aborto al referir a un término que es ajeno a

---

21 Soler, Sebastián. (1992) “Derecho Penal Argentino”. República Argentina. Editorial TEA. Tomo 3, Cap. “Aborto”, pág. 113

22 Bach de Chazal, Ricardo. (2009). “El aborto en el derecho positivo argentino”. República Argentina: Editorial El Derecho. Pág. 173 y ss.

nuestro derecho como lo es el de “*atentado al pudor*”, y distinguiendo este mismo del de *violación*. Nuestro penalista de cabecera, es absolutamente severo respecto a los autores que asemejan dicha expresión a la de abuso deshonesto, aludiendo a que es un “*contrasentido violento*” equiparar así la expresión, ya que es imposible suponer un embarazo de un acto que excluye el acceso carnal. Al final, termina concluyendo que se trata de un problema de traducción, ya que en su momento fue tomada como fuente para la redacción de dicho artículo, la traducción francesa del proyecto de Código Penal Suizo, y al momento de traducirse se cometieron gravísimos errores.<sup>23</sup>

Asimismo, cabe señalar, que también hay opinión dividida, respecto a qué algunos autores han entendido que solo sería impune en el caso de tratarse de mujer idiota o demente, y otros a que sería aplicable a todos los casos de violación.<sup>24</sup> Tal ambigüedad, no resulta poco peligrosa, atendiendo a que las normas penales deben ser siempre lo más definidas y claras posibles, siempre en consonancia con los principios constitucionales e internacionales vigentes, que surgen como límite para este tipo de normativa.

Como hemos visto, el intento legislativo que estamos analizando, toma en su artículo tercero estos supuestos, estableciéndolos como *excepción*, para realizar la práctica abortiva, a pesar de que se haya excedido el plazo de doce semanas, exigido en su artículo primero:

*Fuera del plazo establecido en el art 1º toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción del embarazo en los siguientes casos: a) Si el embarazo fuera producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud. b) Si estuviera en riesgo la salud o la vida de la mujer. c) Si existieran malformaciones fetales graves.*

En la redacción del artículo se ve de forma clara, como se receptan los tres supuestos mencionados como causales del *aborto impune*. Asimismo, nos remitimos a lo dicho *ut supra*, respecto al análisis del artículo y sus casos.

---

23 Soler, Sebastián. (1992) “Derecho Penal Argentino”. República Argentina. Editorial TEA. Tomo 3, Cap. “Aborto”, pág. 114

24 *Idem*”, pág. 116

## IV - Derecho Constitucional e Internacional.

Habiéndonos referido al denominado ordenamiento “de fondo”, pasaremos a analizar ahora el de superior jerarquía, esto es, el derecho constitucional y aquellos pactos internacionales, que han sido incorporados con igual jerarquía que la constitución, desde la reforma realizada en el año 1994.

A fin de dejar clara la jerarquía que mencionamos, transcribimos el art. 31, de nuestra Carta Magna, que establece el orden de prelación de dichas leyes:

*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.*

Es así, como vemos que a la Constitución, a las leyes de la Nación, y a los pactos con potencias extranjeras, se les confiere carácter de ley suprema de la Nación. Al respecto, y para no dejar incompleto el análisis, debemos remitirnos a lo establecido en el art. 75 inc. 22°, que establece a modo de “excepción”, especial jerarquía a determinados tratados internacionales, colocándolos a la altura de la Carta Magna, y por sobre las leyes de la Nación. Estos son:

*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. (El subrayado nos pertenece).*

Es decir que la Constitución Nacional, y los Pactos de Derechos Humanos expresamente incorporados en ella, son la ley suprema de la Nación, y a ellos se encuentra subordinada el resto de la normativa vigente, debiéndose ajustarse tanto a su letra como a su espíritu.

*El derecho a la vida en la Constitución Nacional*



Según el constitucionalista Néstor Pedro Sagüés, en su obra *“Elementos de Derecho Constitucional”*, el derecho a la vida se encuentra expresamente contemplado en el art. 29 de dicho cuerpo legal, al puntualizar que la *vida* de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna. Asimismo, el autor hace referencia a doctrina sentada por nuestro Tribunal Superior, el cual ha sido considerado el mismo como *“el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido por la Constitución nacional y las leyes”*.<sup>25</sup>

Es sabido, ya que es doctrina pacífica, que también se desprende del art. 33 de la constitución, el cual incluye aquellos derechos que específicamente no se han incluido en la misma, pero que son inescindibles a todo pueblo. El art. 33 dice: *“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”*.

Asimismo, dice Jofré Giraud: *“La vida de las personas está protegida también por la declaración de los derechos que requieren la vida como condición para su ejercicio (arts. 14 al 20)”*.<sup>26</sup> Entre ellos podemos mencionar, el derecho a la propiedad, la igualdad, el derecho a trabajar, entre tantos otros.

Más explícitamente, lo encontramos en el art. 75 inc. 23° cuando otorga al Congreso la facultad de: (...) *“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.”*

#### Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional:

A continuación, pasamos a detallar brevemente, en qué momentos hacen referencia al tema que nos ocupa, los tratados internacionales a los cuales el Estado Argentino ha adherido otorgándoles rango constitucional:

- *La Convención Americana de Derechos Humanos (PSJCR)*: La Convención prescribe:

*“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin*

---

25 Sagüés, Néstor Pedro. (2003) *Elementos de Derecho Constitucional*. República Argentina. Editorial ASTREA. Tomo 2, Cap. “Derecho a la Condición Humana”, pág. 319

26 Giraud, Samuel Jofré. (2011) *La discusión sobre el derecho a la vida del niño por nacer*. República Argentina. Editorial Advocatus.. pág. 46.

*discriminación alguna.” (...); “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (artículo 1.2); “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3°); “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 4.1).*

- *La Convención Sobre los Derechos del Niño: Es importante hacer referencia a cual es el concepto de “niño”, que utiliza la Convención: “... todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*
- *Declaración Americana Sobre los Derechos y Deberes del Hombre : Art. 1. “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” Art. 7. “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección, cuidado y ayudas especiales.”*
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Art. 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.” Art. 12.2: “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las normas para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.”*

A fin de no hacer innecesariamente extensiva, hemos citado aquellos pactos que consideramos más relevantes, o los que tocan el tema de forma más clara y concisa.

Al respecto, nos hemos encontrado con dos posturas. Por un lado, la que a pesar del reconocimiento que realiza el ordenamiento superior, dicen que es potestad propia del estado legislar las excepciones a este ordenamiento general establecido, en su facultad de reglar los derechos. Entre ellos, Sagüés. El constitucionalista habla de excepción al principio general:

*¿Cuáles son las posibles excepciones a la regla de la tutela del feto? Una, generalmente aceptada, es el llamado aborto terapéutico, que es el provocado para salvar la vida de la madre. Ello es así porque hay dos vidas en conflicto, y la ley deja abierta la opción a la madre. Al contrario, son abiertamente inconstitucionales el aborto discrecional o libre (...), ya que los derechos a la libertad de elección de la madre o de su honor, deben ceder ante el derecho a la vida del feto. (...). En definitiva, según el mensaje del constituyente, el amparo a la persona por nacer comienza desde la concepción.*<sup>27</sup>

---

27 Sagüés, Néstor Pedro. (2003) “Elementos de Derecho Constitucional”. República Argentina. Editorial ASTREA. Tomo 2, Cap. “Derecho a la Condición Humana”, pág. 320.

