

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



**FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
Y JURIDICAS**

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS Y TECNICAS RECIENTES

Título: Despenalización del Aborto: Decidiendo sobre nuestro Cuerpo.

Apellido y nombres de los Alumnos:

Calzada, Melina Elisabeth

Ponce, Sandra Elisabeth

Asignatura: Derecho Penal II

Profesor: Dr. Eduardo Luis Aguirre

Año: 2014

INDICE:	Página
<u>INTRODUCCIÓN:</u>	4
<u>TITULO I: EL ABORTO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO</u>	
<u>CAPITULO I:</u> Despenalización del aborto en Nuestro Derecho Positivo.....	6
<u>CAPITULO II:</u> Problemas para la despenalización del aborto.....	9
II.I: La Institución Religiosa.....	11
<u>CAPITULO III:</u> El Código Penal.....	13
<u>TITULO II: COMO AFECTA EL ABORTO EN LAS DISTINTAS CLASES SOCIALES</u>	
<u>CAPITULO I:</u> La Cuestión Económica del Aborto.....	13
<u>TITULO III: EL ESTUDIO LEGAL DEL ABORTO</u>	
<u>CAPITULO I:</u> La Insuficiencia Dogmática.....	17
<u>CAPITULO II:</u> El Delito de aborto y sus causales de Justificación.....	19
<u>CAPITULO III:</u> Camino hacia un Derecho Penal Autoritario.....	20
<u>CAPITULO IV:</u> Estructura Formal del tipo Penal del Aborto.....	21
<u>TITULO IV: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES</u>	
<u>CAPITULO I:</u> Tendencias en Nuestro Derecho Positivo.....	24
<u>CAPITULO II:</u> Deber de denuncia Penal y Secreto Profesional del médico “Aborto económico como causal de justificación”.....	26
<u>CAPITULO III:</u> Jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación	29

<u>CAPITULO IV: ¿El legislador está obligado a castigar penalmente el aborto?</u>	35
<u>TITULO V: LA CUESTION DEL ABORTO EN ARGENTINA</u>	
<u>CAPITULO I: El desarrollo de la cuestión por el Dr. German Bidart Campos</u>	41
<u>CAPITULO II: Posiciones Contrarias</u>	45
<u>CAPITULO III: Posiciones que niegan el Derecho al Aborto por el Derecho Positivo</u>	48
<u>TITULO VI: SECUELAS DE LAS PRÁCTICAS ABORTIVAS</u>	
<u>CAPITULO I: Estadísticas</u>	52
<u>CAPITULO II: Antecedentes Históricos</u>	57
<u>TITULO VII: EL ABORTO SOCIAL Y ECONOMICO EN EL DERECHO ARGENTINO</u>	
<u>CAPITULO I: Breve explicación y Desarrollo</u>	65
<u>CAPITULO II: Jurisprudencia que instaura un tipo incompleto de Aborto Social o económico en Nuestro Derecho</u>	65
II.I: La Base del Fallo, un problema social.....	67
II.II: Imputación de la Mujer que comete su propio aborto.....	68
II.III: Bienes Jurídicos en juego.....	71
<u>CAPITULO III: Planteos Éticos y religiosos acerca del Aborto</u>	72
<u>TITULO VIII: EL ABORTO EN EL CODIGO PENAL</u>	
<u>CAPITULO I: Desarrollo</u>	73
<u>CONCLUSIÓN</u>	81
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	83

INTRODUCCION:

Existen diversas conclusiones doctrinales acerca de la temática del aborto, a quienes consideran que debe considerárselo dentro del elenco de conductas dis-valiosas, mientras que otros autores, por el contrario lo consideran una acción criminalmente irrelevante.

El siguiente trabajo aborda la discusión del aborto desde una óptica multidisciplinaria, profundizándose en la dogmática penal y la filosofía del derecho, sin dejar de lado las circunstancias políticas, sociales y religiosas. A partir del mismo intentaremos levantar el velos correspondiente a las distintas incógnitas que trae aparejado el tema razón de estudio. Para ellos haremos referencia al Derecho comparado con el fin de encontrar cual ha sido el motivo que ha llevado a varios países a despenalizar el aborto, para lo cual debemos ingresar en materias propias de la política criminal y la Teoría general del Derecho, más precisamente a aquello vinculado a la eficacia de las normas.

Por otro lado haremos referencia a la actitud pasiva y cómplice del estado con respecto a las prácticas abortivas, y la enorme influencia ejercida por la iglesia que favorece a la no instalación de la despenalización en los distintos ámbitos operativos sumado al hecho de

que las partes que se encuentran en contra de la penalización carecen de representación en los ámbitos de poder.

Se promociona una política criminal que dependerá de las pautas culturales, políticas, sociales y económicas de la sociedad en donde se pretenda instaurar como mantener determinada normativa. Se muestra por lo tanto, una tendencia a la impunidad en el ámbito legislativo y jurisprudencial.

Enumeraremos los antecedentes históricos antropológicos del aborto, la evolución del aborto social en el Derecho penal Argentino y culmina con la mención y crítica de los planteos éticos y religiosos en contra de la despenalización del mismo.

TITULO I: EL ABORTO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

CAPITULO I: Despenalización del Aborto en nuestro Derecho

Positivo:

En el Código Penal Argentino existe un tipo penal que castiga con reclusión o prisión al que comete aborto y entre los posibles autores del delito se encuentra la mujer que comete su propio aborto y los consiente (Art 85 y siguientes C.P). ¹Al aborto se lo ha definido como la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causado por la madre o por un tercero con o sin su expulsión del seno materno. Existen, sin embargo, otros códigos penales u otras legislaciones que no reprimen con pena de prisión a la mujer que realiza dicha conducta. De hecho las naciones cuyas legislaciones sirvieron como modelo para nuestro Código Penal – como Italia – han cambiado su posición de castigar al aborto por la posición contraria, ósea, despenalizarlo (por supuesto con ciertos límites de tiempo y condiciones). Nuestro objetivo es encontrar las posibles razones que

1 RICARDO C. NUÑEZ, Manual de Derecho penal Página 32

llevaron a esos países a adoptar esa posición, las cuales serían de gran importancia para tomar esa misma solución.

Encontrar aquellas razones es materia propia de política criminal. Con dicho termino se ha designado a una corriente doctrinaria encabezada a comienzos del Siglo XX a cargo de Von Liszt junto a otros juristas de renombre los cuales intentaban a través de estudios empíricos de la realidad social desentrañar el fenómeno llamado Delito para de esa forma introducir reformas en los cuerpos legislativos.²

Esas reformas tendían a establecer un derecho penal de mínima intervención en el sentido de “ ... la lucha contra las penas privativas de la libertad de corta duración , la ampliación de los sistemas de libertad condicional y de la condena condicional, la aceptación de medidas de seguridad en los códigos penales junto a los sistemas de penas con la pareja distinción de imputables y no imputables y la distinción dentro de las medidas de seguridad de las muy diversas funciones que puedan asumir según sus diferentes categorías ...”³

2 SEBASTIAN SOLER, Tratado de Derecho Penal Argentino, edición ed. TA, Reimpresión, 1992, Página 28.

3 SEBASTIAN SOLER, Tratado de Derecho Penal Argentino, Pagina 58.

Veamos entonces, que a comienzos del siglo XX Europa, a través de juristas de más prestigio, promovía precisamente lo contrario de aquello que nuestros legisladores promovieron en el año 2004 a través de las reformas del Código Penal, ósea aumentar los máximos y los mínimos de las penas privativas de la libertad y reducir las posibilidades de acceder a la libertad condicional.

Por su parte, y entre nosotros, los más destacados juristas han concebido al derecho penal como un sistema causal normativo que necesariamente debe asentarse sobre la base de proteger únicamente valores que la sociedad considera fundamentales. Para cumplir ese objetivo solo se deben castigar aquellas conductas consideradas como fundamentalmente dis valiosas. Por ese motivo el derecho penal debe avocarse al estudio empírico de los fenómenos sociales. Para ello afirma Soler que se hace necesaria "... La investigación de la realidad social, el estudio estadístico de los hechos sociales, el de las características psíquicas y orgánicas del hombre, son importantes para el derecho por cuanto el mundo de las normas debe asentarse firmemente en la realidad tanto para que la ley sea justa como para que sea eficaz....".

De modo que nuestro objetivo será intentar descubrir si el tipo penal que castiga el aborto de alguna forma no cumple con ese requisito de estar asentado en la realidad. El tipo penal de aborto cumplirá con su objetivo, si consigue evitar la conducta disvaliosa que protege y eventualmente castigarla. Si no consigue ninguna de las dos cosas estaríamos ante lo que Hans Kelsen denomina “norma jurídica” valida pero que carece de eficacia.⁴

CAPITULO II: Problemas para la Despenalización del Aborto.

Si bien el tipo delictivo del aborto instaura una prohibición con amenaza de sanción, no obstante ello razones de diversas índoles (política, económica, y religiosa) hacen que el mandato legal no se cumpla o se cumpla excepcionalmente lo que significa que el estado ha tomado la decisión política de no castigar tal conducta en los hechos. La diferencia entre este hecho penal y otros tipos como los robos, hurtos o los homicidios es que en principio en los tres últimos casos el estado ocupa su aparato represivo para evitar las conductas descriptivas en los tipos penales (apropiarse de una cosa ajena o el que matare a otro). En el

⁴ KELSEN, Teoría Pura del Derecho Pagina 22.

caso del aborto ello no ocurre. Ninguno de los poderes del estado tiene la intención ni la decisión de castigar el aborto. Se castiga tal delito de manera excepcional y cuando no existe otro remedio.

La conducta descrita en el tipo delictivo no se castiga porque se trata de una práctica generalizada e institucionalizada en todas las clases sociales. Es como si hubiera un acuerdo o pacto de impunidad sobre tal conducta, precisamente porque si se rompiera tal acuerdo los mismos integrantes del poder estatal deberían investigarse a sí mismos y castigar la práctica ilegal dentro de sus allegados. Es más, todo indica que a lo largo de la historia fue una preocupación generalizada encontrar el modo más simple y fácil de evitar los nacimientos y los científicos en el siglo XX se dedicaron a esa tarea.

De hecho uno de los poderes del estado Argentino o sea el poder judicial desde el año 1966 tomó la decisión de no castigar un tipo de aborto el llamado aborto social o económico que prohíbe iniciar el proceso en contra de la mujer que produjo su propio aborto o lo consistió en base a la denuncia de la médica del hospital público que atendió a la mujer, por cuanto la médica debe guardar el secreto profesional sobre el aborto que llega a su conocimiento en ejercicio de

su profesión. Vemos que primó el derecho de intimidad de la mujer abortante sobre el derecho de la vida del nasciturus.

