



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesinas de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

La protección jurídica del nasciturus

Nº 14

Luis Hernán Rodríguez Valcarcel

Departamento de Investigación
Noviembre 2001

Indice

I. Introducción.....	5
II. Hipótesis.....	5
III. Conceptos previos	5
IV. Análisis normológico	7
1. Constitución Nacional y Tratados internacionales	7
2. Constituciones provinciales	8
A. Reconocimiento Expreso	9
B. Reconocimiento Implícito	11
C. Reconocimiento Genérico	13
3. Derecho Civil	14
4. Derecho Penal	15
V. Análisis sociológico.....	16
1. Persona	16
2. Comienzo de la persona	17
3. Derecho a la vida.....	18
VI. Jurisprudencia	39
VII. Otras legislaciones	47
VIII. Caso - Parto inducido	56
IX. Posiciones y teorías	58
X. Conclusión	60
XI. Bibliografía	62

I.- Introducción

En los tiempos que nos tocan vivir se produjeron grandes cambios sociales, políticos, económicos y científicos; los cuales han provocado importantes transformaciones legislativas en el mundo. No ajeno a este proceso se encuentra nuestro país, parte integrante de ese todo.

Gran cantidad de temas son y han sido motivo de tensos debates, a nivel no solo nacional, sino también internacional como consecuencia directa de la variedad cuantitativa y cualitativa de intereses en juego.

La temática elegida para el presente trabajo es uno de los puntos, que con su sola mención, generan aun hoy fuertes polémicas.

Lo expuesto es una de las razones que me han impulsado a elegirla. Ya que con frecuencia se me plantea la duda sobre la existencia de una normativa que funcione como «sistema» de protección jurídica del por nacer.

La estructura del trabajo persigue llegar a un conocimiento integral de la protección jurídica del por nacer en el vientre materno; explorando no solo la regulación nacional e internacional, sino también analizando la jurisprudencia y doctrina que hacen a esta materia.

El núcleo fundamental, como ya lo expresara en el proyecto, es aproximarse a un conocimiento cabal del marco jurídico vigente, desprovisto, en lo posible de subjetividades.

El incluir al presente, la regulación normativa existente en otras naciones, tiene por fin observar la solución legal que le dan estos, a cuestiones directamente ligadas al tema, como lo es el aborto y el derecho a la vida. Creo que esto enriquece no solo al lector sino fundamentalmente al autor, ya que las comparaciones llevan a una mejor comprensión de la dimensión en la cual nos encontramos.

Cabe aclarar que para lograr mayor claridad intelectual estructuré el trabajo bajo diferentes títulos, los cuales no son compartimentos estancos, sino que tienen una vinculación directa, la cual se verá claramente reflejada en mi conclusión.

Por último es importante destacar que el objeto del presente trabajo tiene por límite el por nacer en el vientre materno. Por que aclaro esto? Porque con el avance de la tecnología se han descubierto técnicas - inseminación artificial, crioconservación de embriones, etc..-, las cuales han suscitado nuevas problemáticas que si bien tienen gran importancia, no son motivo directo de este trabajo.

II.- Hipótesis

A través de este trabajo, como ya lo expusiera en la introducción, mediante una aproximación a un conocimiento cabal del marco jurídico vigente, se intentará confirmar la existencia, o no, en el ámbito de nuestro Derecho, de un sistema de protección del por nacer en el vientre materno. Y de existir éste, analizar si cumple efectivamente con dicha tutela o debería reformularse en virtud del surgimiento de nuevas problemáticas que se plantean a diario en nuestra sociedad.

III.- Conceptos previos

Previo a entrar en tema, considero importante tener presente ciertos conceptos o definiciones, que resultan básicos. Para dicho logro enuncio las siguientes definiciones extraídas del Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio; esto no significa que luego no sean objeto de estudio en el punto «Análisis Sociológico», cuando se trate la Doctrina y Jurisprudencia.

- **Persona:**

«Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones. Esta definición coincide con la que expresa el Código Civil argentino, al decir que son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones. Capitant hace una definición análoga cuando dice que persona es el ente al que se reconoce capacidad para ser sujeto de Derecho.

Bien se advierte que el concepto de todas esas definiciones resulta sumamente amplio, porque no se circunscribe a las personas como individuos de la especie humana, sino que incluye también las entidades que, sin tener esa condición, pueden estar afectadas de obligaciones y derechos. Las primeras son llamadas personas físicas, naturales o de existencia visible; en tanto que las segundas, llamadas jurídicas y también morales e ideales, son las que se encuentran formadas por determinación de la ley.

Queda una tercera categoría, que es la que se refiere a las denominadas personas por nacer; o sea, a

aquellas que están concebidas en el seno materno, pero que todavía no han sido alumbradas. El tema de si la existencia de las personas se inicia en el momento de la fecundación o en el del nacimiento es muy discutido en la doctrina, pues mientras algunos autores estiman que la persona (siempre que tenga condiciones de viabilidad) surge en el parto o, mejor dicho, en el instante en que el feto es separado del claustro materno, otros sostienen que la existencia de la persona se inicia desde que se produce la concepción, criterio que se basa en el hecho de que, desde ese mismo momento, el ser concebido adquiere derechos, especialmente relacionados con las donaciones y las sucesiones, aunque queden supeditados al nacimiento con viabilidad, e incluso reciben una protección penal, por cuanto la destrucción del feto configura el delito de aborto. Orgaz, partidario de la primera tesis, afirma que el error de quienes mantienen la segunda arranca del equívoco de asimilar vida humana a persona humana, la que solo existe desde el nacimiento.»

- **Nasciturus:**

«Palabra lat., forma del verbo nasci (nacer). El que ha de nacer. Representa un concepto contrapuesto al natus (nacido ya) y se refiere al ser humano como sujeto de derecho que ha sido concebido, pero todavía no alumbrado.»

- **Concebido:**

«El óvulo fecundado de la mujer. El ser humano desde la concepción al aborto, nacimiento o muerte de la embarazada. Al concepto agrega Luis Alcalá-Zamora que en el Derecho, y para lo favorable, el concebido se tiene por nacido, siempre que nazca con vida, y, además, en algunas legislaciones censuradas, sea viable o lo demuestre con la mínima supervivencia de 24 horas.»

- **Concepción:**

Acción y efecto de concebir, de quedar preñada, la hembra. Jurídicamente que sirve para determinar la condición de legítimos o de extramatrimoniales de los hijos, y porque, desde el momento de la concepción, el hijo concebido es sujeto de determinados derechos, especialmente de orden sucesorio.

- **Embrión:**

En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo.

- **Feto:**

Producto de la concepción, después del tercer mes de embarazo y antes del parto.

- **Aborto:**

Acción de abortar, parir antes de que el feto pueda vivir. Ese hecho tiene dos significados muy diferentes: uno de ellos, de escaso o ningún interés jurídico, se produce cuando la expulsión anticipada del feto ocurre de manera natural; es decir, espontánea; porque entonces lo único que sucede es la desaparición de los derechos que hubieren podido corresponder a la persona por nacer. Cosa distinta se presenta cuando la salida del feto del claustro materno se provoca de manera intencional mediante ingestión de drogas o ejecución de manipulaciones productoras de ese resultado o que lleven la intención de producirlo. En este último supuesto, el acto puede constituir delito o no. Será hecho delictivo cuando la provocación del aborto no esté justificada por ninguna razón suficiente. Por lo contrario, no será delito cuando se trate de un aborto terapéutico practicado por prescripción médica y por profesional médico, a fin de evitar el peligro para la vida o la salud de la madre. Otro caso de impunidad del aborto, según determinan algunas legislaciones, es el que se practica sobre mujer idiota o demente que ha sido violada, siempre que se haga con consentimiento de sus representantes legales. Ha sido materia de discusión en la doctrina si ese derecho de abortar debería concederse a la mujer que, sin ser idiota ni demente, ha quedado encinta a consecuencia de una violación. Todavía queda otra causa de posible exención o atenuación de la responsabilidad para aquellos casos del llamado aborto honoris causa, el que tiene por finalidad ocultar la deshonra de la mujer, generalmente soltera, que queda embarazada, concepto que actualmente resulta anacrónico por cuanto la idea del honor en su sentido sexual ha variado radicalmente.

- **Feticidio:**

Muerte violenta de un feto humano, causada por la embarazada o por un tercero. En realidad constituye el aborto punible. De nacer con vida el feto prematuramente por maniobras abortivas y ser matado luego, se está ante un infanticidio, asesinato o parricidio, según los autores y las circunstancias.

IV.- Análisis normológico

1.- Constitución Nacional y Tratados internacionales

En este punto se intentará reflejar los principios y garantías que están contenidos en nuestra Carta Magna, teniendo en cuenta la reforma hecha en el año 1994. Atento a esto último, es que no se puede dejar de analizar los Tratados Internacionales que hacen a la protección del Derecho que es motivo del presente trabajo.

- Constitución Nacional:

En la Primera parte, Capítulo Primero: Declaraciones, Derechos y Garantías:

El Artículo 33 de nuestra Constitución reza lo siguiente: *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*.-

Artículo 29: *“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, y las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías **por las que la vida**, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”*.

En la Segunda parte -Autoridades de la Nación -, Título primero - Gobierno Federal -, Capítulo cuarto - Atribuciones del Congreso -:

Artículo 75: *“Corresponde al Congreso: ...inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales, y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y **deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.**

- Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Artículo 75: *“Corresponde al Congreso: ...inc. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*

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

- Tratados Internacionales de Derechos Humanos:

Dentro de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos contenidos en el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, caben destacar:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

En el Capítulo primero - Derechos -:

Artículo 1º.- *Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*

- Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

En la parte Declaración Universal de Derechos Humanos, que es la declaración básica de los derechos inalienables e inviolables de todos los integrantes de la familia humana; y que tiene por objeto ser el "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse" con miras a alcanzar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos y libertades que enumera",

Artículo 3º.- *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

En su parte tercera (III),

Artículo 6.- 1- *El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.*

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica):

En su Parte I - Deberes de los Estados y Derechos Protegidos -, Capítulo II - Derechos Civiles y Políticos-,

Artículo 4º.- *Derecho a la vida*

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

- Convención sobre los Derechos del niño:

En su Preámbulo,

*Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la **debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento**".*

En la parte primera,

Artículo 1º,

Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Es importante aclarar que nuestro país al aprobar la presente convención por la ley 23.849, formuló una reserva, señalando en lo atinente: "...Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la **República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad**" (art. 2º, ley 23.849)

Artículo 6º,

1.- *Los Estados Partes reconocen que todo **niño tiene el derecho intrínseco a la vida.***

2.- *Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*

2.- Constituciones provinciales

En las Constituciones Provinciales también se reconoce el Derecho a la vida, con distintos alcances, que van desde un reconocimiento expreso hasta los que se podrían calificar de genéricos.

RECONOCIMIENTO	PROVINCIA	ARTÍCULO
Expreso	Buenos Aires	Art. 12
Expreso	Córdoba	Art. 4 y 19
Expreso	Formosa	Art. 5
Expreso	Salta	Art. 10 y 17
Expreso	San Luis	Art. 13
Expreso	Tierra del Fuego	Art. 13 y 14
Expreso	Tucumán	Art. 35
Expreso	Santiago del Estero	Art. 16
Expreso	Chubut	Art. 9 y 18
Expreso	Chaco	Art. 14 y 15
Expreso	Catamarca	Art. 7 y 65

Implícito	Ciudad Autónoma de Buenos Aires (*)	Art. 10 y 21
Implícito	Corrientes	Art. 29
Implícito	Entre Ríos	Art. 6
Implícito	La Pampa	Art. 1 y 6
Implícito	Misiones	Art. 29
Implícito	Neuquen	Art. 13
Implícito	Santa Cruz	Art. 8
Implícito	Santa Fe	Art. 6
Genérico	Jujuy	Art. 19
Genérico	La Rioja	Art. 19
Genérico	Mendoza	Art. 8
Genérico	Río Negro	Art. 16
Genérico	San Juan	Art. 15 y 22

(*) Cabe aclarar que si bien la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es provincia, entiendo que su gravitación justifica la inserción en el presente, a los efectos de conocer lo reflejado en su Constitución respecto del tema en análisis.

A.- Reconocimiento Expreso:

- Constitución de la Provincia de Buenos Aires:

Artículo 12.- *“Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: 1) A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural...”*

- Constitución de la Provincia de Córdoba:

Primera Parte - Declaraciones, Derechos, Deberes, Garantías y Políticas Especiales

Título I - Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías

Sección I - Declaraciones de Fe Política

Inviolabilidad De La Persona

Artículo 4.- *“La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos.”.*

Sección II - Derechos

Capítulo I - Derechos Personales

Derechos Enumerados

Artículo 19.- *“Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:*

1. *A la vida desde la concepción, a la salud a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal...”*

- Constitución de la Provincia de Formosa:

Reforma de la Constitución de la Provincia de Formosa

Primera Parte

Capítulo I

Declaraciones, Derechos y Garantías

Artículo 5.- *“Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal, como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad y busca el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social.*

Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción y a su integridad física y moral. El Estado provincial propenderá a la concientización de las responsabilidades inherentes a la generación de la vida.”.

- Constitución de la Provincia de Salta:

Sección Primera

Capítulo I

Declaraciones Generales y Forma de Gobierno

Artículo 10.- : Respeto y protección de la vida - *“La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad*

física y moral de la persona **son intangibles**. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos”

Capítulo II

Deberes y Derechos Individuales

Artículo 17.- : Derechos Fundamentales. **“Todos los habitantes de la Provincia son, por naturaleza, libres y tienen derecho a defenderse y ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad, actividad, prosperidad, intimidad personal y familiar, así como en su propia imagen. Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley.”.**

- Constitución de la Provincia de San Luis:

Capítulo I

Declaraciones, Derechos y Garantías (Artículos 1 Al 61)

Artículo 13.- : Respeto y protección de la vida. **“La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles**. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos. Evitar la desaparición forzada de personas es deber indelegable y permanente del Estado Provincial.”.

- Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego:

Primera Parte

Declaraciones, Derechos, Deberes, Garantías y Políticas Especiales

Título I

Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías

Sección Segunda

Derechos

Artículo 13.- : **“Todas las personas en la Provincia gozan de los derechos y garantías que reconocen la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales ratificados por la República y esta Constitución, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, y están sujetas a los deberes y restricciones que los mismos imponen.”.**

Capítulo I

Derechos Personales

Derechos Enumerados

Artículo 14.- : Derechos enumerados - **“Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida desde la concepción....”.**

- Constitución de la Provincia de Tucumán:

Sección I

Capítulo Único

Declaraciones, derechos y garantías

Artículo 35.- : **“Dentro de la esfera de sus atribuciones, la Provincia procurará especialmente que las personas gocen de los siguientes derechos: 1. A una existencia digna desde la concepción con la debida protección del Estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad en las oportunidades....”.**

- Constitución de la Provincia de Santiago del Estero:

Título II - Derechos

Capítulo I

Derechos Personales

Artículo 16 .- : **«Derechos individuales. Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos:**

Inc. 1.- **A la vida en general desde el momento de la concepción;...»**

- Constitución de la Provincia de Chubut:

Declaraciones, Derechos, Garantías y Deberes. (artículos 1 al 66)

Sección 1

Declaraciones (artículos 1 al 17)

Derechos Fundamentales

Artículo 9.- : **“Los derechos y garantías consagradas por esta Constitución no serán alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. El derecho es el fundamento del Estado y éste se autolimita frente**

a los derechos naturales del individuo y de las sociedades no estadales, anteriores al Estado mismo y que corresponden al hombre por su propia condición humana.”

Sección 2

Derechos (artículos 18 al 41)

Capítulo 1

Derechos Personales (artículos 18 al 22)

Derechos Enumerados

Artículo 18.- : **“Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial gozan de los siguientes derechos: 1. A la vida desde su concepción y a la dignidad de integrar psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber de los Poderes públicos y la comunidad.”...**

- Constitución de la Provincia del Chaco:

Sección I

Capítulo II - Derechos, deberes y garantías. Seguridad individual

Derechos explícitos o implícitos. Tratados y acuerdos Internacionales. Operatividad

Art. 14. - : **“Los derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el art. 75, inc. 22, enumerados en la Constitución Nacional que esta Constitución incorpora a su texto dándolos por reproducidos, y los que ella misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia al sistema republicano de gobierno, a la libertad, la dignidad y la seguridad de la persona humana.**

Los derechos y garantías establecidos, expresa o implícitamente en esta Constitución, tienen plena operatividad en sede administrativa o jurisdiccional, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación.”.

Seguridad individual. Derechos humanos

Art. 15. - : **“La seguridad individual es inviolable...”**

La Provincia, dentro de la esfera de sus atribuciones, garantiza a todas las personas el goce de los siguientes derechos:

1. A la vida y a la libertad, desde la concepción; a la integridad psicofísica y moral.”.

- Constitución de la Provincia de Catamarca:

Sección Primera

Capítulo I

Principios, declaraciones, derechos, deberes y garantías.

Artículo 7.- : **“Todos los habitantes de la Provincia son, por naturaleza, libres, independientes e iguales ante la Ley y tienen perfecto derecho para defenderse y ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad...”**

Capítulo II

De los derechos económicos sociales

Artículo 65.- : **“Sin perjuicio de los derechos sociales generales reconocidos por esta Constitución, dentro de sus competencias propias la Provincia garantiza los siguientes derechos especiales:...**

III. De la niñez:...

1.- A la vida, desde su concepción...”.

B.- Reconocimiento Implícito:

- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Libro Primero Derechos, Garantías y Políticas Especiales

Título Primero - Derechos y Garantías

Artículo 10.- : **«Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos.».**

Título Segundo - Políticas Especiales

Capítulo Primero - Disposiciones Comunes

Artículo 21.- : **«La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, conforme a los siguientes lineamientos:...**

4. **Promueve la maternidad y paternidad responsables.** Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos.

5. **Garantiza la atención integral del embarazo, parto, puerperio y de la niñez hasta el primer año de vida, asegura su protección y asistencia integral, social y nutricional, promoviendo la lactancia materna, propendiendo a su normal crecimiento y con especial dedicación hacia los núcleos poblacionales carenciados y desprotegidos....».**

- Constitución de la Provincia de Corrientes:

Declaraciones Generales

Capítulo Único

Artículo 29.- : **“Los derechos, declaraciones y garantías consignados en esta Constitución, no serán interpretados como menqua o negación de otros no enumerados, o virtualmente retenidos por el pueblo, que nacen del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal.”.**

- Constitución de la Provincia de Entre Ríos:

Sección I

Declaraciones, Derechos y Garantías

Artículo 6. - : **“Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos; no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal.”.**

- Constitución de la Provincia de La Pampa:

Sección Primera

Capítulo I

Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías

Artículo 1.- : **“La Provincia de La Pampa, integrante de la Nación Argentina, en el uso pleno de los poderes no delegados, se sujeta para su gobierno y vida política al sistema republicano representativo, según los principios, derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución Nacional.”.**

Artículo 6 .- : **“Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. No se admite discriminación por razones étnicas, de género, religión, opinión política o gremial, origen o condición física o social.**

La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas.

La convivencia social se basa en la solidaridad e igualdad de oportunidades.

Las normas legales y administrativas **garantizarán** el goce de la libertad personal, el trabajo, la propiedad, la honra y **la salud integral de los habitantes.”**

- Constitución de la Provincia de Misiones:

Primera Parte

Sección Primera

Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías

Título Segundo

Derechos Individuales

Capítulo Único

Derechos y seguridad individuales

Artículo 29. - : **“Los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y los que ésta misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que hacen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, a la seguridad y a la dignidad humana.”.**

- Constitución de la Provincia de Neuquen:

Primera Parte

Capítulo I

Declaraciones y Derechos

Artículo 13.- : **“Los habitantes de la Provincia gozan en su territorio de todos los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y en esta Constitución, con arreglo a las leyes que regla-**

menten su ejercicio y de los Derechos del Hombre sancionados por la Organización de las Naciones Unidas en París en 1948, los que se dan por incorporados al presente texto constitucional.”.

- Constitución de la Provincia de Santa Cruz:

Sección Primera

Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías

Artículo 8.- : **“La enumeración y reconocimiento de derechos que contiene esta Constitución expresamente, o implícitamente por contenerlos la Nacional, no importan denegación de los demás que deriven de la condición natural del hombre, de la forma democrática de gobierno y de la justicia social.”.**

- Constitución de la Provincia de Santa Fe:

Sección Primera

Capítulo Único - Principios, Derechos, Garantías Y Deberes

Artículo 6.- . **“Los habitantes de la Provincia, nacionales y extranjeros, gozan en su territorio de todos los derechos y garantías que les reconocen la Constitución Nacional y la presente, inclusive de aquellos no previstos en ambas y que nacen de los principios que las inspiran.”.**

C.- Reconocimiento Genérico:

- Constitución de la Provincia de Jujuy:

Capítulo segundo: Derechos y deberes humanos

Artículo 19.- : **“Derecho a la vida.**

1.- **Toda persona tiene derecho a que se respete su vida** y está protegida por la Constitución y la ley.

...

4.- **Toda persona debe respetar la vida de los demás y está obligada a actuar de modo tal que no produzca hechos, actos u omisiones que pudieren amenazar o hacer peligrar la existencia sana, digna y decorosa de sus semejantes.”.**

- Constitución de la Provincia de la Rioja:

Capítulo II

Derechos y Garantías

Artículo 19.- : Derechos Humanos. **“Todos los habitantes de la Provincia son por su naturaleza libres e independientes y tienen derecho a defender su vida, libertad, reputación, integridad moral y física y seguridad individual. Nadie puede ser privado de su libertad sino por vía de penalidad, con arreglo a una ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia de juez competente.**

No podrán crearse organizaciones oficiales especiales, que so pretexto de seguridad atenten o violen los derechos humanos. Nadie podrá ser sometido a torturas, tratos crueles, degradantes o inhumanos. Todo acto de esta naturaleza hace responsable a la autoridad que lo ordene, consienta, ejecute, instigue o encubra y el Estado reparar el daño que el hecho provoque. No excusa de esta responsabilidad la obediencia debida.”.

- Constitución de la Provincia de Mendoza:

Sección I

Artículo 8.- : **«Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad y de ser protegidos en estos goces. Nadie puede ser privado de ellos sino por vía de penalidad con arreglo a ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal de juez competente.».**

- Constitución de la Provincia de Río Negro:

Capítulo II

Derechos Personales

Dignidad Humana

Artículo 16.- : **“Se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana.** Nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, son exonerados si se demuestra la culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan.”.