La segunda postura, valiéndose del art. 31 de la CN, y del art. 75 inc. 22 que otorga jerarquía constitucional a los tratados allí explicitados, afirma que el aborto que rige actualmente en la Argentina, en el Código Penal, sería inconstitucional. Entre ellos Bach de Chazal y Jofré Giraudó, tal y como hemos citado con anterioridad. Sobre todo, utilizan como argumento el Pacto de San José de Costa Rica, por ser el más directo y claro para fundar esta postura.<sup>28</sup> Además, se hace referencia a aquella premisa básica, sobre la cual “*ley posterior, deroga a ley anterior*”, atendiendo a que los pactos fueron incorporados con el carácter mencionado en el año 1994, y que el Código Penal fue sancionado previamente.

#### Los tratados en los fundamentos del proyecto de despenalización:

Es importante hacer alusión a la postura que en sus fundamentos toma el proyecto. A la hora de desarrollar los mismos, se hace referencia a que:

*Argentina como país signatario de pactos y convenciones de derechos humanos y sus protocolos facultativos, que forman el corpus jurídico de este derecho, está obligada a garantizar a las mujeres los siguientes derechos: a la vida, al máximo nivel posible de salud física y mental, a la igualdad y no discriminación, a la intimidad y a la autonomía reproductiva, a la libertad, a verse libre de tratos crueles inhumanos y degradantes, a la libertad de conciencia y religión, entre otros<sup>29</sup>.*

Y sigue la fundamentación haciendo una enumeración – similar a la que hemos hecho – de aquellos tratados que contemplan los derechos mencionados. Al analizar la referencia a la normativa internacional que hace el intento legislativo, dos cuestiones no podemos dejar de pasar por alto: en primer lugar, llama poderosamente la atención que entre la enumeración hecha se haya omitido hacer referencia al Pacto de San José de Costa Rica, por tratarse de uno de los pactos más importantes a los que ha adherido el Estado Argentino, que no solo hace referencia a la protección de la vida desde el momento de la concepción, sino que también incluye un bagaje de artículos que fundamentales a la hora de tratar el tema de los derechos humanos; en segundo lugar, en ningún caso surge una cita textual o al menos que haga implícita, pero inequívoca referencia, a que el “derecho al aborto” este consagrado como un derecho humano fundamental e inalienable (como después del análisis internacional, entre los fundamentos se termina diciendo que lo es), consideramos que en este caso se le “hace decir” a la normativa internacional algo que no está explicitado en ella, más allá de que haya que reconocer que si está contemplado dentro

---

28 Bach de Chazal, Ricardo. (2009). “El aborto en el derecho positivo argentino”. República Argentina: Editorial El Derecho. Pág. 251 y ss.

29 Ver en Anexo. Proyecto 1218-D-2012, Fundamentos.

de los “consejos” que diferentes organizaciones internacionales – varias de ellas dependientes de la ONU, como por ejemplo *Human Right Watch* – hace y no deja de hacer a los países *del tercer mundo*, a través del dictamen de diversos protocolos, pero que por su naturaleza jurídica, es evidente que no revisten la jerarquía de un tratado internacional, sumado a que no han sido contemplados por nuestra Carta Magna, al momento de establecer la jerarquía de estos y nuestras leyes. Cuestión que también se desprende de los fundamentos dados a conocer por los firmantes del proyecto en conjunto con la “Campaña Nacional por el derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito”

## V.- Conclusión

Luego de haber realizado un análisis del proyecto de despenalización en sí y de nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo acudiendo a aquellos aspectos que involucran la temática del intento legislativo que queremos confrontar, podemos decir que estamos en condiciones de determinar si el problema que nos hemos planteado, se ve resuelto luego de la investigación, o no.

El interrogante que nos hemos presentado como cuestión a resolver, se centra básicamente, en desentrañar si el proyecto caratulado como 1218-D-2012 reúne los requisitos esenciales para ser legítimo, de acuerdo a la legislación y medidas vigentes de nuestro sistema legal.

Sobre todo, atendiendo a que el derecho – y sobre esto, como hemos dicho, hay posición unánime –, más allá de las jerarquías y subordinaciones que puedan establecerse, es una unidad sistemática, donde cada una de las normas que lo componen debe ocupar un lugar coherente respecto a las demás. Tal y como hemos planteado en la introducción, al decir que es este el primer filtro por el cual el legislador debe hacer pasar las leyes, a fin de sostener la armonía y lógica de nuestro esquema legal general, evitando contradicciones y diversas cuestiones que tomadas a la ligera pueden alejar a la sociedad de forma permanente de aquel anhelado objetivo que tiene el derecho: mantener el orden de la sociedad, en todos sus niveles.

En el decir, del Dr. Zaffaroni, al cual, en este caso puntual adherimos:

*“... no podemos admitir que en el orden normativo una norma mande lo que otra norma prohíbe. Un orden normativo en que una norma pueda mandar lo que otra norma pueda prohibir, deja de ser orden y de ser normativo y queda en un “desorden” arbitrario. Las normas jurídicas no “viven” aisladas, sino en una trabazón en que unas se limitan a otras, y no pueden desconocerse mutuamente.”<sup>30</sup>*

Esto nos parece esencial, a la hora de cotejar el proyecto. Como hemos visto a lo largo del trabajo, es variada la normativa contra la cual es mismo se contraría – no solo por los bienes jurídicos que ésta protege actualmente, y su modo de hacerlo – sino que también por el hecho fundamental, que ya hemos mencionado, de la defectuosa y dudosa redacción con la cual se ha diseñado el proyecto de ley. En otras palabras, consideramos que no solo contrapondría el orden lógico de otras normas, de ser sancionado, sino que también surge palmariamente de la constitución misma del proyecto, que no reviste coherencia ni lógica para sí mismo. Encontramos entre estas incoherencias, como más notorio, el hecho de que

---

30 Zaffaroni, Ernesto (1982). “Manual de Derecho Penal”. República Argentina. Ediar. P. 321.

al derogarse todos los casos en los que se pune a la madre por practicar, o consentir, el propio aborto, carece de absoluto sentido establecer excepciones para poder realizar el mismo pasadas las doce primeras semanas de gestación, cuando en ningún caso este será punible – sea el momento en el que sea realizado – por no haber tipo penal que lo contemple. En otras palabras, por lo grueso del error (que parece más intencional que otra cosa, atendiendo a la cantidad de legisladores intervinientes en su redacción), queda legalizado en todas sus formas, sin importar el límite de las doce semanas y sus excepciones.

Incorporar, una vez más, un proyecto que no solo carece de lógica para con el derecho actual, sino que está viciado en su génesis de defectos graves de técnica jurídico legislativa, nos parece que atenta directamente contra la estructura del ordenamiento jurídico argentino. Más importante se torna nuestro planteo, cuando nos estamos refiriendo a uno de los bienes tutelados de mayor importancia dentro de cualquier sistema jurídico, cual es la vida.

No podemos dejar de hacer referencia a lo que hemos dicho sobre las distintas ramas del derecho, entre ellas el Derecho Civil. Como hemos visto, se reconoce directa y expresamente que hay persona desde la concepción, y que la misma tiene capacidad para ejercer derechos, aunque limitada; otorgándose la denominada *representación necesaria*, a fin de que el nasciturus pueda hacer valer sus derechos desde el momento mismo en que se dio la concepción, estableciéndose el mismo de acuerdo al método que el mismo Código establece.

Al analizar la materia civil, hemos encontrado prácticamente unidad al respecto, no se discute el hecho de que desde el vientre la persona es tal, y se le puedan imputar derechos y obligaciones. Lo cual, nos muestra *prima facie*, que si nos quedamos con esta parte del derecho, surge ante nosotros una clara contradicción entre el articulado del proyecto objeto de análisis y los valores que el orden civilista protege.