La Conducta descrita por el delito de aborto no se castiga igualmente porque la misma no coincide con la normal organización de la sociedad. Podemos decir que tal conducta no genera caos ni inseguridad, ni desde el punto de vista económico ni de la seguridad de la vida o salud de las personas que conviven en ella. Sucede que el código penal es una ley represiva que nace en el Siglo XIX en Europa con un fin específico proteger con eficacia bienes y productos que producía la burguesía como consecuencia de la revolución industrial. El código de Napoleón de 1804 es un instrumento de la burguesía para proteger la propiedad privada de la burguesía. Ello no significa que también sean instrumentos para proteger la vida de los ciudadanos, el iluminismo y las corrientes económicas liberales la concibieron en base al bienestar económico, y no hay bienestar económico si no se protege la propiedad privada. Ambos, Código civil y penal nacen en un momento histórico con un fin específico

II.I La institución Religiosa:

Como paradoja, la institución que hoy se proclama como defensora de los derechos a la vida, estamos hablando de la Iglesia católica, desde sus comienzos promovió entre sus fieles la práctica de la castidad que es el modo menos adecuado de generar vida. Esta idea de castidad dio origen a diferentes teorías y conceptos epistémicos en diversas ciencias como el concepto de histeria en psiquiatría y el llamado aborto Honoris causa como causal de justificación en la ciencia jurídica, que no es ni más ni menos que la posibilidad que buscaron los juristas de justificar el aborto cometido por la mujer honesta que para salvar su honor cometió aborto.

Concluimos entonces, que en definitiva el aborto fue promovido y castigado indirectamente desde las raíces mismas de la educación religiosa la que tiene como pecado mortal, tanto las relaciones sexuales libres como el uso de cualquier forma de anticonceptivos y preservativos , ni siquiera como forma de protección ante un posible contagio de H.I.V.

Algunas religiones y algunos estados tienden a imponer a sus acólitos, pesados mandamientos morales sobre cómo vivir, como comportarse, como relacionarse con los otros, mas allá de que esos mandamientos fueran o no aceptados por sus fieles. Cuando el estado como

encargado y guardián del orden público profesa principios religiosos y se identifica con un culto particular, corre el serio riesgo de analizar los fenómenos sociales desde una perspectiva religiosa. En el caso del aborto todo parece indicar que el Estado Argentino y los Estados de Latinoamérica actúan o deciden limitados por la concepción que la Iglesia Católica tiene sobre la cuestión. No puede explicarse de otra manera la carencia de discusiones serias sobre el tema a nivel institucional. Por otra parte salta a la vista que dentro de nuestra organización civil, la iglesia (con su aparato de opinión) cumple un rol dirimente al momento de abordar el problema.

CAPITULO III: El Código Penal:

Cuando decimos que el Código Penal es solo un instrumento que regula relaciones sociales estamos diciendo que es un componente de una realidad social más amplia y diversa. Un código, o sea una ley, carece de poderes divinos para cambiar la realidad social que regula.

TITULO II: COMO AFECTA EL ABORTO EN LAS DISTINTAS

CLASES SOCIALES

CAPITULO I: La Cuestión Económica del aborto:

El aborto es un delito que castiga a ciertas clases sociales, sumado a muchos otros factores que impiden una discusión seria sobre una eventual despenalización del mismo. La más importante es el hecho de que las personas perjudicadas por la actual punición de la conducta abortiva no tienen representantes de su clase dentro de las estructuras de poder.

Argentina del siglo XXI cuenta con una nueva clase social de los desocupados o sub-ocupados. Los desocupados pasaron a formar parte de esos ciudadanos que carecen de representación en las tradicionales estructuras de poder, no tienen medios de presionar sino únicamente con el voto, es decir, lo que equivaldría a casi nada. Éstos desocupados tampoco tienen representantes sindicales que luchen por sus derechos. Aquellos que representan a la clase obrera en cierta forma representan los privilegios de la sociedad.

Nos encontramos con un derecho positivo que dice castigar y no castiga, sino que permite. De lo que se trata no es de una actitud hipócrita del estado que dice proteger. Si así fuera no existirían problemas, de lo que se trata en realidad es que dicha hipocresía,

provoca miles de muertes y lesiones a raíz de abortos practicados en condiciones sanitarias deficientes. Esto es consecuencia de la represión del Estado de la conducta abortiva de la mujer y de la imposibilidad de las mismas a acceder a un sistema de salud que les permita abortar en condiciones médicas y sanitarias mínimas. Las mujeres que mueren a raíz de prácticas abortivas no son cualquier tipo de mujeres sino aquellas de una específica clase social y económica: La clase baja. Estas son las únicas perseguidas por el sistema represor ya que son las únicas susceptibles a una mala praxis de parte del médico. Las otras, o sea las que se someten a prácticas abortivas en clínicas privadas, sus conductas nunca trascienden al ámbito público.

Tal situación crea desigualdad en contra de la mujer de clase baja que no puede acceder a condiciones adecuadas sanitarias en relación con las mujeres de clases sociales con mayor poder adquisitivo. Esa sería una de las causales fundamentales que justificaría una eventual despenalización del aborto, sumándole a ellos lo inútil de un castigo como la prisión debido a que sería inútil un castigo para aquellas que ya habrían fallecido a causa de la mala praxis cometida en el ejercicio de la acción abortiva bajo insalubres condiciones.

Podríamos decir que el Estado Argentino al no sancionar en los hechos la práctica del aborto cumple con los ideales de mínima intervención de la política criminal de comienzo del siglo. Pero esa mínima intervención no es tal. Lo único que hay es un estado represor con legislación represiva que castiga a la mujer que aborta pero no a través de la prisión sino a través del olvido y la no atención. Es más, el castigo de no brindar atención médica y sanitaria fin de realizar el aborto lo padecen exclusivamente ciertas clases sociales y no todas. Es así como queda confirmada la Teoría del Derecho como “distribución de legalismos” en donde el Derecho Penal, lejos de ser un instrumento de prevención y sanción de delitos es un instrumento para mantener ciertas estructuras de dominio y clase. No nos estamos refiriendo a que el aborto sirva para oprimir a las clases más pobres sino que las clases dirigentes mantienen el tipo delictivo porque la prohibición de abortar no las afecta en lo más mínimo por cuanto sus miembros acuden a clínicas privadas previo pago de un precio estipulado en dinero.

El poder político mantiene el tipo delictivo para evitar entrar en conflicto con el poder Religioso de turno: La Iglesia Católica, que en nuestro país es la religión sostenida por la Constitución Nacional. Los gobernantes mantienen la figura penal del aborto para evitar un conflicto de poderes

y de esa forma no perder votos en las próximas elecciones. Si pensamos en la debilidad intelectual y moral de la clase política y el poder igualmente decadente de la iglesia católica, no es difícil darnos cuenta que no estamos ante la lucha de dos poderes afianzados, sino más bien ante el statu quo de una sociedad en crisis.

TITULO III: EL ESTUDIO LEGAL DEL ABORTO

CAPITULO I: La Insuficiencia Dogmática:

El problema que nos ocupa es una cuestión típica de la Política Criminal, porque trata de desentrañar la conveniencia o no de discriminar una conducta que hasta ahora nuestro derecho positivo considera como delictiva. Sin embargo, la cuestión no parece del todo clara y existen posiciones que afirman que la despenalización del aborto es una cuestión ligada a nuestro derecho positivo y de ningún modo el legislador puede decidir libremente dejar de castigar penalmente esa conducta. Quienes asumen tal hipótesis lo hacen afirmando en un caso que es la Constitución Nacional la que le impide al legislador decidir despenalizar el aborto en el otro caso es el código civil el que lo impide. En el campo del Derecho internacional se debatió igualmente si despenalizar el aborto era o no una cuestión de estricta

Política Criminal o si existían límites dentro del derecho positivo que así lo impedían.

El termino Política Criminal como disciplina que promueve el cambio en la legislación vigente debe nutrirse de valores culturales, sociales y económicos cuyos postulados esenciales muchas veces son imposibles de transferir de una nación a otra.

En todos los tratados de dogmática jurídica se analizan los antecedentes históricos de un tipo penal con una mera noción del origen histórico sin ahondar en la etiología sociocultural del tipo Penal, ósea sin tratar de resaltar estudios sociológicos, estadísticos y económicos que justificaron la creación del tipo delictivo. La Dogmática tiene como objeto el estudio de normas jurídicas del Derecho positivo, ello puede ser un obstáculo para adecuar las normas jurídicas a los nuevos tiempos o ante cambios de la realidad social.

Esta insuficiencia intrínseca de la dogmática en relación al estudio de los aspectos facticos que regula la norma jurídica puede ocasionar un divorcio entre norma y realidad. Únicamente a través de un profundo conocimiento de la realidad es que la norma jurídica adquiere vigencia y cumple su objetivo fundamental. Si eso no ocurre el dogmatismo

estudia simples enunciados y su estudio cae en un saco vacío que no le sirve a nadie⁵. En el caso del aborto se hace necesario ir más allá de la Dogmática.

CAPITULO II: Delito de Aborto y sus Causales de Justificación:

Antecedentes históricos:

El hecho de cometer una acción descrita en un tipo penal, no necesariamente implica la comisión de un delito ya que pueden existir causales llamadas de justificación que hacen que esa conducta sea punible.

Entre las llamadas causas de justificación previstas en la parte especial del Código Penal están las relacionadas con la comisión de la conducta del aborto del Art. 86 2da parte inc. 1 y 2. Aquí la ley autoriza la comisión del aborto cuando se cumplen ciertos requisitos, que son:

1° "... evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si ese 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

⁵ SEBASTIAN SOLER, Tratado de Derecho Penal Argentino, Parte General Tomo I, Introducción.

consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Sin embargo tanto nuestro código Penal como sus proyectos posteriores preveían un espectro más amplio de causas de justificación ósea que se permitía o autorizaba que un mayor número de mujeres no fueran castigadas por realizar abortos.

Nuestro código penal hasta 1982 preveía en el art 86 inc. 2 que podían abortar sin castigo no solo las dementes o idiotas cuyo embarazo proviene de una violación o atentado al pudor, sino que también incluía a cualquier otra mujer que hubiera sido violada como así también a los menores.

Por su parte los proyectos del código penal no solo mantienen las causales de justificación relacionadas a los abortos provenientes de una violación sino que en el caso del proyecto de 1960 se agrega la causal del **Aborto Honoris Causa**. En los otros dos proyectos igualmente se prevé el aborto Honoris Causa como una causal importante de atenuación de pena⁶.

CAPITULO III: Camino hacia un Derecho Penal Autoritario:

6 FONTAN BALESTRA, CARLOS. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV Parte especial.

Generalmente no se proponen cambios en la legislación sin un fundamento epistémico suficiente. Podríamos decir que desde 1937 en adelante nuestros juristas participaron de la tendencia despenalizadora que se dio a nivel internacional en relación al delito de aborto. Probablemente no exista una razón epistémica que justifique la ampliación de los posibles sujetos autores del delito sino solamente cuestiones de pura ideología y vaivenes institucionales que sufrió nuestra nación con permanentes interrupciones del estado republicano por gobiernos de facto de modo de que con cada nuevo orden institucional se derogaba toda la normativa penal del anterior gobierno de facto , sin discriminar si lo derogado era por razones apoyadas en la ciencia jurídica o por motivos ideológicos.

CAPITULO IV: Estructura Formal del Tipo Penal del Aborto:

Desde el momento que se instaura legislativamente el delito de aborto los juristas e intelectuales ponen en duda la legitimidad, conveniencia o existencia del delito en sí⁷.

Las posiciones que desincriminan el aborto suelen alegar distintas razones que justifican la no penalización de esa conducta. La verdad es

7 RICARDO C. NUÑEZ, Manual de Derecho Penal, Parte especial, 1982 Página 31.

que el tipo delictivo del aborto tal como está estructurado tiene ciertas características que lo distinguen del resto de los tipos penales. Ese presupuesto es el que lo hace pasible de críticas al momento de legitimar o no la aplicación de las penas.

