

Informe Nacional de Argentina

Elaborado por Liliana Tojo.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS 1 y 2.

1. Indique cual fue la ley (la primera ley) o norma jurídica que se aprobó en su país en relación al aborto . Describa sus alcances.

2. Describa brevemente la historia legislativa de su país en esta materia. Puede enumerar hitos. Si incluye proyectos de ley que se debatieron y no se aprobaron, indique las razones (si las conoce).

I.- Legislación en materia de aborto.

A.- Código Penal Argentino.

El Código Penal argentino fue promulgado el 7 de noviembre de 1886, y comenzó a regir el 1 de marzo de 1887, bajo el número de ley 1920.

Desde antes de su sanción se reclamaban reformas a su articulado(1), por lo que en 1890 se designó una comisión que trabajó sobre el tema y, descartando la reforma parcial del código vigente, elaboró un proyecto totalmente nuevo : el Proyecto de 1891.

La importancia de este Proyecto ha quedado evidenciada en que los trabajos posteriores son elaboraciones construidas sobre él, incluyendo la reforma sancionada bajo el número de ley 4189 que comenzó a regir en el año 1904. Esta ley, en lo que se refiere al delito de aborto, incluyó el tipo penal sin admitir justificaciones especiales que lo permitieran. (2)

En 1906 se presentó el Proyecto de 1906, el que quedó durante largo tiempo sin consideración legislativa, hasta que en el año 1916 se lo tomó como base para elaborar un proyecto definitivo (que se conoce como Proyecto de 1917).

Los precedentes legislativos argentinos del Código Penal siempre tipificaron el aborto no

previando formas de impunidad o excepciones a la regla (3). El Proyecto de 1917 tampoco imaginó excepciones y recién el despacho final de la Comisión del Senado, en 1919, introdujo formas de impunidad en la figura del aborto tomándolas del art. 112 del Anteproyecto del Código Penal suizo –aunque con errores de redacción que dieron lugar a la discusión doctrinaria sobre su alcance– y que fue sancionado por el Congreso Nacional por ley número 11.179 y cuya vigencia comenzó el 29 de Abril de 1922.

El delito de Aborto es tratado en el Código Penal en el "Libro Segundo. De los delitos", "Título I. Delitos contra las personas", Capítulo I de "Delitos contra la vida". En este Capítulo se agrupan distintos tipos penales : homicidio, infanticidio, instigación al suicidio, aborto, lesiones, duelo, abuso de armas y abandono de personas.

En 4 artículos –del número 85 al 88–, el Código enumera las distintas figuras del delito de aborto, a saber :

- * aborto sin consentimiento de la mujer : art. 85, 1
- * aborto no consentido y seguido de muerte : art. 85, 1º
- * aborto consentido : art. 85, 2º
- * aborto consentido y seguido de muerte : art. 85, 2º
- * aborto agravado por profesionales : art. 86
- * aborto preterintencional : art. 87
- * aborto propio o consentimiento en el propio aborto : art. 88

y las figuras impunes :

- * aborto necesario : art. 86, 1
- * aborto fundado en violación : art. 86, 2
- * tentativa de la mujer : art. 88 in fine,

El texto del articulado del delito de aborto es el original del Código de 1921, excepto el artículo número 86 que sufrió desde entonces 4 reformas en su redacción, la última de las cuales data de 1984.

Explicaremos brevemente el alcance de cada uno de estos artículos, para ello transcribiremos el texto actualmente vigente y luego haremos referencia a su contenido.

Artículo 85. El que causare un aborto será reprimido:

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

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

El actual Código Penal no define el "aborto". La redacción del tipo penal principal (art. 85) se limita a decir "el que causa un aborto.", identificando posteriormente una serie de figuras según se cuente o no con el consentimiento de la mujer y establece el agravante en los supuestos de aborto seguido de muerte.

La doctrina coincide en que se trata de la muerte inferida a un feto (4) , y coincide en afirmar que el feto es protegido en la medida en que es un "embrión de la vida humana".

En este marco, se identifican :

* como presupuestos materiales del delito la gravidez de la mujer y la existencia de un feto vivo,

y

* como elementos integrantes del delito : la muerte del feto (ya sea matándolo intrauterinamente, o mediante la expulsión seguida inmediatamente, y a consecuencia de ella, de la muerte del feto) y el acto de provocación (en este sentido los medios que se utilicen pueden ser mecánicos, químicos o psíquicos)(5)

El artículo 85 contempla dos figuras distintas, que requieren de dolo directo. La diferencia entre ambas está dada por lo presencia en un caso, y la ausencia en otro del consentimiento de la mujer embarazada.

Si media consentimiento la pena es de 1 a 4 años, si no lo hay se eleva de 3 a 10 años de reclusión o prisión.

La capacidad para dar el consentimiento es la que rige en el derecho penal, quedando excluidas menores, inimputables y quienes actúan bajo error o amenaza. La doctrina señala que retractado el consentimiento por la mujer se estaría frente a un desistimiento voluntario, a partir del cual el tercero obraría sin consentimiento.

Con o sin consentimiento de la mujer, el aborto es penado mas duramente cuando como consecuencia del mismo resulta la muerte de la mujer embarazada.

Se trata de un agravante por resultado : se quiso el aborto del feto y se provocó la muerte de la mujer.

La doctrina ha discutido en este punto sobre si para que la muerte de la mujer agrave el tipo penal es necesaria o no la muerte del feto.

La parte mayoritaria de la doctrina entiende que para que la muerte de la mujer funcione como agravante es necesario que el delito de aborto esté realizado plenamente, y en este sentido, entienden que es necesaria la muerte del feto. (6)

Otra parte de la doctrina argumenta que alcanza con que el delito de aborto esté tentado (aún tratándose de una tentativa de aborto imposible) ya que la ley pretende castigar la muerte de la mujer en forma distinta del caso general del homicidio no porque le interese el aspecto mecánico de la relación causal de la muerte del feto con la de la mujer, sino porque toma en cuenta que se trata de una muerte resultante de un caso que es presidido por el dolo de aborto.

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

diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

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

El artículo 86 se refiere al aborto profesional y a las figuras impunes : aborto terapéutico, eugenésico y sentimental.(7)

En su primer párrafo el artículo 86 legisla sobre el aborto realizado por profesionales del arte de curar, la ley dice: "médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos", fijando lo que la doctrina llama un delito propio o sea de los que requieren una calidad o condición en el autor. Refiriéndose a ellos, alude a quienes "abusaren de su ciencia o arte" para causar o cooperar con el aborto.

La segunda parte del artículo 86 se refiere a aquellos tipos de aborto que no son punibles, tratándose en todos los casos de conductas realizadas por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer. El artículo, en esta segunda parte, se divide en 2 incisos; como referimos anteriormente fue varias veces reformado dando lugar a abundante discusión en torno a su interpretación.