Respecto al Derecho Penal, nos encontramos con la reprimenda que hace el mismo para el caso de aborto. Se protege la vida del feto, aunque haya sido expulsado prematuramente del vientre. Volviendo a la cita del Dr. Zaffaroni, no entendemos como cuestiones que están castigadas actualmente con prisión, pueda transformarse no solo en un derecho a ejercer por la ciudadanía Argentina, sino que también en una obligación que debe garantizar el Estado y las instituciones privadas médicas. Aquello que está prohibido no solo deja de estarlo, sino que comenzaría a ser obligatorio. La sistematicidad, armonía y unidad de la que deben estar siempre presentes en cualquier esquema legislativo de una Nación, se ven claramente vulnerados. Yendo más allá, el hecho de que las maniobras abortivas, se equiparan concretamente a cualquier otra prestación médica básica que deba recibir la mujer, garantizando su gratuidad y su ejecución, a tal punto que será más fácil para

ella conseguir un aborto, que una prótesis – la cual no siempre es cubierta por los planes de diversas obras sociales-.

Entre todo lo mencionado, no puede dejar de tratarse el caso de la niña menor de 14 años, la cual, como hemos visto, no necesita autorización de ambos padres para realizarse un aborto y, llegado el caso, el juez puede, atendiendo al *interés superior del niño*, dejar de lado la opinión de los padres y llevar adelante la práctica abortiva sin inconvenientes. Siguiendo el argumento de la lógica jurídica, hay muchos otros actos que exigen la potestad conjunta de los padres, que a nuestro entender revisten menor relevancia que la práctica de un aborto para un hijo, y a los cuales la ley les exige el consentimiento conjunto (ej. salir del país con motivo de un viaje). No obstante consideramos de suma importancia, el hecho de que la menor deba ser oída en todos los casos por los magistrados pertinentes. Pero esto en un marco que abarque su vida en forma integral, y atendiendo a los perjuicios que pueda traerle también la práctica abortiva. El discernimiento de una menor, por inmaduro y carente de experiencia, no puede ser el argumento principal a la hora de tomar una decisión de ésta índole por parte del Juez, aunque obviamente deba ser tenido en cuenta.

Yendo al caso concreto de los Tratados Internacionales incorporados a nuestra constitución, y teniendo en cuenta la consagración y defensa de la vida y la madre en estado de gravidez que han hecho ellos, nos parece que surge a las claras que el proyecto podría ser tachado de Inconstitucionalidad. Como vimos, dichos Pactos, han sido incorporados de forma expresa a la Constitución, otorgándoles el carácter de *“ley suprema de la Nación”*, y por ende, cualquiera sea el carácter de la ley inferior, si consagra preceptos que van en contra de lo mismos, son pasibles de ser reputados de inconstitucionales. Además, no es clara la referencia que se hace a los mismos en la fundamentación al proyecto, ya que a partir de derechos que consagran cuestiones generales, se sacan conclusiones que consideramos no están definidas de ese modo en las convenciones que se citan. Sumado a que, se omiten tratados tan importantes como el Pacto de San José de Costa Rica, omisión que claramente no ha sido involuntaria.

Por todo lo desarrollado, concluimos que la respuesta a nuestro interrogante es que el Proyecto de Ley 1218-D-2012 es netamente contradictorio tanto con la legislación vigente, como con los fundamentos que la sostienen, así como también con las fuentes históricas que la han motivado. De sancionarse un proyecto de dicha índole, pensamos que se estaría contribuyendo con el desorden social, atento a consagrarse de forma permanente, la posibilidad de establecer normativa contradictoria, respecto a las leyes vigentes, tanto superiores como de igual jerarquía, colisionando directamente con los valores que el derecho argentino ha considerado esenciales e inmutables. De ser así, lejos

estaríamos de pensar en conformar el orden social justo, debido a que nos encontraríamos frente a una constante inestabilidad jurídica, al no contar con valores que permanecen en el tiempo, y que no pueden, ni deben, ser derogados por el poder de turno.

Nos arraigamos en la convicción, de que este fue el motivo que se tuvo en miras, por la Convención Constituyente de 1994, al incorporar con el carácter de raigambre constitucional, los Tratados de Derechos Humanos, aludiendo a que allí se protegen valores esenciales, que no pueden ser dejados de lado en ninguna Nación, ni en ningún momento. El denominado *ius cogens*.

Entre ellos, si de Derechos Humanos reales se trata, no puede dejarse desprotegido el ser humano más débil de todos, el que está por nacer.



## VI.- Bibliografía

- Bach de Chazal, Ricardo. (2009). *“El aborto en el derecho positivo argentino”*. República Argentina: Editorial El Derecho.
- Barboza, Julio. (2010) *“Derecho Internacional Público”*. República Argentina. Editorial ZAVALLIA.
- Jofré Giraudo, Samuel. (2011): *“La discusión sobre el derecho a la vida del niño por nacer”*. República Argentina: Editorial Advocatus.
- Merchante, Fermin R. (1986): *“El derecho a la vida”*. República Argentina. Editorial Cuadernos Pastorales.
- Strubbia, Mario S. (2006). *“Aspectos constitucionales del aborto”*. República Argentina. Editorial Nova Tesis.
- Sagués, Néstor Pedro. (2003). *“Elementos de derecho constitucional”*. República Argentina. Editorial Astrea.
- Torr , Abelardo. (2009). *“Introducción al Derecho”*. República Argentina. Editorial Abeledo Perrot.
- Montejano, Bernardino. (2007). *“Curso de derecho natural”*. República Argentina. Editorial Lexis Nexis.
- Soler, Sebastián. (1992) *“Derecho Penal Argentino”*. República Argentina. Editorial T.E.A.
- Zaffaroni, Ernesto (1982). *“Manual de Derecho Penal”*. República Argentina. Ediar.

## VIII.- Anexo.

H.Cámara de Diputados de la Nación

PROYECTO DE LEY

Texto facilitado por los firmantes del proyecto. Debe tenerse en cuenta que solamente podrá ser tenido por auténtico el texto publicado en el respectivo Trámite Parlamentario, editado por la Imprenta del Congreso de la Nación.

### INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Artículo 1º: Toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional.

Artículo 2º: Toda mujer tiene derecho a acceder a la realización de la práctica del aborto en los servicios del sistema de salud, en las condiciones que determina la presente ley.

Artículo 3º: Fuera del plazo establecido en el art 1º toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción del embarazo en los siguientes casos:

- a) Si el embarazo fuera producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud.
- b) Si estuviera en riesgo la salud o la vida de la mujer.
- c) Si existieran malformaciones fetales graves.

Artículo 4º: Previamente a la realización del aborto en los casos previstos en la presente ley, se requerirá el consentimiento informado de la mujer expresado por escrito.

Artículo 5º: Los servicios de salud del sistema público garantizarán el acceso gratuito a las prestaciones mencionadas en los arts. 1º y 3º y los de la seguridad social de salud y de los sistemas privados las incorporarán a sus coberturas en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones.

Asimismo deberán garantizar en forma permanente las prestaciones enunciadas en la presente ley, incluyendo el personal de salud, instalaciones e insumos requeridos.

Artículo 6º: Aquellos médicos/as y demás personal de salud que manifiesten objeción de conciencia para intervenir en los actos médicos a que hace referencia esta ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de los establecimientos a los que pertenezcan dentro del plazo de treinta días corridos contados a partir de la promulgación de la presente ley. Quienes ingresen posteriormente podrán manifestar su objeción de conciencia en el momento en que comiencen a prestar servicio. Los/as profesionales que no hayan expresado objeción en los términos establecidos no podrán negarse a efectuar las

intervenciones. En todos los casos la autoridad responsable del servicio de salud deberá garantizar la realización de la práctica.