- Constitución de la Provincia de San Juan:

Sección I Declaraciones, Derechos y Garantías

Capítulo II Derechos Individuales

Derechos De Las Personas

Artículo 15.- : **«La vida, la integridad moral, física, psicológica y socio cultural, son derechos inviolables de las personas.»**

Defensa De Los Derechos

Artículo 22.- : **«Todos los habitantes de la Provincia, tienen derecho a defender su vida, libertad, reputación, seguridad, propiedad, intimidad, culto, como así a enseñar y aprender, a una información veraz y a los demás consagrados en esta constitución. El Estado protege el goce de estos derechos de los que nadie puede ser privado, sino por vía de penalidad con arreglo a la Ley, anterior al hecho del proceso y previa sentencia de juez competente. En el caso de incorporación de la pena de muerte en la legislación nacional, para su aplicación en la Provincia se requiere pronunciamiento unánime de los miembros de la Corte de Justicia.»**

3.- Derecho Civil:

Libro Primero - De Las Personas

Sección Primera - De las personas en general

Título I - De las personas jurídicas

Artículo 30.- Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.

Artículo 31.- Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este Código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes.

Libro Primero - De Las Personas

Sección Primera - De las personas en general

Título II - De las personas de existencia visible

Artículo 51.- Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.

Artículo 52.- Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces.

Artículo 53.- Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.

Artículo 54.- Tienen incapacidad absoluta:

1º Las personas por nacer;

2º Los menores impúberes;

3º Los dementes;

4º Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;

5º Derogado por la ley 17.711.

Artículo 55.- Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.

Artículo 56.- Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley.

Artículo 57.- Son representantes de los incapaces:

1º De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre;

2º De los menores no emancipados, sus padres o tutores;

3º De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre.

Libro Primero - De Las Personas

Sección Primera - De las personas en general

Título III - De las personas por nacer

Artículo 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Artículo 64.- Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia.

Libro Primero - De Las Personas

Sección Primera - De Las Personas En General

Titulo IV - De La Existencia de Las Personas
Antes Del Nacimiento.

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 71.- Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica.

Artículo 72.- Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo.

Artículo 73.- Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieren al parto hubieren oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida.

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

Artículo 75.- En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incurriendo la prueba al que alegare lo contrario.

Libro Cuarto - De Los Derechos Reales y Personales

Disposiciones Comunes

Sección Primera - De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían

Titulo I - De las sucesiones

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.

Libro Cuarto - De Los Derechos Reales y Personales

Disposiciones Comunes

Sección Primera - De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían

Titulo XV - De la capacidad para recibir por testamento

Artículo 3733.- Pueden adquirir por testamento todos los que, estando concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces o indignos.

4.- Derecho Penal:

Libro Segundo: De los Delitos

Titulo 1: De los delitos contra las personas

Capítulo 1: Delitos contra la vida

Artículo 85.- El que causare un aborto será reprimido:

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

2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con 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.

Artículo 85 C.P. Realizado por un tercero	Inc. 1 Sin consentimiento de la mujer	Agravado por la muerte de la mujer
Realizado por un tercero	Inc. 2 Con consentimiento de la mujer	Agravado por la muerte de la mujer

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

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

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

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

Artículo 86 C.P.	Médicos Cirujanos Parteras Farmacéuticos	Abusen de su ciencia o arte	Con el fin de A - causar B - cooperar a un aborto.
	No es punible: Aborto practicado por médico diplomado: A-Terapéutico. B- Eugenésico y Sentimental (*)		

(*) En este sentido no es pacífica la doctrina.

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 87 C.P. Preterintencional	Violencia sobre la mujer + no tener propósito de causar el aborto + estado de embarazo notorio o que le conste al autor.
---------------------------------------	--

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.

Artículo 88 C.P.	Mujer embarazada	. Consentimiento . Provoca	Su propio aborto
	Tentativa: no es punible.		

V.- Análisis sociológico

1.- Persona:

A los fines del presente trabajo nos interesa la persona desde el punto de vista jurídico, y más específicamente la persona de existencia visible.

Desde el enfoque antes expuesto, se designa así, a todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, en consecuencia, la circunstancia de que el derecho objetivo atribuya a algo o alguien esa capacidad, convierte ese ente en persona. Para Kelsen: persona, jurídicamente hablando, no es un algo concreto y externo al Derecho: es simplemente un centro de imputación de normas, es una manera de designar la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen derechos y deberes. Se deduciría de esto que, la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y obligaciones, sino porque reconoce esa capacidad en el hombre.

Savigni, parte de la idea de que el único sujeto natural de derechos y obligaciones jurídicas es el hombre. Sólo este sería capaz de voluntad y, por consiguiente, sólo él puede ser naturalmente sujeto de derechos, puesto que el derecho subjetivo es un poder que la ley acuerda a una voluntad.

Borda expresa que cuando la ley considera y trata al hombre como persona, ella no le confiere la personalidad, pues no hace sino reconocer y confirmar una personalidad preexistente.

En atención a lo expuesto es importante tener en claro que existen principalmente dos corrientes en lo que se refiere a si esa aptitud que lo constituye al ente en persona del derecho le viene al sujeto de sí mismo, o es una vestidura externa que le llega al sujeto por obsequio del ordenamiento jurídico¹.

Según el **positivismo jurídico** persona y hombre son realidades diferentes que son captadas por conceptos también diversos: la expresión «persona» denota un concepto jurídico construido por el derecho para la obtención de sus propios fines: el concepto de «hombre» alude a una realidad natural, el ser humano.

¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín - «Tratado de Derecho Civil-Parte General»- Bs. As. 1980.

En cambio para el ***iusnaturalismo jurídico*** el derecho no es una creación arbitraria del legislador, sino una disciplina instrumental de la conducta al servicio de los fines humanos. El derecho no es el amo del hombre, sino que, a la inversa, está a su servicio, desde que el hombre y sólo el hombre es el protagonista y destinatario del derecho.

Llambias en su Tratado expresa, en lo referente al concepto jurídico de persona, que es todo ente dotado de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; resalta que es la noción que suministra el art. 30 del Código Civil :»Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones».

Además cabe agregar que el artículo 51 del Código Civil dispone que: «Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.», se requiere por consiguiente un determinada forma, rasgos, notas distintivas o cualidades que distingan a la especie. Sin excepción de ninguna naturaleza, y remarco esto, de accidente o de raza, de tiempo, estado o calidad los seres humanos son capaces en alguna medida, de adquirir derechos , y, de contraer obligaciones: son personas.

La personalidad jurídica está vinculada con la existencia. Es indiferente la conciencia o la voluntad de un individuo. Por ello un niño muy pequeño, irracional, y un demente, son también personas.

En síntesis se podría decir que todos los hombres conllevan indefectiblemente la calidad de ser personas; en efecto nuestro sistema jurídico no concibe al hombre disociado de todo derecho o despersonalizado (en nuestro sistema normativo no existe la incapacidad de derecho absoluta, la cual de existir equivaldría a la muerte civil). Esto está claramente reflejado no solo en nuestra Carta Magna, sino también en todo nuestro ordenamiento positivo. Al respecto Llambias en su obra deja en claro que «De acuerdo a nuestro código todos los hombres son reconocidos en el carácter de «personas» (conf. arts. 31 y 51 del Cód. Civil). Con ello el codificador ha logrado un adecuado ordenamiento jurídico en armonía, o conforme, a los principios básicos instituidos por la Constitución Nacional que garantiza la igualdad de todos los habitantes ante la ley (art. 16, Const. Nac.)». También, se podría agregar que esto concuerda con los tratados internacionales no solo con los ratificados por nuestro país, sino con aquellos que además se les ha otorgado rango constitucional a través de la Reforma del año 1994. No debemos olvidarnos que el respeto a la persona humana y a su dignidad es fundamental para el basamento sólido de un Estado de Derecho.

2.- Comienzo de la persona:

El comienzo de la existencia de la persona humana se produce cuando el óvulo es fecundado, desde el momento en que se fusionan los gametos, que se produce cuando la cabeza de un espermatozoide de la especie concluye su penetración en el citoplasma del óvulo.

En este momento, es cuando el cigoto adquiere los 23 pares de cromosomas, en que está encerrado el código genético donde se encuentra totalmente programado el nuevo ser².

El cigoto, que ya posee tanto los 23 cromosomas del padre como los de la madre, ya es un ser distinto a la madre, individual y autónomo.

Por lo expuesto podría deducirse que la formación del cigoto daría origen a un nuevo individuo que es único e irrepetible. Que es distinto de la madre; y la circunstancia de que su desarrollo se produzca dentro del vientre materno, no puede afectar su individualidad.

Vélez, siguió el criterio de Freitas, que las personas por nacer no son personas futuras pues ya existen en el vientre de la madre. En consecuencia el Codificador lo dejó expresamente de manifiesto en el artículo 70, que reza de la siguiente forma: «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.». Siguiendo el criterio antes descripto, deja claramente expuesto en el artículo 63 de la misma normativa que «Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno».

Como se ve, se le otorga el carácter de «persona» al fruto de la concepción desde el primer momento con todo lo que esto con lleva jurídicamente y socialmente, aunque el «por nacer», en su calidad de tal adquiere ciertos derechos que están sujetos a una condición resolutoria de su nacimiento con vida.

Llambias al respecto sostiene que desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia aunque substancialmente, el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser.

²QUIAN ZAVALÍA, Santiago - «Sobre el comienzo de la existencia de las personas»

Se refiere también a la personalidad condicional; el hecho del nacimiento sin vida actúa como una condición resolutoria de la personalidad del «nasciturus». O dicho de otra manera, la personalidad de la persona por nacer no es perfecta sino imperfecta en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida. Por el contrario el nacimiento con vida de la persona no ejerce ninguna influencia sobre su personalidad preexistente.

La posición de que la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno a tenido una fuerte crítica por Orgaz. Dice que hay error en confundir vida humana con persona humana. La vida comienza con la concepción; se halla protegida porque representa una eventualidad futura. La persona sólo existe a partir del nacimiento porque recién entonces proyecta la vida individual autónoma, lo que es esencial para que haya persona. Para este autor desde la concepción hay vida humana, pero sólo desde el nacimiento hay persona. Según su criterio la ley ampara la vida y los intereses del concebido por la eventualidad que representa y no por lo que es.

Zavala de González³ opina que para el ordenamiento jurídico argentino el hombre comienza a existir desde la concepción, pues la capacidad de derecho se otorga a un ente (art. 30), que es humano en las personas de existencia visible (art. 51), las cuales existen desde la concepción del hombre (art. 70), y que se llaman personas por nacer cuando todavía no han nacido (art. 63).

La existencia biológica del ser humano desde la concepción es tan real e indudable para el derecho que le permite adquirir bienes (art. 64) y suple sus deficiencias para actuar por sí mismo declarándolo incapaz absoluto de hecho (art. 54, inc. 1º) y proveyéndole representantes que obrarán en su nombre, protegiendo sus intereses (art. 57, inc. 1º). Y en la duda sobre si alcanzó o no a vivir después de la separación de la madre, se considera que sí, salvo prueba en contrario (art. 75), para que incluso en la incertidumbre no deje de ser jurídicamente reconocida la existencia del hombre. El Código Civil, a su entender, demuestra de tal manera un respeto reverente a la dignidad del ser humano.

Agrega además, que también “desde la concepción” entra a funcionar la patria potestad, que es “un conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos” (art. 264). Y la principal obligación de ambos padres sobre la persona de su hijo, nacido o concebido, es seguramente la de respetar su vida, que implica, desde luego, hacer lo necesario para preservarla y desarrollarla, pero, sobre todo, no destruirla, no matarlo. Los que postulan que el feto es una parte integrante de la madre “pars visceram matris) olvidan que para nuestro derecho, y también en la naturaleza de las cosas, “el feto tiene un padre: que en principio, no es asunto de una, sino de dos”.

Me pareció muy importante traer la opinión de la autora anteriormente referenciada, atento a que la fundamentación que desarrolla sobre el punto, es a mi entender detallada y de un alto grado de lógica jurídica.

3.- Atributos de la personalidad:

Siguiendo lo expuesto, en tanto el por nacer tiene por el sólo hecho de existir la protección del derecho, analizaremos de que forma se manifiesta esta última.

Borda cuando se refiere al concepto de atributos de la personalidad expresa que son aquellos atributos jurídicos que hacen a la persona natural por el solo hecho de existir, y que son inseparables de ella. Cuando analiza su naturaleza jurídica los define como aquellos derechos de la personalidad que son innatos al hombre como tal y de los cuales no puede ser privado, ejemplificando con el derecho a la vida.

En lo que se refiere al Derecho a la vida, entiende que es el derecho primario, el que comprende todos los otros, el bien supremo, condición indispensable para que el hombre cumpla su destino. Enfatiza también, que en nuestro ordenamiento jurídico, la vida comienza desde su concepción, y desde ese momento empieza conjuntamente la protección de la persona como tal.

Cuando Llambias se refiere a los Derechos de la personalidad, los define como los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, etc. En lo referente a la naturaleza jurídica de estos, entiende que no es pacífica la doctrina al respecto, pero que la mayoría es conteste en que importan verdaderos derechos subjetivos de contenido peculiar. En su opinión, son verdaderos derechos subjetivos, aún cuando también revistan por su trascendencia el carácter de presupuestos jurídicos de las personas. Explica que si bien revisten este último carácter porque por una exigencia de derecho natural el ser humano requiere para el desenvolvimiento de su vida personal de un ambiente de respeto por la vida, etc.; pero cuando estos bienes primordiales son menoscabados por alguien, el hombre dispone de un verdadero derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico para hacer cesar ese desafuero y reintegrar ese ambiente de dignidad que le corresponde.

³ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde – “Aborto, Persona por Nacer y Derecho a la Vida”, LL T. 1983 – D, Sec. Doctrina.

Dentro de estos derechos, que tienen como principales con caracteres ser innatos, vitalicios, inalienables, imprescriptibles, extrapatrimoniales y absolutos, encontramos al derecho a la vida. Me parece de gran importancia en lo referente al tema que nos ocupa lo que dice Orgaz en cuanto a que la vida de las personas está protegida por disposiciones diversas que ofrecen como rasgo común integrar una tutela de carácter público, **independiente**, por tanto, **de la voluntad de los individuos**.

Rivera en referencia al tema explica del reconocimiento de que todo hombre es necesariamente persona y de que éste es un concepto anterior al Derecho, que el ordenamiento jurídico se limita a reconocer, derivándose de esto determinadas consecuencias como lo son los atributos de la personalidad, que son atributos esenciales a toda persona. Dentro de estos atributos, entre otros podemos distinguir los denominados derechos de la personalidad o derechos personalísimos.

Entiende como concepto de éstos, que son prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su sola condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad. Este autor expresa claramente que en esta categoría está comprendido el derecho a la vida antes y después del nacimiento.

En síntesis: Podríamos decir que toda persona por el sólo hecho de ser tal posee los atributos que son propios de la personalidad, por lo tanto atesora también los Derechos Personalísimos que le tienen que ser respetados, y dentro de los cuales, el principal es el derecho a la vida, que su existencia y respeto es fundamental para ejercer todos los demás derechos. Por que este derecho tiene un carácter esencialísimo, dado que todos los derechos tutelados por las normas dependen de la efectiva protección de éste.

Ahora bien, si se parte de la base de aceptar que a partir de la concepción se es persona, el por nacer posee un innegable derecho a la vida y su correspondiente protección jurídica. En otras palabras, el derecho personalísimo principia con la concepción, instante éste en que aparece un nuevo ser de la especie con vida propia (con individualidad) aunque dependiente. Cabe mencionar, que si en cambio tomáramos el criterio por el cual se niega que el comienzo de la vida humana va de la mano del origen de la personalidad jurídica, esa protección no tendría la misma entidad que en el caso anterior, hasta podría llegar a ser nula.

4.- Derecho a la vida:

Antes de comenzar a mi entender es relevante hacer una aclaración. El derecho no es sobre la vida, -ya que este no es un bien disponible- porque esto importaría legitimar el suicidio. Por eso entiendo que lo correcto es hablar de derecho a la vida.

Es importante tener en claro que se entiende por vida. Según el diccionario «constituye la manifestación y la actividad del ser. Estado de funcionamiento orgánico de los seres...».

A título de introito en el tema voy a reproducir lo expresado por Gregorio Badeni: «La libertad de vivir, y el consecuente derecho a la vida, son atributos inseparables de la persona humana que condicionan su existencia con el consecuente desenvolvimiento espiritual y material. El derecho a la vida, entendido en un sentido conceptual amplio, comprensivo no solamente de los matices físicos y materiales, sino también de todos los aspectos y proyecciones del individuo, constituye un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a las restantes libertades y derechos, por la simple circunstancia de que ninguna de ellas puede ser considerada en forma separada de aquél.

Sin vida no hay libertad ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que, en su consecuencia, le reconoce al individuo la ley positiva. En realidad, sin vida, no existe el hombre, de modo que no resulta aventurado sostener que ella, más que un derecho, constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia.»⁴

Linares Quintana al respecto observa que el derecho a la vida debe ser entendido en el más amplio sentido conceptual, comprendiendo no sólo lo relativo a lo meramente físico y material, sino a todos los aspectos y proyecciones de la personalidad del individuo, incluyendo esencialmente lo relacionado con su personalidad espiritual y moral; vale decir, a todo lo inherente a la condición de hombre, éste en cuanto cuerpo y alma.⁵

Zavala de González⁶, expresa que entre los bienes inherentes al hombre que el derecho protege, la vida es el supremo, pues sirve de asiento para cualquier otro y para la realización de todos los demás valores.

⁴ BADENI, Gregorio - «El Derecho a Nacer», Buenos Aires, 1993.-

⁵ LINARES QUINTANA, Segundo V. - «Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional», Buenos Aires.

⁶ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde - «Aborto, Persona por Nacer y Derecho a la Vida», LL T. 1983 - D, Sec. Doctrina.

Explica esta autora, que la vida es un bien fúndante, el soporte necesario para el goce actual o potencial de los restantes bienes. Si el hombre no está vivo, falta el “ente” al que se imputa la capacidad de derecho, el sustrato indispensable para la titularidad de cualquier derecho u obligación (art. 30, Cód. Civil). La vida no es sólo objeto de derecho, sino también el presupuesto esencial de la calidad de sujeto de derecho. De allí que no admite matices: se tiene o se pierde, y la pérdida es total, definitiva irreversible. Así, de los bienes humanos, la vida es el primero y el último: el hombre es tal cuando la vida comienza, y deja de serlo cuando ésta termina.

Cabe agregar lo dicho por Bidart Campos⁷, en cuanto a que en que la vida es el valor o bien supremo para el hombre. Expresa que cuando Ortega enseñaba que la vida es la realidad radical, quería decir que es la realidad donde para cada cual arraigan todas las demás. En igual sentido, que la vida es el valor supremo, y el derecho a la vida el primero de todos, significa que si no se está vivo no se puede gozar de los demás derechos. La primera condición para ser titular de otros derechos es estar vivo. Y en este sentido, la vida es el valor supremo.

a.- En la Constitución Nacional:

En este punto analizaremos como se refleja el Derecho a la vida en nuestra Carta Magna.

En cuanto a los antecedentes constitucionales, es importante mencionar que la libertad de vivir interpretada como el derecho a la vida reconocido a los hombres desde el momento de la concepción y hasta su muerte, estuvo presente en la gran mayoría de ellos. A título ilustrativo podemos citar los siguientes:

- El Decreto de Seguridad Individual que fuera aprobado por el Triunvirato el 23 de noviembre de 1811 que establecía que “todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida”.
- El proyecto de constitución elaborado en 1813 por la Sociedad Patriótica declaraba, en su art. 5º, a la vida como uno de los derechos del hombre; agregando, en su artículo 6º, que dicho derecho “tiene un concepto tan uniforme que no necesita de más explicación”.
- El Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815 reconoció el derecho a la vida entre los atributos fundamentales de todos los habitantes del país (art. 1º).
- El Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816, aprobado por el Congreso de Tucumán, dispuso que la vida era uno de los derechos de todos los habitantes (art. 1º), agregando que «tiene un concepto tan uniforme entre todos, que no necesita de más explicación (art. 2º)».
- Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817, donde fue consagrado expresamente por su art. 1º del capítulo I, de la sección I.
- En la Constitución de 1819, se imponía al Estado el deber de proteger a los hombres en el goce del derecho a la vida (art. 109: “...los miembros del Estado deben ser protegidos en los derechos de su vida...nadie puede ser privado de alguno de ellos sino conforme a las leyes”), reproducido textualmente en el art. 159 de la Constitución de 1826.

No podemos negar que atento a lo reflejado por los antecedentes que hicieron al nacimiento de nuestra Carta Magna, el respeto y la protección del derecho a la vida de las personas, siempre estuvo muy presente y tuvo un papel fundamental.

Es importante también lo citado tanto por los Dres. Badeni, Baigorria y Solari, en cuanto a la redacción del artículo 33 por la Convención Provincial de Buenos Aires, encargada de la revisión de la Constitución Federal de 1853. El informe de la comisión examinadora - integrada por los convencionalistas Mitre, Sarmiento y Vélez Sársfield - auspició la incorporación del mentado artículo, aprobado por la Convención Nacional ad hoc reunida en Santa Fe en 1860, con el objeto de que estuvieran comprendidos en dicha norma “todos aquellos derechos, o mas bien, principios que son anteriores y superiores a la constitución misma, que la ley tiene por objeto amparar y afirmar, y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar”.

Precisamente, Vélez Sársfiel, quien en la Convención sostuvo que “no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la sociedad y de la soberanía del pueblo”, fue quien tuvo la responsabilidad de plasmar la reglamentación de los preceptos constitucionales referentes a derecho a la vida en el Código Civil. En éste cuanto se refiere al comienzo de las personas físicas proporciona infraconstitucionalmente en forma explícita y muy clara de que el derecho a la vida está protegido desde la concepción.

No ajenos a los antecedentes anteriormente referidos, Nuestra Carta Magna consagra el derecho a la vida como derecho implícito o no enumerado, emergente del art. 33, y nuestros Códigos Civil y Penal, reglamentarios de la norma constitucional, *tutelando como bien jurídico la existencia de la persona como tal desde el momento de la concepción*; criterio seguido por numerosas cartas de los estados provinciales (ver

⁷ BIDART CAMPOS, German J. – “Algo sobre el derecho a la vida”, LL T. 1993 – A, Sec. Doctrina.

análisis normativo – Constituciones Provinciales) que consagran el derecho a la vida del nasciturus. Súmese a ello, a partir de la reforma constitucional de 1994, los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, los cuales también lo consagran como derecho inherente a la persona humana con tutela legal a partir del momento de la concepción.⁸

a.1.- *Art. 33 de la Constitución Nacional - Derechos Implícitos:*

Como ya lo expresáramos, la Constitución Nacional no contiene una norma expresa que consagre el derecho a la vida, si bien su reconocimiento ya se encontraba presente en los antecedentes constitucionales. No obstante, su fundamento constitucional se encuentra en la cláusula residual del art. 33, donde se establecen los derechos implícitos o no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto sosteniendo: “Esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional” (Fallos: 302:1298: C201 XXI Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ Amparo, sentencia del 27/01/87).