Respecto del inciso 1º cabe mencionar que el actual texto vigente coincide en su redacción con el originario del Código Penal de 1921, pero en el año 1968 por la ley número 17.567 se le adicionó la palabra "grave" para referirse al peligro en la salud de la madre, quedando su redacción en los siguientes términos :

"El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º) si se ha hecho con el fin de evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;"

Esta reforma estuvo vigente hasta el año 1973, cuando se la derogó por la ley número 29.509 volviéndose al texto original del Código Penal. Fueron mas tarde repuestas por la ley número 21.338 del año 1976 y nuevamente derogadas por la ley número 23.077 de 1984 retornándose al texto original en 1984.

Parte de la doctrina ha criticado este inciso indicando que su alcance es sobreabundante por sobreponerse con el estado de necesidad que el Código Penal refiere en su artículo 34 inc. 3 (8); sin embargo no existe una exacta identidad entre estas figuras. El estado de necesidad plantea un conflicto entre bienes para cuya elección debe ponderarse el valor de uno y otro, mientras que el inciso en cuestión tiene resuelta esta cuestión al dar primacía a la vida y aún a la salud de la madre, sobre la vida del feto y tampoco es necesario que el mal o el peligro sean inminentes. Por último el inciso requiere de la actuación del médico diplomado.

En relación al inciso 2do. de este artículo, estamos frente a una de las cláusulas "que provocaron mayores dificultades en la interpretación de la ley argentina"(9)

Al igual que en el inciso anterior el texto vigente es el originario del Código Penal en su versión del año 1922. La primera reforma la sufre en el año 1968, por la ley número 17.567 que sustituye el inciso por el que sigue :

"El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

2º) si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada . Cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal."

Dichas reformas desaparecen con la ley número 20.509 (1973), que retorna al texto de 1922,

siendo reincorporadas por la ley número 21.338 (1976), y vueltas a derogar por la ley número 23.077 (1984) que reimpone la redacción original del Código Penal de 1922.

La actual vigencia del texto original, recrea la discusión histórica en torno a la existencia o inexistencia, entre los abortos que la ley considera "no punibles", del llamado "aborto sentimental" o sea aquel que suspende la gestación originada en una violación.

La postura amplia entiende que el inciso declara no punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación en cualquiera de las formas previstas en el Código Penal.

La postura restringida interpreta que se refiere sólo a la violación de mujer idiota o demente.

Los argumentos que sustentan ambos alcances de la norma del inciso segundo son variados, haremos a continuación una breve síntesis de los más importantes. (10)

Parte de las discusiones remiten a la Exposición de Motivos en la que se refiere como fuente del artículo al Anteproyecto de Código Suizo; sin embargo, y tal como surge de la comparación del cuadro que antecede, hay diferencias entre la letra de la fuente, la traducción y el texto aprobado, lo que ha dado lugar al debate doctrinario en torno al alcance de las figuras no punibles del aborto.

En la Exposición de Motivos del Código Argentino se refiere que el propósito que inspira el artículo no está fundado en razones de escrúpulos personales en favor de la abortada sino en razones de selección eugenésica en favor de la sociedad.(11)

Sin embargo, dicen quienes sostienen la interpretación amplia, que también se alude al "problema que se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueron víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales", y, como bien lo señala parte de la doctrina, es evidente que incluían en sus consideraciones al aborto sentimental.(12)

Quienes se enrolan en una interpretación restrictiva del artículo señalan que la Exposición de Motivos se refiere a la redacción original que le diera al artículo 86 la primera comisión del Senado (y que casi no tiene diferencias con la del Proyecto suizo, excepto la exclusión de

embarazo por incesto), pero no puede ser usada para fijar el alcance del actual artículo 86, ya que la redacción final del mismo –que finalmente se sanciona dentro del Código Penal–, fue hecha por la segunda Comisión del Senado.

Otra línea argumental se refiere a la última frase del artículo 86 : "En este caso se requiere consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto."

En este punto la discusión se ha centrado en dilucidar a qué casos se refiere la ley cuando dice "en este caso".

Algunos dicen que se refiere al caso legislado en todo el inciso 2, vale decir que estaríamos frente a un único caso : el de la violación o atentado al pudor de la mujer idiota o demente, para el que se requiere el consentimiento del tutor; no quedando incluidos los casos de violación de mujeres capaces ya que no tienen tutor.

Otros dicen que la fórmula "este caso" alude a la segunda parte del inciso el que se refiere al "atentado al pudor de mujer idiota o demente", no alcanzando a la primera parte que se refiere a "la violación". Se ha cuestionado esta interpretación señalando que quedaría omitida la serie El artículo 87 incorpora una modalidad atenuada del delito de aborto –castigado con prisión de 6 meses a dos años– al excluir en su redacción la posibilidad de dolo directo, ya que se refiere al que causare un aborto "sin haber tenido el propósito de causarlo".

La discusión doctrinaria ha girado en torno a la cuestión de si se trata de un delito culposo, preterintencional o preterintencional con dolo eventual, existiendo también quienes se han inclinado por la culpa consciente, centrando la cuestión en el alcance del vocablo "violencia" con el que se describe la conducta inicial que concluye en el aborto no querido, y la conciencia que tiene el autor del delito la que se infiere de la referencia legal a si el estado de embarazo "fuere notorio o le constare de casos en que la víctima de violación fuera menor de edad.

Sin embargo, debe señalarse en su defensa que el Anteproyecto suizo de 1916 incurre en la misma incongruencia, y no puede negarse que en él está previsto el aborto sentimental.

Otros, han echado mano del "espíritu legislativo" presente en todo el Código Penal, entendiendo que "...es de un criterio restrictivo con respecto a la impunidad del aborto; más, se podría decir que su intención es punitiva y represiva en toda su amplitud, considerándolo como un delito agravado..." (13)

Aunque puede afirmarse en contrario que el aborto no es un tipo penal agravado sino autónomo, y no parece que pudiera hablarse de criterio restrictivo cuando de 4 artículos que se dedica al tema, 3 –siguiendo una interpretación restrictiva – son eximentes.

La discusión en torno al alcance de este artículo aún está vigente, habiéndose recreado en algunas oportunidades en que se trataron proyectos de reforma que apuntaron a sanear su redacción.

Artículo 87. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

Artículo 88. Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

El artículo 88 contiene en su descripción tres casos posibles, en relación a la mujer abortante:

a. el de la mujer que causa su propio aborto : en esta hipótesis la mujer puede actuar sola causando su propio aborto o contar con colaboración de terceros; si la colaboración es principal la punibilidad para ese tercero se remite al art. 85 inc. 2, si se trata de una participación simple, complicidad primaria o secundaria, no hay reglas específicas por lo que se remite a las reglas generales sobre participación de los arts. 45 y 46 del Código Penal.(14)

b. el de la mujer que consiente en que otro se lo cause : en relación a este

caso debe decirse que el consentimiento de la mujer no es punible en sí mismo, es decir si la conducta abortiva no empezó o terminó.

c. el de la mujer que tienta su propio aborto; que la ley declara no punible. Esa impunidad alcanza a toda forma de tentativa, esto es tanto al caso de delito imposible por no existir embarazo o por inidoneidad del medio empleado, como al caso de frustración porque el feto permanece con vida.