Artículo 7º: Las prácticas profesionales establecidas en la presente ley se efectivizarán sin ninguna autorización judicial previa.

Artículo 8º: En caso de que la interrupción del embarazo deba practicarse a una mujer de menos de catorce años se requerirá el asentimiento de al menos uno de sus representantes legales, o en su ausencia o inexistencia de su guardador de hecho. En todos los casos la niña deberá ser oída y frente a cualquier otro interés se considerará primordial la satisfacción del interés superior de la niña en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849).

Artículo 9º: Si se tratara de una mujer declarada incapaz en juicio se requerirá el consentimiento informado de su representante legal.

Artículo 10º: Derogase el Art. 85 inc. 2 del Código Penal de la Nación.

Artículo 11º: Deroganse los Arts. 86 y 88 del Código Penal de la Nación.

Artículo 12: De forma.

## FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El presente proyecto fue presentado en esta Cámara por las organizaciones integrantes de la "Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito" el 28 de mayo de 2007 bajo el N° 092-P-07. Es objetivo de los firmantes que el mismo adquiera estado parlamentario para darle tratamiento junto con las demás iniciativas referidas a la temática. Este objetivo es compartido por diputadas y diputados de diferentes bloques que lo hacen suyo y lo presentan al año siguiente bajo el Expte. 2700-D- 08 firmado por: Augsburger, Silvia; Areta, María Josefa; Barrios, Miguel Angel; Belous, Nélide; Benas, Verónica; Di Tullio, Juliana; Donda Pérez, Victoria; Beveraggi, Margarita; Bisutti, Delia; Gil Lozano, Fernanda; Giudici, Silvana; Gorbacz, Leonardo; Lozano, Claudio; Merchan, Cecilia; Peralta, Fabián; Recalde, Héctor; Rodríguez, Marcela; Sesma, Laura; Storni, Silvia; Sylvestre Begnis, Héctor; Vaca Narvaja, Patricia; Viale, Lisandro. En 2010 se vuelve a presentar, Expte. 0998-D-2010, con las siguientes firmas: Di Tullio, Juliana; Storani, María Luisa; Barrios, Miguel Angel; Segarra, Adela; Alvaro, Héctor; Merchan, Cecilia; Rodríguez, Marcela; Belous, Nélide; Storni, Silvia; Areta, María Josefa; Puiggrós, Adriana; Benas, Verónica; Donda Pérez, Victoria; Peralta, Fabián; Gil Lozano, Fernanda; Ciciliani, Alicia; Viale, Lisandro; Milman, Gerardo; Alcuaz, Horacio; Sabbatella, Martín; Heller, Carlos; Ibarra, Vilma; Basteiro, Ariel; Rivas, Jorge; Reyes, Fernanda; Giudici, Silvana; Recalde, Héctor; Cuccovillo, Ricardo; Cortina, Roy; Parada, Liliana; Lozano, Claudio; Castañón, Hugo; Fein, Mónica; Perié, Hugo;

Carlotto, Remo; Chieno, María Elena; Rossi, Lorena; García, Adriana; Alonso, Laura; Stolbizer, Margarita; Tunessi, Juan pedro; Bidegain, Gloria; Iturraspe, Graciela; Kenny, Federico; Comi, Carlos; Vázquez, Silvia; Nebreda, Carmen; Rossi, Alejandro; Conti, Diana; Linares, Virginia; Garrido, Manuel.

Transcribimos a continuación los fundamentos que acompañan el proyecto de ley.

Desde hace décadas mujeres feministas vienen poniendo en debate el tema del aborto y las consecuencias de su status legal actual en la vida y la salud de las mujeres.

"La realidad material del grito de las mujeres por su derecho a decidir visibilizada en el XVIII Encuentro Nacional de Mujeres de Rosario en 2003 se impuso desafiadamente a lo legal, se afirmó lo auténtico que desnuda el fetichismo que oprime. Mostró la ilegalidad de lo obsoleto; que no siempre lo legal es legítimo, y que por lo tanto, la legitimidad impone la transformación de lo legal. Mostró que las leyes están atrás de la sociedad. Demostró que no queremos seguir siendo mercancía, que hace mucho queremos ser las protagonistas de nuestra propia historia y del proceso social. Era un paso adelante hacia una sociedad más justa, más igualitaria, más libertaria. Porque el derecho es una construcción social" (1)

La Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito, fue decidida por más de 20.000 mujeres reunidas en el XIX Encuentro Nacional de Mujeres realizado en Mendoza en 2004. Iniciada el 28 de Mayo de 2005 por más de 70 organizaciones de mujeres de todo el país, es actualmente asumida por una amplia alianza a nivel nacional, que incluye más de 200 organizaciones, grupos y personalidades vinculadas al movimiento de mujeres, organismos de derechos humanos, al ámbito académico y científico, trabajadores de salud, sindicatos y diversos movimientos sociales y culturales, entre ellos redes campesinas y de educación, organizaciones de desocupados, de fábricas recuperadas, grupos estudiantiles y religiosos. Organizaciones y personalidades que asumimos un compromiso con la integralidad de los derechos humanos, y defendemos el derecho al aborto como una causa justa para recuperar la dignidad de las mujeres y con ellas, la de todos los seres humanos.

Las organizaciones de este gran arco de alianzas consideramos que los derechos sexuales y los derechos reproductivos son derechos humanos y deben ser reconocidos como derechos básicos de todas las personas. Para eso, es necesario garantizar el acceso universal a los servicios públicos que los sostienen. Nuestro lema -así como nuestro trabajo de años- es integral: "educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir". Esto implica la exigencia hacia el Estado de realizar modificaciones en los sistemas de Educación, Salud y Justicia, y también, por supuesto propiciar en la sociedad profundos cambios culturales.

Nuestra lucha y el valor de las mujeres que exigieron sus derechos, apoyadas por la sociedad, lograron hacer avanzar a la Justicia. Hubo cambios en la interpretación judicial en

los años 2006 y 2007 al considerar como no punibles: violación en todos los casos y ampliar el concepto de riesgo para la salud, incluyendo el aspecto psicológico, basándose en la definición de la Organización Mundial de la Salud.

Proponemos despenalizar y legalizar el aborto para que las mujeres que decidan interrumpir un embarazo tengan atención segura y gratuita en los hospitales públicos y obras sociales de todo el país.

La despenalización del aborto implica la derogación de los artículos del Código Penal que lo tipifican como delito, para que las mujeres que recurren a esta práctica no sean sancionadas legal, moral y socialmente. Solo debieran castigarse por ley los abortos realizados contra la voluntad de la mujer. La legalización del aborto significa modificar leyes, pero sobre todo diseñar y ejecutar políticas públicas para que el aborto sea realizado en hospitales públicos y obras sociales de manera segura y gratuita para quienes no tienen otra cobertura de salud, como parte de las diversas prestaciones que deben asegurar el derecho a la salud integral de las mujeres.

La legalización del aborto no obliga a ninguna mujer a practicarlo, todas las mujeres que en función de sus creencias no lo aprueben, pueden sostener sus convicciones, de igual manera que aquellas que lo admiten deben poder actuar según su conciencia, tomando en libertad las decisiones que juzguen necesarias, sin amenazas ni coerción alguna. Sí exige del Estado garantizar las opciones, el acompañamiento y alta calidad de atención a mujeres y niñas que atraviesan estas decisiones.