En lo referente a los derechos implícitos o no enumerados, su catálogo no forma parte expresamente del orden normativo de la constitución formal, pero ha de reputarse incluido en ella, a tenor de las siguientes pautas y conforme las siguientes bases: a) las que proporciona el deber ser ideal del valor justicia, o derecho natural (pauta dikelógica); b) las que proporciona la ideología de la constitución que, acogiendo la pauta dikelógica, organiza la forma democrática de nuestro estado respetando la dignidad de la persona, su libertad y sus derechos fundamentales (pauta ideológica, valores y principios fundamentales que contiene el orden de las normas constitucionales); c) las que proporciona el art. 33 (pauta de la justicia «formal» en el orden de normas constitucionales); d) las que proporcionan los tratados internacionales sobre derechos humanos y e) las que proporcionan las valoraciones sociales progresivas.

En este orden de ideas Quiroga Lavié sostiene que sea el derecho a la vida un derecho implícito no debilita su condición jurídica. Por el contrario, se trata de un derecho «natural» fuerte, que la ley y el Estado no puede dejar de respetar. Coincidiendo esta interpretación con la de la Corte Suprema de la Nación según la cual el «derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva» (F. 302:1284)⁹.

Para Sagues, este derecho está explícito en el art. 29 de la Constitución Nacional, cuando puntualiza que la vida de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna; expresa también que este derecho está captado por el art. 33, como derecho natural supraconstitucional.

Agregando además, que en cuanto a sus caracteres, se trata de un derecho constitucional fúndante y personalísimo, ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos.

Si bien tenemos en claro que se protege la vida, el autor mencionado ut-supra se pregunta si esta protección incluye también la del feto. En respuesta se expresa diciendo que “conforme al techo ideológico cristiano de la Constitución, la respuesta es inexorablemente afirmativa. Hay pues un derecho constitucional del gestante”.¹⁰

Ekmekdjian¹¹ opina que este artículo deja a salvo la existencia de derechos que no obstante no estar mencionados en el texto constitucional, derivan de las fuentes expresadas en él (principio de la soberanía y de la forma republicana de gobierno), haciendo alusión entre los ejemplos al derecho a la vida.

Deja en claro que el objeto de esta cláusula es limitar el poder del Estado, haciendo presente que éste tiene la obligación de respetar los derechos fundamentales del hombre y del pueblo, aun cuando no estén expresamente previstos en el texto constitucional.

Badeni al respecto se expresa de la siguiente forma: “El contenido teleológico de la Constitución, tan claramente expresado en su Preámbulo y cláusulas consecuentes, revela que la finalidad única de la norma constitucional es la protección de la libertad y dignidad del hombre, y que toda interpretación de sus preceptos debe estar orientada hacia esa meta. Toda interpretación de las normas constitucionales debe estar encaminada a la preservación de esa libertad y dignidad, que *presupone la vida del hombre*, con prescindencia de todo otro valor jurídico y social”. (La cursiva no pertenece al citado autor).

Concluye que si bien el denominado derecho a la vida no está expresamente enunciado en la Constitución Nacional, a través de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de sus preceptos, resulta claro que este atributo integra el concepto del hombre objeto de la regulación constitucional, con la consecuente obligación para el Estado y los particulares de velar por ella. Es que sin vida no existe el hombre, ni

⁸ BAIGORRIA, Claudia E. y SOLARI, Néstor E. – “El Derecho a la vida en la Constitución Nacional”, ED T. 1994 – E, Sec. Doctrina.

⁹ QUIROGA LAVIE, Humberto.- «Constitución Argentina Comentada», Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1996.

¹⁰ SAGUES, Néstor Pedro - «Elementos de Derecho Constitucional», Ed. Astres, Buenos Aires.

¹¹ EKMEKDJIAN, Miguel A. - “Manual de la Constitución Argentina” - Ed. Depalma, 4ta. Edición, Buenos Aires, 1999.

la libertad y la dignidad que le garantiza el texto constitucional; y sin el amplio reconocimiento de la libertad natural de vivir, no existe una constitución personalista.

Agrega que al margen de las referencias contenidas en los antecedentes constitucionales, y del artículo 33 que lo rotula de cláusula residual, en la cual está incluido implícitamente el derecho a la vida, la Constitución contiene algunas disposiciones que hace mención de ciertos aspectos relacionados con este derecho. Estas últimas son: 1) el artículo 18 en el cual se prohíbe en forma absoluta la pena de muerte por causas políticas y todo tormento denigrante para la condición humana; y 2) el artículo 29 que fulmina con una nulidad insanable todo acto del Congreso y de las legislaturas provinciales que importe la concesión, al Ejecutivo Nacional o a los gobernadores de provincia, de facultades extraordinarias, la suma del poder público o el otorgamiento de sumisiones o supremacías por las que la vida de las personas quede a merced de algún gobierno o individuo, agregando que quienes generen o consientan semejantes actos quedarán sujetos a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.

Al respecto la Dra. María Angélica Gelli señala que la Constitución Argentina no incluía, en la declaración de derechos del artículo 14 (derechos estos que son absolutos), el derecho a la vida. No obstante, existía acuerdo en la doctrina jurídica acerca de que aquel derecho se encontraba reconocido y asegurado, implícitamente, en la norma de base. En primer lugar, por constituir la vida humana uno de los valores esenciales del liberalismo democrático y del iusnaturalismo teísta, presente en el Preámbulo y en el artículo 19 de la Constitución. En segundo lugar, por el reconocimiento de los derechos no enumerados o implícitos, efectuado por el artículo 33 de la Constitución Nacional. Esta disposición proveyó suficiente protección jurídica a la vida, aunque la norma fundó los derechos no enumerados en los principios de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno. En tercer lugar a partir de lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, en tanto esa disposición ordena la nulidad absoluta del otorgamiento de sumisiones o supremacías al Poder Ejecutivo Nacional o a los Gobernadores de provincias, por las cuales la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna.

Finalmente, cabe agregar que aún antes de la reforma constitucional de 1994 -tema que analizaremos a continuación- la República Argentina ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, ambas directamente relacionadas con la cuestión.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue aprobada por ley 23.054, promulgada el 19 de marzo de 1984 e incorporada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75, inc. 22), dispone en su art. 4º que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.". Es importante reparar en el término "en general" contenido en esta norma; dado que éste es usado como argumento para decir que no se violaría esta norma internacional si se permitiera el aborto. El uso de esta expresión, poco feliz por cierto como expresara Quian Zavalía, fue producto de adecuar el texto del instrumento internacional a la realidad jurídica de que en muchas de las naciones intervinientes se autorizaba en sus legislaciones el aborto, ya sea sin restricciones o figuras particulares en las cuales no era punible.

En el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea de las Naciones Unidas, que fue aprobada por ley 23.849 el 20 de noviembre de 1989 y que fue también incorporada a nuestra Carta Magna, en la reforma anteriormente referenciada, y reza lo siguiente: "el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Es importante aclarar que nuestro país al aprobar la presente convención por la ley antes mencionada, formuló una reserva, señalando en lo atinente: "...Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad" (art. 2º, ley 23.849).

a.2.- *Reforma Constitucional de 1994 - Tratados Internacionales de rango Constitucional:*

En lo relativo a la reforma de nuestra Carta Magna se destacan dos importantes modificaciones que hacen al tema del presente trabajo; la primera es la referente a la incorporación en el inc. 23 del art. 75 de dos nuevas cláusulas, una sobre la "igualdad de posibilidades" y la otra sobre "protección del niño y de la madre"¹²; y la segunda modificación es la insertada por el inc. 22 del art. 75 en la cual se les atribuye a las declaraciones y los tratados que cita la jerarquía constitucional.

¹² BAIGORRIA, Claudia E. y SOLARI, Néstor E. - "El derecho a la vida en la Constitución Nacional" LL. T. 1994- E, Sec. doctrina.

a.3.- *Artículo 75, inc. 23:*

En cuanto al primer párrafo del inc. 23, por el cual, dentro de las atribuciones del Congreso se incluye la de "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.", se le daría una protección al por nacer, si interpretamos, lo reseñado a la luz de la reserva hecha por nuestro país a la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea de las Naciones Unidas.

En lo que respecta al segundo párrafo, que faculta al Congreso dentro de sus atribuciones al dictado de 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; si bien fue una buena intención de dar protección a la vida humana desde la concepción, no alcanzó debido al desacuerdo existente entre los convencionales constituyentes en cuanto a reflejar expresamente este derecho en nuestra Carta Magna.

Badeni al respecto expresa que hubiera sido preferible que, con referencia a los niños, la norma se refiriera a la "concepción" por ser éste el momento en que comienza la vida de las personas. De todas maneras, la referencia constitucional al "embarazo", significa el reconocimiento del derecho a la vida antes del nacimiento de las personas.¹³

Gelli comenta al respecto que la Convención Reformadora de 1994 discutió ampliamente la cuestión del derecho a la vida, su inicio y el alcance de la tutela jurídica que debería brindarle el Estado.

El debate se desarrolló durante el análisis de las reformas a las atribuciones del Poder Legislativo, en orden al establecimiento de un régimen de seguridad social del niño, en situación de desamparo, y de la madre, durante el embarazo y la lactancia.

La ubicación normativa del tema se debió, según esta autora, a que la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional no había habilitado -entre los derechos nuevos a incorporar- el derecho a la vida o la cuestión del aborto. Pese a ello, la cuestión se introdujo al momento de armonizar y establecer las competencias del Congreso Federal.

En similar criterio se expidieron Baigorria y Solari en su artículo "El derecho a la vida en la Constitución Nacional". Expresan en el punto referente a la génesis del inciso 23 del artículo 75 que prácticamente este fue aprobado sobre el cierre de la Convención Constituyente y que el tema de la protección del concebido no había sido originalmente incorporado dentro de los temas habilitados para el debate de la Convención, enumerados en el art. 3º de la ley 24.309.

No obstante, el inciso fue incluido con fundamento en el punto E de los temas habilitados referido a la actualización de las atribuciones del Congreso Nacional, previstas en el anterior art. 67 de la Constitución Nacional.

De este modo se introdujo la nueva norma constitucional, la cual respondió originariamente al propósito oficialista de consagrar el derecho constitucional a la vida, en virtud de una cláusula punitiva del aborto; objetivo este que luego no fue concretado.

En efecto, planteada la cuestión en la Comisión redactora, fue objeto de fuertes reacciones por parte de varios sectores políticos.

Finalmente, la Comisión redactora aprobó por mayoría, con fecha 18/08/94, un texto consensuado en defensa de la vida que distaba mucho de la intención originaria de penalizar constitucionalmente el aborto. En efecto, el pretendido texto sobre el derecho a la vida quedó redactado como una atribución del Congreso Nacional de "dictar un régimen 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".¹⁴

Claramente se concluye de lo expuesto que no se realizó un análisis y debate con la profundidad que el tema en cuestión merece, perdiéndose una gran oportunidad de ver reflejado en nuestra Constitución, o no, este derecho. Igualmente de un análisis integral se desprendería a mi criterio, de esta norma conjuntamente con lo expresado en otras, como el art. 33, del cual ya hemos hablado, y del inc. 22 del art. 75 que hablaremos a continuación, que existiría sin lugar a dudas una normativa vigente con clara tendencia a la protección del por nacer a partir de la concepción la cual no puede ser desconocida.

Congruentemente con lo expresado por Gregorio Badeni y con lo expuesto en el párrafo anterior por los autores anteriormente referenciados en tal sentido opinan que la cláusula constitucional en cuestión es

¹³ BADENI, Gregorio - "Nuevos Derechos y Garantías Constitucionales", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

¹⁴ BAIGORRIA, Claudia E. y SOLARI, Néstor E. - "El derecho a la vida en la Constitución Nacional" LL. T. 1994- E, Sec. doctrina.

imprecisa y equívoca pues, al hablar de “embarazo” y no de “concepción” - criterio este último que consideraran debió ser utilizado -, no resulta congruente con la Constitución Nacional, donde se consagra el derecho a la vida como derecho implícito, y con su respectiva reglamentación por los códigos de fondo, los cuales consagran como bien jurídico protegido al nasciturus desde la concepción; además de las numerosas constituciones provinciales. Agréguese a ello, los tratados internacionales sobre derechos humanos, hoy con jerarquía constitucional, los cuales también consagran el derecho a la vida del nasciturus, como se verá a continuación.

Sagues, en referencia a lo desarrollado reflexiona del siguiente modo. La reforma de 1994 introdujo una novedad en el tema, ya que el nuevo art. 75, inc. 23, programa “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”.

La norma provoca un primer interrogante, en el sentido del comienzo de tal tutela: ¿”desde el embarazo”, a tenor del art. 75, inc. 22, o “a partir del momento de la concepción” según el art. 4º del Pacto de San José de Costa Rica? Tal presunta diferencia se explica porque cuando se redactó el texto de lo que después sería el actual art. 75, inc. 23, aún no se había aprobado la cláusula que dio rango constitucional al Pacto de San José. En definitiva, según el mensaje del constituyente, el amparo a la persona por nacer comienza desde la concepción (ver “Diario de Sesiones”, p. 4606).

Concluye Sagues que si cabe la tutela constitucional de la persona por nacer desde la concepción, el aborto discrecional o libre es un acto prohibido por la Constitución.¹⁵

a.4.- Artículo 75, inc. 22:

Otra de las reformas más importantes incorporadas por la Convención Reformadora de 1994 en la Constitución Nacional, consiste en la jerarquización constitucional de ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esto se concreto a través del art. 75, inc. 22 en el cual se le atribuye directamente la jerarquía constitucional a los siguientes instrumentos internacionales:

- 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- 2) Declaración Universal de Derechos Humanos;
- 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica;
- 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- 5) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- 6) Protocolo Facultativo del Pacto citado en el anterior inciso;
- 7) Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;
- 8) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial;
- 9) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;
- 10) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- 11) Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a los instrumentos referenciados anteriormente existen discrepancias de opinión, no sólo en cuanto a su rango, sino también a si están incorporados o no a la Ley Fundamental.

Al respecto Bidart Campos¹⁶ aclara que los once instrumentos internacionales del inciso 22 no forman parte de la constitución; sino que se les reconoce jerarquía constitucional gozando de ella sin estar incorporados a la Constitución y, fuera de su texto, integran el llamado Bloque de Constitucionalidad Federal. Siguiendo este razonamiento sostiene que es conveniente aclarar que “estar incorporados al derecho interno” con rango equivalente al de la Constitución no es igual a estar o quedar incorporados a la Constitución. Todo tratado, cualquiera sea su orden prelatorio en el derecho interno, se incorpora al derecho interno - o entra a integrarlo - mediante el acto de ratificación internacional. Que nuestro inciso 22 haya previsto que, una vez incorporados, los tratados sobre derechos humanos taxativamente citados se sitúan en nuestro orden jurídico en el vértice que encabeza la constitución, es cosa distinta.

Aclara el significado de la frase “en las condiciones de su vigencia” reviste importancia desde la perspectiva interna y desde la internacional. En cuanto al aspecto interno, que es el que más nos interesa a los efectos del presente trabajo, debe entenderse que “condiciones de su vigencia” son las que, al tiempo de entrar en vigor la reforma, surgían del previo reconocimiento o ratificación que les había deparado nuestro país. Por ende, “en las condiciones de su vigencia” es una pauta que indica que se deben tomar en cuenta las reservas y aclaraciones de todo tipo que Argentina incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación o adhesión internacional a cada uno de los textos mencionados en los once apartados.

¹⁵ SAGUES, Nestor Pedro - “Elementos de Derecho Constitucional” - Editorial Astrea.

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. - “Tratado Elemental de Derechos Constitucional Argentino”- Editorial Ediar.

En igual sentido Quiroga Lavié cuando se refiere a la jerarquización constitucional de los tratados internacionales aclara que es adquirida “en las condiciones de su vigencia”, conforme el texto de nuestra Ley Fundamental. Significando esto que si los Estados han formulado reservas o declaraciones interpretativas – en los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados- (podemos citar como ejemplo la reserva hecha a la Convención sobre los Derechos del Niño respecto de lo que debe interpretarse por niño) a la hora de ratificar un tratado, ellas forman parte del mismo, de acuerdo con la regla constitucional.¹⁷ No vulnerándose así el art. 27 en cuanto a que los tratados a los que se someta el Estado Argentino estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional.

Siguiendo con Bidart Campos; opina que la frase “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” su introducción revela una mala técnica normativa, atento a que como conjunto normativo (la constitución más los once instrumentos dotados de jerarquía constitucional) que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se lo considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este “algo” de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el “algo” que se le atribuye a otro o a otros.

Badeni, en cambio, sostiene que si bien los tratados de derechos humanos contenidos en el art 75, inc. 22, tienen un rango superior a las leyes, no tienen jerarquía constitucional sino que están subordinados a ésta y por lo tanto no pueden modificarla.

Este autor sigue el razonamiento jurídico que a continuación transcribo para concluir la opinión volcada en el párrafo anterior.

El segundo y tercer párrafos del art. 75, inc. 22, expresa que destacan éstos, que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional aclarando, el primero de ellos, que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” en donde, precisamente, están enunciados los derechos constitucionales.

Todos los derechos humanos disfrutan de reconocimiento en el articulado de la Constitución, ya sea en forma expresa o de manera implícita como consecuencia de la cláusula residual establecida por el art. 33. De manera que, a su criterio, es imposible que un tratado añada nuevos derechos constitucionales, por la sencilla razón de estar ya previstos en la Ley Fundamental.

Lo que sí pueden efectuar los tratados internacionales es precisar ciertas modalidades bajo las cuales se exterioriza el ejercicio de tales derechos, siempre que ello no conduzca a la negación o desnaturalización de cualquiera de los derechos constitucionales.

Por tal razón, el citado inc. 22 establece que un tratado internacional sobre derechos humanos, a pesar de tener jerarquía constitucional, no deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución y, si no deroga artículo alguno de la primera parte, significa que su jerarquía es inferior a la asignada a la Constitución Nacional por su art. 31.¹⁸

Además, el inc. 22 define claramente cuál es el alcance atribuido a los tratados internacionales con los vocablos “tienen jerarquía constitucional”. Solamente “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías” que reconoce la Constitución.

El carácter complementario significa que las estipulaciones de un tratado tienen carácter reglamentario de los derechos enunciados por la Ley Fundamental, que también pueden emanar de una ley del Congreso aunque, claro está, ella tendrá jerarquía inferior a las prescripciones de un tratado.

Si mediante un tratado de esta naturaleza no es viable la derogación de artículo alguno de la primera parte de la Constitución, que además de enunciar derechos también formula declaraciones y principios de organización estatal, significa que los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de tener “jerarquía constitucional”, están subordinados a una Constitución que no puede modificar.

A esta interpretación se añade la cláusula del art. 27¹⁹ de la Constitución que subordina la validez de los tratados a los principios del derecho público establecidos en la Constitución, siendo que todos los enunciados que contiene una Constitución son necesariamente de derecho público.

¹⁷ QUIROGA LAVIÉ, Humberto – “Constitución Argentina Comentada” – Editorial Zavallía, Buenos Aires, 1996.-

¹⁸ CN - Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

¹⁹ CN – Artículo 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Y culminando Badeni con su razonamiento, expresa que por otra parte, si se llegara a aceptar que esta categoría de tratados está por encima de la Constitución o equiparada a ella, se habría modificado el art. 30 de la Ley Fundamental que reserva, de manera expresa, el ejercicio de la función constituyente a una Convención Reformadora que debe ser convocada por el Congreso.

En síntesis, si tomamos el criterio por el rango de los Tratados es inferior a la Constitución; podríamos decir que la introducción de estos instrumentos internacionales al orden jurídico interno, llevada a cabo a través de la Reforma de nuestra Carta Magna, ratifica el criterio de que la protección de la persona existe en nuestro sistema normativo desde la concepción. Encontraríamos fundamento de lo dicho en que si los Convencionalistas hubieran tenido criterio distinto al expuesto, con este accionar hubieran producido una contradicción entre la Ley Fundamental y aquellos instrumentos que reconocen expresamente la protección del por nacer desde la concepción y con las reservas hechas al ratificarlos –que como expresara Quiroga Lavíé anteriormente son parte de los mismos-.

Si en cambio tomamos el criterio por el cual el rango de dichos instrumentos internacionales es igual al de la Constitución Nacional, llegamos a igual sentido respecto de la protección de la persona por nacer en razón de la interpretación sistemática que hay que hacer del conjunto normativo.

b.- En el Derecho Civil:

En lo referente a esta Normativa me remito a lo expuesto en los puntos PERSONA, COMIENZO DE LA PERSONA y ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD.

c.- En el Derecho Penal:

Antes de entrar en el análisis de las distintas figuras típicas que se encuentran en el Código Penal Argentino, procederemos a buscar un concepto de “Aborto”.

c.1.- Concepto:

En un primer acercamiento al concepto nos remitimos a lo contenido en la Enciclopedia Omeba, donde nos ilustra sobre el objeto de este punto, refiriendo que el Código no da una definición del aborto, ni tampoco establece distinguos entre aborto y destrucción del feto que no son siempre aconsejables en un texto penal. En términos legales el término aborto es más amplio que en sentido médico pues el mismo comprende tanto la expulsión como la destrucción del feto. Es por esto que Carrara lo definió como “la muerte dolosa del feto en el útero; o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto”. En realidad, destrucción del feto en el útero o expulsión procurada del mismo con muerte inmediata son dos aspectos de la interrupción del embarazo que caracteriza al aborto. La destrucción implica necesariamente y más o menos tarde una subsiguiente expulsión y ésta cuando procurada no a efectos de acelerar un parto, sino de destruir el feto, implica la destrucción del mismo en el sentido de que deja de vivir como consecuencia de haber sido violentamente expulsado.

Para que exista aborto basta la interrupción provocada del embarazo seguido de la muerte del producto de la concepción.

En el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales se define al aborto como: «acción de abortar, parir antes de que el feto pueda vivir. Ese hecho tiene dos significados muy diferentes: uno de ellos, de escaso o ningún interés jurídico, se produce cuando la expulsión anticipada del feto ocurre de manera natural; es decir, espontánea; porque entonces lo único que sucede es la desaparición de los derechos que hubieren podido corresponder a la persona por nacer. Cosa distinta se presenta cuando la salida del feto del claustro materno se provoca de manera intencional mediante ingestión de drogas o ejecución de manipulaciones productoras de ese resultado o que lleven la intención de producirlo. En este último supuesto, el acto puede constituir delito o no. Será hecho delictivo cuando la provocación del aborto no esté justificada por ninguna razón suficiente. Por lo contrario, no será delito cuando se trate de un aborto terapéutico practicado por prescripción médica y por profesional médico, a fin de evitar el peligro para la vida o la salud de la madre. Otro caso de impunidad del aborto, según determinan algunas legislaciones, es el que se practica sobre mujer idiota o demente que ha sido violada, siempre que se haga con consentimiento de sus representantes legales. Ha sido materia de discusión en la doctrina si ese derecho de abortar debería concederse a la mujer que, sin ser idiota ni demente, ha quedado encinta a consecuencia de una violación. Todavía queda otra causa de posible exención o atenuación de la responsabilidad para aquellos casos del llamado aborto honoris causa, el que tiene por finalidad ocultar la deshonra de la mujer, generalmente soltera, que queda embarazada, concepto que actualmente resulta anacrónico por cuanto la idea del honor en su sentido sexual ha variado radicalmente.»