Ahora bien, cabe señalar especialmente la diferencia que encontramos en este artículo : la mujer que hace tentativa de aborto sobre sí misma no es punible, pero si consiente en su propio aborto, aún en grado de tentativa su conducta tiene sanción. La razón sobre esta diferencia la da la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891 : el fundamento de la exención de la pena para la mujer que intenta causar su propio aborto es evitar llevar "el escándalo y la turbación a una familia, sin utilidad apreciable para la sociedad".(15)

B.- Código Civil Argentino.

Por su continua inclusión, tanto en las discusiones políticas cuanto en las argumentaciones jurídicas entendemos que resulta importante referir el régimen general de las personas que norma el Código Civil.(16)

El Código Civil en su Libro Primero dedica la Sección Primera a "Las personas en general"; en su artículo 30 dice :

"Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones"

Más adelante en el "Titulo III: De las personas por nacer" define como tales "a las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno"; y en el "Titulo IV : De las existencia de las personas antes del nacimiento", regula en los siguientes términos :

Artículo 70 : Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos

derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Artículo 74 : Si muriese antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido.

La persona por nacer es un incapaz absoluto de hecho (artículo 54 inc.1 Cod. Civil).

El Código Civil enumera expresamente ciertos derechos de los que la persona por nacer puede ser titular, por ejemplo, en el "Libro IV: De las sucesiones" , al normar sobre la capacidad para suceder dice su artículo 3290 :

"El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle"

y en relación específica con las sucesiones testamentarias dice el artículo 3733:

"Pueden adquirir por testamento todos lo que, concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces o indignos".

La doctrina contraria al aborto, ha entendido que la condición establecida en la última parte del artículo 70 debe ser interpretada con la máxima latitud posible, dado que el codificador estableció que basta que viva "por instantes" y que por la cláusula del artículo 75 establece que en caso de duda se presume que ha nacido con vida, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario.

Se refuerza la postura que sostiene el inicio de la persona desde la concepción, fundándose en las notas del codificador al artículo 63 del Código Civil en las que dice :

"Pero el Código de Chile en el art. 74,dice : "Que la existencia legal de toda persona principia al nacer"; pero si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el

aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?"

Sin embargo, del juego de los artículos aquí referidos en el marco del sistema del Código Civil, se infiere que si bien existe un reconocimiento a la personalidad de la persona por nacer –entendida esta desde el momento de la concepción–, ésta personalidad no es equivalente a la que el Código reconoce a las personas ya nacidas, por cuando si bien le otorga la posibilidad de ser titular de derechos, condiciona la misma al requisito establecido en la última parte del artículo 70.

Un importante civilista (17) contrario a la aceptación del aborto, ha tratado de superar esta interpretación diciendo que el incumplimiento de la condición de la última parte del art. 70 Código civil, no significa la aniquilación de la persona desde sus inicios, sino la del acto jurídico que estaba subordinado al acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida. Vale decir, que no está diciendo que el por nacer no haya sido considerado persona, sino que al sólo efecto de la consolidación de los derechos en cabeza del mismo la ley requiere la existencia del hecho de nacer con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

C.– La Constitución Nacional y la reforma de 1994.

La Reforma de 1994 se transformó en un escenario para que se ventilaran distintas argumentaciones jurídicas en torno a si el aborto tenía o no cabida en la Carta constitucional. Aún cuando el tratamiento del tema no estaba habilitado en la Ley de Convocatoria de la Convención Constituyente, su tratamiento permeó la agenda de los y las convencionales en ocasión de discutir el reconocimiento de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos y, en particular, el de la cláusula del artículo 75 inciso 23 que estableció como facultad del Congreso Nacional para :

"Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo

hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia."

El debate sobre esta cláusula fue de mucho voltaje, habiéndose llegado a la redacción actual como resultado de un arduo proceso de negociación entre las distintas posturas : las que deseaban incluir explícitamente la protección de la vida desde la concepción, y quienes se negaban argumentando que el tema no estaba incluido en el temario de la convocatoria a la reforma, no figuraba en las plataformas de los partidos mayoritarios, y por tanto los y las convencionales carecían de mandato para abordar la cuestión.

c.– Otras normativas.

En este punto, cabe mencionar la ley número 17.132 de "Ejercicio de la medicina, odontología actividades de colaboración", y su Decreto Reglamentario número 6216 del año 1967.

Al referirse a las obstétricas y parteras, en el apartado b) les prohíbe "interrumpir la gestación por cualquier razón, provocando el aborto"

II.– Referencias a los proyectos de ley presentados en el Congreso Nacional en relación al tema del aborto.

A continuación referiremos los proyectos de ley presentados ante el Congreso Nacional desde el año 1983 a la fecha(18), que no fueron sancionados como ley, haciendo mención al trámite parlamentario que se les dio y a una síntesis de sus contenidos, en relación con el texto legal vigente.

Cabe recordar, que de acuerdo a lo ya dicho la última reforma en materia de aborto –que alcanzó al artículo 86 del Código Penal– data de 1984.

Durante el período en cuestión se presentaron 12 proyectos de ley relacionados con el tema, a efectos de su presentación los clasificamos del siguiente modo :

* dos proyectos que derogan las figuras de aborto no punible previstas en el artículo 86 del Código Penal;

* cinco proyectos que apuntan a mejorar la redacción de las figuras de aborto no punibles del Código Penal;

* tres proyectos que legalizan el aborto, reglamentando su ejercicio, y por consecuencia adecuan el Código Penal;

* un proyecto que plantea la despenalización del aborto,

* un proyecto que incorpora al Código Penal la protección de la persona por nacer.

* En el caso de los 2 proyectos que derogan las figuras de aborto no punible contenidas en el Código Penal, el primero es un proyecto presentado en 1986 (3035-D-86) y reproducido en 1988 y 1990 (114-D-88 y 114-D-90) y el otro fue presentado en 1990 (1196-D-90) y reproducido en 1993 (124-D-93); en todos los casos se trató de proyectos ingresados por la Cámara de Diputados y no tuvieron tratamiento legislativo.

Su contenido se reducía a derogar los incisos del artículo 86 del Código Penal que declaraba no punibles ciertos casos de aborto.