Despenalizar y legalizar el aborto es reconocer que no hay una única manera válida de enfrentar el dilema ético que supone un embarazo no deseado. Es reconocer la dignidad, la plena autoridad, la capacidad y el derecho de las mujeres para resolver estos dilemas y dirigir sus vidas, es aceptar que el derecho a decidir sobre el propio cuerpo es un derecho personalísimo ya que éste es el primer territorio de ciudadanía de todo ser humano.

La decisión de interrumpir un embarazo no deseado se concreta en el cuerpo de las mujeres. Ya en el siglo XVIII, John Locke reflexionando acerca de la esclavitud, planteaba: "...aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho excepto él mismo". El embarazo sucede en un ámbito que pertenece a las mujeres.

El derecho a decidir no sólo se circunscribe al derecho a la interrupción de un embarazo, sino que incluye también la posibilidad de decidir la maternidad. Es reconocer a las mujeres como sujetos sociales, como ciudadanas y agentes morales capaces de decidir si desean o no ser madres, el número de hijos y el espacio entre los nacimientos.

La penalización del aborto es la demostración más visible del sistema patriarcal, en lo que significa: el desconocimiento de la libertad y la autonomía de las mujeres en las decisiones que refieren a su cuerpo y su capacidad reproductiva.

"Las mujeres somos protagonistas en el tema del aborto, porque es en nuestro cuerpo en el que transcurre el embarazo y se realiza el procedimiento, es nuestra vida la más afectada por la continuación de un embarazo involuntario, es el derecho a la integridad corporal de las mujeres y a la libertad de decidir el que se desconoce en la imposición forzada de la maternidad.

Y, sin embargo, no es un asunto exclusivo de las mujeres. No sólo por la participación masculina en la procreación, sino por su responsabilidad en la prevención de embarazos involuntarios. Si ubicamos el aborto como un tema de derechos humanos, es evidente que toda la sociedad está involucrada en resolver el grave problema de salud y de justicia que significa la ilegalidad del aborto....". (2)

La penalización del aborto no incide sobre la decisión de abortar. Si una mujer, por la razón que sea, decide interrumpir su embarazo, lo hace, sin que la penalización sea una traba para ello. Las consecuencias para su vida y su salud serán distintas según el circuito que recorran para llevar adelante su decisión. "Las mujeres, con incriminación o sin ella, abortan, como lo reflejan las estadísticas de distintos países. La realidad sociológica de prácticas abortivas consentidas nos muestra que la opción es entre la vida y la muerte de esas mujeres. Mantener vigentes las normas punitivas significa optar por la muerte, y esta opción será siempre condenada." (3)

¿Por qué abortan las mujeres? "... el aborto es la manera ancestral que tienen las mujeres para resolver el conflicto de un embarazo no deseado"... "Pero entonces, porqué, en pleno siglo XXI, hay embarazos no deseados?...Hasta donde se ve, hay tres tipos de causas: a) las que tienen que ver con la condición humana: olvidos, irresponsabilidades, violencia, deseos inconcientes. Aquí desempeñan un papel protagónico las violaciones sexuales y los "descuidos" o errores individuales; b) las que se relacionan con carencias sociales, en especial la ausencia de amplios programas de educación sexual -lo que se traduce en una ignorancia reproductiva generalizada y en acceso restringido (por motivos económicos y sociales) a los métodos anticonceptivos modernos y c) las relativas fallas de los anticonceptivos". (4) Algunas de estas causas podrán ser superadas, pero es difícil pensar que aquellas relacionadas con la condición humana pueden tener una resolución que implique la eliminación de la decisión de abortar. No podemos afirmar que no habrá más violaciones, ni olvidos, ni deseos inconcientes, ni errores individuales.... sólo podemos evitar que las consecuencias de esas conductas acarreen para las mujeres, muertes, maltratos, discapacidades o mayor violencia: esto solo es posible si el aborto es legal, seguro y gratuito.

El informe de Human Rights Watch, presentado al gobierno argentino en el año 2005, concluye "Para que la Argentina cumpla con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se requiere urgentemente una reforma que garantice el acceso de las mujeres al aborto legal y seguro y otorgue acceso a anticonceptivos e información adecuada. Para todas las mujeres, es una cuestión de igualdad. Para algunas, es una cuestión de vida o muerte". (5)

La penalización del aborto en nuestro país, no ha logrado hasta ahora salvar ninguna vida. La ley penal interviene para sancionar cuando ya el aborto ha sido realizado, no es preventiva, no evita que se realicen los abortos, ni que mueran las mujeres por recurrir a una intervención clandestina. Por el contrario éstas se realizan cada vez más a edades más tempranas y en condiciones más terribles.

"La criminalización del aborto y la penalización de las mujeres que abortan no reduce el número de esas intervenciones y provocan, en cambio más muertes y un mayor sufrimiento humano al facilitar la existencia de un mercado clandestino de abortos inseguros. En virtud de ello, las sociedades deben despenalizar el aborto y legislar para prevenir los embarazos no deseados" (6)

La Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito fundamenta el presente proyecto de ley en las siguientes consideraciones:

I- Nos basamos en la integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Las organizaciones de este gran arco de alianzas queremos que los derechos sexuales y los derechos reproductivos sean reconocidos como derechos básicos de todas las personas. Para eso, es necesario garantizar el acceso universal a los servicios públicos que los sostienen.

El derecho de las mujeres al aborto - legal seguro y gratuito- está fundado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Argentina como país signatario de pactos y convenciones de derechos humanos y sus protocolos facultativos, que forman el corpus jurídico de este derecho, está obligada a garantizar a las mujeres los siguientes derechos: a la vida, al máximo nivel posible de salud física y mental, a la igualdad y no discriminación, a la intimidad y a la autonomía reproductiva, a la libertad, a verse libre de tratos crueles inhumanos y degradantes, a la libertad de conciencia y religión, entre otros. La prohibición del aborto y la falta de acceso a procedimientos seguros, de calidad y gratuitos es una violación a estos derechos tal como ha sido expresado por los comités de expertos en el seguimiento de varios de estos instrumentos legales y en los textos aprobados por consenso en las conferencias internacionales. Garantizan la vigencia de estos derechos, rigiendo con rango constitucional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); la Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer

(CEDAW); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y otros. En relación a las interpretaciones y recomendaciones elaboradas por estos comités, el Estado Argentino ha manifestado en su presentación ante el Comité de Derechos Humanos del PIDCP que por jurisprudencia expresa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación los pactos y tratados de DDHH rigen en nuestro país "en las condiciones de su vigencia" y que ello se interpreta como "efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación ... ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la nación frente a la comunidad internacional (CCPR/C/ARG/98/3). El artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional reconoce estos tratados con jerarquía superior a las leyes.

a) Según cifras oficiales en Argentina el aborto clandestino es desde hace décadas la primera causa de muerte materna. La criminalización del aborto que da como resultado los abortos inseguros y la muerte de las mujeres, incluido el riesgo de muerte, resulta una violación directa del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que expresa "El derecho a la vida es inherente a la persona humana". El Comité de Derechos Humanos ha señalado en sus observaciones finales y recomendaciones de manera expresa su preocupación por estas violaciones, entre ellas en la Observación General N° 28 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres), señalando a los estados que al presentar informes sobre el derecho a la vida deberán aportar datos sobre el número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo y deberán proporcionar información sobre las medidas que hubieran adoptado para que las mujeres no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida (29/03/2000- Ob.Gral 28/ parr.10). Asimismo ha expresado: "El comité observa con preocupación: a) las leyes estrictas sobre el aborto que llevan a la práctica de un elevado número de abortos clandestinos con los riesgos concomitantes para la vida y la salud de las mujeres (Observaciones finales, Poland 29/07/99 CCPR/C/79/Add.110). También ha manifestado la preocupación de "que el aborto esté sujeto a sanciones penales...y de que el aborto clandestino sea la mayor causa de mortalidad materna ..." y ha recomendado expresamente "una revisión de las disposiciones del Código Civil y del Código Penal a la luz de las obligaciones establecidas en el Pacto... así como "tomar las medidas necesarias para evitar que las mujeres deban arriesgar su vida en razón de la existencia de disposiciones legales restrictivas sobre el aborto" (O.F. Perú 18/11/96 - CCPR/C/79/ Add.72).