Núñez al respecto expresa que el Código no da un concepto del aborto, pero no por esto se puede decir que no se lo pueda definir de manera específicamente jurídica. Agrega que nuestros autores han distinguido

entre el concepto médico del aborto y su concepto jurídico. Médicamente, desde el punto de vista puramente ginecológico, el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente. Por el contrario, el concepto legal del aborto, como delito contra la vida, atiende en su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte de su fruto. Por consiguiente, son presupuestos materiales indefectibles del aborto: la existencia de un embarazo, la vida del feto y su muerte a raíz de los medios abortivos utilizados al efecto.²⁰

Fontán Balestra al tratar la materialidad del aborto refiere al respecto expresando que consiste en la interrupción del embarazo, con muerte del feto o fruto de la concepción. Aclara, pienso que con muy buen criterio, que utiliza esa última expresión para situar el concepto jurídico al margen de los distinguos que la medicina hace sobre el momento en que el huevo es considerado feto.

Esta noción material que se ha dado del aborto, válida para el Derecho argentino, supone un presupuesto: la existencia de feto vivo; e impone una limitación: que la muerte haya sido causada antes de comenzar a nacer.

Debe tratarse de feto vivo, porque el delito consiste en causar su muerte. Pero no es indispensable que la muerte se produzca dentro del seno materno; puede ser que el feto sea expulsado con vida y morir, sin mediar hecho alguno posterior, como consecuencia de la expulsión prematura provocada por el aborto.²¹

Soler entiende que el aborto es la muerte inferida a un feto. De ello se deduce que la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto que no pueda ser calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, condición que, según sabemos, principia con el comienzo del parto. Toda acción destructiva de la vida, anterior a ese momento, es calificada de aborto, sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura, forma esta última que es precisamente la más característica del modo de actuar que corresponde a este delito.

De ello se deduce que el elemento esencial consiste en la muerte del feto. Éste es protegido en la medida en que es un embrión de vida humana.

Concluyendo, aclara que establecido el estado de gestación, es indiferente el grado de desarrollo alcanzado por el feto.

Es muy importante no olvidar lo dicho al comienzo de este trabajo, en el punto CONCEPTOS PREVIOS, donde procedí a citar lo que se entiende por embrión y por feto. El fundamento de esto es que la gran mayoría de los autores utilizan indistintamente estos vocablos, lo cual sería un incorrecto uso terminológico, que podría llegar a interpretaciones erróneas; como decir que si el sujeto pasivo del delito de aborto es el feto - que es el producto de la concepción, después del tercer mes de embarazo y antes del parto - hasta el tercer mes no estaría punida penalmente la muerte del por nacer.

Creo que sería importante llevar a cabo una definición precisa de que se entiende por aborto en el Código Penal.

Para Creus el delito de aborto está constituido por la interrupción del embarazo, siempre y cuando esa interrupción se haya producido matando al feto. Explica que la interrupción que no se ha producido por muerte del feto, no consuma el aborto (puede ser una tentativa de aborto imposible) y el posterior acto de matar a un feto que ha nacido con vida será homicidio. Pero si la maniobra abortiva ha causado la muerte del feto, es indiferente su carácter o modo; jurídicamente tanto es aborto la muerte del feto dentro del seno materno, como la que es consecuencia de su provocada expulsión, cuando por las características del feto (su inmadurez), tal ha sido el medio seleccionado para matarlo, o cuando la expulsión se produce por un procedimiento que implica darle muerte.²²

Otros autores como Dayenoff entienden que el aborto consiste en la interrupción del embarazo produciendo de ese modo la muerte del feto, ya sea dentro del seno materno o por medio de la expulsión anticipada del mismo.²³

En síntesis podríamos decir que se entiende por aborto – en la órbita del derecho penal – a la interrupción del embarazo que es producida por la muerte de la persona por nacer, en el transcurso temporal que se extiende desde la concepción hasta el hecho de su nacimiento.

c.2.- Bien Jurídico protegido:

El bien jurídico tutelado en el delito de aborto es la vida del feto, pero atento a la aclaración que hiciera en el punto anterior, sería más adecuado terminológicamente hablando expresar que lo protegido es el fruto de la concepción, que según en la etapa que se encuentre de su desarrollo adquirirá distintos nombres (ovocito, huevo, embrión, feto).

²⁰ NUÑEZ, Ricardo C. - "Tratado de Derecho Penal Argentino - Parte Especial" - Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.-

²¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos - "Tratado de Derecho Penal - Parte Especial", Ed. Abeledo Perrot, 1968, Buenos Aires.

²² CREUS, Carlos - "Derecho Penal - Parte Especial", Ed. Astrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 1996.-

²³ DAYENOFF, David Elbio - "Código Penal" - Ed. A-Z, 6ta. Edición, Buenos Aires, 1998.

Es importante tener en cuenta, que se encuentra situada metodológicamente dentro del «Título 1: Delitos contra las personas, Capítulo 1: Delitos contra la vida» de nuestro Código Penal; lo cual nos permite deducir que el Legislador al crear la figura típica en cuestión dio por sentado que el producto de la concepción es persona humana y en consecuencia susceptible de especial protección.

Al respecto Creus, cuando en su obra se refiere al “Capítulo I – Delitos contra la vida”, en primer término expone que en las figuras tipificadas en este capítulo amparan la vida humana, en segundo término que puede decirse que hay vida humana allí donde una persona existe, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo: desde que es concebida por medio de la unión de las células germinales, que marca el punto inicial de ese desarrollo, hasta que se acaba con la extinción del funcionamiento orgánico vital (muerte), y en tercer término, el objeto de protección es el funcionamiento vital y no cualquier manifestación de vida. Esto último quiere decir que se destruye una vida humana cuando se hace cesar la actividad del complejo orgánico – la ley no tutela la actividad autónoma de un órgano ni de un conjunto de órganos del organismo que constituye el ser - separados del ser humano, en cualquier estadio de su evolución, desde el más simple hasta el más complejo.

Fontán Balestra expone que «La Cámara del Crimen de la Capital señaló claramente que el bien jurídico tutelado es la vida del feto, al declarar que la mujer que ha consentido el aborto no es jurídicamente víctima de él, sino que lo es el feto, pues la vida de éste es el único bien protegido; el daño que pudieran aparear las maniobras dolosas de un tercero no está protegido, pues la madre inviste una sola calidad: la de victimaria (LL, 108-740)...Aun cuando lo natural es que el feto muerto se desprenda del cuerpo de la madre y sea expulsado, ello puede no ocurrir, particularmente en los casos de muerte abortada. Pero la expulsión o no expulsión del feto no forma parte del hecho aborto, por que el delito se consuma en el momento de ser destruida la vida intrauterina, que es el objeto de la tutela penal.»²⁴

Al respecto Lennon refiere que el bien jurídico protegido se trata de la vida humana, valor fundamental por lo que es ella en sí misma y porque sin ella todos los demás bienes carecen de sentido y razón de ser. Agrega que el derecho a la vida es inherente al hecho de vivir; y esta sola circunstancia es razón suficiente para que el orden jurídico reconozca, respete y resguarde aquel derecho.²⁵

A modo de síntesis podríamos decir que el bien jurídico protegido es la vida humana en una etapa de su desarrollo; que se extiende desde la concepción hasta que se produce el hecho del nacimiento.

c.3.- *Requisitos Materiales:*

Dos son los presupuestos básicos indispensables para que este delito sea posible: primero que exista embarazo y segundo que el feto esté vivo. En referencia a este último no debemos olvidarnos que por feto se entiende el producto de la concepción en cualquiera de las etapas de su desarrollo.

En cuanto a la existencia del embarazo, a decir de Creus,²⁶ la acción típica únicamente puede concebirse con la existencia de una mujer embarazada, sin que interese el procedimiento por medio del cual logró dicho embarazo (fecundación por medio de contacto carnal, por inseminación artificial, implantación de un óvulo fecundado).

Y al respecto del segundo presupuesto expresa que la acción típica sólo se puede darse cuando el feto del que la mujer está embarazada se encuentra con vida en el momento de realizarla.

De lo dicho se infiere que lo que se pune en estas figuras no es la realización de maniobras abortivas, sino la muerte del feto. Estamos pues, ante un delito de estricto carácter material: esa muerte es el resultado a través del cual se consuma el delito.

Núñez²⁷ cuando se refiere a los requisitos materiales nos enseña que debe existir un feto. Define a tal como el producto de la concepción de la mujer. Es indispensable que la mujer esté preñada. En el concepto jurídico-penal, que no difiere del civil (C.C. art. 70), existe un feto desde su concepción del nuevo ser en el seno materno, y no sólo desde que pasa el período embrionario, que dura hasta fines del tercer mes de embarazo.

No basta que haya existido un feto con vida, sino que es necesario que la conserve en el momento del hecho, aunque por sus condiciones o las de la madre no sea viable. La de la existencia de un feto con vida es, en la generalidad de los casos, una cuestión totalmente médica.

La muerte del feto es el último requisito material del aborto. Debe tratarse de un aborto provocado. Y éste se puede consumir matando el feto en el seno materno, con o sin expulsión ulterior, o matándolo mediante

²⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos - “Tratado de Derecho Penal - Parte Especial”, Ed. Abeledo Perrot, 1968, Buenos Aires.

²⁵ LENNON, Lucas J. - “La protección penal de la persona por nacer” - “El Derecho a nacer”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.-

²⁶ CREUS, Carlos - “Derecho Penal – Parte Especial”, Ed. Astrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 1996.-

²⁷ NUÑEZ, Ricardo C. - “Tratado de Derecho Penal Argentino - Parte Especial” - Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.-

su expulsión o aborto. Merece traer a colación la aclaración que al respecto de esto último hace el referido autor. El dice que el primer caso no ofrece ninguna dificultad, dado que cualquiera que sea el grado de desarrollo del feto, su muerte en el seno materno es un aborto. En cambio no es tan claro el caso de la muerte del feto mediante el procedimiento del aborto.

Explica al respecto que el proceso de un aborto provocado no puede generar un infanticidio, porque éste supone un proceso de nacimiento, el cual en su desenvolvimiento natural o artificial, es distinto del aborto. Ambos son modos de parir. Pero en tanto que el nacimiento implica que la mujer pare en tiempo oportuno para que su fruto pueda vivir fuera de su seno y mediante un proceso natural o artificialmente destinado a esto; el aborto significa hacer que la mujer para antes de que el feto esté en esas condiciones, de manera que la sola expulsión produzca la muerte, o significa hacer que la mujer para en cualquier momento, pero mediante un proceso tendiente a matar el feto.

Para Fontán Balestra²⁸ la noción material de aborto –la cual fuera incorporada al presente trabajo en el punto “Concepto”- supone un presupuesto: la existencia de feto vivo; e impone una limitación: que la muerte haya sido causada antes de comenzar a nacer.

Explica al respecto que debe tratarse de feto vivo, porque el delito consiste en causar su muerte. Pero no es indispensable que la muerte se produzca dentro del seno materno; puede ser el feto expulsado con vida y morir, sin mediar hecho alguno posterior, como consecuencia de la expulsión prematura provocada por el aborto.

Sólo cuando la causa de la muerte es la expulsión prematura consecuente con la interrupción del embarazo, se configura el aborto; si el ser nace con vida, aunque sea precaria, y la muerte se causa durante el nacimiento o por un acto posterior a él, esa muerte es un homicidio.

Agrega una aclaración importante en cuanto al tiempo transcurrido desde la gestación: dice que es suficiente y necesario el estado de gravidez –embarazo-, lo que equivale a decir la existencia del feto, presupuesto lógico e indispensable del aborto. El período durante el cual el aborto puede cometerse se extiende hasta el momento en que comienza el nacimiento, que es el que separa el aborto del homicidio o infanticidio en la ley argentina. La falta del presupuesto material constituido por la existencia de un embrión vivo, motiva la ausencia del objeto de la tutela penal. Sea que se trate de mujer no embarazada, sea que el fruto carezca de vida.

En este punto, no solo hemos analizado los presupuestos esenciales para que se pueda producir la acción típica -existencia de embarazo y que el concebido se encuentre con vida- sino que hemos ido más allá, haciendo una introducción a los elementos comunes a todas las figuras de aborto.

c.4.- Figuras del artículo 85 del Código Penal:

“Artículo 85.- El que causare un aborto será reprimido:

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

2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con 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.”

c.4.1.- Aspecto subjetivo; el dolo:

Las figuras de aborto previstas en los dos incisos del art. 85 son dolosas.

En este sentido Fontán Balestra²⁹ expresa que el dolo consiste en el conocimiento de la existencia del embarazo y la voluntad de causar la muerte del feto. Se requiere, pues, el dolo directo. Lo que se requiere es el propósito de causar el aborto. Agrega que el dolo eventual no concreta la exigencia subjetiva típica de este delito. Es éste uno de los casos en los que el análisis de los elementos del tipo tienen el efecto de requerir una determinada especie de dolo.

Núñez³⁰ al respecto expresa que la ley no imputa a título de culpa. Excepcionalmente castiga el aborto causado preterintencionalmente por un tercero. Por regla, requiere el dolo directo o de propósito. El propósito –aclara- solo requiere, la intención directa de matar al feto, vale decir, proceder para matarlo.

Explica que cuando la ley especializa el dolo o, en otros términos, exige un elemento subjetivo del tipo penal, es posible que exista contradicción, que este elemento exista como hecho psíquico aunque el autor obre lícitamente.

Remarca que el aborto común no es imputable a título de dolo eventual.

Cuando Creus³¹ se refiere al tema refiere que la doctrina no es pacífica al respecto. Según él, para unos,

²⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos - “Tratado de Derecho Penal - Parte Especial”, Ed. Abeledo Perrot, 1968, Buenos Aires.

²⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos - “Tratado de Derecho Penal - Parte Especial”, Ed. Abeledo Perrot, 1968, Buenos Aires.

³⁰ NUÑEZ, Ricardo C. - “Tratado de Derecho Penal Argentino - Parte Especial” - Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.-

³¹ CREUS, Carlos - “Derecho Penal – Parte Especial”, Ed. Astrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 1996.-

únicamente es admisible el dolo directo (querer interrumpir el embarazo matando al feto); el dolo eventual se descarta por la interpretación que hay que dar al contenido subjetivo del aborto preterintencional (art. 87, Cód. Penal). Para otros, en algunos casos específicos se puede admitir un cierto grado de eventualidad del dolo; tal cosa se daría en los supuestos en que lo que ha pretendido el autor es producir la expulsión (p. ej., para adelantar el nacimiento), aceptando la probabilidad de la muerte del feto, en cuyo caso habría un dolo directo respecto de aquel procedimiento y dolo eventual respecto de este resultado (Soler); pero se ha señalado que entonces no se “causa un aborto”, sino que se “anticipa un nacimiento” (Núñez, Fontán Balestra).

Claro está que, dándose el dolo directo, es indiferente cuál haya sido la motivación del autor al querer eliminar el producto del embarazo, salvo en los casos en que la misma ley enuncia determinadas finalidades como elementos de la tipicidad.

A mi criterio, para configurarse la figura que nos ocupa, se requiere un dolo específico o directo, y éste consiste en el propósito del autor de conseguir la interrupción del embarazo, o sea la muerte del producto de la concepción. O dicho de otra manera, para poder formular juicio de reproche es necesario que el individuo actúe con dolo directo, vale decir con la voluntad de causar la muerte del feto.

c.4.2.- El consentimiento:

Las figuras contenidas en el art. 85 tienen en común que el aborto es causado por un tercero; pero el elemento diferenciador entre ambas figuras – la de inc. 1º y la del inc. 2º - es el consentimiento de la mujer.

A respecto Núñez³² expresa que el aborto causado por un tercero puede ser sin el consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 1º) o con el consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2º). Ampliando lo expuesto, el citado autor considera que el primero es más grave, porque importa además de la violación del derecho a la vida del feto, la del derecho de la mujer a ser madre. Ambas especies se agravan si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

En lo que se refiere a que el aborto sea causado por un tercero; se exige que éste sea autor principal del aborto realizando los actos consumativos del delito. No modifica la situación calificando el delito como aborto practicado por la mujer –figura contenida en el art. 88 -, la intervención de ésta en actos de complicidad, o de coautoría que no sean consumativos, sino sólo de ejecución.

En cuanto al consentimiento requerido por el inc. 2º; la mujer consiente que el tercero cometa el delito de aborto en perjuicio de su feto, si permite expresa o tácitamente que la someta a maniobras abortivas. En una u otra forma el consentimiento es incompatible con cualquier error esencial o coacción de la mujer acerca del permiso que confiere, pues supone su libre determinación.

El consentimiento es expreso cuando la mujer manifiesta verbalmente o por escrito o por signos inequívocos que permite que el tercero mate a su feto (C.C. art. 917). En cambio se considera tácito, si la mujer realiza actos que, aunque no expresan positivamente su consentimiento para que se mate a su feto, dejan conocer con certidumbre que lo permite. Es necesario a los efectos de entender que existió el consentimiento la acreditación de actos positivos directamente relacionados con el aborto.

Por otra parte no es admisible el consentimiento presunto. La menor criminalidad del aborto consentido se funda en la certidumbre del autor de que la mujer quiere la muerte de su feto en las circunstancias concretas del caso.

Fontán Balestra³³ en lo que respecta a las figuras contenidas en este artículo se refiere de la siguiente manera. En referencia al inc. 2º, opina que lo sujeto a ser punible en la mujer es la realización de las maniobras con su consentimiento; no el consentir en sí mismo. La mujer es punible cuando el aborto ha sido tentado o consumado por terceros con su consentimiento. Mediante el consentimiento, la mujer se constituye en coautora.

Ese consentimiento debe manifestarse a través de cualquiera de los medios aptos para exteriorizar su voluntad, y puede ser expreso o tácito. Esa mujer debe ser capaz; entendiéndose ésta desde el punto de vista penal –mayor de 14 años-, por lo cual se encuentran excluidos los menores, los inimputables y los que actúan bajo error o amenaza.

El consentimiento puede ser retractado por la mujer hasta el momento de la consumación. En tal caso, la mujer no está sujeta a pena por tratarse de un desistimiento voluntario (art. 43 C.P.). En cuanto al tercero, a partir del momento de la retractación, obra sin consentimiento.

El autor anteriormente citado sintetiza los efectos del consentimiento de la siguiente forma: para los terceros se agrava considerablemente la pena cuando falta el consentimiento. La agravación alcanza también a los profesionales por remisión del primer párrafo del artículo 86 a los incisos del artículo 85 y para el caso de que el hecho sea seguido de la muerte de la mujer.

³² NUÑEZ, Ricardo C. - “Tratado de Derecho Penal Argentino - Parte Especial” - Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.-

³³ FONTÁN BALESTRA, Carlos - “Tratado de Derecho Penal - Parte Especial”, Ed. Abeledo Perrot, 1968, Buenos Aires.-

Para la mujer, el consentimiento la torna coautora, sancionada con pena menos grave (aquí entiendo que se refiere a que solo impone para la mujer pena de prisión, en cambio para el tercero reclusión o prisión) que la que corresponde al delito tentado o consumado por el tercero (art. 88).

Soler³⁴ respecto del consentimiento, nos enseña, que éste es el elemento que señala la distinción fundamental entre las figuras del artículo 85. Para la mujer, la escala penal es la misma, sea que ella misma se cause el aborto (Art. 88), sea que su hecho consista en consentir que otro se lo cause.

La aplicabilidad de la figura del aborto consentido presupone, que la mujer sea capaz de consentir. Aquí, sin embargo, no se trata de la capacidad civil, porque este consentimiento es de los que pertenecen a la categoría que Grispigni³⁵ llama inválidos. En este caso, lo que se toma en cuenta es el hecho de que se obre con o sin voluntad real de la mujer, siempre que esa voluntad sea jurídicamente relevante, es decir, que se trate de persona mayor de catorce años, cuyas facultades mentales no se encuentren alteradas o a la cual el autor no reduzca a inconsciencia o induzca a un error acerca de la naturaleza del acto que consiente. Si, por el contrario, media un error de parte de quien practica el aborto acerca de la existencia de ese consentimiento, el hecho debe reputarse como ejecutado con el consentimiento. Ese error es posible en caso de intervención médica solicitada por terceros.

Creus³⁶ entiende que el consentimiento es, en la expresión típica, el permiso dado por la mujer a un tercero para que realice sobre ella las maniobras abortivas. No se trata de una participación del tercero en el aborto de la mujer como cómplice de ella, sino del consentimiento prestado por ésta para que aquél actúe como autor del delito. La prestación del consentimiento por parte de la mujer, aunque prácticamente la constituye en coautora, lo pune la ley autónomamente (art. 88).

El consentimiento requerido para el inc. 2° del art. 85, debe ser válido y libremente prestado; asume dichas características cuando lo da la mujer imputable penalmente, tanto por su edad como por poseer capacidad para comprender el carácter de sus acciones y dirigirlas; en este aspecto ni es suficiente el mero conocimiento de lo sexual (contra: Fontán Balestra), ni es necesaria la capacidad civil para obrar por sí (Núñez), y ha sido formulado por la mujer sabiendo el carácter de la acción que ha de realizar el tercero (el error esencial de la mujer sobre la dirección de esa acción elimina la validez del consentimiento) y pudiendo determinarse libremente en su otorgamiento (tampoco lo coacta lo presta validamente). En ausencia de alguna de esas características el hecho quedará encuadrado en la hipótesis del art. 85, inc. 1°.

c.4.3.- Agravamiento por el resultado- muerte de la mujer:

Al respecto de los dos casos contemplados en este artículo –aborto causado por un tercero, consentido o no- que se agrava si tiene por resultado la muerte de la mujer que fuera sometida a las maniobras abortivas. Explica Núñez³⁷ que lo que la ley pretende castigar aquí es la muerte de la mujer, pero en forma distinta al 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, en esencia, porque toma en cuenta que se trata de una muerte resultante de un caso que anímicamente es presidido por el dolo de aborto. La muerte de la mujer no se imputa de esta manera especial por la manera particular de causarla, sino en razón del modo particular de ser de la intención que guía al agente al poner la causa de esa muerte (maniobras abortivas). Lo decisivo es aquí el ánimo del autor. Si el autor somete a la mujer a maniobras abortivas para matarla, el tipo agravado del art. 85 queda excluido y entra en su reemplazo el de homicidio. Pero mientras no concurra este dolo directo del homicidio, el propósito de causar el aborto, absorbiendo el dolo indirecto y el eventual de homicidio, mantiene el hecho dentro del tipo de aborto.