* De los proyectos que apuntaban a mejorar la redacción de los incisos del artículo 86 del Código Penal, pretendiendo superar las discusiones en torno a su interpretación podemos referir que uno de ellos se enmarcaba en una propuesta de Nuevo Código Penal, ingresado por la Cámara de Senadores (585-D-1986) en el año 1986. La propuesta original desincriminaba el aborto cuando mediare embarazo debido a una violación, e incluía como figura atenuada en su pena la del aborto por causa de honor.

El Proyecto obtuvo dictamen favorable de Comisión y fue considerado en el recinto en el que se introdujeron modificaciones, rechazando la desincriminación del aborto sentimental y removiendo la figura del aborto por causa de honor. Por lo que al finalizar su tratamiento, el Senado (en el año 1990) termina aprobando un texto muy similar al del actual Código Penal. El resto de los proyectos de este grupo fueron presentados en la Cámara de Diputados.

El firmado por la diputada Florentina Gómez Miranda en 1989 (480-D-89) y reproducido en 1991, fue de mucha importancia por cuanto significó la instalación en el debate público del

tema del aborto en los casos de violación, con un muy alto impacto en los medios de comunicación, proponiéndose en el proyecto su no incriminación, y argumentándose en sus Fundamentos que ésta era la real voluntad del codificador.

El proyecto 486-D-89, reproducido en 1991, no sólo aclaraba la redacción del art. 86 en relación a desincriminar el aborto cuando el embarazo provenía de violación por la cual la acción penal haya sido iniciada; sino que también incluía el caso de violación de menores estableciendo la necesidad del consentimiento de su representante legal (al igual que en el caso de mujer idiota o demente). En el mismo sentido, el proyecto 2027-D-92 desincrimina el aborto cuando el embarazo fuere consecuencia de violación o estupro.

Por último el proyecto 463-D-95 sustituye el artículo 86 incluyendo en la propuesta de su redacción distintas supuestos de figuras no punibles : peligro para la vida o salud de la madre, presunción de que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas, embarazo proveniente de violación, y embarazo de mujer idiota o demente proveniente de violación. También indica que el aborto deberá ser realizado por medico diplomado, en un hospital, centro o consultorio público o privado.

* Sobre los proyectos que proponían la legalización del aborto, el primero se trataba de una propuesta integral de Ley de Educación Sexual (4112-D-93), que dedica 4 artículos al tema del aborto reconociendo el derecho de toda mujer a decidir la interrupción de su embarazo durante las primeras 12 semanas; incluye éstas prácticas en el nomenclador nacional, lo que significa que sus costos deben ser cubiertos por el sistema social; y habilita la instalación de los servicios que se encargarán de la interrupción del embarazo. También adecua el Código Penal derogando todas las disposiciones que incriminan el aborto con consentimiento de la mujer.

El proyecto 4322-D-94 establece un Régimen de Procreación Responsable en el marco del cual dedica un Capítulo a la interrupción voluntaria del embarazo en el que se establecen las condiciones en las cuales podrá hacerse uso del derecho.

En relación a la responsabilidad penal reformula el tipo penal del aborto describiéndola como la interrupción voluntaria del embarazo, con o sin consentimiento de la mujer, en violación a las disposiciones legales que lo regulan, y estableciendo expresamente la no punibilidad de la mujer.

El proyecto 5118-D-94 proponía un régimen de interrupción del embarazo durante las primeras 12 semanas y promovía modificaciones en el Código Penal en el mismo sentido que el proyecto anterior.

* Un sólo proyecto, ingresado por el Senado de la Nación en 1997, se limita a desincriminar el aborto (112-S-97), planteando la derogación de los arts. 85 inc.2, 86 y 88 del Código Penal. De este modo solo subsistiría la figura del aborto sin consentimiento de la mujer, y la del aborto preterintencional .

* En relación al proyecto 505-D-89, reproducido en 1991 (264-D-91), incorpora dentro del articulado del Código Penal referido al aborto, la protección de la persona por nacer, estableciendo penas a quienes le causen daño en el cuerpo o la salud.

RESPUESTA A LA PREGUNTA 3

3. Cuántos casos jurisprudenciales ha logrado identificar sobre esta materia en los últimos 10 años (85en adelante)?.

Destaque las características y tendencias de las resoluciones.

I.- Breve reseña de jurisprudencia.

En relación a la búsqueda de jurisprudencia se han consultado los repertorios de las principales revistas jurídicas nacionales "La Ley", "El Derecho", y "Jurisprudencia Argentina"; en todos los casos, sólo se mencionan fallos de la ciudad de Buenos Aires y del resto del país que por su contenido o resultado sean relevantes, por lo que a menudo se reiteran en los diferentes repertorios.

Vale decir que el delito de aborto o las causas iniciadas ante la justicia civil como autorización para abortar son de competencia de cada una de las provincias argentinas y no

existe un sistema unificado que recoja estos datos. Tampoco se cuentan con datos totales de sentencias emitidas en relación a estos temas en Capital Federal, (aunque se están gestionando los referidos al Fuero Penal, no habiendo sido obtenidos hasta la fecha), que permitieran sacar una muestra. Sin embargo entendemos que las fuentes han sido suficientes a los efectos de señalar tendencias.

También se ha consultado la referencia jurisprudencial de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de Capital Federal.

En total se han identificado, dentro del período 1985 a la fecha, 50 fallos publicados, al que debemos adicionar un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aún inédito, que resuelve una cuestión de competencia entre un tribunal nacional y otro provincial para investigar una denuncia de aborto(19); y un fallo plenario del año 1966 el que incluimos en el análisis porque su línea argumental aún tiene vigencia y es receptada por varias de las sentencias consultadas.

A los efectos de señalar las tendencias hemos identificado algunos ejes a partir de los cuales ordenar la información :

- * Bien jurídico protegido.
- * Cuestiones procesales : Notitia criminis=denuncia del profesional médico. Prueba del aborto.
- * Constitucionalidad de las cláusulas de aborto no punible.
- * Autorización judicial para abortar.

1.- Bien jurídico protegido

En este sentido, la jurisprudencia encontrada es unánime respecto a que lo que se protege es la vida del feto, de tal modo que se ha dicho que "la no comprobación médica de que haya existido un feto con vida y que la conservara al momento del hecho impiden tener por configurados los requisitos de la figura en cuestión"(20)

Se considera que la vida del feto es un presupuesto para la tipicidad de la conducta (21);

constituyéndose su ausencia en un obstáculo para la procedencia de la acción, se ha dicho que : "Es requisito material del delito de aborto la existencia de un feto con vida, ya que este es el bien jurídico protegido por la norma, por lo que, no probado dicho extremo, la acción de la procesada que culminó con el deceso de la paciente, debe calificarse como homicidio culposo y no como aborto seguido de muerte. "(22)

Entendiendo que lo que se protege es la vida del feto, los jueces se ha expedido sobre el momento en que comienza la existencia del feto como persona al que reconocerle la titularidad jurídica de la misma.