b) De la misma manera el derecho a la salud, el acceso a la atención médica y el logro por las mujeres del más alto nivel posible de salud, establecido en los instrumentos de DDHH, no se encuentra garantizado en nuestro país ya que el estado actual de la regulación del



aborto es la causa directa de que enfermen muchas mujeres, en edad reproductiva. El Comité de la CEDAW en su recomendación general N° 24 (02/02/99) sobre la mujer y la salud ha expresado: "11. Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria." "14. El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros 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." Asimismo ha dejado claramente establecido la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo tendientes a velar por el ejercicio del derecho a la salud de las mujeres y que "los estudios que ponen de relieve las elevadas tasas de mortalidad y morbilidad derivadas de la maternidad... constituyen una indicación importante para los Estados Partes de la posible violación de sus obligaciones de garantizar el acceso a la atención médica de la mujer"(apartado 17) figurando entre las recomendaciones la de "enmendarse la legislación que castigue el aborto".

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación general N° 14 ha señalado: "8. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica" y "entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar el más alto nivel posible de salud. En el apartado 21 el CDESC ha dado claras indicaciones de que para suprimir la discriminación contra la mujer y garantizar su derecho a la salud los Estados Partes se deben "suprimir todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva". Tal como se establece al punto III, 46 de la observación general sobre la identificación de las violaciones al derecho a la salud, la violación de la obligación de respetar se produce por medio de acciones, políticas o leyes de los Estados susceptibles de producir una morbilidad innecesaria y una mortalidad evitable consignándose además que: "la no adopción de un enfoque de salud basado en la perspectiva de género y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad materna" constituyen violaciones de la obligación de cumplir con el art. 12 del PIDESC, (el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud).

c) Derecho a la no discriminación y la igualdad (CEDAW art.1º, PIDCP art.3º, PIDESC art.2º.2) la prohibición legal de una intervención médica que sólo es utilizada por las mujeres así como la falta de servicios de aborto, como se relacionó en el párrafo anterior, ha sido considerada por el Comité de la CEDAW como una violación al derecho de las mujeres a la

no discriminación y a la igualdad. Significativamente el Comité de Derechos Humanos, entre sus observaciones finales sobre Argentina (03/11/2000) expresa: "su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado". "La garantía del PIDCP del derecho a la vida en el Artículo 6 obliga a los gobiernos a adoptar "medidas positivas" orientadas a preservar la vida. Tales medidas deberían responder a las necesidades tanto de las mujeres como de los hombres, en concordancia con los artículos 3 y 26 que garantizan el derecho a la igualdad en el goce de los derechos enunciados en el PIDCP así como la igualdad ante la ley" (Información suplementaria sobre Costa Rica, 09/03/2007 Centro de Derechos Reproductivos).

d) El derecho a la intimidad y a la autonomía reproductiva se encuentra protegido por el art. 17 del PIDCP. En el documento citado supra se ha establecido que el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas tiene sus raíces en el derecho a respetar el derecho a la intimidad. "El derecho a la intimidad protege a las personas de la influencia estatal en sus vidas privadas. Es decir que protege las decisiones relacionadas con la vida sexual y reproductiva de las personas..." De igual manera, el derecho a la autonomía reproductiva tiene su fundamento en el derecho a estar "libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de coerción y violencia que afecten la vida sexual y reproductiva de la mujer". El derecho a la autonomía reproductiva ha sido reconocido en diferentes instrumentos internacionales, así la CEDAW establece en el art. 16 que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas y asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres "los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos".

e) El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, protegido por el art. 18 del PIDCP y art. 12 CADH, que comprende el de obrar según las propias convicciones, se viola cuando el Estado interfiere en la autonomía reproductiva de las mujeres obstaculizando el ejercicio del derecho a decidir. Del examen del derecho internacional de los derechos humanos surge que no existe ninguna base legal para mantener un régimen penal que solo perjudica la vida y la salud de las mujeres. Por el contrario, las interpretaciones y recomendaciones de los órganos de vigilancia de los tratados indican que esta legislación debe modificarse porque viola los derechos consagrados. Razones confesionales e imposiciones de fe, apuntalaron la prohibición del aborto establecida en el Código Penal desde principios del siglo pasado por lo que es deber del Congreso restablecer el principio de libertad religiosa y de conciencia que dicha normativa transgrede. La "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o

las convicciones" proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (resolución 36/55), establece que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" (art.1) y que "nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares" (art.2.1), precisándose que: "A los efectos de la presente Declaración, se entiende por "intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones" toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales". (art.22).

f) Se fundamenta también en los compromisos asumidos por nuestro país en las conferencias globales y regionales en relación a la vigencia efectiva de los derechos humanos de las mujeres como parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales, declaración formulada en la Conferencia Internacional de Derechos humanos (Viena, 1993) en la que se reconoció la importancia del disfrute por la mujer del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida y se reafirmó el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada. La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 1994) estableció en el Programa de Acción el carácter incuestionable de derechos humanos de los derechos reproductivos, en los siguientes términos: "Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más alto de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminaciones, coacciones ni violencia".

La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995) definió la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia...la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva..." "Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control

sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva y decidir libremente respecto de esas cuestiones sin verse sujeta a la coerción, la discriminación ni la violencia."

En la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995) los gobiernos asumieron el compromiso de adoptar medidas apropiadas para garantizar el acceso universal a la variedad más amplia de servicios de atención de la salud, incluso los relacionados con la salud reproductiva de conformidad al Programa de Acción de la CIPD.

Asimismo en los últimos años nuestro país ha suscrito varios acuerdos regionales de importancia: Por ejemplo en la 8ª Conferencia Regional Sobre la Mujer (Lima, 2000) se adoptó el Consenso de Lima en el cual nuestro país se comprometió a garantizar la protección de los derechos humanos de las mujeres, incluidos sus derechos sexuales y reproductivos y a formular y perfeccionar programas encaminados a proteger la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En la Reunión de la Mesa Directiva Ampliada de CEPAL (Marzo, 2004) se adoptó la Declaración de Santiago que establece la importancia de incorporar políticas públicas que promuevan el ejercicio de los derechos reproductivos y aseguren la prestación de servicios integrales de salud sexual y reproductiva que procuren asegurar el acceso universal a la variedad más amplia posible de métodos de planificación familiar, procurar asegurar la expansión de la atención integral de salud sexual y reproductiva de calidad, en particular para los sectores más pobres, los pueblos indígenas y para los sectores excluidos en razón de su etnia, edad, o condición social. La 9ª Conferencia Regional de la Mujer (México, 2004) adoptó el Consenso de México en el cual se acordó implementar la legislación que garantice el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y el acceso sin discriminación a los servicios de salud, incluida la salud sexual y reproductiva de conformidad con el Consenso de Lima. Además en la reunión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (revisión Beijing + 10) realizada en marzo de 2005, nuestro país participó del consenso para ratificar íntegramente la Plataforma de Acción de Beijing y participó de la declaración del grupo Río que también ratifica los compromisos suscritos en el Consenso de Lima, la Declaración de Santiago y el Consenso de México.