Es importante recalcar que se exige una relación causal directa entre las maniobras y la muerte de la mujer.

Fontán Balestra³⁸, en lo referente a que el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; entiende que se trata de un homicidio preterintencional, porque el autor actuando con dolo directo de un delito menos grave (el aborto) causa uno más grave. Para la ley el peligro de causar la muerte está ínsito en la naturaleza misma de los medios abortivos.

Entiende también, que para que el resultado muerte caiga dentro de una de las figuras descriptas en el artículo 85, son necesarios dos requisitos: a) dolo de aborto y posibilidad de aborto; b) ausencia de dolo de homicidio. Mientras mueva a la acción el propósito de causar el aborto, es aplicable el artículo 85; si existe dolo de homicidio el resultado es imputable a título de homicidio simple o alevoso en su caso. Si no existe

³⁴ SOLER, Sebastián - «Derecho Penal Argentino», Bs. As., Ed. Tea, 1970.

³⁵ Grispigni, Il consenso dell'offeso, Atheneum, 1924.

³⁶ CREUS, Carlos - "Derecho Penal - Parte Especial", Ed. Astrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 1996.-

³⁷ NUÑEZ, Ricardo C. - "Tratado de Derecho Penal Argentino - Parte Especial" - Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.-

³⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos - "Tratado de Derecho Penal - Parte Especial", Ed. Abeledo Perrot, 1968, Buenos Aires.-

el propósito de causar el aborto ni el de homicidio, el hecho no puede ir más allá de una muerte causada por culpa.

Soler, expresa que la agravante objetiva contenida en el segundo inciso in fine en cuanto a que el aborto “fuere seguido de la muerte de la mujer” entiende que aun cuando la figura presenta todas las características de un delito preterintencional, esta disposición tiene la particularidad de que, a diferencia de otras figuras preterintencionales, no requiere un examen de las posibilidades del medio empleado. Pareciera que la ley ya juzgara la idoneidad concreta del uso de los medios abortivos para causar la muerte. Explica al respecto que, así como en el homicidio preterintencional la ley parece decir: se responderá de la muerte siempre que el medio empleado pudiera causarla; en el aborto parece decir: se responderá de la muerte porque los medios abortivos pueden causarla.

Entiende también, que la muerte debe ser resultado ulterior de las maniobras abortivas o de la muerte dada al feto. Es indiferente que la muerte se produzca sin que el feto haya sido expulsado, pues ya sabemos que la expulsión no es un elemento constitutivo del aborto. Lo es, en cambio, la muerte del feto; de manera que si este resultado no se produce, aunque muera la mujer a consecuencia de maniobras abortivas, no es aplicable el art. 85. Si, en cambio, una vez expulsado el feto, éste queda con vida, no hay aborto, de manera que tampoco hay aborto agravado por la muerte de la mujer. Tal resultado, en ese caso, puede imputarse a título de homicidio culposo junto con la tentativa de aborto.

Creus³⁹ al referirse al punto en análisis, expresa que la muerte de la mujer opera como resultado agravatorio del aborto cuando objetivamente procede como causal de la maniobra abortiva y no de un curso causal distinto preponderante. Subjetivamente ese resultado (muerte de la mujer) no debe estar comprendido en el dolo del autor; por lo tanto, la culpabilidad se estructura con un dato positivo: querer causar un aborto, y con uno negativo: que la conducta no haya estado guiada a la causación de la muerte de la mujer; cuando el aborto fue el medio de que se valió el agente para matar a la mujer, el homicidio concursa realmente con las figuras básicas del aborto.

En relación a si es necesaria la consumación del aborto para que se de la agravante; entiende este autor que se da en los caso en que se ha consumado el aborto con la muerte del feto, como en aquellos en que el aborto sólo se ha tentado y, sin haberse logrado la muerte del feto, las maniobras han producido la muerte de la mujer, pero, eso sí, se tiene que tratar de una verdadera tentativa de aborto, que requiere la realidad de un embarazo y un feto vivo sobre el cual se hubieran ejecutado las maniobras; si estos extremos no se dan, sólo tendremos el homicidio culposo de la mujer.

c.5.- Figura del artículo 86 del Código Penal:

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

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

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

c.5.1.- Primera parte del artículo 86:

El artículo 86 comienza legislando sobre el aborto hecho por profesionales del arte de curar: “médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos”. Es, por lo tanto, un delito propio, o sea de los que requieren una calidad especial o condición en el autor.

Creus⁴⁰ aclara que únicamente los profesionales enunciados por la ley quedan comprendidos; la actividad abusiva de cualquier otro profesional, aunque pertenezca al área de las ciencias de la salud, se pune por medio de las figuras básicas.

En cuanto al concepto típico de abuso, se refiere a él expresando que abusa de su arte el profesional que utiliza sus conocimientos para practicar él mismo el aborto o de cualquier otro modo (material o moral, p. ej., dando indicaciones sobre procedimientos) colabora en su realización, fuera de los casos en que la misma ley, con los recaudos de la *lex artis*, lo autoriza a realizarlo. Es indispensable que el agente practique o colabore en un aborto de carácter típico.

Núñez respecto de la primera parte de este artículo, opina que cualquiera que sea la calidad y el grado de intervención del profesional en el aborto de propósito causado por un tercero, queda sometido a la pena

³⁹ CREUS, Carlos – “Derecho Penal – Parte Especial”, Ed. Astrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 1996.-

⁴⁰ CREUS, Carlos – “Derecho Penal – Parte Especial”, Ed. Astrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 1996.-

correspondiente al delito, sea que se agrave por la falta de consentimiento, sea que se agrave por la muerte de la mujer. Cuando la ley se refiere a la cooperación en la causación del aborto, no se ciñe al significado que al término le atribuye en las disposiciones sobre la participación criminal, sino que se le asigna el sentido amplio de un obrar físico o psíquico junto con el autor para lograr el fin del aborto.

Lo punible, a decir de este autor, no es cualquier intervención profesional en el aborto, sino que, al hacerlo, el profesional debe abusar de su ciencia o arte. No sólo no es abusiva la intervención necesaria del profesional para salvar la vida de la madre puesta en peligro por el embarazo o el parto; tampoco lo es cualquier otra que aunque no entrañe un caso necesario, implique una intervención tendiente a curar o a evitar mayores males físicos en el caso de un aborto a cuya criminalidad el profesional ha permanecido extraño. Sólo es abusiva la intervención del profesional en el proceso abortivo si lo hace maliciosamente para causarlo o cooperar a causarlo.

Soler entiende respecto de esta figura que el sentido de la misma no es otro que equiparar la pena del médico cómplice a la del médico autor. El profesional, en efecto, por su misma condición de tal, se encuentra en situación muy distinta a la de un partícipe secundario. Ciertas acciones como la de indicar un abortivo, que indudablemente no constituye participación en la ejecución del hecho, cobran un carácter muy particular cuando parten de un profesional. La responsabilidad de éste no solamente es agravada, sino ampliada, extendida, con relación a la de un partícipe común, precisamente por el sentido que tiene la cooperación del médico. Ampliando el círculo de acciones que pueden llevar al médico a responsabilidad, era lógico que se exigiera que aquéllas representaran un abuso de la ciencia o arte. Este agregado era necesario -entiende como dijéramos que el estado de necesidad poco o nada tiene que ver con esta exigencia legal-, porque con éste artículo se alcanzan acciones distintas de la de ejecutar el aborto, como la recordada de “mera indicación de sustancias abortivas”, y esa zona un tanto extensa e indefinida de acciones se precisa y cobra sentido exigiendo la ley que constituya un abuso. Abuso en el sentido objetivo y subjetivo, este es, y ha de ser una acción que no corresponda a los principios normales de la *lex artis* y de la ética de la función, y que además sea ejecutada con conocimiento de su carácter abusivo.

Cabe destacar, a mi entender, que una particularidad de este artículo en cuanto somete a la misma pena tanto al autor del aborto como al partícipe, vale decir que deja de lado las normas adoptadas por el Código en la parte general acerca de la participación. Fundamenta esto en la responsabilidad especial que dichos profesionales tienen por la calidad de tales.

Fontán Balestra⁴¹, entiende en coincidencia con Núñez, que sólo es abusiva la intervención del profesional en el proceso abortivo si lo hace maliciosamente para causarlo o cooperar a causarlo.

Aclara que es necesario distinguir el caso del profesional que causa el aborto del que coopera a causarlo. Dejando de lado los casos de inculpabilidad por error o coacción, con efecto excluyente de pena de cualquier delito, y los de culpa por imprudencia, negligencia o impericia, impunes por inexistencia de la figura de aborto culposo, el profesional que causa un aborto de los no previstos como impunes en el segundo párrafo del mismo artículo, y que lo causa sabiendo lo que hace, actúa abusando de su ciencia o arte, puesto que está cometiendo un delito.

Más compleja es la hipótesis de cooperación a causar el aborto prevista en el mismo artículo 86. En primer lugar, es necesario señalar el alcance de la previsión legal, que asimila la penalidad de los profesionales que cooperan a causar el aborto a la de los que lo causan. La ley utiliza el verbo cooperar sin hacer distinciones entre los actos necesarios del artículo 45 y los no necesarios del artículo 46 del Código Penal. Resulta así como consecuencia, la equiparación de todos los cooperadores, para los que se establece la pena del delito. El carácter malicioso de la intervención, que hemos requerido, 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 físico o psíquico destinado a causar un aborto con conciencia de ilicitud. Las indicaciones sobre el modo de proceder, o sobre la utilización de determinada sustancia, se tornan aquí causales en virtud del conocimiento profesional, y vinculadas al hecho por lo malicioso de la conducta.

c.5.2.- Segunda parte del artículo 86 –abortos impunes- :

La segunda parte del artículo 86 contiene dos supuestos en los cuales el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer embarazada, no es punible. Respecto del consentimiento hay autores que opinan que aun cuando la mujer no se encontrare en condiciones de prestarlo, el hecho no sería punible, por aplicación del artículo 34, inc. 3, C.P.

Creus⁴² en referencia al artículo 86, en su parte 2da., expresa que éste prescribe no punibles los abortos practicados “por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer” cuando se haya “hecho con el fin

⁴¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos - “Tratado de Derecho Penal - Parte Especial”, Ed. Abeledo Perrot, 1968, Buenos Aires.-

⁴² CREUS, Carlos - “Derecho Penal – Parte Especial”, Ed. Astrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 1996.-

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" (inc., 1°) y en los casos en que "un embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente" (inc. 2°).

c.5.3.- Aborto Terapéutico:

El que se regula en el primero de los incisos es el llamado aborto terapéutico; para el cual se exigen tres requisitos: una particular calidad del agente (médico diplomado), el consentimiento de la mujer embarazada y una especial finalidad (con el fin de evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre).

En cuanto al primer requisito, nos enseña, que el agente debe ser un médico diplomado; esta calidad sólo la tiene quien ha obtenido el título que lo habilita para actuar como médico, haya realizado sus estudios en el país o fuera de él, pero que en este segundo caso cuente con la habilitación legalmente conferida.

Es importante tener en claro, que según su opinión, no quedan comprendidos en la disposición otros profesionales del arte de curar, aunque profesionalmente estén capacitados para resolver sobre la existencia de la situación peligrosa y actuar en consecuencia (p. ej. las parteras).

En lo atinente al segundo requisito, el consentimiento de la mujer, sólo ésta puede prestarlo para que se realice el aborto. Ese consentimiento debe reunir las características expuestas para la figura básica (art. 85), no es suplido por la autorización de los representantes legales. Cuando la mujer no lo ha prestado, sea por haberse negado a hacerlo, sea por imposibilidad física o mental, no se aplica la disposición, sin perjuicio de que el aborto resulte igualmente impune por haber actuado el agente en estado de necesidad (art. 34, inc.3°, C.P.), si es que se dan las exigencias de la justificante.

Y con respecto del tercer requisito; el aborto debe haber sido decidido a fin de evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre, pero esa finalidad sólo influirá en la impunidad cuando el peligro no pueda ser evitado por otros medios distintos del aborto.

Aclara en referencia a esto último, que si bien se trata de una verdadera justificación del aborto, insiste la doctrina en que las exigencias del tipo son distintas que las del estado de necesidad del art. 34, inc. 3°, C.P., ya que faltaría en aquél la inminencia del mal que amenaza el bien de mayor valor y la producción de él se apoya un pronóstico (no en una revelación de hecho actual de producción del peligro —existencia actual del peligro—), al que se llega a través del juicio médico aunque, sin duda, tenga que estar basado en criterios científicos admisibles (no ha de ser un puro arbitrio), según los datos objetivos que surge de las circunstancias del embarazo con relación a la embarazada.

Lo expuesto no descarta la vigencia de la de estado de necesidad, según las regulaciones de la Parte General, cuando se den sus recaudos típicos, en cuyo caso la justificante se aplica a cualquiera que sea el agente.

Fontán Balestra⁴³ al tratar este tema en su obra, usa como metodología una comparación con la figura del caso del estado de necesidad (art. 34, inc. 3°), pero a los fines de este trabajo me limitaré a traer a colación solamente lo expresado respecto del art. 86, inc. 1°.

El artículo en cuestión, en primer lugar resuelve directamente la cuestión de ponderación de valores de los bienes en conflicto, dando primacía al grave peligro para la vida y aun para la salud de la madre, cualquiera sea el término del embarazo. En segundo lugar la justificante del aborto terapéutico no requiere que el mal sea inminente, ni siquiera el peligro; es bastante con que a juicio del facultativo exista un peligro grave, que puede ser futuro, para la vida o la salud de la madre. En tercer lugar, tiene una exigencia particular en cuanto es el médico quien según sus conocimientos, ha de declarar que el embarazo implica un grave peligro para la vida o la salud de la madre, y en esa convicción entender que lo necesario es la práctica de un aborto. En cuarto lugar, la norma que nos ocupa requiere el consentimiento de la madre, que es innecesario en la figura del estado de necesidad. Por último expresa que la ley requiere, además, que el peligro no pueda evitarse por otros medios.

Soler, en sentido similar al anterior autor, practica una comparación de figura en análisis con la contenida en el art. 34, inc.3°. Para él una cosa es el aborto terapéutico preventivamente practicado, y a largo plazo, y otra muy distinta es la situación de necesidad. Esta supone siempre una situación de urgencia, expresada por las palabras "mal inminente". El aborto terapéutico no contempla esa situación. En éste, el mal que amenaza es necesario; pero la situación no lo es. Sería totalmente irrazonable que ante la existencia de un peligro para la madre derivado del hecho de estar embarazada, la ley admitiese como justificado el dictamen y la intervención de cualquiera. Esta es una cuestión delicada, que tiene en el fondo su justificación en la necesidad; pero solo en el fondo.

Encuentra además fundado el requisito del consentimiento, que no funciona como en los casos corrientes de estado de necesidad. En este caso, se trata precisamente del consentimiento dado para la destruc-

⁴³ FONTÁN BALESTRA, Carlos - "Tratado de Derecho Penal - Parte Especial", Ed. Abeledo Perrot, 1968, Buenos Aires.-

ción de un ser concebido e indudablemente protegido por el interés social. En caso de peligro para la vida de la madre, la ley, para la cual la vida de ésta es más valiosa, puesto que no la sacrifica forzosamente a la del hijo, respeta, sin embargo la decisión de aquella, respeta su derecho, heroico si se quiere, a la , maternidad y le reconoce a ella, y sólo a ella, el derecho de optar entre su propia vida y la del hijo. Pero hallándose la madre en caso extremo y urgente, puede salvar su vida dando su consentimiento a cualquiera, y entonces se aplicarán los principios del estado de necesidad y conflicto entre dos vidas. Pero no siendo esa situación, es lógico que el aborto practicado en frío reúna los extremos prudentemente fijados por la ley.

c.5.4.- Aborto Sentimental y Eugenésico:

Este inciso ha sido y es pasible de posiciones encontradas en la doctrina respecto de su interpretación.

Creus expresa que en la fórmula del artículo 86, parr. 2º, inc. 2º, de la ley 21.338 se contemplaba la impunidad del llamado aborto sentimental: bastaba, para la procedencia de la excusa justificada, que el embarazo se hubiese originado en una violación (sin distinguirse si el delito se había llevado a cabo sobre una mujer idiota o demente o normal).

El texto ahora vigente declara la impunidad del aborto practicado en las circunstancias típicas, sobre una mujer idiota o demente, exclusivamente (según el criterio de éste autor). Estamos, pues, frente a la impunidad del llamado aborto eugenésico; claro que es un aborto eugenésico a medias, ya que la razón de eugenesia sólo aparece cuando va acompañando una violación o un atentado al pudor, no en otros casos donde ella puede ser tanto o más valedera que en los comprendidos.

Este autor agrega que a los requisitos que acabamos de ver tiene que sumarse los que son comunes a ambos supuestos de justificación: que el aborto sea practicado por un médico diplomado y que medie el consentimiento de la mujer, pero en este caso la ley admite el consentimiento supletorio de los representantes legales de la mujer que no pueda prestarlo válidamente por estar psíquicamente incapacitada para prestarlo.

Breglia Arias y Gauna⁴⁴ se explayan en sentido contrario. La ley 23.077 repone el texto del art. 86, inc. 2º, que habla de “violación o atentado al pudor cometido en una mujer idiota o demente”. La doctrina, sobre esta frase, se plateó el problema de dilucidar si la referencia era siempre para “la mujer idiota y demente”, o sea, una violación o un atentado al pudor de ella, o si se hablaba de cualquier violación, además del atentado al pudor de la mujer idiota o demente. En su oportunidad ambas tesis esgrimieron argumentos - la cuestión de la falta de la coma en el texto, etc.- que no satisfacían del todo, pues dejaban resquicios por los que se filtraban los argumentos de la oposición.

En efecto, para quienes no referían a «la mujer idiota o demente» el término «violación» era para todas las hipótesis de éste delito (arts. 119 y 122, Cód. Penal), incluso todas las que no se refieren a «mujer idiota o demente», para la cual estaba la segunda parte de la frase, la inexistencia de coma que separase ambos contextos tenía poca importancia. Se trataba, decían éstos autores, del aborto sentimental (violación) y el eugenésico (cometido en una mujer idiota o demente). Este último tenía, por otra parte carencia de entidad fisiológica para dar lugar al embarazo, y por tanto, sólo se lo podía interpretar en un sentido más amplio que el literal, como acceso carnal.

Esta tesis prevaleció sobre la que consideraba que «violación» se refería a «mujer idiota o demente» (la falta de la coma como argumento principal) y no a cualquier otro tipo de violación (se hablaba también de la exigencia del representante legal para el consentimiento, pero éste es necesario cuando el sujeto pasivo es menor de edad, en el sentido penal, y particularmente tratándose de víctima menor de doce años, caso previsto en el inc. 1º del art. 119).

Entienden estos autores, que se ha asentado el criterio de que «violación» ha de entenderse en sentido amplio, comprensivo de todo tipo de violación y no solamente el concerniente a «mujer idiota o demente».

c.6.- Figura del artículo 87 del Código Penal (Preterintencional):

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.

La figura que nos ocupa en el presente artículo es la del llamado aborto preterintencional (aborto violento no intencional).

Creus⁴⁵ nos ilustra al respecto expresando que el tipo exige que el autor haya ejercido violencia, es decir, empleado una energía física dirigida sobre la mujer (a ella se refiere la ley cuando habla de la paciente de la violencia). Está comprendido cualquier despliegue de energía física, sea el intencionalmente orientado a

⁴⁴ BREGLIA ARIAS - GAUNA – “Código Penal y leyes complementarias”- Ed. Astrea, 1994, Buenos Aires.-

⁴⁵ CREUS, Carlos – “Derecho Penal – Parte Especial”, Ed. Astrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 1996.-

dañar a la persona (golpes, malos tratos) o que constituya medio para obtener otros resultados (coacciones, violencias carnales); puede operar sobre el cuerpo o sobre su psiquismo (hipnosis). Pero la violencia contemplada por la figura es la que el autor quiso desplegar sobre la mujer o que admitió que recayese sobre ella.

En lo referente a la relación causal con la muerte del feto, la figura requiere que la muerte del feto provenga (sea causada) por la violencia. Cabe aclarar que si la violencia ha coexistido con el proceso de aborto ya en curso (intencional o no), que ha sido la causa principal de la muerte del feto, la violencia desplegada sobre la mujer será en su caso, castigada a través de otros tipos (ej. Violencia).

En cuanto al elemento subjetivo, la punibilidad exige que el autor conozca que despliega violencia sobre una mujer que está embarazada. El conocimiento puede proceder de la notoriedad del embarazo que revela la conformación del cuerpo de la mujer, o del hecho de que el autor conozca por otras razones el estado de embarazo, aunque no se manifieste corporalmente con notoriedad.

En cuanto a la culpabilidad, podemos decir que el aspecto cognoscitivo de este delito requiere, el conocimiento del carácter violento de la acción que se despliega, el conocimiento del estado de embarazo de la mujer contra quien se la dirige, y la voluntad de dirigirla contra ella.

Aclara que cuando la ley se refiere al "propósito", es únicamente al dolo directo al que excluye del tipo de esta figura. Concluyendo que quedan comprendidos en el tipo tanto el caso en que a la voluntad de actuar violentamente sobre la mujer se agregó la aceptación del resultado de aborto que podía producirse (dolo eventual), como en el caso en que ese resultado ni siquiera estuvo presente en la mente del autor (culpa inconsciente).

Entiende también, que no se encuentran contempladas en esta figura las lesiones graves o gravísimas o la muerte de la mujer embarazada por el ejercicio de la violencia (no como ulterioridad el mismo aborto), que constituyen hechos independientes y, en consecuencia, concurren con el delito de aborto del artículo en análisis.

Núñez⁴⁶ difiere en cuanto a lo dicho por el autor anteriormente referenciado, respecto de la culpabilidad. Dice que dentro del campo del dolo, que es el único admitido por el precepto, el artículo 87 elimina únicamente el dolo de propósito (directo), pues de otra manera, el delito que prevé perdería su especialidad para confundirse con el delito ordinario de aborto. Se trata, a su entender, de un aborto imputable a todo título que no sea el de culpa o el de dolo directo. Esto no impide sin embargo, que se lo siga llamando y que se lo trate como un aborto preterintencional, en tanto que se entienda que la denominación se justifica porque la muerte del feto se produce más allá de la intención propia del aborto común.

En cuanto a los requisitos para que los hechos puedan configurar la figura en estudio, entiende que son: el estado de embarazo o gravidez de la mujer; la constancia de éste para el autor o que sea notorio (manifiesto); el ejercicio de la violencia del autor en relación a la mujer; la causación del aborto y la ausencia de propósito de causarlo en el autor.