Si tenemos en cuenta que la comisión de cualquier delito implica necesariamente la existencia de un sujeto que despliega una acción debe recaer ya sea sobre otro sujeto o sobre algún objeto, la doctrina ha distinguido quienes son y cómo actúan esos sujetos. Así algunos autores como Carrara , distingue los sujetos que intervienen en la comisión del delito lo hace en los siguientes términos: "... sujeto activo primario que es quien delinque , un sujeto activo secundario, que son los instrumentos de que para ello se sirve, un sujeto pasivo del atentado, que son las " cosas o personas sobre las cuales , por la naturaleza del hecho , el culpable debe ejercitar ciertos actos como medio para llegar después a lo que tiene el propósitos de consumir , finalmente, el sujeto pasivo de la consumación , ósea la persona o la cosa sobre la cual debía tener lugar la ejecución . Para nuestros objetivos simplemente diremos que en el caso del Delito de aborto el sujeto activo primario , el sujeto pasivo de atentado y el sujeto pasivo de la consumación se confunden todos en la figura de la madre, ya que

esta es tanto quien ejecuta el delito, quien se sirve de sus cuerpo para cometer el mismo y eventualmente quien sufre (junto con el feto) los resultados de la actividad delictiva, ya que al morir el feto puede lesionarse el cuerpo de la madre o morir ella junto a la actividad delictiva.

De esa forma encontramos un presupuesto formal objetivo, del tipo penal que consiste en que para cometer la acción típica la misma debe ejercerse sobre el cuerpo del mismo autor que la despliega. En el caso del art. 88 del actual código penal si bien el bien jurídico protegido es el feto, es imposible ejercer la acción típica en su contra si previamente y al mismo tiempo no se ejerce la acción sobre el mismo cuerpo de la madre, ya que en esta instancia del embarazo, **el feto y la madre son dos y uno al mismo tiempo.**

La prueba anterior es el hecho que si sobre el cuerpo de la madre no se aplican los medios abortivos, el delito no se consuma. Desde este punto de vista quien decida delinquir lo hace a riesgo propio de su salud y vida.

Si hacemos una comparación con otro delito como es el del Suicidio – ya derogado-, el cual comparte junto con el delito de aborto algunas

características, podemos establecer que para que el autor del delito/suicida consumara la acción típica debía acabar con su propia vida y al acabar con su vida se salvaba de la pena. No sucedía aquello con aquel que intentaba el delito pero no lo conseguía, el mismo se castigaba con la Tentativa de Suicidio sufriendo de este modo las penas en vida.

El ordenamiento en si sigue el Principio de Alteridad, salvo en las excepciones anteriores, lo general es regular las conductas que dañan a otros.

TITULO IV: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

CAPITULO I: Tendencias en Nuestro Derecho Positivo

Analizando las distintas opiniones jurisprudenciales, podemos arribar a la conclusión de que la tendencia en nuestro país no es despenalizar el delito sino por lo menos no castigarlo. Pero a esta conclusión se arriba luego de descifrar el significado de un discurso que podríamos llamarlo cifrado, en el sentido de que el mismo no se manifiesta en sentido

directo, expreso y afirmativo sobre lo que quiere significar sino que el lector tiene que descubrir el verdadero sentido de ese discurso.

A través de los diversos proyectos del código penal se observa una tendencia despenalizadora en lo que refiere a causales de justificación, ósea que era más benigno en la aplicación de las penas. La democracia entonces, inaugura un retorno al agravamiento de las penas de aborto.

Existe también una tendencia Jurisprudencial que avala la despenalización del aborto pero de manera encubierta, tendencia que viene dándose en nuestro país y que consiste en que el Poder Judicial o bien cumple funciones propias del Poder legislativo o bien se opone a la actividad propia de dicho poder, lo cual denota una desincronización institucional dentro del Estado de Derecho. En el área específica de este tema esta tendencia o bien justifica algún tipo de aborto (económico o social) o permite el uso de preservativos que según esa mirada jurisprudencial sería abortivo, por ejemplo es el caso de la píldora del día después. Debemos tener en claro que esta posición no se funda en el Derecho Positivo, el cual castiga la conducta abortiva en forma tajante (art 85 C.P) y su vez menciona cuales son las causales que lo justifican (art 86 C.P), pero tampoco puede recurrir a las llamadas normas de Cultura o principios supra legales de justificación

porque el Principio de Legalidad (art. 18 C.N) así lo prohíbe: es por ello que se recurre a interpretaciones absurdas del Derecho Positivo contrarias a la sana interpretación de las leyes y con el agravante de que el sistema funciona en base a cambios o reformas no republicanas de gobierno, ya que son generadas por la fuente incorrecta.

CAPITULO II: Deber de Denuncia Penal y Secreto Profesional del Medico “Aborto económico como Causal de Justificación”.

La Corte suprema de la Provincia de Santa Fe en el año 1998 confirmó el criterio que se había sentado desde 1966 en la Capital Federal el cual hacía referencia al no castigo de las Mujeres denunciadas por aborto que concurren a los hospitales públicos. La Cámara del Crimen ratificó un criterio que fue cambiado años anteriores: la mujer que busca auxilio no puede ser enjuiciada. Se erige así dentro de la Jurisprudencia Argentina el precedente de causal de justificación Económica o Social dentro del delito de Aborto. El fallo argumentaba que era razón suficiente para exculpar del delito a las mujeres la cuestión Social y de pobreza de muchas de ellas quienes concurren a los hospitales públicos como único medio al que pueden acceder para la realización de la práctica abortiva. Por otra parte debemos hablar también del Derecho a la Intimidad. Si nos atenemos a la lectura de los fallos, veremos que la

razón última es la cuestión social, ya que aun cuando se considere el derecho a la intimidad de la mujer, ese derecho tiene sentido por la imposibilidad de la misma de concurrir a una clínica privada.

A modo de ejemplificación podemos hacer referencia al Fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional “Natividad Frías” Plenario. Aborto. Autoincriminación, el tribunal hizo hincapié en el precepto legal consagrado en el art. 18 CN según el cual “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, tomando la búsqueda de auxilio médico de la mujer abortante como una declaración en sí misma. Según la Cámara, su presencia ante el profesional en el arte de curar para tratar un aborto que si bien provocó ahora no puede controlar, implica mostrar su cuerpo, descubrir su más íntimo secreto, confesar su delito.

La Cámara hizo un distingo entre el caso en que se declara en juicio (caso que quedaría protegido) del caso en que la confesión es extrajudicial, es decir, al margen de todo proceso, como es el caso de la mujer que acude al hospital en busca de ayuda. En “Natividad Frías” el tribunal entendió que el anoticiamiento del médico que interviene en la asistencia de una mujer que ha abortado responde exclusivamente al ejercicio de la profesión del arte de curar y que, como tal, merece la tutela del secreto profesional prevista en el art. 177 CPPN²⁴. La

denuncia, por tanto, constituiría una flagrante violación de este secreto, figura receptada en el art. 156 CP. El tribunal entendió que la acusación del médico interviniente o de todo aquel alcanzado por el secreto profesional constituye un delito previsto y penado (art. 156 CP) y que por ende, tal denuncia es a su vez delictuosa y por tanto no puede tener otro destino que el de la nulidad. Para la Cámara, el ordenamiento legal es hermético, y permitir la instrucción de un sumario en tales condiciones, sería admitir su propia violación. ” Entendió que la mujer que causa su propio aborto o consciente en que otro lo causare que acude al auxilio médico lo hace en una situación de desesperación extrema, producto de intervenciones inhumanas y/o en recintos que carecen de estándares de higiene básicos. La cámara considera que permitir la denuncia del médico y en consecuencia la instrucción de un sumario colocaría a la mujer en una disyuntiva delicada: agonizar y esperar un milagro que la salve de un previsible deceso (morir), o acudir al hospital y ser enjuiciada (ir a la cárcel). El interés público no podría nunca justificar este inhumano dilema. ⁸

⁸ EMILIANO VILLA, Revista Argentina de Teoría Jurídica N° 13, Junio de 2009. “Secreto Profesional y Obligación de Denunciar: Un análisis de la Jurisprudencia Argentina.” (<http://www.tau.org.ar>)

CAPITULO III: Jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Un Fallo paradigmático que aparentemente prohíbe cuando en realidad permite es el que dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de Marzo de 2002⁹, “Portal de Belén”. Allí la Corte con un detallado lenguaje iusnaturalista sobre el comienzo de la vida se posiciona aparentemente en defensora de los Derechos del Naciturus. En realidad, tal defensa es ficticia y todo su discurso no pasa de ser algo vacío, sin trascendencia en la realidad.

¹⁰En el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación **“Portal de Belén contra Ministerio de Salud de la Nación/ ANMAT”** , la “mayoría automática” en un voto cargado de imprecisiones científicas y aberraciones jurídicas con un alto voltaje de fundamentalismo religioso y con una manifiesta preocupación por buscar aliados de peso frente a sus juicios políticos en progreso en el Parlamento por numerosas causas de diversa índole, resuelve retirar de la venta la

9 “Portal de Belén – Asociación sin Fines de lucro c/ M.S. y A.S.”, La Ley, 2002, 520 – ed., 197,13.

10 MARIA JOSE LUBERTINO, La situación de los Derechos Sexuales y Reproductivos en la Argentina: La Suprema Corte de Justicia de la Nación contra la anticoncepción de emergencia.

pastilla anticonceptiva de emergencia IMEDIAT, que además hace tiempo que no está en el mercado, por considerarla abortiva sin siquiera haber permitido que se sustancie un proceso de conocimiento amplio para debatir dichos efectos con la debida apertura a prueba.

Si bien el fallo es ineficaz por las razones expuestas y en la legislación argentina los fallos de la Corte sólo tienen fuerza vinculante para cada caso en particular, nada obsta a que la investida contra los derechos sexuales y reproductivos continúe si se aceptaran sin más los razonamientos de la Corte por la influencia que su opinión imprime al resto de la jurisprudencia y la doctrina.

La anticoncepción de emergencia se define como el uso de métodos anticonceptivos, hormonales y no hormonales, después de una relación sexual, con la finalidad de prevenir un embarazo. Las llamadas “pastillas del día después” (PAE) son uno de estos métodos que para ser efectivas deben administrarse en un lapso corto de tiempo: la primera dosis, lo antes posible dentro de las primeras 72 horas de haber tenido la relación no protegida y la segunda dosis, dentro de las 12 horas de la primera.

Las indicaciones para la anticoncepción de emergencia incluyen todas aquellas situaciones en las cuales la prevención del embarazo, por distintas razones, solo puede realizarse después de la relación sexual. Estas situaciones incluyen todas las relaciones ejercidas con violencia, física o psicológica, incluyendo, por supuesto la violación, la falla u olvido de algún método y las relaciones no programadas o no protegidas en las cuales no se utilizó ningún método.

La Organización Mundial de la Salud considera que todas las mujeres, en caso de necesidad, pueden recurrir a las píldoras anticonceptivas de emergencia, ya que no existe ninguna contraindicación para el uso ocasional. Solo el embarazo confirmado se considera contraindicación: la anticoncepción de emergencia no tiene en ese caso ninguna indicación porque ya no podría interrumpir el embarazo.

Las PAE actúan de la misma forma que los anticonceptivos modernos, siendo la única diferencia el momento de la administración (después y no antes o durante la relación sexual). Dichas píldoras nunca son capaces de interrumpir el proceso de implantación en el útero, una vez que se haya establecido: es decir, nunca pueden interrumpir un embarazo por inicial que este sea.