II- La despenalización y legalización del aborto es una causa justa en razón de su contenido democrático y de justicia social.

Legalizar el aborto en razón de justicia social, es reconocer que en el contexto latinoamericano, sumido en la pobreza y en la desigualdad social, son las mujeres pobres quienes sufren o mueren por abortos realizados en clandestinidad, excluidas también de otros bienes culturales y materiales.

La ilegalidad del aborto da lugar a prácticas diferenciadas según la condición socioeconómica de la mujer y la falta de información. Mientras que las mujeres de los

sectores más ricos o mejor ubicados social y económicamente acuden en forma privada a profesionales idóneos, las pertenecientes a las franjas más pobres sólo tienen acceso a procedimientos caseros o de baja calidad, y por lo tanto, riesgosos para su salud y su vida."En nuestro país los abortos clandestinos practicados en buenas condiciones sanitarias, en clínicas o consultorios privados y con altos costos económicos, son el recurso fácilmente accesible para las mujeres educadas de la clase media y alta, ante un embarazo inoportuno o no deseado"(..) los casos de abortos inducidos que requieren hospitalización, debido a cuadros patológicos como hemorragias e infecciones, con consecuencias muchas veces irreversibles, incluyendo la muerte corresponden en un 75 % a mujeres de los estratos sociales más carenciados y desprotegidos, con escaso caudal de educación e información, con o sin pareja estable. El deficiente estado nutricional, que obedece a las mismas causas exógenas que en muchos casos provocan la decisión del aborto, condiciona fuertemente la evolución de estas intervenciones, favoreciendo el círculo vicioso desnutrición- infección. Vemos cómo las condiciones económicas crean un ciclo abortivo: las mujeres pobres -hijas abandonadas de la sociedad- ven condicionada su capacidad reproductiva al aborto o la maternidad múltiple y precaria, que pone en peligro su sobrevivencia y la de sus hijos, tanto por sus consecuencias físicas como psíquicas". (7)

Legalizar el aborto supone ampliar la democracia, dado que garantizar este derecho implica escuchar a las afectadas por una sociedad patriarcal que limita, vulnera y subordina al 52% de la población.

Una de las características que definen un Estado democrático es el respeto a los derechos humanos, de los cuales los derechos sexuales y reproductivos forman parte. El ejercicio pleno de estos derechos implica emprender diversas acciones, entre ellas se destacan garantizar el acceso universal a servicios de salud reproductiva de calidad, además de promover la equidad de género y la igualdad social, como lo prevén los compromisos internacionales que ha suscripto nuestro país. En un estado democrático se espera que se satisfagan las demandas de todas las mujeres en materia de salud reproductiva. Sigue siendo pertinente la cuestión que planteó Dixon-Mueller en 1990: "¿Porqué la mayoría de las mujeres de los países en desarrollo siguen arriesgando su vida o sufriendo con frecuencia graves consecuencias para su salud por el simple hecho de regular su fecundidad cuando le corresponde al Estado proporcionarles servicios de salud seguros y accesibles? (8)

III- La ilegalidad del aborto es un problema de salud pública:

Una de las consecuencias más terribles de las leyes penalizadoras del aborto en nuestro país es la muerte de 300 a 400 mujeres en edad fértil por año. La tercera parte de las muertes de mujeres gestantes se producen a causa de abortos clandestinos, y un número imposible de determinar vive con secuelas en su salud por prácticas realizadas sin un

mínimo indispensable de asepsia. "Las consecuencias de los abortos inseguros son y han sido durante varias décadas la principal causa de mortalidad materna en Argentina." (9)

La OMS define la mortalidad materna como la "muerte de una mujer mientras está embarazada o dentro de los cuarenta y dos días siguientes a la terminación del embarazo, independientemente de la duración y el sitio del mismo, debido a cualquier causa relacionada con, o agravada por el embarazo mismo o su atención, pero no por causas accidentales o incidentales" y define el aborto riesgoso e inseguro como "aquel practicado en condiciones sanitarias y de seguridad inadecuadas e insuficientes, mediante la utilización de prácticas peligrosas, en recintos carentes de higiene, y, en la mayor parte de las ocasiones, realizado por personal médico no calificado".

Esto significa que un aborto realizado en efectores públicos de salud con buenas condiciones sanitarias, con posibilidades de derivación por complicaciones, utilizando métodos seguros y eficaces, por profesionales calificados, con buena atención pre y post aborto no constituye necesariamente un riesgo para la salud física y psíquica de las mujeres, salvo las normales de cualquier intervención menor.

Argentina presenta una tasa de mortalidad materna para el año 2004, de 4 por 10.000 nacidos vivos, según las estadísticas aportadas por el Ministerio de Salud de la Nación. Pero además sabemos que existe sub-registro, variable según la provincia, lo que significa que se muere más de una mujer por día por causa de maternidad. Al interior de nuestras fronteras la distribución geográfica de la tasa de mortalidad materna (que debería ser llamada tasa de mortalidad de mujeres por gestación) es sumamente heterogénea, correspondiendo a las provincias más pobres los mayores valores. Mientras que en el año 2004 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se registraba una mortalidad materna de 2 por 10.000 nacidos vivos, en Jujuy la tasa era de 13,1 por 10.000 n.v. y en La Rioja de 13,6 por 10.000 n.v., una brecha casi once veces superior. (10)

Tanto la persistencia de indicadores de mortalidad materna en valores elevados, como la existencia de marcadas diferencias entre distintas regiones del país, ponen de manifiesto una situación de injusticia social de enormes proporciones.

Según declaraciones del ministro de salud de la Nación se calcula que se realizan en el país 800.000 abortos por año.

Según estimaciones del Ministerio de Salud, el 37 % de los embarazos que se registran en el país terminan en aborto. De ellos, cerca del 15 % corresponde a adolescentes menores de 20 años.

El aborto inducido -en forma clandestina y en condiciones inseguras- es la causa de una de cada tres muertes maternas en nuestro país y de aproximadamente 80 mil hospitalizaciones por año. " ..en 1995 hubo 53.978 egresos hospitalarios por complicaciones de abortos. Esta cifra ascendió en 2000 a 78.894 internaciones a causa de una interrupción del embarazo

inseguro. Nunca hubo una cifra tan alta y las adolescentes son carne de cañón de este desamparo: en el 2000 hubo 555 internaciones correspondientes a niñas de 10 a 14 años y 11.105 chicas de entre 15 y 19 años, hospitalizadas por problemas derivados de un aborto" y por otra parte..."...el 35% de las muertes maternas en adolescentes es a causa de embarazos terminados en abortos, según datos del Ministerio de Salud de la Nación. En el año 2000 por primera vez en el país se registraron muertes maternas en menores de 15 años". (11)

En la actualidad, el 33% de los egresos hospitalarios por causas obstétricas -excluyendo el parto normal- se debe a complicaciones de aborto. El notable aumento de los egresos por aborto en los últimos años -crecieron entre 1995 y 2000 un 46%- da cuenta de la alta incidencia del aborto inseguro.

La penalización del aborto y la consideración que la mujer que lo practica es una "delincuente" acarrea asimismo consecuencias tales como el maltrato físico y emocional del cual son objeto las que concurren a los efectores públicos para ser atendidas en condiciones de post-aborto. Estos hechos, graves, generalizados y persistentes, a pesar de constituir un atentado a su dignidad y una violación sistemática de sus derechos humanos a la salud, son "naturalizados" por los/las profesionales de la salud y hasta por las mismas pacientes, como una consecuencia inevitable de su accionar "delictivo".