El embarazo es notorio o manifiesto cuando se muestra patente por su exteriorización material, de manera que la generalidad pueda advertirlo sin esfuerzo.

La violencia es el despliegue de una energía física por el autor. Debe dirigirse contra la mujer, aunque no obre encima de su cuerpo. Tanto implica una violencia golpear a la mujer como utilizar en su contra vías de hecho que no la toquen. La violencia implica intención eventual, indirecta o directa de ejercerla. Las acciones enérgicas de las cuales por culpa del autor la mujer resulta víctima, no están contempladas por el artículo 87.

Esta violencia debe causar el aborto. Esto significa que la violencia debe producir la muerte del feto, dentro o fuera del seno materno. La violencia puede acusar también además de la muerte del feto, lesiones a la mujer o hasta su muerte. En atención a esto último; en el artículo 87, a su criterio, están absorbidas las lesiones de la mujer inherentes al resultado que prevé, cualquiera que sea su grado. El proceso del aborto no sólo puede generar daños corporales en la mujer, como heridas uterinas, sino también daños más o menos graves en su estado de salud. Todas esas lesiones están conceptualmente involucradas en el aborto. También están absorbidas las inherentes al medio previsto por la figura delictiva. Conceptualmente la violencia supone las consecuencias dañosas que por su propia naturaleza produce por regla en el cuerpo o en la salud del violentado. Pero respecto de las lesiones gravísimas o graves resultantes de la violencia y separables del proceso abortivo en sí, ni el medio ni el resultado previstos por la ley operan como absorbentes. Estas lesiones, y lo mismo se debe decir de la muerte de la mujer, concurren como hechos independientes del aborto (C.P. 55).

Soler al respecto, entiende que no existe la figura del aborto culposo. Para el esto es así no solamente en consideración a la estructura misma de este tipo de delito, sino que resulta evidente el hecho de que la

⁴⁶ NUÑEZ, Ricardo C. - "Tratado de Derecho Penal Argentino - Parte Especial" - Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.-

ley no prevea expresamente la forma culposa, según lo hace en todos los demás casos, a falta de una definición general. Se trata a su criterio de un delito preterintencional.

Respecto del término "violencias", entiende que la figura en análisis requiere, el empleo de éstas sobre la mujer sin el propósito de causar el aborto. La expresión "violencias", como genérica que es, se refiere a cualquier clase de traumatismos, malos tratos o coacciones, que, por su naturaleza, sean apreciables como dirigidos contra la mujer, no contra el feto.

Plantea que las únicas lesiones que quedarán contempladas por esta figura serán aquellas que no importen más mal que el causado a la mujer por el aborto mismo. En consecuencia, si además se han producido lesiones graves o gravísimas, éstas concurren con el delito en examen.

Agrega también, que para la aplicación de esta figura se requiere que el estado de embarazo sea notorio o que le conste al autor del hecho. Esto, en realidad, significa que el autor debe saber positivamente que la mujer está embarazada. No se trata de que el embarazo sea notorio en el sentido de que muchos lo sepan, sino de que sea manifiesto, evidente. Pero, no siéndolo, basta que al autor le conste. Esta exigencia es la que marca el sentido de la otra expresión empleada. No sería posible que en una hipótesis la figura se integrara con el conocimiento y en la otra éste no fuere necesario.

Fontán Balestra en su obra, en el punto referente al aspecto subjetivo del tipo penal en cuestión, refiere que la expresión "sin haber tenido el propósito de causarlo", utilizada por la ley en el artículo 87, señala para esta figura un aspecto negativo de la culpabilidad, en relación con las formas dolosas del aborto previstas en el artículo 85, para las que se requiere, precisamente, el dolo directo: el propósito de causar aborto. Esta sola referencia legal debe resultar suficiente para tener por sustraída la figura del ámbito de aborto común doloso.

Entiende este autor que la tesis que considera incluido en el artículo 87 el aborto preterintencional, es la correcta. A su juicio, también están comprendidas en éste artículo las formas violentas de aborto cometidas con dolo eventual. Pero no porque tales modalidades puedan ser incluidas dentro de la idea de lo preterintencional, lo que conduciría a admitir la existencia, para él inaceptable, de un dolo preterintencional, sino porque, sin forzar en lo más mínimo la interpretación, tanto los hechos cometidos en forma preterintencional como los que resultan del dolo indirecto del autor, son resultados que no se ha tenido el propósito de causar.

En cuanto a los elementos necesarios son los siguientes:

a) En el aspecto subjetivo, ausencia del propósito de causar el aborto: sin haber tenido el propósito de causarlo, dice la ley. Que el estado de embarazo sea notorio o le conste al autor, exigencia ésta que resulta necesaria para que pueda considerarse previsible el resultado muerte del feto para los casos de preterintención.

b) En el aspecto objetivo, el autor ha de haber ejercitado violencia sobre la mujer; no sobre el feto, pues en este caso será muy difícil tener por excluido el propósito de causar el aborto. La tentativa no es posible en este caso, puesto que debe faltar el llamado dolo de propósito característico de esa forma imperfecta de comisión.

c.7.- Figura del artículo 88 del Código Penal:

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.

Creus a los efectos de introducirnos en esta figura, refiere que dentro de ésta norma se encuentran distintas situaciones en que la mujer opera como agente o concurre en la interrupción de su propio embarazo; esas situaciones son: la causación de su propio aborto; la prestación de consentimiento para que el agente del delito previsto por el art. 85, inc. 2º, le cause el aborto, y la ejecución de tentativa de aborto por la mujer, que se declara impune.

El caso de la primera situación es aquella en la cual la mujer obra como autora del aborto, realizando sobre el fruto de su embarazo las maniobras abortivas.

Es importante tener en claro que cuando la ejecución de los actos típicos principales han estado a cargo de un tercero, la punibilidad del mismo encuadra en el art. 85, inc. 2º. Pero en el caso que la mujer obrare con cómplices, que obren como tales en el aborto practicado por ella misma; ésta, entonces, no es una actividad que se tipifique autónomamente, sino que se trata de una participación en el delito de la mujer, por lo cual su punibilidad se rige por las reglas de los arts. 45 y 46, C.P., dentro de la individualización legal de la pena establecida por el art. 88.

En el caso de la segunda situación, la cual consiste en el consentimiento prestado por la mujer para que se le realicen maniobras abortivas sobre el feto del que está embarazada, no es punible en sí mismo, sino que lo es cuando el tercero que obra como agente ha consumado o tentado el delito. La simple prestación del consentimiento sin que el tercero haya realizado actos ejecutivos queda fuera de la punibilidad.

Si la mujer que ya ha prestado su consentimiento lo retracta de modo válido antes de que la maniobra abortiva se lleve a cabo, el consentimiento desaparece y ella no resultará punible, de manera que la conduc-

ta del agente entrará en el supuesto del art. 85, inc. 1º, salvo que no haya llegado a conocer esa retractación o haya errado sobre el carácter del acto.

En lo que respecta a la tercera situación; la ley declara impune la tentativa de aborto realizada por la propia mujer embarazada, cualquiera que fuere el carácter de aquella. Cabe aclarar que lo impune es la tentativa en que la mujer misma ha sido autora de los actos ejecutivos.

Aclara también, que la ley excluye también de la punibilidad a la mujer cuando en su propio hecho de tentativa hayan intervenido cómplices –cualquiera que sea el carácter de la complicidad-, en cuanto, insiste, el hecho no deje de ser una tentativa de la mujer, y los partícipes no hayan hecho más que colaborar con ella, caso en el cual la impunidad se extiende a ellos.

Soler al referirse a esta figura entiende que el hecho de que el autor del aborto sea la mujer misma o un tercero, constituye una circunstancia fundamental, por que la ley separa en forma decidida esta figura de las demás, y señala las consecuencias distintas para esos casos, especialmente en materia de tentativa y de participación.

Para este autor todo caso de consentimiento está fuera de esta figura, pues supone la intervención de un tercero en calidad de coautor. Para que pueda hablarse de aborto propio se requiere que sea la mujer quien ejecute.

La tentativa de la mujer está, pues, expresamente prevista como impune. Esa impunidad alcanza a toda forma de tentativa, esto es, tanto al caso de delito imposible, ya sea por no existir embarazo o por inidoneidad del medio empleado, como al caso de frustración: el feto permanece con vida.

En cuanto a la situación de los partícipes, médicos o legos, que hayan prestado a la mujer una colaboración secundaria; entiende que los cómplices en el aborto de la mujer no son susceptibles de punición, siempre, que se trate de verdaderos cómplices y no de partícipes en la ejecución del hecho, en cuyo caso la regla de la punibilidad de la tentativa rige también para la mujer.

Fontán Balestra expresa con relación a las figuras contenidas en el artículo en estudio, que en el se regulan tres hipótesis: a) Aborto practicado por la propia mujer; b) Consentimiento de la mujer para que el aborto sea practicado por otro; y c) La tentativa de la mujer que no es punible.

En cuanto al punto a) -aborto practicado por la propia mujer-, expresa que la ley equipara el monto de la penalidad al caso del aborto practicado por un tercero mediando el consentimiento de la mujer. Entiende que se trata de un aborto doloso; el aborto culposo no es punible para la mujer, ni para los terceros, por ausencia de figura legal.

En lo que hace al punto b) -consentimiento de la mujer para que el aborto sea practicado por otro-, entiende que se trata del consentimiento del los artículos 85, inciso 2º y 86, primer párrafo, este último en cuanto se remite al anterior. La mujer, por el hecho de prestar el consentimiento, se transforma en coautora. Esto es válido únicamente para el aborto consumado, porque no rigen para la mujer las reglas comunes de la participación, y sólo por una indicación expresa de la ley resulta punible por el hecho de prestar el consentimiento para que otro cause su propio aborto.

El consentimiento de la mujer puede ser retractado hasta el momento de la consumación. El desistimiento espontáneo de la mujer, manifestado antes de ese momento, torna su acción impune por la aplicación de la norma del artículo 43 del Código penal, y de continuar los terceros ejecutando el hecho se transforma para ellos en aborto sin consentimiento.

Por último el punto c) -la tentativa de la mujer que no es punible-, declara expresamente la normativa en análisis, que la tentativa de aborto, ejecutada por la propia mujer, está exenta de pena.

Sostiene que ante los términos claros de la ley, tratándose de tentativa, es indiferente, en cuanto a la mujer, que actúe sola o con la colaboración de terceros; pero ¿cuál es la situación de los partícipes en este hecho? Según su manera de ver, no son punibles por la aplicación de los principios generales contenidos en el título de la participación. Ello es así porque, si bien es cierto que para la existencia de la participación no es necesario un hecho principal culpable, también lo es que se requiere que el hecho principal sea típicamente antijurídico, y, por tanto, objetivamente punible. Y bien, la mujer no queda exenta de pena por una razón personal, sino porque la ley declara expresamente que el hecho no es punible, con lo que el legislador, haciendo uso de facultades que le son generalmente reconocidas, ha reducido aquí el ámbito extensivo de la tentativa para el autor. Y en ese hecho objetivamente impune participan los terceros.

VI.- Jurisprudencia

En este punto intentaré reflejar lo expresado por los Tribunales de nuestro país en referencia al tema que nos ocupa en el presente trabajo. Como metodología los he clasificado bajo diferentes puntos, pero cabe aclarar que procedí a agruparlos según la problemática planteada en cada caso.

Además el lector se preguntará posiblemente el porque incorpore al trabajo jurisprudencia que este quizá desactualizada. En respuesta ha ese interrogante digo que no debemos olvidar que el presente trabajo tiene como objeto el estudio de la protección jurídica del por nacer, y está tiene un desarrollo en el tiempo que queda reflejado indudablemente en los decisorios judiciales. Por esta razón me los permití incluir.

Bien Jurídico protegido:

- El más fundamental de los derechos es el derecho a la vida, el cual se encuentra protegido por la ley. Así, su lesión importa, a partir del momento de la concepción, la violación directa de los derechos de la persona. (CS Santa Fe, agosto 12-998.-I.M.) LL 1998 -F, 547

- El delito de aborto debe tener como requisito material, la existencia del feto con vida, ya que el bien jurídico protegido es la vida de la persona humana. No basta que haya existido un feto con vida, sino que es necesario que la conserve al momento del hecho y como la condena penal exige tener esa certeza y no presumir que el feto estaba con vida, la figura del aborto debe descartarse. (CNCrim. y Correc., sala I, abril 20-1993). ED, 154-525.

- El bien protegido por la ley punitiva es la vida de feto; producida la muerte, sea en el seno materno o al ser expulsado, el delito de aborto ha quedado consumado (Chubut, Abril 28 1969, R. de H., D.).

- El bien tutelado, en el delito de aborto cometido por la mujer, es únicamente la vida del feto (CNCrim. y Correc., Abril 3 1962). ED, 4-130.

Presupuestos:

- Para la consumación del delito de aborto, es un presupuesto indispensable la vida del feto, pero ello no significa que la vitalidad fetal deba comprobarse por una ecografía. El estado previo de embarazo está plenamente acreditado y como no existe elemento alguno que permita afirmar que el feto no estuviera con vida al momento de realizarse las maniobras abortivas, se ha configurado aquel delito. (CNCrim. y Correc., sala VI, febrero 8-1993 causa 24.364, R., B. del V.).

- Para que se configure penalmente el aborto es indiferente que se lo provoque con medicamentos o por maniobras quirúrgicas, pues lo esencial es que el curso normal del periodo de gestación haya sido interrumpido de cualquier manera (CNCrim. y Correc., Sala IV, Marzo 21 1969). ED, 27-234.

- No puede condenarse por el delito de aborto, a la partera que causa la muerte de una mujer embarazada administrándole un anestésico, si no es posible afirmar que el propósito perseguido fuera practicar el aborto (CNCrim., y Correc., Sala I, Julio 2 1968). ED, 23-249.

Inducción al parto:

- La inducción al parto o eventual cesárea –interrumpiendo un embarazo de cinco meses de gestación- encuadra desde el punto de vista jurídico-penal en la figura del aborto terapéutico del art. 86, inc. 1º del Cód. Penal y si a ello se suman las inequívocas referencias a la existencia de un feto con gravísimas malformaciones se legitima inclusive desde el punto de vista ético la pronta intervención médica.

Se resolvió al respecto del pedido efectuado por la amparista, con la conformidad de su pareja estable, se encuentran facultados los profesionales médicos para inducir el parto o eventualmente practicar la intervención quirúrgica de cesárea...Disponer que de mediar objeción de conciencia fundada de algún profesional, médico o no médico, del hospital interzonal especializado materno infantil, ésta deberá ser respetada. Que en caso de llevarse a cabo la anticipación inducida de parto, la misma se practicará conforme a las reglas de la lex artis, y según el criterio que determine el equipo terapéutico responsable, debiendo actuarse en todo momento y dentro de los límites de lo posible desde el punto de vista técnico médico, con el mayor respeto hacia la vida embrionaria, destinada naturalmente a la muerte por efectos congénicos. (Juz. Crim. Y Correc. Nº 3, Mar del Plata, septiembre 5-997.- A.K.) LLBA, 1998-584

- La petición tendiente a 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 provocara su muerte a poco de nacer, aduciendo que tal operación cesárea no afectara el futuro del niño pues son nulas sus probabilidades de vida, no puede ubicarse en la permisón o autorización legal para concluir con el embarazo que como caso desincriminado legisla el segundo inciso del art. 86 del Cod. Penal -tratándose del dado en llamar aborto eugénico o

eugenésico-, ya que más allá de la ilicitud de la figura, aquí se solicita la anticipación del parto con el fin de que sea la madre y el núcleo familiar el que deje de sufrir, pues no se alega sufrimiento de la criatura. (Juzgado Civil y Comercial n 2 de San Martín, Octubre 31-1986). ED, 137-106.

- Resulta improcedente la petición de que se autorice judicialmente el anticipo del parto en aproximadamente dos meses, con el fin de evitar un perjuicio psíquico de la madre, conocedora de que la criatura alojada en su seno se encuentra afectada de una falencia constitucional que provocara su muerte a poco de nacer, aduciendo que tal operación cesárea no empeorará el futuro del niño, pues son nulas sus probabilidades de vida; pues más allá de la posibilidad de falibilidad de la ciencia, nuevos avances tecnológicos, sorpresas que pueda deparar el niño al nacer, quien no fuera reconocido directamente como es obvio, sino por medio de estudios de moderna tecnología, todo bajo la órbita del gobierno de las estadísticas o cálculo de probabilidades de neto rango humano, y haciendo una previsión de máxima -coincidente con la forma en que los requirentes presentaron la viabilidad del feto- y suponiendo que al parto habrá de seguir la muerte de la persona por hacer, alterar el devenir natural de los hechos por obra de una previa intervención quirúrgica determinaría la existencia de un aborto, o contingencia provocada o, al menos, precipitada en su fatalidad. (Juzgado Civil y Comercial n 2 de San Martín, Octubre 31-1986). ED, 137-106.

Art. 85, inc. 2:

- Configura el delito previsto en el art. 85, inc. 2. del Código Penal la realización de un aborto, seguido de la muerte de la mujer, en el cual las maniobras abortivas consistieron en la utilización del método llamado de Boero, es decir, en la aplicación de una dosis de formol en la cavidad amniótica que, al modificar súbitamente el equilibrio ácido básico del líquido amniótico - necesario para la vida del feto - acarrea la muerte de éste de manera rápida, segura y terminante (CNCrim. y Correc., Mayo 24 1963). ED, 5-100.

- El art. 85, inc. 2º, último párrafo del Cód. Penal no es inconstitucional y moralmente no puede desconocerse las dimensiones de persona y vida, ni en quien va a nacer, ni en la mujer para quien el aborto viene seguido de muerte. Su inclusión en el Código Penal dentro del Título I "Delitos contra la vida" y la elevación del "maximun" de la pena en el caso de la muerte de la madre resultan coherentes y justificadas. La respuesta punitiva frente a esos delitos, es la propia del sistema no resultando aisladamente cuestionable su institución. El hecho incriminado carece de carácter privado: ofende al orden y la moral pública, perjudica a terceros. (SC Buenos Aires, febrero 11-997.- Migules, Osvaldo I.) DJBA, 152-2787

Art. 86, inc. 1:

- No cualquiera puede practicar el aborto en condiciones de impunidad; el art. 86, inc. 1 del Código Penal contiene una exigencia mayor, que completa su sentido; es el médico quien, según sus conocimientos, ha de declarar que convicción, practicar el aborto con el consentimiento de aquella (1 Instancia Civil, Juzgado n 26, Agosto 27 1985). ED, 117-424.-

- No se trata de lograr un diagnóstico exacto para autorizar un aborto; los diagnósticos serán tan exactos como lo sea la propia ciencia médica; no hay posibilidad de aliviar la conciencia a través de un diagnóstico que apoye una resolución favorable o desfavorable al aborto. Cualquiera de las dos alternativas son igualmente disvaliosas y no es el órgano jurisdiccional quien debe integrar las voluntades del médico y de la madre, por lo que no es procedente la autorización judicial previa impetrada (1 Instancia Civil, Juzgado n 26, Agosto 27 1985). ED, 117-426.-

- El dictamen del cuerpo médico forense, los diagnósticos anteriores cuyas copias obran en autos, el juramento hipocrático, las convicciones morales y las religiosas del médico y de la madre decidirán la cuestión del aborto terapéutico, decisión que aun cuando sea luego juzgada por los hombres, quedará calificada en la conciencia de sus progenitores (en el caso se trataba de un pedido de autorización judicial para practicar un aborto) (1 Instancia Civil, Juzgado n 26, Agosto 27 1985). ED, 117-423-

- 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 (1 Instancia Penal Mendoza, Juzgado N. 2, Enero 31 1985). ED, 114-183-

- Aunque no pueda concluirse que existió un aborto consumado o tentado- por no estar demostrado el estado de preñez-, las maniobras abortivas comprobadas fehacientemente permiten responsabilizar a la acusada por tentativa de aborto imposible- arts. 42, 44, 86, parr. 1 en función del art. 85, inc. 2 parte 1., Del Código Penal(CNCrim., Y Correc., Sala II, Agosto 15 1980, Acosta de Cagnola).

Art. 86, inc. 2:

- Legitiman la intervención del asesor de menores e incapaces peticionando la protección de la madre enferma mental y menor de edad y de la persona por nacer que lleva en su seno, el art. 59 del Cód. Civil, en

cuanto le otorgan la representación promiscua, los arts. 66, inc. 3ro. y 67 del mismo cuerpo legal que expresamente mencionan la posibilidad de adoptar las medidas para proteger el embarazo, y, por último, el art. 234 del Cód. Procesal que permite que el juez llegue a decretar la guarda de menores e incapaces que sean expuestos a graves riesgos físicos; hipótesis que se configura en el caso, al haberse ordenado judicialmente practicar un aborto sobre la menor que cursa un embarazo de veinte semanas, víctima del delito de violación (de la denuncia del asesor de menores de Segunda Instancia) (1a. Instancia Civil Capital, Juzgado Nro. 25, Firme, Abril 26-1988). ED, 132-460.

- Atento a la declinatoria de competencia dispuesta por el titular del Juzgado de Instrucción -quien oportunamente concedió la autorización solicitada por la progenitora de la menor débil mental para que se practique un aborto sobre su hija- las constancias de la causa y lo dictaminado por el Ministerio Público Pupilar, corresponde decretar en forma definitiva la expresa prohibición de practicar cualquier tipo de maniobra técnica abortiva en la persona de la menor que pueda implicar riesgo para la vida o integridad física de la persona por nacer de la que es portadora. Y, en el caso que razones de índole médica aconsejen adoptar medidas de tal naturaleza, deber requerirse autorización a este Tribunal (de la sentencia de primera instancia en lo Civil) (1a. Instancia Civil Capital, Juzgado Nro. 25, Firme, Abril 26-1988). ED, 132-460.

- Habiendo concedido el Tribunal la autorización para practicar un aborto sobre la menor débil mental por la tutelada (conf. Ley 10.903 y art. 1ro., Ley 22.278), en mérito a la solicitud que en tal sentido realizara la medida de riesgo para la vida o integridad física de la persona por nacer de la que es portadora la menor, este Tribunal debe allanarse a esta doble y contradictoria consigna de la menor toda vez que cualquier medida que se adopte sobre la persona por nacer incidir sobre la misma. Por otra parte, tratándose de una demente en sentido jurídico es de competencia de la Justicia Civil la iniciación del juicio de incapacidad nombrándosele oportunamente un curador quien se hará cargo del gobierno de su persona y de sus bienes. Es por ello que debe dejarse sin efecto la disposición de la menor decretada en estos actuados (de la sentencia del Juzgado de Instrucción) (1a. Instancia Civil Capital, Juzgado Nro. 25, Firme, Abril 26-1988). ED, 132-460.