En este sentido se ha afirmado que : "El art. 70 CC. afirma la existencia desde la concepción en el seno materno; por su parte, la Convención de Derechos Humanos de San José de Costa Rica reconoce el derecho a la vida a partir de la concepción. Por ello el no nacido es un sujeto apto para ostentar titularidad jurídica sobre su vida; se trata de un derecho"(23) ; y también que "La vida humana es un derecho de aquel al cual pertenece. Se trata de un derecho subjetivo suyo y la vida intrauterina es un bien jurídico. Si esa vida pertenece al ser que vive en el seno materno ha de pensarse sin duda que ese mismo ser titulariza el derecho a gozar de ese bien que es suyo, que se llama vida. Es así que lo jurídico no debe desentenderse de ninguna realidad viviente–humana, porque es el producto del hombre para el hombre. Nacer no es comenzar a vivir, sino salir al mundo exterior después de que se haya adquirido el desarrollo necesario. La criatura es anterior al nacimiento".(24)

2.– Cuestiones procesales.

Dentro de este eje hemos agrupado aquellos temas presentes en la jurisprudencia analizada y que inciden en el trámite de las causas por aborto .

En primer lugar mencionaremos el tema de la "notitia criminis" o denuncia en violación del secreto profesional y su efecto sobre la procedencia del sumario criminal, que ha tenido un amplio tratamiento. El análisis de la jurisprudencia en el periodo que nos ocupa nos remitió a un fallo plenario(25) de la Cámara Nacional Criminal y Correccional que pese a ser muy

anterior en el tiempo (es del año 1966) es citado en los fallos actuales.

El argumento que debatió el plenario puede sintetizarse en los siguientes términos : la mujer urgida por la necesidad de asistencia médica a raíz de un aborto provocado por ella misma o por un tercero con su consentimiento se enfrenta al dilema de : solicitar auxilio médico para conjurar el peligro en que se encuentra por las consecuencias sobre su salud de las maniobras abortivas, exponiéndose a la denuncia del hecho –por tratarse de un delito de acción pública– , al proceso y a la eventual condena, o se resigna a la riesgosa situación por la que está pasando e incluso a la posibilidad de perder la vida.

La tendencia jurisprudencial ha reiterado lo resuelto en el Plenario en el sentido de que : "No puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no–, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices"(26)

Los fundamentos de la resolución señalan :

* la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional por la que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"; y en el caso de una mujer que confiesa su aborto ante un profesional del arte de curar, en busca de su auxilio médico, se ha entendido que la obligación a declarar contra sí misma es urgida por el derecho a vivir (del voto del Dr. Amallo en el Fallo Plenario);

* la colisión entre la obligación de mantener el secreto profesional (cuya violación está penada por el artículo 156 del Código Penal) y el deber de los médicos de hacer conocer a la autoridad los delitos de los que tuvieron conocimiento en ejercicio de sus funciones, es superada entendiendo que las manifestaciones de la paciente respecto de su aborto no alcanzan a configurar la "justa causa" que el Código reclama para justificar la violación del secreto profesional (27). "Aceptar la validez de las manifestaciones incriminatorias que el

confidente pueda hacer respecto de su asistida lleva a la pérdida de las garantías que para ella representa el deber del secreto reglado. 'Para el médico, en efecto, la abortante es antes que nada una paciente a la que está obligado a asistir y procurar curación; obligarle, en tales condiciones, a denunciar a su propia cliente, sobre recargar su conciencia y constituir una flagrante violación del secreto profesional, redundaría a buen seguro en grave perjuicio y riesgo de las asistidas, pues muchas de ellas ante el fundado temor de que la consulta médica sirviera de antesala a la prisión y al deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de comadres o curanderos' (Quintana Ripollés, A., Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, tomo I, pág. 520)" (del voto del Dr. Pena en el Fallo Plenario Natividad Frías).

El efecto de la aplicación de la doctrina arriba enunciada es la nulidad de las actuaciones iniciadas por denuncia de los profesionales que atendieron a la mujer.

Demos señalar que en 1986 la Cámara Penal de Morón en pleno, se expidió en sentido contrario al del Plenario Natividad Frías, al admitir la validez de la instrucción penal de oficio por la posible comisión de delito de aborto, cuando la noticia criminis proviene de la denuncia formulada por un profesional del arte de curar que conoció el hecho a raíz del ejercicio de su profesión. (28)

La jurisprudencia tampoco ha aceptado la confesión de la mujer como prueba suficiente para acreditar su aborto(29), ya sea por entender que la manifestación de "la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación, puesto que acude a él –en este caso el médico o la partera– en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible admitir que una autoacusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse en favor de la prevalencia del interés social –si bien indiscutible– de reprimir su delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada; si nadie está obligado a declarar contra

si mismo –según el derecho vigente– menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable".(30)

Y también se ha referido que "La mujer que consiente un aborto incurre en la comisión de un delito (art. 86 Cod. Penal) por lo cual ella no puede dar noticia del mismo a través de su declaración testimonial, pues si así fuera interrogada, al ser obligada a prestar juramento de decir verdad y estar conminada por las penas previstas para quien mienta o calle lo que sepa –CPP 240,247.– estaría coaccionada para declarar contra sí misma, lo que importaría una grosera violación a la respectiva garantía constitucional –art.18 de la Constitución Nacional– por lo que tal actuación deviene insanablemente nula".(31)

3.– Constitucionalidad de las cláusulas de aborto no punible.

Una tendencia presente en la jurisprudencia es la declaración de inconstitucionalidad de las cláusulas del Código Penal que regulan las figuras del tipo penal aborto que se declaran no punibles, esto es los incisos 1 y 2 del art. 86.

Se han encontrado referencias a la inconstitucionalidad en 7 fallos del total de los relevados; 5 de ellas se han dado en el marco de causas iniciadas para solicitar autorización judicial para practicar un aborto, encuadrando el pedido en alguno de los supuestos no punibles, y han tenido resultado negativo respecto de lo solicitado; los restantes contienen referencias a la inconstitucionalidad en el voto en minoría, con un sentido diferente del de los anteriores. La mayoría de los fallos argumenta que los abortos no punibles atentan contra el derecho a la vida, el que surge normativamente en el derecho argentino del artículo 33 de la Constitución Nacional (32) , y se ha inferido que el legislador ha considerado superior el valor relacionado con la libertad sexual que la vida del feto(33), por lo que se estaría violando un derecho de raigambre constitucional.