El art. 33 de la Constitución Nacional expresa que los derechos consagrados “no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados”. Los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional con la reforma del año 1994 no prevén expresamente el tema de la anticoncepción de emergencia, pero son un instrumento para su defensa en la medida que consagran el derecho a una vida libre de violencia, el derecho a la salud y el derecho a la información y acceso a los métodos anticonceptivos. Tampoco lo prevé el Proyecto de Ley Nacional sobre Salud Sexual y Reproductiva. En cuanto a la legislación provincial, 11 de los 24 distritos de la República Argentina cuentan con leyes relacionadas con la Salud Sexual y Reproductiva, pero –en general– ninguna de ellas hace referencia explícita a la Anticoncepción de Emergencia, salvo en las provincias de Mendoza y Santa Fe, sólo en la Ciudad de Rosario , donde existen políticas públicas claras sobre la materia, en el caso de la Ciudad de Rosario, la Casa de la Mujer realiza desde el año 1997 campañas de información, educación y comunicación; por otra parte, en la Ciudad de Buenos Aires se está discutiendo y elaborando actualmente un Protocolo sobre salud que abarcará temas como salud reproductiva y, más específicamente, anticoncepción de emergencia, actualmente está

siendo considerado por las sociedades científicas y distintos grupos relacionados con el tema. Por lo tanto, al no existir ninguna legislación que regule el tema claramente, las decisiones que se tomen sobre anticoncepción de emergencia en Argentina están libradas, en general, al criterio político de los funcionarios de salud, a la decisión de los jefes de servicios, a la provisión o no de Anticonceptivos de Emergencia en los hospitales públicos y a la existencia de presupuesto en la materia.

El Problema del fallo gira en torno al delicado problema de cuándo debe entenderse que comienza el embarazo o desde cuándo debe entenderse que el feto se encuentra concebido en el seno materno. El tema es delicado ya que de él dependerá el nombre y categoría penal que le demos a la intervención humana tendiente a evitar el nacimiento de un ser humano, si la interrupción es anterior a la concepción, esa actividad se llamará anticoncepción, si se produce con posterioridad a la concepción del feto en el seno materno se denominará abortiva.

Tradicionalmente existieron dos posiciones sobre cuándo debe considerarse el inicio de la concepción en el seno materno, la Primera afirma que comienza con la fecundación del ovulo por el

espermatozoide, la Segunda que comienza en el momento que el huevo fecundado anida en el útero.¹¹

De este modo un método será anticonceptivo cuando evite que se produzca alguno de los estados anteriores. Por ejemplo un método anticonceptivo hormonal. Típico sería aquel que evita la ovulación, ósea evita que el ovulo sea expulsado y que no baje por las trompas de Falopio, donde suele ocurrir la fecundación.

Si participamos de la teoría que afirma que la concepción comienza en el primer caso, ósea con la fecundación del ovulo por el espermatozoide, debemos concluir que algunos de los métodos (DIU) Dispositivo Intra Uterino o la llamada píldora del Día después. Esto es así por cuanto en el caso del Dispositivo Intra Uterino (DIU) uno de sus efectos es que el endometrio; es decir las paredes del útero, no estén en las condiciones adecuadas para recibir el ovulo, si el mismo hubiera sido fecundado. En el caso de la píldora llamada “del día después”, la misma se toma hasta las 72 hs. después de tener relaciones sexuales, pero igualmente uno de sus posibles efectos es impedir que el ovulo ya fecundado anide en las paredes de la matriz.

11 RICARDO C. NUÑEZ, Manual , Pagina 32.

La Organización Mundial de la Salud considera que el embarazo comienza con la implantación en el útero del ovulo fecundado. La implantación ocurre de 5 a 7 días después de la fertilización del ovulo por el espermatozoide. Como podemos apreciar las posiciones anteriores sobre cuando comienza el embarazo no parecen fundarse en algún criterio de tipo absoluto y hay quienes afirman que la posición de la Organización Mundial tuvo como único fundamento desechar la posibilidad de que el dispositivo intrauterino sea abortivo.¹²

CAPITULO IV: ¿El Legislador está obligado a castigar Penalmente el Aborto?

La pregunta que nos hacemos es si el bien jurídico “Vida de la persona por nacer” protegido por la Constitución necesariamente debe estar sancionado penalmente. El interrogante anterior tiene su origen en el Tribunal Constitucional Alemán de 1975 por la cual se autorizaba la interrupción del embarazo durante las doce primeras semanas del mismo. El citado Tribunal cuestionó la Reforma del código penal y la consecuente autorización a la mujer a abortar por considerar que ello estaba en contradicción con los arts. 1° y 2° de la ley fundamental de la

¹² “La anticoncepción de emergencia no es más que otro medio abortivo” Dr. Álvaro Susin, Diario el Mercurio 1999.

república federal alemana que protege incluso la vida que se está desarrollando en el útero de la madre como un bien jurídico independiente...”.¹³

Este tribunal consideró que al ser la interrupción del embarazo una conducta ilícita, no podía despenalizar lisa y llanamente esa conducta porque de esa forma cabría la duda dentro de la sociedad sobre la licitud o la ilicitud de dicha conducta.

A hora bien al momento de meritar cual sería la sanción penal que le correspondería a la mujer que aborta por su propia voluntad, el Tribunal Constitucional rechaza la posibilidad de que se la castigue con la prisión. Por momento parece rechazar directamente cualquier sanción contra la mujer:

“... 2. La pregunta de si el estado tiene una obligación constitucional de utilizar la ley penal, el arma más aplicada del arsenal estatal para la protección de la vida del no nacido no puede ser respondida a partir del planteo simplista de si el estado debe castigar determinadas conductas.. El legislador no está obligado a utilizar las mismas sanciones penales para la protección de la vida de los ya

13 MILLER JONATHAN M., Constitución y Derechos Humanos, Tomo I Pagina 861 y sgtes.

nacidos que para la vida de los por nacer. Como lo demuestra una ojeada en la historia legal, nunca fue ese el caso en la aplicación de sanciones penales...”

“...3.Sin embargo, la utilización del derecho penal crea problemas especiales, que surgen de la especial situación de la mujer embarazada. Las consecuencias muy importantes de un embarazo para la condición total, física y emocional de la mujer son conocidas por todos y no necesitan ser detalladas...La solución de tales conflictos por medio de la imposición de penas aparece en general como inapropiada, desde que lleva a la imposición de una coerción externa donde el respeto al derecho de la personalidad requiere una completa libertad de conciencia...”

El tribunal constitucional concluye que la Reforma del Código Penal que autoriza la interrupción del embarazo hasta antes de las doce semanas de la misma previa consulta de un médico y una asistencia social, es inconstitucional. Pero lo curioso es que al mismo tiempo el tribunal reconoce que la reforma en si es razonable y es casi absurdo penalizar a la mujer con la pena de prisión. El fundamento central de la declaración de inconstitucionalidad es el temor a aquello que la despenalización podría significar. Se dice que la misma podría significar

confusiones en la sociedad sobre la protección que le brinda el Ordenamiento Jurídico a la persona por nacer como bien jurídico. Si se despenaliza el aborto la sociedad podría pensar que abortar es lícito hasta el punto de llegar a convertirse en moralmente permitido.

Todo el fallo del tribunal Constitucional Alemán surgió dentro de la experiencia que sufrió ese país durante el Régimen Nacional Socialista (1933-1945) con la llamada Solución Final que acabó con la vida de millones de seres humanos bajo el pretexto de la protección de la raza aria. La ley fundamental Alemana está basada en principios que son explicables solo por la experiencia histórica de Alemania y por su confrontación ética y espiritual con el sistema previo del nacionalsocialismo.

Como consecuencia de la sentencia dictada por el tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la enmienda del código penal que preveía la posibilidad de interrumpir el embarazo durante las doce semanas de la concepción, sin que se necesite una razón específica que lo avale, se adoptó una nueva Ley, la cual mantuvo el principio de que el aborto es un Delito, estableciendo

distintas excepciones.¹⁴ Dentro de estas, encontramos como causas de justificación aquellas que permiten la interrupción del embarazo si el mismo es efectuado por un médico previa consulta de la mujer y si no han transcurrido más de veintidós semanas desde la concepción. Por otro lado, aun cuando no se dieran las causales de justificación, el juez está autorizado a no castigar con pena alguna a la mujer misma cuando se encontrara en situación de particular perjuicio. Por lo que se podría concluir que aun cuando el aborto era un delito el mismo no se castiga penalmente.

“Art. 218 1) cualquiera que termine el embarazo será reprimido con prisión por un término no mayor de tres años o multa.”

..... 3) Si el acto es cometido por la propia mujer embarazada la pena será de prisión por un plazo no mayor de un año o de una multa. La mujer embarazada no es punible conforme la primera parte de este artículo si el embarazo es interrumpido por un médico después de una consulta y si no han transcurrido más veintidós semanas desde la concepción. El tribunal puede abstenerse de penar a la mujer

14 MILLER JONATHAN M, GELLY MARIA ANGELICA, CAYUSO SUSANA, Constitución y Derechos Humanos, Pagina 869.

embarazada se al tiempo de la intervención la misma se encontraba en una situación de particular perjuicio...”

Por ultimo en el año 1993, el tribunal Constitucional Alemán se vuelve a pronunciar sobre el tema. Pero en este caso se expresa en un discurso que admite la no penalización de un tipo de aborto pero sin que el estado ponga a disposición de la abortante su aparato de seguridad social. O sea, que la mujer que decide abortar puede hacerlo con un médico privado y no un Hospital público.

De la sentencia del Tribunal constitucional alemán de 1993 se desprenden 3 clases de abortos: a) un aborto justificado legalmente y por ende despenalizado e incluso subvencionado públicamente, como el que deriva de una indicación médica b) un aborto declarado ilegal pero no penalizado y no subvencionado como el realizado por un médico durante las primeras doce semanas del embarazo con el consentimiento de la mujer embarazada, siempre que hayan pasado al menos tres días desde que se recibió el asesoramiento c) el aborto ilegal penalizado, por ejemplo aquel realizado a partir del tercer mes de embarazo.

El Criterio Alemán se ajusta a la realidad socioeconómica de ese momento, pudiendo despenalizar el aborto bajo ciertas condiciones de forma y tiempo sin brindar protección médica y sanitaria a la mujer abortante. La conducta de la mujer que aborta dentro de las doce semanas no es punible pero tampoco el estado le brinda asistencia sanitaria, debiendo esta última recurrir a un médico diplomado que la asesore y la atienda. Siendo Alemania una de las naciones más importantes de Europa en lo que se ha dado en llamar Estado de Bienestar solo se puede entender la no asistencia sanitaria de la mujer abortante si se lo observa desde la experiencia del Nacionalsocialismo.

TITULO V: LA CUESTIÓN DEL ABORTO EN ARGENTINA

CAPITULO I: Desarrollo de la cuestión por el Dr. German Bidart

Campos:

Ningún tribunal ni la Corte Suprema se ha expedido sobre si la Constitución Nacional obliga al legislador a penalizar el aborto¹⁵. Lo único que tenemos son opiniones de juristas que se plantean el

15 GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, Nota a Fallo, Aborto Voluntario: La Constitucionalización de la Pobreza, La ley, 1998.

supuesto. En general la Doctrina estima que la protección constitucional de un bien jurídico en este caso la persona por nacer, no es sinónimo de tutela penal. Específicamente con relación al derecho a la vida y al art 75 inc. 23 de la constitución nacional, la interpretación que prevalece es aquella que establece la obligación del Estado de brindar un régimen de seguridad social a favor de la madre más que penalizar el aborto.