- En los supuestos en que de proseguirse el curso normal de un embarazo se produzca un serio riesgo para la vida de la madre, es menester atenerse a la determinación que, esta tome al respecto y, si no tiene capacidad para ello por ser una débilmente víctima de una violación, no cabe desde el punto de vista del derecho más que tomar la medida que mejor proteja su vida ya que nadie podría sustituirla en el ejercicio de dicha facultad de elección. Como en el caso en examen no existe riesgo para la vida de la madre si el embarazo sigue y si este se interrumpe, el aborto no puede practicarse bajo ningún concepto (de la denuncia del asesor de menores de segunda instancia) (1a. Instancia Civil Capital, Juzgado Nro. 25, Firme, Abril 26-1988). ED, 132-460.

- 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. 2do. Del Cód. Penal, por lo que así se declara, pues dicho precepto prevé que el «aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer no es punible.. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente..» (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción Nro. 18, Junio 2-1989). ED, 134-435.-

- La excusa absolutoria es una situación en la que la ley generalmente por motivos de utilidad y política criminal considera preferible prescindir de la pena por razones especialísimas. Así ocurre con el art. 86 inc. 2do. Del Cód. Penal cuando se comete un aborto practicado en las condiciones allí señaladas, ese delito en este supuesto en especial no merece pena (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción Nro. 18, Junio 1-1989). ED, 134-435.-

- Según la legislación penal argentina no es punible el aborto practicado por médico diplomado con consentimiento de la mujer si el embarazo proviene de una violación (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción Nro. 18, Junio 2-1989). ED, 134-435.-

- 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 (1ra. Instancia, Juzgado de Instrucción, 7ma. Nominación Rosario, 4 Noviembre 1987). ED, 128-388. -

- El aborto terapéutico y sentimental contradice al derecho civil, que reconoce la existencia del hombre desde su concepción y también es incongruente con el propio sistema penal, sobre todo porque las razones terapéuticas o sentimentales no justifican el «homicidio» (1ra. Instancia, Juzgado de Instrucción, 7ma. Nominación Rosario, 4 Noviembre 1987). ED, 128-388. -

- El texto del artículo 86, inciso 2do. del Código Penal indica que la mujer, a la que deba practicársele la práctica médica (el aborto) deberá ser idiota o demente, circunstancia que no ocurre en la causa (1ra.

Instancia, Juzgado de Instrucción, 7ma. Nominación Rosario, 4 Noviembre 1987). ED, 128-388. -

- La redacción del artículo 86, inciso 2do. del Código Penal, considera impune a la mujer que practique el aborto sentimental y al médico, pero nada dice sobre el juez que autorice tal intervención, razón que impide acceder a una demanda de tal índole (1ra. Instancia, Juzgado de Instrucción, 7ma. Nominación Rosario, 4 Noviembre 1987). ED, 128-388. -

- El consentimiento contemplado por el art. 86, inc. 2 del Código Penal, puede darlo la víctima se recupera la razón o se produce un intervalo lúcido pero de no concurrir ninguna de estas circunstancias debe prestarlo el representante legal, es decir, su curador definitivo de conformidad con la legislación civil. En los casos en que no hubiera un representante legal, esta habilitado a prestar el asentimiento para interrumpir el embarazo el guardador de la mujer, que es la persona que tiene de hecho el gobierno y cuidado tanto material como moral del incapaz sin ninguna consideración a las circunstancias que hubieran dado lugar a esa situación (1 Instancia Penal Mendoza, Juzgado N. 2, Enero 31 1985). ED, 114-183-

- El aborto no punible del art. 86, parr.2 inc.2: Autorizado por el juez que investiga la violación denunciada, como lo deja en evidencia el mismo precepto al exigir, en caso de incapacidad de la víctima, el consentimiento de su representante legal (CNCrim. y Correc., Sala V, junio 30 1978, Soto de Facchini, Berta)

- Si la embarazada sin darse la situación de inminencia del mal decide por si y ante si, sin intervención médica, practicarse o hacerse practicar por otro el aborto, fácil es concluir que no cabe encuadrar su conducta en el supuesto contemplado por el art. 34, incs. 2 y 3 del Código Penal. Ello es así, aun cuando se le haya aconsejado que no se embarazara, porque la intervención del médico que realice el aborto es indispensable, salvo en los casos de estado de necesidad justificantes o exculpantes (voto del doctor Andereggen) (CNCrim. y Correc., Sala II, Septiembre 29 1978). ED, 81-215.

- Si bien es cierto que nuestro Código Penal en el art. 86 prefirió la vida de la madre a la del niño, solo lo hizo excepcionalmente en el supuesto de que aquella corriera grave peligro en su vida o en su salud. Por consiguiente, igual criterio debe seguirse para determinar la importancia de los males en el caso del aborto realizado en estado de necesidad (voto del doctor Andereggen) (CNCrim. y Correc., Sala II, Septiembre 29 1978). ED, 81-214.

- El art. 86 del Código Penal constituye una guía imprescindible para realizar la cuantificación en el caso del aborto producido en la situación del art. 34, inc. 3. del Código Penal. Y no dándose la situación del artículo citado, para efectuar la comparación, debe acudirse, indispensablemente, al concepto de "grave peligro para la vida o la salud de la madre" u otro equivalente al de la vida de la criatura (voto del doctor Andereggen) (CNCrim. y Correc., Sala II, Septiembre 29 1978). ED, 81-214.

Art. 88:

- Si bien el art. 88 del Código Penal, en su última parte declara que la tentativa de aborto de la mujer no es punible, esta impunidad no alcanza al que consintió que un extraño intentara hacerla abortar ya que, siendo el fundamento de la exención de pena para la mujer que intenta causar su propio aborto el de evitar el escándalo y la turbación de la familia, en la hipótesis de conato de aborto consentido, la punibilidad de los ejecutores determina que el estrépito del foro deba producirse, razón por la cual el motivo determinante de la excusa absoluta carece de toda actualidad (CNCrim., Y Correc., Sala VI, Febrero 26 1982, Manterola, B. H.).

- Tratándose de la tentativa de aborto a que alude el art. 88, ultimo parr. del Código Penal, la exención de pena sólo procede en los casos en que la propia madre es la que ejecuta o procura ejecutar en si misma el aborto (del voto en disidencia del doctor de al Riestra) (CNCrim., Y Correc., Sala III, Junio 16 1980, Zabala de Juliano, Susana y Otros).

- Debe ser absuelta al encausada del delito de aborto en grado de tentativa, según lo dispuesto por el art. 88 del Código Penal, pues esta disposición no distingue el caso de conato ejecutado pro la propia mujer del realizado a instancias de esta por otro (CNCrim., Y Correc., Sala III, Junio 16 1980, Zabala de Juliano, Susana y Otros).

Cuestiones procesales:

- Existiendo derechos constitucionales en peligro, como la vida y la salud, la acción de amparo resulta la vía adecuada tendiente a la obtención de una prestación médica, en el caso interrupción de embarazo con inducción al parto y ligadura tubaria concibiendo a aquellos como derechos positivos con miras a la expedita protección jurisdiccional, cumpliendo una función previsor en lo que concierne a la protección de derechos constitucionales. (Juz. Crim. Y Correc. Nº 3, Mar del Plata, septiembre 5-997.- A.K.) LLBA, 1998-584

- Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que condenó a la recurrente como autora de los delitos de aborto consentido seguido de muerte y de aborto con consentimiento, pues las cuestiones introducidas por la defensa remiten al análisis de temas propios de los jueces de la causa,

cuales son los relativos a hechos y pruebas y al derecho común y procesal, ajenos por principio al conocimiento de la Corte Suprema (CS, Mayo 12 1981, Bella de Manulis, Rosa).

- Las confesiones de las procesadas-partera y presunta parturienta-no son suficientes por si mismas para acreditar el delito de aborto, si no están corroboradas por prueba pericial, única idónea para comprobar el cuerpo del delito integrado por los presupuestos del ilícito en cuestión (se señaló, en el caso, que a pesar de las aludidas confesiones en ninguna de ellas fue reconocido y menos establecido que los restos placentarios y embrionarios encontrados le hubieran sido extraídos a la presunta parturienta ni que hubieran sido empleados tanto el material como el instrumental secuestrado próximos a la habitación en que descansaba aquella cuando intervino la autoridad policial) (CNCrim y Correc., Sala II, Septiembre 29 1978). ED, 81-213.

- Probada la existencia de restos embrionarios, queda indudablemente demostrada la existencia de la preñez, sin que sea menester una prueba especial y distinta que acredite este hecho separadamente de aquel (voto del doctor Andereggen) (CNCrim. y Correc., Sala II, Septiembre 29 1978). ED, 81-213.

- Para dar por probado el delito de aborto se requiere inexcusablemente determinar la existencia de la preñez, los signos demostrativos de la expulsión violenta del feto y las demás circunstancias que se mencionan en el art. 225 del código de rito (CNCrim. y Correc., Sala II, Septiembre 29 1978). ED, 81-213.

- No corresponde, por la naturaleza y modalidades de la prueba propia de hechos de la especie del aborto, el examen fraccionado, parcial y aislado de cada elemento de juicio, sin la correcta relación, vinculación e independencia entre todos ellos, cuando presentando una perfecta unidad, conducen a una sola conclusión a la que no se opone ningún otro antecedente acreditado en autos, ni consideración que se apoye en indicios contrarios obrantes en el proceso (voto del doctor Andereggen) (CNCrim. y Correc., Sala II, Septiembre 29 1978). ED, 81-214.

- La presencia de la placenta o sólo de restos placentarios basta para probar el aborto (voto del doctor Andereggen) (CNCrim. y Correc., Sala II, Septiembre 29 1978). ED, 81-214.

- No procede responsabilizar por el delito de aborto, si no existe prueba legal, plena y categórica de la maniobra abortiva (CNCrim. y Correc., Sala III, Septiembre 10 1965). ED, 15-308.

- La falta de individualización de la persona idónea a quien pueda adjudicarse la realización de las maniobras abortivas y de determinación exacta de los "medios" utilizados, no impide tener por plenamente configurado el delito de aborto por parte de la procesada, si se encuentra suficientemente comprobado su estado anterior de embarazo y la interrupción del mismo por maniobras abortivas que indican la aplicación, en el caso, de 1964). ED, 8-124.

- La mujer que consiente un aborto incurre en la comisión de un delito (art. 85, Cód. Penal), de modo que 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 miente o calla lo que sabe, estaría coaccionada para declarar contra sí misma, lo que importaría una grosera violación a la respectiva garantía constitucional (art. 18, Constitución Nacional). (CNCrim. Y Correc., Sala VII, mayo 4-995.- S., J.) ED, 166-225 – JA, 1996-I-500.-

- Es nula la declaración testimonial recibida a una mujer que ha consentido un aborto, pues viola la garantía constitucional del art. 18 que impide someter a la violencia moral de testimoniar en su contra sobre una cuestión inherente a su más absoluta intimidad. (CNCrim. Y Correc., Sala VII, mayo 4-995.- S., J.) ED, 166-225 – JA, 1996-I-500.-

- La declaración como testigo de la madre de la mujer que consintió un aborto, viola lo dispuesto por el art. 242 del Cód. Procesal Penal, pues un relato no sólo constituye una imputación por el médico que lo practicó, sino también para su propia hija, además de que podría importar el reconocimiento de haber participado en el hecho –al abonar al profesional la suma convenida-, reconocimiento que constituye una violación a la garantía constitucional del art. 18. (CNCrim. Y Correc., Sala VII, mayo 4-995.- S., J.) ED, 166-225 – JA, 1996-I-500.-

- Tratándose del aborto, el cuerpo del delito no necesariamente y en forma exclusiva debe probarse por peritos, bastando para su comprobación las confesiones de la procesada debidamente corroboradas por un análisis clínico: signos de maniobras instrumentales y de interrupción del embarazo y de otras compatibles con un legrado uterino (CApel. Penal San Martín, Sala II, Noviembre 30 1981, Lembo de Novas, Rosa G.).

Secreto Profesional:

- No se 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 una denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en el ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no-, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de los coautores, instigadores y cómplices (Del fallo de Segunda Instancia). (CS Santa Fe, agosto 12-998.-I.M.) LL 1998 –F, 547

- La obligación que tiene el facultativo de guardar secreto profesional no es de carácter absoluto, pues

debe admitirse que, cuando existe justa causa –en el caso, la comisión del delito de aborto lo es– la revelación llevada a cabo por el profesional no encuadra dentro del tipo previsto por el art. 156 del Cód. Penal. (CS Santa Fe, agosto 12-998.-I.M.) LL 1998 –F, 547

- Son nulas las actuaciones incoadas contra la mujer que provocó su propio aborto, en base a la denuncia hecha por el médico que tuvo conocimiento del hecho con motivo del ejercicio de su profesión por resultar violado el secreto profesional que se le imponía al referido profesional. (C2ª Crim. Y Correc. Bahía Blanca, Sala I, octubre 31-996.- S,N del C.) LLBA, 1997-139.

- Tratándose el aborto de un delito de acción pública, resulta improcedente, cualquiera haya sido el conducto, una vez que la noticia de su presunta comisión, llegó a conocimiento de la autoridad policial o judicial, que puedan anularse las actuaciones sumariales debiendo proseguirse su substanciación independientemente de la posibilidad de que pueda haberse incurrido por ante el médico interviniente en el quebrantamiento de lo normado en el art. 156 del Cód. Penal. (Del voto de la minoría) (C2ª Crim. Y Correc. Bahía Blanca, Sala I, octubre 31-996.- S,N del C.) LLBA, 1997-139

- La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instituto natural de la propia conservación puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida, no siendo jurídicamente admisible pronunciarse a favor de la prevalencia social de reprimir un delito, en desmedro al superior derecho humano a la subsistencia. (C2ª Crim. Y Correc. Bahía Blanca, Sala I, octubre 31-996.- S,N del C.) LLBA, 1997-139

- No es necesario resolver si el denunciante cometió el delito de violación de secreto al que se refiere el art. 156 del cód. penal, pues ello tampoco ocasionaría la anulación de lo actuado. Ya que aun cuando el funcionario policial se hubiera enterado del delito mediante otro delito de acción privada cometido por el tercero que lo informara sobre el aborto, ello no desplazaría lo establecido en la primera parte del art. 448 n.a. del cód. de proced. penal (Bs. As.) (de la mayoría). (SC Buenos Aires, julio 7-1992). ED, 152-521.

- La mujer que consiente que un tercero le cause un aborto, si como consecuencia del mismo sufre complicaciones que afectan su salud y para atenderla requiere los auxilios de un médico, debe estar amparada por el secreto profesional pertinente. Razones humanitarias y de respeto a la libertad individual impiden en estos casos valerse de una autoinculpación que se presta ineludiblemente sólo para preservar la salud seriamente comprometida por las maniobras abortivas (de la minoría). (SC Buenos Aires, julio 7-1992). ED, 152-521.

- Es innecesario resolver si el eventual carácter delictivo del acto de quien comunicó a la autoridad la existencia de un aborto lo privaría o no a dicho acto del carácter jurídico de denuncia, pues de uno u otro modo la situación resulta captada en la primera parte del art. 448 n.a. del cód. de proced. penal (Bs. As.) (de la mayoría). (SC Buenos Aires, julio 7-1992). ED, 152-521.

- El art. 156 del cód. penal, garantiza que la situación de una mujer que ha consentido que un tercero le cause un aborto, y que por sus derivaciones se ha visto constreñida a presentarse a un hospital a los efectos de recabar asistencia para su salud afectada con motivo de esa operación ilegal, permanezca en secreto, bajo la admonición de la condigna sanción en caso de incumplimiento (de la minoría). (SC Buenos Aires, julio 7-1992). ED, 152-521.

- 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 despretege 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.) (Disidencia del doctor Iribarne) (TS Neuquén, 14 Abril 1988). ED, 129-390.

- El secreto profesional no rige cuando media justa causa de revelación, configurándose en el caso, en razón de la obligación de denunciar un delito de acción pública, exigible en la hipótesis del aborto en virtud de que el bien jurídico protegido, la vida del feto, dada su absoluta indefensión, carece de toda otra forma de tutela (disidencia del doctor Iribarne) (TS Neuquén, 14 Abril 1988). ED, 129-390.

- No sólo a la mujer sometida a un aborto alcanza la exención del proceso, pues como consecuencia de la operación ilegal y ante el peligro real de su vida debe concurrir a un nosocomio a practicarse curaciones que le permitan preservarla, poniéndola en una disyuntiva mortal que radica en salvar su integridad física o padecer un proceso, pero bajo ningún concepto se puede amparar a quien puso en semejante estado de peligro a esa mujer mediante las salvajes maniobras abortivas (TS Neuquén, 14 Abril 1988). ED, 129-389.

- Si el conocimiento del aborto que en el caso tuvo la prevención policial fue una comunicación proveniente del hospital donde se internó la paciente, ello implicó una violación del secreto profesional (TS Neuquén, 14 Abril 1988). ED, 129-389.

- La denuncia del aborto efectuada por el profesional médico conocida por revelaciones amparadas en el secreto profesional no puede servir como base a ningún proceso ya que es nula, implicando su exteriorización una violación del secreto debido (TS Neuquén, 14 Abril 1988). ED, 129-388.

- Profesional: es válidamente procedente instruir proceso penal de oficio en averiguación de la posible comisión del delito de aborto autoprovocado o consentido, cuando la noticia criminis proviene de la denuncia formulada por un profesional en el arte de curar que conoció el hecho a raíz del ejercicio de su profesión, en virtud de tratarse de un delito de acción pública, perseguible de oficio, para cuya puesta en movimiento no son obstáculos las disposiciones de la ley de fondo o procesal relativas a la observancia del secreto profesional. Rigen los arts. 88 y 156 del código penal; 75 y Con CS. del Código Procesal penal y 35 de la ley 5827 (CPenal Morón, en Pleno, Mayo 8 1986 R., R.). ED, 118-331.

- Aborto: delito de acción pública: instrucción de oficio del proceso penal; "noticia criminis" por denuncia de un médico; inobservancia del secreto 85 A 87, Código Penal: no corresponde instruir sumario criminal en contra de la mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la noticia criminis o denuncia expresa o implícita efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo, sea o no oficial; incluido el caso en que se toma conocimiento de una historia clínica a la que no podría haber accedido sin intervención de alguna de las personas que revestía las calidades a que se refiere el art. 156 del Código Penal (CPenal San Martín, en Pleno, Julio 5-1985- L., D. B. y Otros). ED, 114-562.

- En ejercicio de su profesión: corresponde instruir sumario criminal en contra de la mujer que ha causado su propio aborto o consentido en que otro lo causare, sobre la base de la noticia criminis o denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo (oficial o no) (CPenal Lomas de Zamora, en Pleno, Julio 2-1981- M., A. M. y Otra). ED, 97-265.

- La mera presencia ante el médico (partera, etc.) 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 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 sí mismo -según el derecho vigente- menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable (SC Buenos Aires, Marzo 24 1984). ED, 109-704.

- Si la denuncia fue efectuada por la guardia del hospital Fiorito, la misma no pudo ser efectivizada sin violar la disposición contenida en el art. 156 del Código Penal que incrimina al que, por razón de su estado o profesión, revelare un secreto sin justa causa, porque es evidente que la persona del hospital Fiorito que la hizo revestía alguna de las calidades a que se refiere el art. 156 del Código Penal y que el conocimiento del aborto lo tuvo en razón de esa calidad (SC Buenos Aires, Mayo 24 1984). ED, 109-704.

- Si el médico hiciera la denuncia del acto ilícito que conoció por revelaciones amparadas en el secreto profesional (por ejemplo, un aborto), dicha denuncia no puede servir de base a proceso alguno porque, es insanablemente nula desde su comienzo y su exteriorización implica una violación delictiva del secreto debido (SC Buenos Aires, Mayo 24 1984). ED, 109-704.

- Tratándose del delito de aborto, lo que impide la formación del sumario según el plenario "Frías", es la denuncia del profesional y no la de un establecimiento hospitalario, por lo que habiendo sido, en el caso de autos, el requerimiento policial formulado por la guardia médica sin aclarar nada, corresponde dar curso al sumario, involucrando a la víctima de las maniobras realizadas a su propia instancia, como incurso prima facie en el delito previsto y penado por el art. 88 del Código Penal (CNCrim., Y Correc., Sala IV, Diciembre 19 1980, Claisse, Cesar H.).

- Corresponde instruir sumario criminal en contra de la mujer que ha causado su propio aborto o consentido en que otro lo causare, sobre la base de la noticia criminis o denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo (oficial o no) (CPenal Lomas de Zamora, en Pleno, Julio 2-1981). ED, 97-265.

- 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 si corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices (CNCrim. y Correccional., en pleno, Agosto 26 1966). ED, 16-3.

- Corresponde instruir sumario por el delito de aborto, en base a la denuncia efectuada por un médico que conoció el hecho en ejercicio de su profesión (CCrim, la Pampa, Diciembre 17 1969). ED, 35-45.

- Es de aplicación el art. 454 del Código de Proced. Crim., sin la declaración del art. 437 -de acuerdo con la jurisprudencia plenaria reciente- en el proceso por aborto que se ha formado sobre la base de las referencias del médico de la asistencia pública que atendiera a la inculpada, por cuanto la razón formal del sobreseimiento por una cuestión de procesabilidad no implica negar la existencia del delito ni quita su emergente responsabilidad penal (CNCrim. y Correc., Sala IV, Agosto 30 1966). ED, 16-15.

Competencia:

- Corresponde a la justicia penal provincial y no a la nacional en lo criminal de instrucción, conocer de la causa de aborto si en jurisdicción de aquel tribunal se ejecutaron las maniobras abortivas y tiene allí su domicilio la persona que practicó la operación, aunque la muerte del feto pueda haber ocurrido en la Capital Federal. Ello, conforme al principio según el cual el hecho punible se estima cometido en todas las jurisdicciones a través de las cuales se desarrolló la acción y también en el lugar de verificación del resultado, lo que permite elegir una de dichas jurisdicciones atendiendo a las exigencias de una mejor economía procesal (CS, 1 Septiembre 1987). ED, 127-383.

- El delito de aborto se consuma en el lugar donde se produce la muerte del feto, lo que de acuerdo con las constancias de la causa, ya había ocurrido cuando la menor fue conducida al hospital Piñeiro de la Capital Federal. En tales condiciones, toda vez que la extracción de restos del feto ya muerto no constituye parte de la acción típica, y sólo tuvo como finalidad primordial preservar la salud de la menor, corresponde que continúe con la sustentación de la causa la justicia provincial (CS, 1 Septiembre 1987). ED, 127-383.

- La declaración de la imputada por el delito de aborto debe ser tenida en cuenta a los efectos de determinar la competencia territorial en la medida en que no sea contradicha por otras constancias de la causa (CS, 1 Septiembre 1987). ED, 127-383.