Algunas de las citas de los fallos dicen :

"La Constitución Nacional garantiza el derecho a la vida –art.33– y como el aborto es un delito que ataca la vida, resulta inconstitucional el art. 86, inc. 2 del Código Penal, por lo que así se

declara."(34)

"el art.70 del Cod. Civil afirma la existencia de las personas desde la concepción en el seno materno; por su parte, la Convención de Derechos Humanos de San José de Costa Rica reconoce el derecho a la vida a partir de la concepción. Por ello, el no nacido es un sujeto apto para ostentar titularidad jurídica sobre su vida; se trata de un derecho. La desincriminación del aborto significa dejar sin tutela jurídica a la vida humana, violando la norma constitucional que garantiza ese derecho"(35)

"Acceder a la petición de que se autorice judicialmente el anticipo del parto en aproximadamente dos meses con el fin de evitar un perjuicio psíquico a la madre, conocedora de que la criatura alojada en su seno se encuentra afectada de una falencia constitucional que provocará su muerte a poco de nacer, aduciendo que tal operación cesárea no afectaría el futuro del niño pues son nulas sus probabilidades de vida, abriría una brecha de peligrosas consecuencias pues se está allanando, de modo irrestituible, el derecho a la vida de la persona por nacer, en violación de la Constitución, que implícitamente –pero sin duda– reconoce el derecho a la misma"(36)

También se han encontrado referencias a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, habiéndose resuelto que : "Corresponde no hacer lugar a la petición formulada por la madre de la menor a la que se le practique un aborto sentimental ya que la autorización para el aborto terapéutico y sentimental es inconstitucional pues lesiona la igualdad ante la ley (artículo 16, Constitución Nacional) al crear una discriminación irrazonable en la protección de la vida de los hombres nacidos y de los no nacidos" (37)

Cabe señalarse en el mismo sentido, una cita del dictamen del Asesor de Menores de 1ra. Instancia (38) : "El derecho a la vida constitucionalmente reconocido en forma implícita tiene también por titular al nasciturus desde el momento de la fecundación y la presunta colisión del derecho a la vida del mismo y los derechos de la madre que generalmente se invocan en favor del aborto eugenésico, terapéutico o ético, nunca ha de ser resuelta en contra de la

vida del no nacido. Además, la despenalización del aborto para supuesto como el del caso –violación de la madre– quiebran la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, que en el derecho argentino viene exigida después de la incorporación a él de la Convención de San José de Costa Rica"; y en la misma causa en la presentación del Asesor de Menores de Cámara dice que "planteo la inconstitucionalidad de toda norma de carácter penal que se quiera invocar para justificar un aborto como el de autos donde no está en peligro la vida de la madre, por importar una grave violación a derechos de base constitucional, en especial el "derecho a vivir" y su correlato en el caso del nasciturus que es el 'derecho a nacer'."

De la tendencia se diferencian dos fallos que, como se adelantó, si bien aluden a la constitucionalidad del aborto, lo hacen a partir de otros criterios; corresponden a votos de la minoría.

Ambos se vinculan con los alcances del secreto profesional del médico que atiende a la mujer, el primero cuestiona lo resuelto en el plenario "Natividad Frías" en los siguientes términos : " El criterio de la mayoría en el plenario "Natividad Frías" conduce a una absolutización de los deberes de secreto médico, incongruente con nuestro sistema jurídico, suscitando un efecto desincriminatorio del aborto, con lo que se desprotege el derecho a la vida reconocido implícitamente en la Constitución Nacional y explícitamente reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la ley 23054 (artículo 4.1.)"(39) ; y el segundo corresponde a la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Criminal y Correccional de Necochea, que condena a un médico por aborto seguido de muerte, y en el voto en minoría declara la inconstitucionalidad de los artículos 85 inc. 2 y 88 Código Penal centrando sus argumentaciones en que "el Estado no puede hacerse eco de principios religiosos respetables en los feligreses de un determinado culto y que no los puede imponer por vía coactiva al resto de la población; que el Estado debe cumplir con sus deberes específicos en materia de asesoramiento y prevención para evitar embarazos no queridos, así como apoyar a la madre en conflicto"(40)

4.- Autorización judicial para abortar.

La tendencia indica el rechazo de los pedidos de venia judicial para abortar; estimando la improcedencia de la solicitud, con el siguiente razonamiento : el aborto es un delito, sin embargo algunos de sus supuestos están alcanzados por una excusa absolutoria; pero para que éste instituto funcione es necesario que primero se cometa el hecho, y en caso que éste sea objeto de una investigación criminal que tenga a la abortante como imputada, podrá oponer la excusa como defensa y no será alcanzada por la responsabilidad penal.

En relación a una solicitud de aborto terapéutico, se ha dicho : El juez deberá pronunciarse no sólo a favor del derecho a la vida de nasciturus –máxime cuando carece por completo de capacidad para defenderse por sí mismo– sino también reconocer el derecho a la vida de la madre. En suma, no podrá proteger exclusivamente al hijo, porque condena a la madre, ni optar por la solución contraria. La decisión no pasará entonces por autorizar o no la intervención quirúrgica, sino por afirmar que esa decisión compete al médico y a la madre."

"No es al juez a quien corresponde elegir la vida de una u otra persona, autorizando una intervención quirúrgica abortiva; no corresponde por razones legales y éticas que una decisión de esta naturaleza sea integrada por el órgano jurisdiccional. Las legales, desde que tanto una como otra merecen protección jurídica similar (conf. Art.14 Constitución Nacional) y que el aborto directamente provocado es un delito, siendo su desincriminación una cuestión a resolver luego de cometido, por el magistrado competente; y las éticas, por el derecho a la vida que cualquier hombre tiene el derecho de respetar".(41)

Otra línea de argumentación declara improcedente la venia judicial amparándose en el derecho a la libertad y la cláusula del artículo 19 de la Constitución Nacional que establece que "nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe" .

En este sentido se ha afirmado que "El art. 86 del Código Penal reenvía el aborto (practicado en las condiciones que determina) al terreno de lo permitido o de la libertad; en suma de lo

lícito y como esta disposición no impone ninguna autorización previa por parte del Estado para practicar un aborto eugenésico, la venia judicial no es necesaria"(42)

II.- Conclusiones.

Del análisis general de la jurisprudencia pueden señalarse algunas reflexiones :

- * la brecha entre la cantidad de abortos que son practicados en el país (según las estimaciones se producen entre 350.000 y 400.000 abortos por año en todo el país) y los que pasan por la instancia judicial, y que da cuenta del bajo nivel de penalización de la práctica del aborto.

- * en los fallos, los jueces no sólo dan razón de sus decisiones sino que manifiestan su opinión sobre cuestiones que exceden el tema sobre el que deben expedirse; por ejemplo, aludiendo a su fé religiosa. Incluso en varias resoluciones la postura de la Iglesia Católica es tomada como argumento, abundando las referencias a su doctrina.

- * el alcance que se le da a "peligro para la salud" previsto en la figura no punible del artículo 86 inc.1, nunca incluye el daño a la salud psíquica de la mujer embarazada que desea abortar. En uno de los casos identificados, los peticionantes aluden al "peligro psicológico que deviene de esperar dos meses más el alumbramiento de un ser sin posibilidades de vida"; sin embargo, el juzgador no analiza este supuesto.