Si seguimos la posición de **Germán Bidart Campos**, en relación al tema de si el legislador está constitucionalmente obligado o no a penalizar el aborto, la posición del constitucionalista German Bidart Campos es particularmente interesante, por lo confusa e incorrecta desde el punto de vista de una política legislativa. Lo que hace el autor citado es primero afirmar que el legislador no está obligado es primero afirmar que el legislador no está obligado a penalizar un bien jurídicamente protegido constitucionalmente (aborto), pero luego, fija un criterio opuesto en el sentido que una vez penalizada dicha conducta no puede despenalizarse y para ciertos supuestos , porque entonces si sería inconstitucional. Para ello se vale de una serie de distinciones semánticas entre incriminación, no incriminación y desincriminación de una conducta.

“...mientras la Constitución no contenga expresa referencia a la incriminación, penalizar o no una conducta ofensiva de un derecho reconocido en la misma Constitución es una cuestión de Política Criminal, que pertenece a la competencia discrecional del legislador..”

El autor afirma que excepto los casos en los cuales la Constitución declara como Delito ciertas y determinadas conductas, el legislador no está obligado a penalizar todo bien jurídico que la misma constitución protege.¹⁶

Este principio, según el cual el legislador no tiene obligación de incriminar penalmente la lesión de un bien jurídico protegido constitucionalmente, no es absoluto, sino que una vez protegido penalmente un bien jurídico no es posible des incriminarlos para algunos casos porque tal des incriminación sería inconstitucional. Podemos observar un ejemplo concreto de esto: el bien jurídico vida de la persona por nacer no necesariamente debe ser protegido a través del Derecho Penal, puede ser protegido a través de otras disciplinas del Derecho (Código civil, entre otros), pero una vez que el legislador penaliza la conducta abortiva, ya no podría crear excepciones y decir en

¹⁶ ROXIN, CLAUS. Derecho Penal, Parte General Tomo I Pagina 64.

tal o cual caso el aborto está autorizado, porque estaría desprotegiendo el bien jurídico en cuestión:

“... No incriminar el aborto no significa dejar sin tutela jurídica a la vida humana, sino solamente ponderar que la vida intrauterina no alcanza a gozar de la categoría de un bien jurídico “penalmente” protegido (aunque se encuentre extrapenalmente protegido)... la incriminación del aborto no parece resultar inconstitucional, porque la constitución no obliga a penalizar toda conducta que atente contra la vida...”

“... pero la perspectiva cambia si expresamente se desincrimina el aborto como ocurre en la ley española... o en algunos supuestos análogos a nuestro Código Pena. Cuando la norma penal dice que “no será punible” el aborto en tales casos, deja sin incriminar algunas conductas que de otro modo caerían dentro del tipo legal general de aborto penalizado. Creemos que si se viola la norma constitucional que garantiza el derecho a la vida, una cosa es suprimir un delito del código penal o no penalizarlo como delito, y otra diferente es despenalizarlo bajo forma de una norma permisiva, a cuyo amparo se concluya, gravemente un derecho de modo irrestituible. El legislador podría no incriminar el aborto pero cuando expresamente lo autoriza o

cuando des incrimina o no incrimina ciertos supuestos del aborto (no punibles) , está dando licitud a la conducta abortiva que, inconstitucionalmente, vulnera el derecho a la vida nasciturus, en cuanto esa conducta aniquiladora dela vida queda exenta de consecuencias penales...”¹⁷

CAPITULO II: Posiciones Contrarias:

La teoría anterior es objetable por varias razones, pero la principal es que con juegos de palabras y razonamientos erróneos se arriba a conclusiones absurdas e inconducentes. A modo de ejemplificación diremos que si fuera cierto lo afirmado por Bidart Campos , que una vez penalizada una conducta que vulnera un bien jurídico protegido constitucionalmente , el legislador no puede despenalizarlo ni crear autorizaciones para realizar dicha conducta , ya que eso significaría su permisión y consecuentemente tal despenalización sería inconstitucional. Tal es así que el mismo Bidart Campos termina afirmando que el Aborto Terapéutico que rige en nuestro país y el Aborto Eugenésico son inconstitucionales.

¹⁷ GERMÁN BIDART CAMPOS, El Aborto y el Derecho a la Vida. Pagina 479.

Otro problema que se ha encontrado en ese razonamiento es que estaríamos acorde con la constitución cuando no se penaliza una conducta en absoluto, mientras que, cuando se la penaliza en ciertas y determinadas situaciones y en otras no, esa permisión, es inconstitucional. Así sería acorde al Ordenamiento Jurídico el aborto cometido por una mujer en el octavo mes de embarazo siempre y cuando no se haya penalizado la conducta en absoluto. Pero es contraria al Orden Jurídico la permisión de aborto en casos graves de peligro para la salud de la madre porque el aborto se encuentra penalizado y esta situación es de permisión y ergo, de vulneración del bien jurídico protegido constitucionalmente.

El sistema Jurídico se maneja con proposiciones de permisión – prohibición que más allá de la relación lógica existente entre ellas, deben ser interpretadas dentro del sentido común. Las normas jurídicas deben ser entendidas de acuerdo al fin último del ordenamiento Jurídico, por eso , cuando el legislador prohíbe y castiga el Aborto, siempre está pensando en cierto tipo de aborto , el cual considera que efectivamente vulnera el bien jurídico en cuestión o que efectivamente su protección penal es conveniente para lograr el fin de todo el

ordenamiento jurídico. Muchas veces no protegiendo un bien jurídico se protege otro bien jurídico mayor.

Por último, si aceptamos la hipótesis de Bidart Campos nos encontraríamos con figuras delictivas eternas que nunca podrían ser derogadas ni creadas nuevas causales de justificación ni de permisión hasta tanto se derogue la protección que le brinda la Constitución al bien jurídico en cuestión.

La Constitución como norma fundamental debe ser el marco donde los Derechos Fundamentales de los ciudadanos queden garantizados. Lo otro, es decir, el cómo y cuándo la constitución determina que se realizará a través de los distintos órganos. No es conveniente atar al legislador en la penalización de ciertas conductas, porque se iría en contra del Principio de Razonabilidad que exige la posibilidad que un determinado bien jurídico sea protegido de manera distinta a través del Castigo penal. Si analizamos la política Criminal a lo largo del Siglo XX veremos que muchas conductas que se consideraron delictivas en el pasado dejaron de serlo con el paso de los años, y viceversa. Además, debemos destacar que los adelantos tecnológicos y financieros fueron creando nuevos tipos penales que quizás en los siglos venideros dejaran de ser considerados delitos debido a los cambios sociales. Por

lo anterior expuesto, debemos recalcar que la Constitución es el marco regulatorio de Derechos y Garantías pero los mismos son interpretables de manera razonable por los legisladores. Lo razonable será entendido entonces, en relación a los valores culturales, éticos y religiosos de la sociedad que se trate, pues lo razonable para una sociedad del Siglo XXI puede no serlo para otra posterior.

CAPITULO III: Posiciones que Niegan el Derecho al Aborto por el Derecho Positivo:

Estas posiciones niegan no solo la posibilidad de la despenalización del Aborto, sino que también niegan toda posibilidad de que el estado autorice cualquier tipo de aborto a través de causas de justificación, ni siquiera aquellas ya autorizadas por el código Penal en su art. 86 2do párrafo inc. 1° y 2°. Esta es la posición de la Jurista Matilde Zabala de González, quien fundamenta su hipótesis en la teoría del código civil. Todo su razonamiento gira en torno al principio general que como el concepto de persona se encuentra definido en el código civil y el feto es una persona de igual jerarquía que cualquier otra , el Código Penal debería proteger su existencia al igual que protege la existencia de la persona física a través del homicidio.

Es por ello que elabora una teoría que podríamos considerar artificial, concluyendo así que el aborto es equiparable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico al Homicidio y que las causales de impunidad del aborto previsto en el código penal, antes mencionadas, sería ilegales e injustificadas, si seguimos la visión del Código Civil.¹⁸ Esta posición anterior se podría considerar muy propia de la Edad Media, con la diferencia de que anteriormente existían causales de atenuación y ahora han sido eliminadas según el pensamiento seguido por la jurista.

La autora comienza diciendo que es equivocada la posición que afirma que el homicidio es la muerte inferida al hombre y Aborto es la muerte inferida al feto¹⁹, porque uno y otro no son de naturaleza ontológica distinta sino que ambos son iguales o sea personas con derecho a la vida.

Afirma también que el valor supremo de la vida humana es un postulado que no admite excepciones, ni siquiera frente a bienes de la misma naturaleza, mi vida, la suya, la de cualquiera, no tienen

18 MATILDE ZAVALA DE GONZALEZ, Aborto, Persona por Nacer y Derecho a la Vida, 1983.

19 SEBASTIAN SOLER, Tratado de Derecho Penal, Tomo III Página 1127.

graduación diversa para el ordenamiento jurídico. Para la moral será más valiosa la del hombre bueno, para la eugenesia la del hombre constituida, para la economía la del que produzca más, pero el derecho protege indiscriminadamente la de todos de igual manera en cuanto vida y no por los valores o bienes que ella logra o puede lograr. No es admisible jurídicamente el criterio comparativo subjetivo (que mi vida valga más de la de los otros).

Los penalistas olvidan que el Derecho Civil, en cuanto regula íntegramente la situación de la persona dentro de la comunidad, quien determina el principio de la existencia del hombre para el derecho, atribuyéndole efectos jurídico, solo esta omisión o la errada interpretación de las normas civiles explica por ejemplo que se defina el homicidio como la muerte inferida al hombre y el aborto inferida al feto. De acuerdo con su posición cada vez que se refiere al por nacer, no lo denomina feto sino hombre.

En base a lo antes expuesto, concluye que una madre no puede elegir vivir ella en lugar de su feto cuando corre peligro su vida, ni tampoco puede elegirlo el representante de la mujer demente cuando fuera violada, porque la vida de una no es mejor que la vida de su feto.

Pero este planteo de la autora, parecería tener fallas en su estructura. En primer lugar parece olvidar que el Derecho Penal es el que regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias²⁰. Es este también el que determina los tipos penales, sus penas y atenuantes. Es así que el aborto y el homicidio se diferencia entre sí por el bien jurídico protegido. En el primer caso el bien jurídico protegido se denomina feto y en el segundo persona. Cuando la doctrina afirma tal cosa no hace sino distinguir según lo hace el código penal y la naturaleza jurídica de los tipos delictivos, la que a su vez se funda en la valoración que hizo el legislador de la realidad social que le tocó vivir al momento de dictar el código penal. No es un capricho decir que el aborto es la muerte del feto y el homicidio es la muerte del hombre.

Históricamente existió en las sociedades una distinción valorativa entre feto y persona. Tradicionalmente nunca fue lo mismo abortar que asesinar, ni jurídica ni antropológicamente. Sería absurdo que el ordenamiento jurídico y consecuentemente el derecho penal formule las distinciones que la moral y la sociedad realizan. Es ilusorio pensar que

20 RICARDO C. NUÑEZ , Manual de Derecho Penal Parte General Página 15.

le ordenamiento jurídico no discrimina en cuanto a vida. Antiguamente estos distinguían entre los derechos civiles de mujeres y hombres, también entre hijos naturales y extramatrimoniales de los hijos matrimoniales, es el caso del Código Napoleónico de 1804 en oposición a la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadanos de 1789 que dice que los hombres nacen libres e iguales. Por ultimo distinguían entre hombres libres y esclavos, también entre la persona visible que ha nacido y la que se encuentra en el seno materno.