"En países como el nuestro, en donde el aborto es punible, se incrementan los factores que provocan más riesgo de muerte a la mujer por tres razones esenciales: a) Métodos inseguros. Las mujeres que no pueden continuar con un embarazo no deseado toman medidas desesperadas, algunas tratan de autoinducirse el aborto o concurren a personas que no pueden garantizarles seguridad. b) Ausencia de responsabilidad médica. Los abortos no son realizados por personal idóneo. Las clínicas clandestinas escapan la reglamentación y supervisión del gobierno por lo cual la práctica es más riesgosa. c) Se desalienta la atención post-aborto. Las mujeres que temen ser denunciadas no buscan la necesaria atención médica post- aborto en los hospitales, que les puede salvar la vida, hasta que se encuentran graves..."En los países donde el aborto está legalizado se estima que se produce una muerte materna cada 100.000 abortos. Cuando está declarado ilegal, esa cifra asciende hasta 1.000 muertes por cada 100.000 abortos. En Francia, Italia y Cuba, por ejemplo, la legalización del aborto produjo una disminución del 40 por ciento en la tasa de mortalidad materna sin incremento del número total de abortos. Esta decisión no fue tomada en forma aislada, sino acompañada con la aplicación de programas de salud sexual y procreación responsable." (12)

IV- Nos inspira la necesidad de un estado laico: las directivas de las iglesias no pueden ni deben ser colocadas por encima del derecho a la libre decisión de las personas, inclusive cuando esas decisiones se vinculan a la sexualidad o reproducción humana. Necesitamos

un Estado que no imponga reglas desde una teología moral, y que ejecute políticas públicas para habitantes de distintas creencias religiosas, o para quienes no las tienen. Necesitamos políticas públicas para todas y todos en el respeto por la democracia, la pluralidad y la legítima diversidad que supone un estado que descansa en la soberanía popular y no en un poder emanado de arriba, que legisla en nombre de Dios y de lo "supuestamente sagrado".

Ni las iglesias, ni el estado, ni la corporación médica, puede sustituir a las mujeres en una decisión personalísima, forzándolas a tomar cada embarazo que no se pudo evitar -por las razones que fueren- como un destino único e inevitable. Queremos que se garanticen medios para cumplir con nuestro derecho a decidir sobre el curso de nuestras vidas.

Quienes con distintas creencias y cosmovisiones, estamos en esta Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, creemos que la mejor forma de garantizar la libertad religiosa y de cultos es al amparo de un estado laico.

"En la sociedad laica tienen acogida las creencias religiosas en cuanto derecho de quienes las asumen, pero no como deber que pueda imponerse a nadie. De modo que es necesaria una disposición secularizada y tolerante de la religión incompatible con la visión integrista que tiende a convertir los dogmas propios en obligaciones sociales para otros o para todos."..."las religiones pueden decretar para orientar a sus creyentes qué conductas son pecado, pero no están facultadas para establecer qué debe o no ser considerado legalmente delito. Y a la inversa: una conducta tipificada como delito por las leyes vigentes en la sociedad laica no puede ser justificada, ensalzada o promovida por argumentos religiosos de ningún tipo, ni es atenuante para el delincuente, la fe (buena o mala) que declara". (13)

V- Derecho comparado - legalidad del aborto en el mundo

El 41 % de la población mundial vive en 50 países que permiten el aborto sin restricciones causales, (China, Francia, Federación Rusa, Sudáfrica y EEUU entre otros), el 21 % en 14 países que lo permiten de acuerdo con amplios criterios sociales y económicos (Barbados, Gran Bretaña, India y Zambia, etc.), el 13 % en 53 países donde solo es permitido cuando en ciertos casos donde existe una amenaza (en este grupo se encuentra Argentina, Jamaica, Malasia, Botswana, Zimbabwe) y el 26 % de la población mundial vive en 74 países donde el aborto es prohibido totalmente o sólo se permite para salvar la vida de la madre (Nigeria, Indonesia, Republica Dominicana, Senegal, Egipto).

En estos últimos años, numerosos países de diferentes regiones del mundo han promulgado legislaciones que liberalizan, total o parcialmente el aborto: Albania en 1996, Burkina Faso, 1996, Camboya en 1997, Guyana en 1995, Sudáfrica en 1996, Colombia, Brasil en 2006 y el D.F de México recientemente.

De los 193 países que integran Naciones Unidas, el aborto solo se prohíbe totalmente en cuatro: Vaticano, Malta, Chile y El Salvador, a los que se agrega últimamente Nicaragua. (Fuente: Centro de Derechos Reproductivos. [www.crlp.org](http://www.crlp.org) ).



Si el aborto está legalizado en numerosos países, tal como está enunciado, si los Derechos Humanos son universales y pertenecen a todas/todos las/os ciudadanas/os, condenar a unas por el delito de aborto, mientras es un derecho para otras, representa una discriminación a nivel internacional.

Es una responsabilidad insoslayable para los cuerpos legislativos dotar de leyes justas y adecuadas al ejercicio de los más elementales derechos.

Algo se ha abierto en nuestra sociedad, algo hemos abierto con nuestra larga militancia a favor de los derechos de las mujeres: si hoy estamos en este lugar es porque hay una masa crítica de diputadas y senadoras dispuestas a no atravesar esta función legislativa sin haber colaborado en la construcción de una ciudadanía de las mujeres que no puede pensarse sin tener la capacidad de decidir sobre su vida, su sexualidad y su capacidad reproductiva.

Por todo lo expuesto solicitamos la pronta aprobación de la presente ley.-

(1) Documento presentado por la "Comisión por el derecho al aborto" en el Primer Encuentro Nacional por el derecho al aborto legal, Buenos Aires, 2004.

(2) Convocatoria Hacia el Encuentro Nacional por el Derecho al Aborto, Grupo Estrategias para el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, Buenos Aires, enero 2004.

(3) Gil Domínguez Andrés, "Aborto voluntario, Vida Humana y Constitución", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

(4) Lamas Marta: "Aborto, derecho y religión en el siglo XXI", Debate Feminista, Año 14, Vol.27, Abril de 2003, México DF.

(5) Human Rights Watch, op.cit.

(6) Faundes Aníbal y Barzelatto José: "El drama del aborto. En busca de un consenso", Tercer Mundo Editores, Bogotá, Colombia, 2005).

(7) Checa Susana, Rosenberg Martha: "Aborto hospitalizado. Una cuestión de derechos reproductivos, un problema de salud pública". Ediciones El Cielo por Asalto, Buenos Aires, 1996.

(8) Agnès Guillaume y Susana Lerer: "El aborto en América Latina y el Caribe", Ceped, Colegio de México, 2005 (en línea [www.ceped.cirad.fr](http://www.ceped.cirad.fr)).

(9) Human Rights Watch: Informe "Decisión prohibida, Acceso de las Mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina", Junio 2005, Vol.17, N°1 (B)

(10) Ministerio de Salud de la Nación, [http://www.msal.gov.ar/htm/site/salud\\_sexual/downloads/7\\_estadistica.pdf](http://www.msal.gov.ar/htm/site/salud_sexual/downloads/7_estadistica.pdf).

(11) Bianco, Mabel; Correa, Cecilia. La adolescencia en Argentina: sexualidad y pobreza. EIM, UNFPA, 2003. Pág.38-40.

(12) Rosso Graciela, El aborto en Argentina hoy, mimeo, 2007.

(13) Savater, Fernando: "Laicismo: cinco tesis". "El País", Madrid, España, 3/04/04.