- * el criterio restrictivo de los jueces para la aplicación de las excepciones no punibles . En los casos en que se sostiene que las excusas absolutorias funcionan con posterioridad a la conducta, no pudiendo pedirse autorización previa para su realización, se genera un mecanismo tramposo el Código Penal requiere la intervención de un profesional médico, quien podría desconocer si el aborto que practicará se encuentra dentro o fuera de las excepciones de la ley, para resolver el punto y dejar a salvo su responsabilidad acude a un juez y el juez se niega a dar la venia diciéndole que primero tiene que practicar el aborto y después si lo persigue penalmente se verá si está o no dentro de las excepciones .

- * La doctrina del Plenario Natividad Frías, en algún punto, registra la problemática de las

mujeres de bajos recursos que abortan . En el voto del Dr. Jejarza, primer votante, se dice : "
Antes de entrar en la materia de este plenario casi debido a mi ya vieja obstinación, quiero
dejar sentado que, como juez, estoy inalterablemente dispuesto a condenar, cuando fueren
de mi incumbencia, todos los delitos previstos en las leyes represivas. Lo que no empece a
que ponga mi mayor empeño en fustigar ciertas desviaciones injustificadas. El art.88 del
Cód. Penal se aplica exclusivamente a las menesterosas a quienes la sociedad les cobra su
altruista socorro hospitalario entregándolas convictas de ese delito."

RESPUESTA A LA PREGUNTA 4

4. ¿Cómo evalúa la producción bibliográfica de su país sobre
el tema?. ¿Cuál es la posición mayoritaria en el campo del
derecho y quienes son sus voceros?.

En relación a la producción bibliográfica vinculada con el derecho la misma es escasa.

La posición mayoritaria se inclina por la penalización, admitiendo el supuesto de no
punibilidad en el caso de violación; en este caso en 1989 con motivo de un proyecto de ley
que reimplantaba el aborto sentimental como excepción se debatió el tema habiéndose
registrado una importante cantidad de opiniones a favor, si bien el proyecto no fue
sancionado.

También es importante en el ámbito doctrinario y en particular por el peso de sus opiniones
los que sostienen la inconstitucionalidad de la desincriminación del aborto asociados, por lo
general a sectores católicos.

RESPUESTA A LA PREGUNTA 5.

5. ¿Cuál es la postura en relación al aborto desde el campo de
la salud, quienes son los voceros—as más destacados—as en
esta materia?

La reforma de la Constitución Nacional (1994) constituyó un marco en el que se encuentran
las voces provenientes del campo de la salud.

En el mes de agosto de 1994, la Academia Nacional de Medicina, institución de criterios conservadores que hasta el año 1993 no tuvo entre sus miembros ningún integrante no cristiano, se pronunció por medio de una solicitada en los diarios, en contra del aborto afirmando que "La vida humana comienza con la fecundación, y como consecuencia, terminar deliberadamente con una vida humana incipiente es inaceptable" y con motivo del tratamiento en el Congreso Nacional de la ley de reproducción asistida insistió con la postura manifestando que "La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide. Se debe promover y respetar los derechos personales, considerando en forma igualitaria la vida del embrión como la del padre y la madre."

La Sociedad de Ética Médica, en cambio, con motivo del tratamiento de proyecto de reproducción asistida se manifestó en relación al aborto afirmando que debe diferenciarse un proyecto de vida –unión de un óvulo con el espermatozoide– de la vida humana, no pudiendo hablar de ésta hasta tanto no haya manifestaciones cerebrales.

RESPUESTA A LA PREGUNTA 6.

6. Precise los argumentos a favor y en contra de la despenalización del aborto que ha podido identificar en su país. Si cuenta con información precise quienes son los actores o voceros de una y otra posición.

Expondremos los argumentos relevados a favor y en contra del aborto, exceptuando aquellos que tienen que ver con el marco jurídico, por entender que el mismo ha sido desarrollado anteriormente en el presente trabajo.

I.– Argumentos a favor .

* La alta cifra de abortos que se realizan por año en todo el país, lo que evidencia que se trata de una práctica masiva que las mujeres llevan a cabo mas allá de las condiciones en las que deben hacerlo.

* La despenalización reduciría el riesgo para la vida y la salud de las mujeres, ya que: el aborto realizado en condiciones precarias es la primer causa de muerte materna en el país, y por cada muerte por aborto hay 14 mujeres que padecen secuelas graves como esterilidad.

* El reflejo que la práctica masiva de abortos opera sobre los servicios de ginecología y obstetricia de los hospitales : el 40% de las camas están ocupadas por mujeres con complicaciones de abortos mal realizados,

* El derecho a la libre disposición del cuerpo y el derecho a la salud con el consiguiente deber del Estado de proporcionar servicios médicos adecuados.

* La intromisión del Estado en la esfera de decisión personal de las mujeres.

II.- Argumentos en contra

* Las argumentaciones en contra desplazan el eje del debate al tema del "derecho a la vida del por nacer", comprendiendo todas las etapas de desarrollo, desde la concepción hasta el nacimiento. Afirman entonces que el "por nacer" vive, porque desde el mismo momento de la concepción se alimenta, crece, se oxigena; y que además se trata de una "vida humana", por lo tanto si vive y es humano es un "ser humano"

Si es un ser humano tiene derecho a la vida, y por eso su vida debe ser protegida.

* La legalización aumentará el número de abortos practicados..

Relación Iglesia-Estado.

Artículo 2 de la Constitución Nacional :

"El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano"

Comentario : se considera que el Estado Argentino adopta un régimen "secular", en el que privilegia la religión católica pero respeta la libertad de cultos, sin imponer una religión única, ni establecer una religión de Estado.

El artículo coloca a la religión católica en una situación de preferencia, el verbo "sostener" utilizado en su redacción se traduce en el apoyo material representado por recursos

financieros, y según gran parte de la doctrina constitucional –aunque no unánime– una vinculación de tipo moral.

La Reforma constitucional de 1994 excluyó de las condiciones para ser elegido presidente o vicepresidente la de pertenecer a la comunión católica apostólica romana.