Es igualmente discutible que para el ordenamiento jurídico sea lo mismo una vida que otra, la mía que la tuya. Vemos que en situaciones extraordinarias al derecho no le cabe sino reconocer el instituto natural del ser humano que cree que su vida es más importante que la del otro. En el caso del aborto el derecho ha entendido que la vida de la madre es más importante que la del feto. Esto no quita que cada uno actúe de acuerdo a sus creencias y convicciones .Por el legislador no podría imponer a toda una comunidad que profesa religiones distintas una misma ley que lo establezca.

TITULO VI: SECUELAS DE LAS PRACTICAS ABORTIVAS

CAPITULO I: Estadísticas

Las prácticas abortivas realizadas en las debidas condiciones sanitarias y con la asistencia de un medico diplomado, garantiza que la mujer sobre la que se realiza esa práctica no sufra riesgos en su vida y salud.

Por el contrario los abortos domésticos o mal realizados son la principal causa de muertes maternas. Según el centro de estudios de Estado y Sociedad, las prácticas abortivas están vinculadas a la mitad de las muertes maternas, llamadas así por producirse en el embarazo, el parto o periodo puerperial, se calcula que en Argentina mueren 500 mujeres por año debido a esta causa.

Pero la muerte de las mujeres no es la única consecuencia que genera el aborto realizado en condiciones sanitarias inadecuadas. Desde el punto de vista cuantitativo cuando una mujer muere por aborto provocado en condiciones de riesgo, 100 de ellas sufrieron condiciones graves que le pudieron costar la vida. A su vez de estas, la mitad (50), sufrió algún tipo de maniobras terapéuticas dejándolas mutiladas en su aparato genital. Decimos esto porque el tratamiento del aborto provocado – la a sepsis- es una intervención quirúrgica muy radical que

implica la extracción del útero, de los ovarios y de la ligadura de la vena cava, lo cual constituye una mutilación muy importante.

Por cada mujer que murió, 50 fueron mutiladas, 100 tuvieron complicaciones graves y se puede plantear que 1.000 mujeres tuvieron complicaciones no tan graves como para haber consultado o haber estado internadas. Esto ha sido estudiado por la Organización Mundial de la Salud, los casos de muerte son solamente la punta del iceberg que implican complicaciones mayores.

La cantidad de abortos inducidos que se practican en el mundo es estable, pero el número de procedimientos sin las medidas de seguridad necesarias aumenta en los países en desarrollo, según un informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Los abortos realizados por personal no capacitado o en entornos sin los recursos médicos y de higiene mínimos ponen en riesgo la vida y salud de miles de mujeres cada año, explicó la agencia de la ONU.

El estudio, publicado en la revista médica *The Lancet*, destaca que la incidencia de abortos inseguros es mucho mayor en los países donde la práctica es ilegal porque esta restricción lleva a las mujeres a recurrir a instancias clandestinas. En América Latina, el 95% de los abortos son

inseguros, una proporción que no cambió entre 1995 y 2008, señala el informe y agrega que casi todos los procedimientos seguros tuvieron lugar en Cuba, donde el aborto es legal y las mujeres pueden optar por él con libertad.

Según la OMS, hasta 2008, la tasa mundial de abortos era de 28 por cada mil mujeres, una cifra que prácticamente no ha cambiado desde 2003.

En cambio, el porcentaje de abortos inseguros aumentó un 5%, a 49%, en el periodo 1995-2008, lapso durante el cual el número de abortos en los países en desarrollo se incrementó de 78% a 86%. Las complicaciones de un aborto mal practicado constituyen una de las principales causas de muerte materna tras provocar hemorragias o infecciones fatales.

Este organismo reconoce que las causas por muerte por dicho motivo no se encuentran registradas en los hospitales públicos. De más está decir que el motivo de la ausencia de registro de la verdadera causa es que la práctica abortiva es un delito.

Por su parte la Fundación de Estudios para la mujer estima que *“en nuestro país se realizan entre 400.000 y 500.000 interrupciones de*

embarazos por año. En el mismo periodo nacen unos 700.000 chicos. Las complicaciones por causa de abortos aumentaron un 46 por ciento con respecto a 1995 y cada vez son más las mujeres que son atendidas en los hospitales por estas causas”.

En toda Latinoamérica la situación parece ser la misma, se calcula que aproximadamente 2,8 millones de mujeres tienen abortos provocados todos los años en Brasil, Colombia, Chile, México con lo cual resultan alrededor de 4 millones de abortos voluntarios cada año.

Según estudios realizados sobre las Prácticas abortivas y los riesgos para la salud, las mujeres de escasos recursos económicos o con problemas psicológicos o sociales no pueden tener accesos a servicios de aborto realizados en buenas condiciones debido a varios factores: alto coste, falta de apoyo al tomar la decisión, y búsqueda de médicos, falta de protección social y dificultad para obtener servicios de calidad y por la penalización y clandestinidad.

Según los cálculos del riesgo general de complicaciones para tres grupos de poblaciones: Mujeres rurales pobres, Mujeres urbanas pobres y Mujeres urbanas con mayores recursos, las mujeres pobres son las que corren el mayor riesgo cualquiera sea el tipo de aborto que

tengan. Se cree que más de la mitad de las mujeres rurales pobres y un 40 % de las mujeres urbanas pobres tienen complicaciones por abortos inducidos. Estas cifras se han de comparar con el relativamente reducido 10% de complicaciones que se presentan en los abortos a mujeres urbanas de altos ingresos.

Las condiciones en que se practican los abortos clandestinos son con frecuencia lamentables así como poco seguras. La técnica más usada es la introducción en el útero de una sonda, es decir, un pedazo de tubo de goma. En algunos casos la sonda se utiliza para introducir líquidos en el útero, como por ejemplo, preparados de hierbas²¹, agua jabonosa, lejía, o vinagre, entre otros. A veces la sonda se usa sola, pero también puede ser reforzada por una vara de metal con la cual se inserta en el útero para provocar la hemorragia. También se usan otros objetos como palos, ramas, tallos o pedazos de alambre o metal.

CAPITULO II: Antecedentes Históricos

En primer lugar analizaremos un fenómeno ligado al aborto y el infanticidio: el problema demográfico.

21 GREER, GERMAINE, Sexo y Destino.

- 1) **La sobrepoblación y la escasez de alimentos:** A lo largo de la historia puede observarse una tendencia a limitar de algún modo el número de nacimientos, a través de distintos medios que van desde el infanticidio al aborto y distintos métodos de anticonceptivo, el más antiguo y utilizado fue el “Coitus interruptus”. Antiguamente se practicaba infanticidio sobre los recién nacidos enfermos o con mal formaciones. También se postularon teorías eugenésicas como medio de conformar una sociedad ideal como lo manifestó Platón en su obra “La Republica”²², el autor diseñó una serie de fórmulas inaplicables para conseguir que del conjunto de ciudadanos, los mejores (en capacidad de aprendizaje, fortaleza e ingenio se unan en matrimonio con las mejores para procrear a los mejores niños y solo a estos criar y cuidar, al resto dejarlos morir). A partir del Siglo XVIII en Francia la familia tipo se va achicando hasta llegar en el Siglo XIX a una familia con dos hijos. Este interés por limitar el número de hijos responde a una ideología y objetivos específicos: el de los pequeños campesinos libre y emancipados y de los pequeños burgueses para evitar aún más

22 PLATÓN, La Republica 459.

el parcelamiento de la propiedad. Tanto fue así que ya en el Siglo XIX Francia tenía una población envejecida producto de una política social impecable instaurada en la vida y conciencia de los ciudadanos del continente Europeo.

En general podría afirmarse que el tema de la población y su control se encuentra relacionado a factores de psicología social que involucra desde el mito de la preservación de la “raza” o un grupo social hasta cuestiones de “clase”. Esto puede verse en políticas eugenésicas del Nazismo y Fascismo en los años 30, también en la década del 50 ante el temor de un crecimiento de las poblaciones pobres de Latinoamérica y en los Estados Unidos por el temor del crecimiento de la población negra.²³

A fines del Siglo XIX y durante todo el Siglo XX se hicieron estudios iniciados por científicos tendientes a descubrir métodos de “anticoncepción hormonal” que implica la creación por medio de hormonas sintéticas femeninas nuevos métodos anticonceptivos. Podemos citar los estudios sobre hormonas sexuales femeninas realizados por el premio nobel de medicina y fisiología, el Profesor Edward A. Doisy.

23 RUIZ SALGUERO, MAGDA TERESA, La Regulación de la Fecundidad: Un estudio Demográfico Página 311.

- 2) **El Infanticidio y el aborto como medio de regulación poblacional:** El infanticidio fue por años el medio natural de control del equilibrio poblacional. En pueblos de Asia, ante la escasez de alimentos se prefiere alimentar a los niños en desmedro de las niñas.

- 3) **El Aborto en la Antigüedad:** Durante la antigüedad clásica, ni el aborto ni el infanticidio fueron objeto de incriminación, tampoco lo fue en la antigua Roma donde se dejaba dicha acción librada a la vida privada.

- 4) **El Aborto con el advenimiento del Cristianismo, concepción del Aborto como delito/Pecado:** Con el advenimiento del Cristianismo entran a jugar valores: la idea del pecado falta. Esta idea conlleva el término de “Crimen-Delito” y es por primera vez en la historia que se percibe al aborto como conducta delictiva equiparable al homicidio. Durante la edad Media el discurso restrictivo de los nacimientos toma una nueva modalidad: La abstención. Para, por un lado evitar nacimientos indeseados y

regular la población, y por otro lado para evitar las relaciones sexuales antes del casamiento, hecho que de todas maneras continuó sucediendo, con lo cual los abortos volvían como medio de ocultar la deshonra de la mujer al mandamiento divino. Al castigarse el aborto como delito y pecado los teóricos del Cristianismo se vieron obligados a encontrar causales de justificación para ciertos casos especiales en los cuales sería injusto castigar a la autora del pecado. Así la iglesia toma el concepto de *Nasciturus*²⁴ del derecho romano y le agrega un nuevo elemento: el alma. De modo que se cometería un homicidio y se mataría una vida dotada de alma. La pregunta que se plantearan los teóricos de la iglesia será ¿Desde qué momento del embarazo podemos afirmar que hay un alma? Tertuliano Siglo II, sienta una de las bases del pensamiento cristiano al retrotraer la infusión del alma al momento de la concepción. Sin embargo, este pensamiento no fue unánime y tubo gran acogida la Tesis de San Agustín que partía de la necesidad de que el embrión dispusiera de una cierta formación biológica capaz de recibir el alma racional para dejar de ser víscera y transformarse en ser humano generando una

24 VELEZ SANSFIELD, Nota del Art. 63 y 70 del Código Civil Argentino.

desigualdad entre animatus e inanimatus: por lo que la Iglesia estableció el límite de 40 días para los varones y 80 días en las mujeres a partir del momento de la concepción. Junto al pensamiento de San Agustín siguen las posiciones de otros teólogos como el jesuita Tomas Sánchez quien en los inicios del Siglo XVII admitía el aborto “honoris causa”, “el terapéutico” y por “Razones Sociales”

- 5) **Siglo XVI a XX:** A partir del Siglo XVII Europa vive un movimiento llamado Iluminismo que pondera una exaltación de la razón de la ciencia y del Hombre conjuntamente con ello se desarrolla un rechazo de la teología y de la Iglesia Católica esta última considerada como institución retrograda relacionada con la inquisición. A nivel filosófico David Hume y Emmanuel Kant proponían un rechazo de la metafísica por ser un método incapaz de decidir algo acerca de la realidad y el ser parecido a la teología, donde se planteaban ideas que carecían (según ellos) de cientificidad (en el sentido del método de la Física Clásica de Newton).

En el ámbito del Derecho Penal sobresale la figura de Cesare Beccaria quien dirige sus esfuerzos a encontrar un “Principio

Racionalizador” y humano en la aplicación de la pena, buscando que la misma sirva como medio preventivo y de regeneramiento del delincuente y no simple castigo. En este contexto de pérdida de autoridad e influencia de la iglesia católica, la figura del aborto adquiere autonomía propia con penas más benignas y atenuantes como el aborto Honoris causa. Contrario al espíritu de la época, en el año 1869 Pío IX “en su Constitución Apostólica Sedes” afirma que a partir de la fecundación se crea una vida plenamente humana con valor similar a la del nacido y por tanto su destrucción o aborto es un homicidio. La decisión queda respaldada por el Código de Derecho Canónico en el que se explicita la pena de ex comunión para este pecado. Europa, desde fines del Siglo XVII había entrado en la llamada revolución industrial, vive por un lado un aumento de recursos y avances científicos, pero al mismo tiempo las fábricas que toman obreros para su funcionamiento requieren abundante mano de obra (incluidas mujeres y niños) para la producción de bienes. Las condiciones infrahumanas de trabajo, la jornada laboral extensa²⁵ y el mísero sueldo que percibían crearon un ambiente

25 CARLOS MAX, El Capital Libro Primero Sección III.

de enfermedades, desnutrición y un nuevo motivo para limitar el número de nacimientos. Los modos de limitación seguían siendo los mismos a lo largo de la historia: el infanticidio, el aborto y medios anticonceptivos utilizados en la Edad Media y en la Antigüedad. Respecto de los dos primeros no se los castigó durante el Siglo XIX y el Siglo XX porque eran parte necesaria del sistema capitalista de producción.

- 6) **Siglo XX: La Despenalización.** Este Siglo es una continuación de la economía capitalista que se venía desarrollando todo el Siglo anterior; con lo cual la problemática del proletariado seguía siendo la misma. La despenalización del aborto viene como consecuencia de movimientos de agrupaciones de líderes u operadores del Socialismo y el principal argumento para expulsar la reforma legislativa era precisamente ese: que la mujer proletariado se encontraba desprotegida por cuanto al no tener atención medica hospitalaria su salud y vida corrían riesgos por carecer de dicho servicio del estado.²⁶

26 WILLIAM REICH, La Revolución Sexual , El control de la Natalidad Página 210.

TITULO VII: EL ABORTO SOCIAL Y ECONOMICO EN EL DERECHO

ARGENTINO:

CAPITULO I: Breve explicación y Desarrollo:

A este tipo de aborto tradicionalmente se lo definió como el practicado por aquellas mujeres de clases sociales bajas o de escasos recursos y que por dichos motivos sería injusto condenarlas a criar y alimentar más hijos que agravarían aún más su estado de indigencia. Igualmente se incluye la desigualdad de estas mismas mujeres que no pueden acceder a la atención médica adecuada en contraposición a mujeres de clases sociales más altas que si lo pueden hacer.

En lo que atañe a la Doctrina del Derecho Penal la cuestión del Aborto Social como causa de justificación nunca fue incluida en los proyectos del Código Penal. Nuestro Código Penal no la prevé.

CAPITULO II: Jurisprudencia que Instaura un tipo incompleto de Aborto Social o Económico en Nuestro Derecho.

En Argentina desde el año 1966 no se castigaba judicialmente el aborto cometido por las mujeres que por complicaciones en la práctica del

mismo deben concurrir a un hospital público; este sería un aborto social o económico incompleto. Esto es a partir del Plenario **“Natividad Frías”** de la Cámara Nación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, nuestros jueces con fundamentos similar a los usados por jueces de la Corte de Estados Unidos en el Caso **“Roe y Wade”** del año 1973, cuando debieron sopesar los bienes jurídicos en juego, vida del feto y derecho a la intimidad de la mujer, se inclinaron a darle protección a este último. La filosofía individualista y liberal de los Estados Unidos les hace centrar sus argumentos en los bienes jurídicos que ellos aparentemente consideran más importantes: el individuo y sus derechos. Europa por el contrario con una mayor influencia del socialismo se refiere tradicionalmente a un estado Social de Derecho y aun Derecho Penal Social. Nosotros que presumimos de ambas posturas, fundamentamos el fallo con argumentos híbridos, que no son ni una cosa ni la otra ya que se privilegia un derecho a la intimidad de la mujer con base “velada” en un Derecho Social.

Lo que para algunos puede parecer un mérito de nuestros jueces el cuestionar y resolver una cuestión social importante no es ni más que una desgracia porque entre nosotros rige el sistema continental del Principio de Legalidad en donde la determinación de infracciones es

facultad exclusiva del Poder Legislativo, no pudiendo los otros dos Poderes Ejecutivo y Judicial crear nuevas leyes o derogar las existentes.

El Fallo en sus conclusiones prohíbe iniciar procesos en contra de la mujer que produce su propio aborto o lo consintió en base a la denuncia de la Médica del hospital público que la atendió. Se afirma que la médica debe guardar el secreto profesional sobre el aborto que llega a su conocimiento en ejercicio de su profesión.²⁷

Esta jurisprudencia viene a llenar un vacío legal importante (la usencia en nuestro Código Penal de causal de justificación del aborto por causa económica). Los jueces solucionan así dos conflictos uno, relacionado con su conciencia moral evitando castigar penalmente a una mujer enferma y otra relacionado con su trabajo, sacándose de encima miles de causas penales aumentando las ya altas estadísticas de crímenes sin resolver.

II.I: La Base del Fallo, un problema social:

Diariamente concurren a los hospitales públicos de todo el país pacientes mujeres con cuadros de hemorragias e infecciones

27 JONATHAN MILLER, MARIA ANGELICA GELLY, SUSANA CAYUSO, Tomo I, Pagina 878.

ocasionadas por abortos realizados en malas condiciones de higiene y sin la debida atención sanitaria y médica. Los hospitales toman nota de esta situación y registran en las historias clínicas de las pacientes no la causa real de la infección, o sea el aborto mal realizado, sino que disimulan la cuestión con otra etiología por temor al castigo penal.

En general la conducta de los médicos es ocultar el delito cometido por el paciente y no denunciarlo ante las autoridades.

II.II. Imputación de la Mujer que comete su propio Aborto:

En 1995 una médica del Hospital Centenario de La Ciudad de Rosario denuncia ante la policía a una mujer que había acudido a atenderse de una infección producto de un aborto de 48 horas de evolución. Ante esto la mujer es imputada y procesada.

En un primer momento la justicia impuso a la mujer por comisión del delito previsto en el art. 88 del Código Penal tomando la denuncia y considerando que la Medica actuó conforme a derecho, cuando era su deber denunciar todo delito del que tuviera noticia en el ejercicio de su

cargo de funcionaria pública, bajo pena de ser denunciada ella misma bajo el delito de encubrimiento. El juez de Primera instancia consideró que el delito de aborto lesionaba un bien fundamental cual es: DERECHO A LA VIDA DEL FETO, y como consecuencia la profesional estaba eximida de guardar el Derecho Profesional por existir la justa causa que prevé el citado art, 156 del Código Penal.

Para el juez de Primera instancia hubo justa causa para que la médica revelara el secreto profesional. Ello por cuanto el bien jurídico ofendido es de rango constitucional, el Derecho a la vida del Nasciturus (reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica art. 4)²⁸. En razón de ello condenó a la mujer-Paciente por el Delito de Aborto.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal revoca el fallo, sus fundamentos fueron que no hay justa causa para que la médica denuncie el aborto conocido en oportunidades de su profesión porque si así fuese se produciría un problema social grave: la discriminación de las mujeres pobres en relación con las ricas, dado que estas últimas cuentan con medios económicos suficientes para acudir a la atención medica particular, de quienes padecen la indigencia y estarían sometidos a escoger entre su vida o su procesamiento y condena.

²⁸ "Fallo Natividad Frías", La Ley, 1998, Página 546.

Como consecuencia de lo anterior el aborto de la mujer queda impune porque tuvo como origen un acto ilícito: la comisión del Delito del Art. 156 del C.P (deber de guardar secreto profesional). Por lo tanto, es nulo lo actuado en contra de la mujer pero no las actuaciones contra los demás autores del aborto (médicos, parteras y terceros en general).

La Corte Suprema de Santa Fe confirma el fallo de la Cámara de Apelaciones, se avocan a la tarea de comparar bien jurídico vida del Feto y bien jurídico vida de la madre. La resolución no autoriza ninguna muerte inocente; más vale propicia salvar la vida de la madre; es cierto que impide el castigo de algunas madres culpables de su aborto pero la práctica demuestra que los casos se limitarían a algunas mujeres de escasos medios económicos necesitadas de acudir al hospital público gratuito. A la hora de responder a la pregunta sobre cuándo debe o puede revelarse un secreto los jueces no dudan en recurrir a argumentos de ética y religión confirmando que la cuestión excede lo estrictamente jurídico y de lo que se trata es de una cuestión ética y religiosa que como tal requiere una fundamentación en ese sentido.

Además la corte compara nuestra Constitución Nacional que protege la vida desde la concepción en el seno materno con la posición abortista que rige en Estados Unidos a partir del fallo "Roe vs Wade" (1973). Para

dejar en claro su posición anti-abortista, nuestros jueces aclaran que no podría aprobarse una ley que autorice la interrupción del aborto ya que este aborto lejos de asimilarse a una acción privada de la mujer que no perjudica a un tercero (art. 19 Constitución Nacional), aniquilaría el derecho a nacer y a la vida de una tercera persona inocente.

Si bien ambos Fallos autorizan la muerte de un tercero inocente la diferencia es que los jueces Norteamericanos asumen el derecho legal de la mujer a abortar y justifican tal posición con argumentos. Aquí los argumentos se basaron en la violación del art. 156 del C.P.

II.III Bienes Jurídicos en Juego:

Estos son: a) **Derecho a la vida** (representado por el Nasciturus) b) **Derecho a la Intimidad De la mujer** que cometió su propio aborto c) **Funcionamiento de la administración**, deber de denunciar de todo funcionario público los delitos perseguibles de oficio c) **Derecho a la vida y a la salud de la madre y el de Igualdad de oportunidad** de las potenciales mujeres que tengan que elegir entre su salud y su vida y ser condenadas por aborto. Así se legitima y reconoce el aborto social o económico como causal o eximente de responsabilidad de la madre que

lo causa, en términos de la teoría del delito y la dogmática jurídica se recurre indirectamente a una causal de justificación de la que no están expresamente detalladas en el Código Penal, sin decirlo los jueces justificaron el aborto en virtud del art 34 inc. 3 del Cód. Penal en donde el mal causado lo es sobre un interés individual y social al mismo tiempo, esto es vida y salud de la madre imputada y todas las posibles madres que puedan asistir al hospital público. El bien jurídico menos valioso sería la vida del feto.