1. Soler Sebastián, "Derecho Penal Argentino", TEA, Bs.As.,1978.
2. Severo Caballero José."La regulación del delito de aborto en el Proyecto del código Penal de 1979 y su relación con el código vigente y la reciente legislación extranjera sobre interrupción voluntaria del embarazo". Boletín de la Facultad de Derecho y Cs.Sociales. 1981.
3. Severo Caballero Jose, idem.
4. Soler S. ob.citada. Enc.Jurídica Omeba,T I, Fontan Balestra, Código Penal anotado, Editorial Policial,pag.99. Breglia Arias y Gauna, Código Penal comentado, Editorial Astrea, 1996,pag.285.
5. < Nuñez Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Citado en Breglia Arias y Gauna ob.citada.
6. En este sentido ver Soler y Fontan Balestra.
7. Aunque este tema es debatido a nivel doctrinario, tal como se desarrollará mas adelante.
8. Artículo 34 inc. 3 : "No son punibles: 3º El que causare un aml por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño."
9. Fontan Balestra, Tratado, t IV, pag 232, citado en Breglia Arias y Gauna Código Penal Comentado pag. 292.
10. Para este punteo nos hemos basado en el trabajo de Ernesto Ghione "El llamado "aborto sentimental" y el Código Penal Argentino", Revista Jurídica La Ley, T 104–1961, Sec. Doctrina.
11. GHIONE Ernesto,"El llamado 'Aborto Sentimental' y el Código Penal Argentino", Revista La Ley t 104, año 1961.
12. En este sentido: JIMENEZ DE ASUA Luis "El aborto y su impunidad". La Ley tomo 26, pag 977 citado en "El llamado aborto sentimental y el Cod. Penal Argentino" ob.citada dice : "Esas mujeres belgas no eran idiotas ni enajenadas, y, a pesar de que el informe del Senado con evidente error, habla de estos casos con motivo de los 'fines del perfeccionamiento de la raza', no tienen causas eugénicas ni

por la víctima ni por el autor, pues aunque, exagerando, se dijera que los soldados 'ebrios' y 'criminales' (palabra utilizada más como epíteto que como clasificación) pueden engendrar seres tarados o delincuentes, es lo cierto que el adjetivo 'desenfrenados' no permite alusión a morbo alguno transmisible por herencia, ya que el soldado desenfrenado no engendrará forzosamente hijos del desenfreno. Es evidentísimo, pues que en esas hipótesis se trata de impunidad del aborto por motivo sentimental ".

13. DAIEN Samuel "Carácter eugenésico del art. 86 del Código Penal" Ed. Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1944.

14. Art.45:"Los que tomasen parte en la ejecución del derecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo."

Art. 46 : "Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuída de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años."

15. "Exposición de Motivos" citado en Soler S., obra citada.

16. El Código Civil argentino fue aprobado por ley 340 del año 1869, y comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1871. Desde entonces ha sufrido varias modificaciones, sin embargo la parte sustancial que aquí se refiere por su relación con el tema de aborto no ha sido modificada.

17. Cifuentes Santos, "El nasciturus (las personas por nacer)", el Derecho T 15 pag. 956

18. Se tomó el año 1983 por haber sido el año en que reinicia un período democrático luego de la última dictadura (1976–1983)

19. D., M.E. s/ averiguación de aborto. S.C., Comp.466, L.XXXI, marzo 12–1996. La Corte suprema dictó otra resolución en una causa sobre aborto, también vinculada al tema de la competencia "Salto, M.A., T 310, pag.1964, 01–setiembre–87.

20. C.N.Crim. Sala II Causa 32.422. 28–abril–87

21. C.N.Crim, San Martín, Sala II, Causa 16.765, 8-novbre-1991 y también C.N.Crim. Sala VI, causa 24.364, 8-febrero-1993.
22. C.N.Crim. Sala I, causa 42.443, 30-octubre-93
23. Juzg.n.26, 1ª Instancia Civil, 27-agosto-85
24. Juzg.Nacional de 1ª Instancia Crim y Corr. N18-sec.156, 2-junio-89
25. Fallo plenario es el que dictan todos los integrantes de la Cámara, a efectos de unificar la interpretación de alguna normativa, y resulta de aplicación obligatoria para los jueces del fuero, que pueden dejar a salvo su opinión en contrario.
26. S.C. Buenos Aires, 24-mayo-1983 M,A.M. y otra; C.Crim.Paraná Sala 2, 9-novbre-1984; C.Penal San Martín en Pleno, 5-julio-1985; C.Penal Morón en Pleno, 8-mayo-1986; T.S. Neuquén, 14-abril-1988, M., M.E. y otra; C.N.Crim y Corr. Sala VI, noviembre 1991; C.Penal Rosario Sala 2 26-diciembre-1995.
27. Artículo 156 : "Será reprimido con multa e inhabilitación especial, en su caso, por 6 meses a 3 años, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa."
28. C.Penal Morón, en pleno, 8-mayo-1986.-R,R.
29. C.N.Crim y Corr. Sala VII, causa 6965, 7-agosto-1986; C.N.Crim y Corr. Sala VI, 29-novbre-1991 C.,J.V.
30. SC Buenos Aires, 24-Marzo- 1984.
31. C.N.Crim y Corr. Sala VII, causa 2748, 4-mayo-1995
32. con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, se dice que también se encuentra citado en los tratados de derechos humanos que fueron elevados a jerarquía constitucional
33. Gonzalez Nemesio, "Constitución Nacional, Derecho a la vida y a nacer".(Nota a jurisprudencia) El Derecho t.134, pag.437.
34. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Crim.de Instrucción n18, 2-junio-1989.
35. 1ª Instancia Civil n26. 27-agosto-1985
36. Juzgado Civil y Comercial n2, San Martín, 31-octubre.1986, C.A.Yv. DE c.a. S/ Autorización

37. 1ra. Instancia, Juzgado de Instrucción, 7ma. Nominación Rosario, 4–Noviembre–1987.
38. El caso que aquí se refiere es de suma relevancia por cuanto se trata de una de las escasas autorizaciones para abortar que se pudieron identificar durante el relevamiento. En el mismo, el Juzgado Criminal, en el marco de la instrucción de un sumario por violación del que fuera víctima una menor con diagnóstico de síndrome oligofrénico y atento la petición de su madre, autoriza la realización de un aborto a la menor librando la orden para su practica a un hospital público. Contemporáneamente, el Asesor de Menores de la Cámara Civil se presenta ante un juez de su fuero, manifestando haber tomado conocimiento de la orden de practicar el aborto por una llamada telefonica anónima, y que habiendo tomado contacto personal con la menor solicita en su representación y en el de la persona por nacer, se deje sin efecto la medida ordenada. El Juzgado criminal declina su competencia ante el fuero civil, el que con fundamento en los dictámenes del Asesor de Menores, dispone la definitiva prohibición de practicar cualquier tipo de maniobra abortiva que ponga en peligro la integridad física de la persona por nacer. 1ra.Instancia Civil,Capital n25,26–abril–1988.
39. Disidencia del doctor Iribarne– TS Neuquén, 14 Abril 1988.
40. Lertora Celina y Fernandez Lemoine María "Aborto:un problema a discutir", citado por Gil Domínguez A. en ¿De qué hablamos cuando hablamos de aborto? Jurisprudencia Argentina.tomo 1996–I.
41. 1ª.Instancia civil n26, 27–agosto–1985
42. 1ª.Instancia Penal Mendoza,Juzgado n2,31–enero–1985
43. Se ha señalado que el rubro "Causas obstétricas directas" podría encubrir registros correspondientes a abortos.