CAPITULO III: PLANTEOS ETICOS Y RELIGIOSOS ACERCA DEL ABORTO:

Cuando se trata de derechos personalísimos, el jurista debe decidir sobre cuestiones que se refieren a valores esenciales del ser humano, debe remitirse a cuestiones que exceden lo jurídico. El punto es que suele olvidarse de los derechos fundamentales como Libertad, Derecho a la Propiedad, Derecho a Defensa, Derecho a trabajar, si bien son todos derechos protegidos por la Constitución, son además y fundamentalmente valores sociales, culturales y filosóficos. De allí que si esos valores no están internalizados como propios en cada miembro

de la sociedad por más que el derecho los afirme, no pasara de ser un conjunto de palabras sin fuerza para modificar la realidad.

La Religión entendida como valores supremos que rigen en la sociedad en un momento histórico determinado, son las que determinan de una forma u otra a un sujeto en las relaciones con los otros.

Designamos como ética no solo como simples mandatos sociales, sino como las estructuras mismas del poder en tanto y en cuanto conducidas y diseñadas por personas concretas que responden a una cierta concepción de la sociedad.²⁹

TITULO VIII: EL ABORTO EN EL CODIGO PENAL

CAPITULO I: Desarrollo

³⁰La materialidad del aborto consiste en la interrupción del embarazo con muerte del feto o fruto de la concepción, este delito existe tanto si la preñez proviene de fecundación material como de inseminación

29 MAX WEBER, La ética protestante y el espíritu del socialismo. (1904/ 1905)

30 FONTAN BALESTRA CARLOS, Derecho Penal, Parte especial, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2003. Páginas 68/86.

artificial. El delito se consuma en el momento de ser destruida la vida intrauterina que es el objeto de la tutela penal. El aborto en sentido médico legal consiste en la expulsión del feto provocada prematuramente.

La noción material impone una limitación: la existencia del feto vivo y que su muerte haya sido causada antes de comenzar a nacer. Solo cuando la causa de la muerte es la expulsión prematura consecuenta a la interrupción del embarazo, se configura el aborto. Si no obstante las maniobras tendientes a interrumpir prematuramente el proceso de gestación y matar al feto, el ser sigue viviendo, dentro o fuera del seno materno solo se puede configurar una tentativa de aborto. Si esta última es ejecutada por la propia madre no es punible (art. 88 CP. *“será reprimida con prisión de 1 a 4 años la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible”*).

El código gradúa la gravedad de los distintas modalidades de aborto Punible:

a) **ABORTOS DOLOSOS:** El dolo consiste en el conocimiento de la existencia del embarazo y la voluntad de causar la muerte del feto.

El código prevé el aborto violento no intencional del art. 87

“Sera reprimido con prisión de 6 meses a 2 años el que con violencia causare un aborto sin tener el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.”

Las figuras de aborto doloso se encuentran plasmadas en el

art. 85 C.P *“El que causare un aborto será reprimido: 1) con*

reclusión o prisión de 3 a 10 años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta 15 años, si el hecho fuese seguido de la muerte de la mujer.

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

Art. 86 *“Incurrirán en las penas establecidas en el art 85 y*

sufrirá, además inhabilitación especial por doble tiempo que

el de la condena, los médico, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusen de su licencia o arte para causar

el aborto o cooperaren.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, 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 ese 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.”

b) **EL CONSENTIMIENTO:** Para la mujer es punible el solo hecho de consentir que otro provoque el aborto, en la misma medida que si es ella misma se lo provoca (art. 88 C.P). La escala Penal es la misma para la mujer y para el tercero que obra con su consentimiento. Pero la pena es menos grave para la mujer solo es amenazada con prisión mientras que para los terceros es aplicable prisión o reclusión. El consentimiento de la madre puede manifestarse de cualquier modo y puede ser expreso o tácito. La mujer ha de ser persona capaz para prestar el consentimiento así quedan excluidos los menores, inimputables y los que actúan bajo error u amenaza. El consentimiento puede ser retractado hasta el momento de la consumación y la mujer no está sujeta a pena por tratarse

de un desistimiento voluntario. En cuanto al tercero a partir del momento de la retractación, obra sin consentimiento. Para los terceros se agrava considerablemente la pena cuando falta el consentimiento. La agravación alcanza también a los profesionales por remisión al primer párrafo del art. 86 y a los dos incisos del art. 85 C.P y para el caso de que el hecho sea seguido de la muerte de la mujer.

- c) **MUERTE CONSECUENTE:** Se trata de un homicidio Preter-intencional porque el autor actuando con dolo directo de un delito menos grave (el aborto) causa uno más grave. Para que el resultado muerte caiga dentro de una de las figuras del art. 85 del Cód. Penal, son necesarios Dos requisitos: a) Dolo de aborto y posibilidad de aborto y b) Ausencia de dolo de homicidio.
La muerte debe estar en relación causal con el aborto o su tentativa, motivo por el cual es preciso que el aborto haya sido tentado o consumado.
- d) **PENALIDAD PARA LOS PROFESIONALES:** La ley requiere expresamente que el profesional abuse de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperar a causarlo. Esa exigencia legal supone la intervención maliciosa del profesional para

causar el aborto o cooperar a provocarlo. El carácter malicioso de la intervención unido a la exigencia de que los profesionales actúen abusando de su ciencia o arte permite dar aquí a la palabra cooperar un significado comprensivo de todo obrar psíquico o físico destinado a causar un aborto con conciencia de su ilicitud.

La enumeración de profesionales hachas en el art. 86 C.P es taxativa, no alcanza a practicantes, enfermeros, u otros auxiliares.

e) **SUPUESTOS LEGALES REFERIDOS A LA PROPIA**

MUJER: El art. 88 C.P regula tres hipótesis referidas a la mujer en cinta: a) Aborto practicado por la propia mujer en cinta b) Consentimiento de la mujer para que el aborto sea practicado por otro c) La tentativa de la mujer no es punible.

f) **EL ABORTO VILENTO NO INTENCIONAL:** Art. 87 C.P “

Serán reprimidos con prisión de 6 meses a 2 años el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.”

La disposición exige que el embarazo sea notorio o le conste al autor pues solo así el resultado aborto puede ser para el

previsible, ya que la violencia se ejerce sobre la mujer y no sobre el feto, mientras que el resultado recae sobre el segundo y mal puede preverse la destrucción de algo que se ignora que existe.

- g) **ABORTOS IMPUNES:** La segunda parte del art. 86 C.P plantea dos casos en que el aborto practicado por un médico diplomado con consentimiento de la mujer no es punible: a) **Aborto necesario o terapéutico.** Se da primacía al grave peligro para la vida y la salud de la madre cualquiera sea el termino del embarazo. No es necesario que el mal sea inminente ni siquiera el peligro, es bastante con que a juicio del facultativo exista un peligro que pueda ser futuro para la vida o la salud de la madre. Además el peligro no ha podido evitarse por otros medios; el medico quien según sus conocimientos ha de declarar que el embarazo implica un grave peligro para la salud o vida de la madre. b) **Aborto sentimental y aborto eugenésico.** El sujeto pasivo tiene que ser siempre una mujer idiota o demente. El consentimiento del representante legal será necesario cuando el sujeto es menor de edad.

Además el inc. 2 del art. 86 C.P prevé el aborto sentimental referido a cualquier modalidad de la violación.

- h) **ABORTO CULPOSO:** Este caso de aborto no se encuentra penado en Nuestro Derecho Argentino.

CONCLUSIÓN:

Por todo lo expuesto en esta tesis podemos concluir, que al abordar el Tema del Aborto existen diferentes y contradictorios enfoques al momento de su estudio, dado que el mismo tiene repercusiones sociales, religiosas , económicas y jurídicas que obligan a considerar todo estos aspectos a la hora de su estudio generando como consecuencia posiciones encontradas.

No existe una posición unánime que acepte o rechace el Aborto, ya que sus pensamientos se encuentran condicionados por convicciones que cada persona tiene en particular influenciadas por sus creencias y el contexto social circundante.

En cuanto la penalización o despenalización del mismo si bien nuestro código penal toma una de estas posiciones al penalizarlo como delito creemos que el mismo no cumple con el fin para el cual se dictó la norma, es decir evitar mayores casos de aborto, sino que ejerce el efecto contrario, por lo tanto los abortos siguen produciéndose pese a esta normativa generando con ellos más riesgo para la vida de la mujer. Como consecuencia de ellos las mismas se encuentran en una situación de mayor desprotección, lo que las lleva a poner en peligro su vida a causa de su sometimiento a prácticas abortivas clandestinas e insalubres.

Luego de la lectura y estudio de los materiales que hacen a esta temática, es nuestra opinión particular que creemos conveniente Despenalizar la figura del Aborto como delito, legalizando el mismo bajo ciertos parámetros para evitar que este sea ejercido en forma abusiva convirtiéndolo en un medio anticonceptivo. Es por ello que es conveniente que las prácticas abortivas, de ser legalizadas, deberán

encontrarse dentro de un marco de protección brindado por el sistema de salud pública y privada. Los médicos deberán ser quienes determinen cuales situaciones estarán avaladas para llevarse adelante por medio de la intervención, principalmente tener en cuenta el grado de gestación del embarazo, entre otras variables, para que las mismas no queden al libre albedrío de quien las realiza.

Como mujeres creemos que tenemos la libertad de decidir sobre nuestro cuerpo, sobre nuestra vida, y nuestra planificación familiar dado que traer un niño al mundo genera responsabilidades muy importantes que como madres debemos asumir. Por ello nos parece conveniente que no se restrinja nuestra libertad en todo sus sentidos.

BIBLIOGRAFÍA:

- BIDART CAMPOS, German. El aborto y el Derecho a la Vida. Deber de Denuncia Penal y Secreto Profesional del Médico.
- De la Rúa, Jorge. Código Penal Argentino, Parte General, Segunda Edición, Depalma, 1997.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Abeledo Perrot. 2003.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés. Aborto Voluntario: La Constitucionalización de la Pobreza. La Ley 1998.
- GREER Germaine, Sexo y Destino, 1985.

- GIMENEZ, Oscar M. Despenalización del Aborto, entre la Religión y el Estado.
- KELSEN, Hans. Teoría del Derecho, 1979.
- LUBERTINO, María José. La Situación de los Derechos Sexuales y Reproductivos en la Argentina: La Suprema Corte de Justicia de la Nación Contra la Anticoncepción de Emergencia.
- MARX, Carlos. El Capital. 1995
- MILLER, Jonathan, GELLY, María Angélica, CUYASO, Susana. Constitución y Derechos Humanos.
- NUÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho Penal. 1982-1999.
- PLATÓN. La Republica
- ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Civitas 1997.
- RUIZ SALGUERO, Magda Teresa. La Regulación de la fecundidad: Un Estudio demográfico de la Anticoncepción.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo I y II 1992.
- VILLA, Emiliano. Secreto Profesional y Obligación de Denunciar: Un Análisis de la Jurisprudencia Argentina (<http://www.Tau.org.ar>)
- Revista Argentina de Teoría Jurídica N° 13. Junio de 2009.
- www.nsal.gov.ar/ Ministerio de Salud De la Nación
- www.ops.org.ar/ Organización Panamericana de la Salud Argentina.
- www.unisef.org/arg UNICEF Argentina
- ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. Aborto, Persona por nacer y Derecho a la Vida. La ley 1983.