- Si las declaraciones vertidas en autos por la damnificada del delito de aborto no han sido contradichas sino, en todo caso, corroboradas por las restantes constancias de la causa, corresponde estar a esos dichos, que fijan el lugar del hecho en territorio provincial, para establecer la competencia territorial (CS, Octubre 22 1981, Allende de Salazar, Juana).

- Si la investigación practicada por los jueces intervinientes que han declarado su incompetencia, no resulta suficiente para establecer, siquiera prima facie y a efectos de determinar la competencia territorial, el lugar de comisión del delito de aborto-extremos indispensables para determinar la continúe con la investigación de las actuaciones (CS, Marzo 16 1982, Simone, Mirta).

- Compete conocer en el delito que configuraría, prima facie, el de aborto seguido de muerte, al juez con jurisdicción en el lugar donde se produce el resultado letal (CN Crim. y Correc., Abril 6 1962). ED, 5-99.

- Si prima facie, es dable suponer que la muerte del feto se ha producido en la Capital Federal, el hecho de que ocurriera en la provincia la muerte de la madre-circunstancia que califica el presunto delito en los términos del art. 35, inc. 2., Parr. 2., Cód. Penal- no altera la competencia del juez nacional de instrucción para conocer del supuesto aborto (CS, Diciembre 5 1962). ED, 5-99.

Responsabilidad Civil/Laboral:

- Frente a un aborto espontáneo normalmente cesan las causas (lógica repercusión en la salud de la parturienta, atención del niño recién nacido) que el legislador tuvo en cuenta para establecer el régimen de indemnización especial en caso de despido. Si con motivo del hecho, la empleada sufre las consecuencias de un debilitamiento físico o psíquico entran en acción las normas que corresponden a la llamada enfermedad inculpable (actual art. 208 y sgtes., LCT) y no la garantía prevista en los arts. 193, 194 y ConCS., LCT (CNTrab., Sala III, Septiembre 28 1979, Heiling de Franco, Ursula A. C. Teorema, SRL).

- El aborto sufrido por una de las víctimas del accidente debe ser indemnizado como verdadero perjuicio patrimonial futuro, porque toda vida humana, aunque se trate de un feto de escasos meses de gestación, tiene un valor por sí misma, que es lógicamente indemnizable, aunque por tratarse de una criatura por nacer no puedan demostrarse los perjuicios sufridos. Lo que se indemniza es el daño material resultante de la frustración de la esperanza de que en lo futuro, la criatura por nacer pudiera ayudar económicamente a sus progenitores y prestarles el debido cuidado personal, que no sólo tiene un valor ético sino también económico (CNEspecial Civil y Com., Sala IV, Marzo 30 1979). ED, 85-779.

- Si bien es cierto que, en principio, la asunción de riesgos por el damnificado no es una causa de exoneración del agente del daño, cuando aquella entrada una conducta culpable, el principio admite una excepción: la obligación de resarcir sufre una alteración, procediendo entonces la distribución del daño entre el autor y la víctima. El someterse la menor a un aborto efectuado por una obstétrica, en las condiciones del caso, no habiéndose demostrado que respecto de la primera concurriera ninguna causal de inimputabilidad configuró, de parte de ella-bien entendido que en relación con los peligros que a sí misma se sometía- una conducta culpable, que torna aplicable el criterio enunciado (CNCiv., Sala A, Febrero 14 1978). ED, 80-445.

- No se concibe la prueba fehaciente de un embarazo de dos meses y del aborto a raíz de un accidente de tránsito- por lo cual se reclaman daños y perjuicios- salvo que la gestación haya incluido aspectos que exigían la atención profesional y exista documentación que lo acredite. Corresponde, pues, meritar la prueba testifical a propósito de las referencias de la propia interesada en el círculo de su actividad y su familia, así como las conclusiones corroborantes de la pericia médica (CNCiv., Sala C, Abril 23 1974). ED, 58-248.

- Si el padre de quien falleciera a consecuencia del aborto que se le practicara, demanda la reparación del perjuicio *juris proprio* y no *juris hereditatis*, es irrelevante que la víctima haya prestado colaboración en el delito (C1aCC San Nicol s, Febrero 12 1974). ED, 56-574.

- La sola consecuencia que ha tenido el accidente de tránsito-el aborto sufrido por la actora- torna procedente la indemnización del daño moral, teniendo en cuenta, además, lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil (CNCiv., Sala C, Junio 23 1972). ED, 44-1087.

- No constituye injuria vertida en juicio la manifestación de la esposa en el sentido de que cuando el marido advirtió su estado de embarazo, inmediatamente la instó a una operación de aborto y que la negativa de ella determinó las reacciones incontenidas de aquel, agrediéndola de hecho; pues elementos de juicio obrantes en el expediente tampoco permiten considerar la referida manifestación como configurativa de dicha causal, desde que no se advierte en aquellas expresiones el claro propósito ofensivo exigible para la tipificación de esa injuria (CNCiv., Sala C, Mayo 19 1970). ED, 35-317.

Otras cuestiones:

- La convención de derechos humanos de San José de Costa Rica - que se encuentra incorporada al derecho argentino - reconoce el derecho a la vida al nasciturus a partir de su concepción: y en nuestro Código Civil, se le reconoce a la persona por nacer en sus arts. 54 Inc. 1 y 70, su carácter de tal en el transcurso de toda su existencia. (Juzgado Civil y Comercial n 2 de San Martín, Octubre 31-1986). ED, 137-106.

- El solo hecho de haber pedido la madre que ejerce la patria potestad sobre su hijo autorización para abortar es causa suficiente para privarla de la misma (art. 307, Cód. Civil) y nombrar un tutor al nasciturus ya que la vida de éste había sido puesta gravemente en peligro (del dictamen del asesor de menores de primera instancia) (1a. Instancia Civil Capital, Juzgado Nro. 25, Firme, Abril 26-1988). ED, 132-460.

- Debe precisarse que los numerosos derechos que cabe reconocer a la persona por nacer, no se limitan a la enumeración del art. 64 del cód. Civil, sino que se extiende a todos aquellos otros compatibles con su condición de persona que emana del art. 63 del cód. Citado. En consecuencia el "derecho de vivir" que tiene toda persona cabe reconocerse en el nasciturus el "derecho de nacer" como manifestación particular del anterior (de la denuncia del asesor de menores de segunda instancia) (1a. Instancia Civil Capital, Juzgado Nro. 25, Firme, Abril 26-1988). ED, 132-460.

- 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 ,tico, 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 igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. (1a. Instancia Civil Capital, Juzgado Nro. 25, Firme, Abril 26-1988). ED, 132-460.

- El juez deberá pronunciarse no sólo a favor del derecho a la vida del nasciturus -máxime cuando carece por completo de capacidad para defenderse por si 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 pasara entonces por autorizar o no la intervención quirúrgica, sino por afirmar que esa decisión compete al médico y a la madre (1 Instancia Civil, Juzgado n 26, Agosto 27 1985). ED, 117425.-

- El juez deberá pronunciarse no solo a favor del derecho a la vida del nasciturus -máxime cuando carece por completo de capacidad para defenderse por si 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 pasara entonces por autorizar o no la intervención quirúrgica, sino por afirmar que esa decisión compete al médico y a la madre (1 Instancia Civil, Juzgado n 26, Agosto 27 1985). ED, 117425.-

VII.- Otras legislaciones

1.- EUROPA:

a.- Alemania:

El caso de este país me parece muy interesante, dado que tuvieron que salvar grndes diferencias legislativas existentes al momento de la unificación de las dos Alemanias. Estas tenían normas diametralmente opuestas en lo que al tema de este trabajo.

Marín Gamez⁴⁷ en su obra nos pone en conocimiento del sistema normativo germano de la siguiente manera: El párrafo 218 del Código Penal contiene en esencia lo siguiente: La interrupción del embarazo no constituye delito cuando: a) la embarazada lo solicite y atestigüe al médico que va a efectuar la intervención que al menos tres días antes de ésta se ha hecho asesorar (consistente en el asesoramiento de la embarazada que se halla en situación de conflictividad o de penuria); b) la interrupción será practicada por un médico; c) desde la concepción no habrá transcurrido un plazo de más de doce semanas. El precepto 219 añade que el asesoramiento tiene por objeto la protección de la vida mediante consejo y ayuda a la embarazada, dando por supuesto el alto valor de la vida prenatal y la propia responsabilidad personal de la mujer. El párrafo 218 del Código Penal alemán viene a establecer un sistema de regla-excepción en el que en primer término establece la prohibición general de la interrupción del embarazo, de tal forma que en Alemania el aborto no es antijurídico si: a) la embarazada solicita la interrupción del embarazo y ha notificado al médico a través de una determinada certificación que se ha dejado de asesorar por lo menos tres días antes de la intervención; b) si la interrupción del embarazo se efectúa por un médico, y; c) si no han transcurrido más de doce semanas desde la concepción. Por lo tanto, cabe expresar que el espíritu de la norma germana en estudio descansa sobre cuatro postulados cabalmente cifrados por Albin Eser⁴⁸ : 1) Puesto que está garantizado el derecho constitucional a la vida del nasciturus, la interrupción del embarazo no puede ser ningún acto exclusivo de autodeterminación exclusivamente unilateral, sino que necesita una ponderación de bienes. 2) Para evitar una interrupción del embarazo susceptible de ser prevenida si la mujer está obligada a un asesoramiento social antes de formar decisión a favor o en contra del aborto. 3) Si, pese a todo, la mujer decide la interrupción del embarazo, se ha de respetar su decisión última como un acto de responsabilidad individual ante la propia conciencia con el reconocimiento debido de la vida en formación, y no sólo como un acto de autodeterminación puramente individual. 4) Puesto que la ayuda a la mujer se presenta mucho más eficaz que la amenaza penal, la ley incluye numerosas medidas sociales para animar a la mujer a tomar una decisión en favor de la vida no nacida.

b.- Francia:

La Ley francesa del 17 de enero del año 1975, llamada Ley Veil, modificada en 1979, ley que permite a la mujer embarazada pedir al médico la interrupción de su gestación dentro de las diez primeras semanas cuando su estado de embarazo la coloque, o se halle en consecuencia del mismo, en una situación de angustia (*detresse*), habiendo de practicarse el aborto en un establecimiento adecuado – existen establecimientos sanitarios donde se realizan este tipo de prácticas que son controlados por el Estado -. Como se observa, en Francia hasta la décima semana de embarazo la situación de angustia de la mujer es causa de aborto lícito que sólo requiere una declaración del médico que la trata, dirigida al director del centro sanitario en cuestión. Ahora bien, si la mujer es menor de edad precisa la autorización de una de las personas que ejerzan la patria potestad sobre su persona o del representante legal de la menor.

Es preciso mencionar que en Francia no se permite la interrupción del embarazo de una mujer extranjera, salvo que goce del permiso de residencia de aquel país. Lo que se pretende es atacar el llamado turismo abortivo, consistente en que mujeres de otros países donde está tipificada la conducta fueran a realizarse la práctica en cuestión.

Cabe agregar la reciente polémica que se desató por el pronunciamiento de un tribunal que se pronunció a raíz del recurso presentado por una mujer víctima de un accidente de automóvil en Metz, en 1995, causado por un conductor en estado de ebriedad. La demandada, que estaba embarazada de seis meses, tuvo un parto prematuro cuatro días después y perdió al bebé. Un tribunal entendió que “la interpretación estricta de la ley penal se opone a que la incriminación que reprime el homicidio involuntario de otro sea extendida al caso de un niño por nacer”. El conductor había sido condenado en Primera Instancia, pero una corte de apelación sobreseyó al demandado, por considerar que no había delito de homicidio, puesto que “para que haya persona, es necesario que haya un ser vivo, es decir, venido al mundo y aún no fallecido”.

En contradicción a esto, en febrero de 2000, un tribunal de apelación de Reims decidió que un automovilista que había provocado la muerte de un feto de ocho meses podía ser condenado por ese delito. Los magistrados juzgaron entonces que “un bebé después de los ocho meses superó el umbral de la vitalidad (...) y que, en estas condiciones, aunque aún no separada del vientre de su madre en el momento de su muerte, el pequeño es una persona humana y, en tal calidad, se beneficia de la protección penal”.⁴⁹

⁴⁷ MARÍN GAMEZ, José Angel - “Aborto y Constitución”, Universidad de Jaén, 1996.

⁴⁸ ESER, Albin, - “Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado”, en Actualidad Penal, núm. 4, 24-30 de enero, 1994.

⁴⁹ Fuente: Diario “La Nación” del miércoles 4 de julio de 2001, “Una corte negó que un feto sea una persona”, pag. 3.

c.- Gran Bretaña:

La Abortion Act, del 27 de diciembre de 1967, que entró en vigencia el 27 de abril de 1968, despenalizó el aborto mediante un sistema de indicaciones tan amplio que, en cierta forma, deja el aborto en la impunidad durante los tres primeros meses de embarazo. El plazo de gestación dentro del cual se permite la interrupción del embarazo son las doce primeras semanas y el único requisito exigido es que dos médicos acrediten la presencia de alguna de las razones estipuladas por ley: peligro para la vida o la salud tanto física como psíquica de la mujer; que el nuevo hijo pueda influir negativamente tanto en las condiciones de vida futura de la madre como de los hermanos ya nacidos; y , cuando el producto de la concepción sea una criatura minusválida física o mentalmente. Es interesante resaltar que no se exige autorización paterna de las menores que deseen interrumpir su embarazo.

2.- AMÉRICA:**a.- Bolivia:**

En el actual ordenamiento legal de Bolivia, la Constitución Política del Estado en el Art. 193 protege la maternidad; el embarazo de las mujeres es protegido desde el momento de la fecundación hasta el nacimiento y se hace extensiva a la infancia, en concordancia con el Código Penal. Esta protección rechaza el aborto, en el entendido de que este delito constituye la supresión de la vida y por ello merece una tipificación propia.

El aborto se halla comprendido en el Código Penal en vigencia en el Libro 2do. Título VIII Capítulo III que se refiere a los delitos contra la Vida y la Integridad Corporal.

El Art. 263, define el aborto: El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado:

1) Con privación de libertad de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer, o si ésta fuere menor de diez y seis años.

2) Con privación de libertad de uno a tres años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer.

3) Con reclusión de uno a tres años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento. La tentativa de la mujer no es punible.

El Art. 264 consigna el aborto seguido de lesión o muerte y establece: cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuere seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno a cuatro años; y si sobreviniere la muerte, la sanción será agravada en una mitad.

Cuando del aborto no consentido resultare una lesión, se impondrá al autor la pena de privación de libertad de uno a siete años; si ocurriere la muerte, se aplicará la de privación de libertad de dos a nueve años.

El Art. 265, establece al aborto Honoris Causa: Es decir, si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquella, se impondrá reclusión de seis meses a dos años de privación de libertad, agravándose la sanción en un tercio si sobreviniere la muerte.

En el Art. 266 se reconoce la figura del Aborto Impune, siempre y cuando el embarazo sea el producto de una violación, o cuando la vida de la madre corre grave riesgo. En este caso se exige la autorización judicial correspondiente, que, debido a las demoras dentro los procesos judiciales, obliga a las mujeres que se encuentran en situaciones prescritas, a recurrir al aborto clandestino, que es la única forma de anticoncepción prohibida.

El Código Penal, toma en consideración la preterintención y la culpa en los Arts. 267 y 268 que pueden darse con o sin el consentimiento de la mujer; la primera, como una forma indirecta no intencionada de causar el aborto con el empleo de la violencia y con conocimiento del embarazo.

El Art. 250 del Código Penal, sanciona al hombre (padre) en caso de que hubiere matrimonio y abandono de la mujer (casada) embarazada y a consecuencia del abandono la mujer comete el delito del aborto. Sin embargo no se establece la misma protección para la mujer soltera o divorciada que aborta.

El Código de Seguridad Social Boliviano determina con referencia al aborto, lo siguiente:

Art. 25.- En caso de aborto provocado sin prescripción médica procede solamente el derecho a las prestaciones sanitarias indispensables.

Art.71.- Sólo procederá el aborto por prescripción médica, cuando el Consejo de Salubridad de la Caja, dictamine caso por caso, que dicha asistencia es necesaria.

Art.72.- Los servicios médicos de la caja en conocimiento de un caso de aborto provocado sin prescripción médica, tienen la obligación de denunciar al Ministerio Público, bajo responsabilidad penal, sin perjuicio de otorgar las prestaciones sanitarias indispensables que correrán por cuenta de la paciente.

Sin embargo estas disposiciones se encuentran aisladas, porque no existen disposiciones que obliguen a los centros de salud pública a prestar este servicio.

b.- Colombia:

El Código Penal de 1.980, es que actualmente rige en Colombia. Las disposiciones encargadas de penalizar el aborto se encuentran dentro del Título de los «Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal», así:

Artículo 343. Aborto.

«La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior».

Artículo 344. Aborto sin consentimiento.

«El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años».

Artículo 345. Circunstancias específicas.

«La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere a otro que se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias».

Estas son las normas que se encargan de prohibir el aborto; está penalizada su práctica tanto para la mujer, como para la persona que lo realice y se prevé una pena menor tratándose de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida.

c.- El Salvador:*Capítulo II, de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación*

Artículo 133: «El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años».

Artículo 134: Aborto sin consentimiento.- «El que provocare un aborto sin consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de cuatro a diez años.

En la misma pena incurrirá el que practicare el aborto de la mujer, habiendo logrado su consentimiento mediante la violencia o engaño».

Artículo 135: Aborto agravado.- «Si el aborto fuera cometido por médico, farmacéutico o por personas que realizaren actividades auxiliares de las referidas profesiones, cuando se dedicaren a dicha práctica será sancionado con prisión de seis a doce años.

Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad por el mismo período».

Artículo 136: Inducción o ayuda al aborto.- «Quien induzca a una mujer o le facilite los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto será sancionado con prisión de doce a quince años.

Si la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor del abortado la sanción se aumentará en una tercera parte».

Artículo 137: Aborto culposo.- «El que culposamente provocare un aborto será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada y las tentativas de ésta para causar su aborto no será punible».

d.-Paraguay:

La Constitución Nacional promulgada y sancionada, el 20 de junio de 1992, en concordancia con disposiciones establecidas en convenios internacionales como el Art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada como Ley No. 1/89 e inspirada en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica, incorpora una modificación al Art. 4º: Del derecho a la vida, que fue redactado de la siguiente manera:

«El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, solo con fines científicos o médicos.»

La incorporación del párrafo por el cual se garantiza el derecho a la vida «en general, desde la concepción», que no figura en la Constitución anterior, y su aprobación por la Comisión Redactora, generó una

fuerte oposición de la Iglesia Católica y de grupos religiosos y no confesionales, que lo consideraron una apertura a la despenalización del aborto.

El Decreto No. 2848 del Poder Legislativo, de fecha 10 de diciembre de 1937, refuerza los artículos que atañen al aborto que figuran en el Código Penal Paraguayo, vigente desde 1914 y es, a su vez la base de los correspondientes artículos del Proyecto del nuevo Código Penal, sancionado por ambas Cámaras del Parlamento: Senadores y Diputados.

El Decreto dice:

«Considerando: que el número de abortos provocados ha crecido en una proporción alarmante en nuestro país, sobre todo en la Capital y en algunos puntos del interior de la República; (...)

Que entre los numerosos males que derivan del apuntado, se destacan preferentemente los que siguen:
a) la despoblación del país por la disminución de la natalidad. En el Paraguay, con una población escasa de un millón de habitantes, pudiendo en su territorio feraz vivir millones de almas, el problema del aborto provocado, adquiere una gravedad excepcional. El aborto contra natura destruye, anualmente, miles de vidas paraguayas (...) El aborto constituye un atentado a las buenas costumbres del país, matando el sentido moral de sus habitantes (...) La Iglesia, la prensa, la cátedra y los médicos tienen una importante función social que realizar en ese sentido (...)

Por lo tanto (...) decreta:

Art. 6º. El aborto terapéutico solo podrá ser realizado en caso debidamente justificado en que el embarazo en su evolución, el trabajo de parto o el puerperio pueden agravar considerablemente la enfermedad de la mujer embarazada o amenazar su vida. (...)

Art. 7º. Los profesionales llamados a asistir a un caso de aborto terapéutico o no, están obligados a comunicar el hecho al Departamento Nacional de Higiene, dentro de las 24 horas, expresando la causa probable del mismo.

Art. 8º. Las parteras no podrán bajo ningún pretexto, atender enfermas en trances de aborto. Su misión se reducirá única y exclusivamente a atender partos y puerperios normales

Art. 11º. El aborto terapéutico realizado sin la observancia de las formalidades previstas por el art. 6º. hará presumir la criminalidad del acto y el médico o médicos que hubiesen intervenido serán sometidos a la justicia criminal a los efectos de la aplicación de la pena prevista en el Art. 351 del Código Penal (...)

Art. 12º. La infracción del Art. 7º. será sancionada con la misma penalidad prevista en el art. anterior. (...)

También la legislación positiva paraguaya no penal en vigencia desde el 1º. de enero de 1987, considera la defensa del embrión humano sobre la base de que el mismo se constituye como «persona física».

El Código Civil en el Art. 28 establece que:

«La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado.»

Si bien no aclara lo que es persona física, reconoce la personalidad de la misma al otorgarle capacidad de adquirir bienes.

El Código del Menor regula los derechos y garantías de los menores desde la concepción hasta la edad de 20 años cumplidos, en que termina la minoridad. Considera menor al ser humano concebido y le asegura los siguientes derechos en el Art. 8:

«Goza de la protección prenatal y a nacer en condiciones adecuadas con la debida asistencia sanitaria; al cuidado de la salud y a recibir asistencia médica; a recibir trato humano de sus padres, tutores o guardadores.»

El Código Sanitario reconoce al embrión como unidad biológica con la madre, aunque distingue unidad biológica de identidad biológica ya que considera a la madre y al hijo como personas diferentes. Establece el Art. 15:

«Las personas por nacer tienen derecho a ser protegidas por el estado en su vida y en su salud, desde su concepción.»

Y el Art. 16:

«Durante la gestación, la protección de la salud comprenderá a la madre y al ser en gestación como unidad biológica.»

Este artículo deja sujeta la realización del aborto a las disposiciones del Código Penal, ya que lo considera como conducta injusta que no puede tener protección legal.

e.- Panamá:

El Aborto provocado:

El delito de aborto en la Legislación vigente (1982), se encuentra regulado en el Capítulo III, Título I, Libro II (Delitos contra la vida y la integridad personal) del Código Penal en sus artículos 141, 142, 143 y 144.

El aborto provocado por la propia mujer:

«Artículo 141: La mujer que cause su aborto o consienta que alguien se lo practique, será sancionada con prisión de uno a tres años».

El Aborto provocado con el Consentimiento de la mujer.

«Artículo 142: El que provoque el aborto de una mujer con el consentimiento de ella, será sancionado con prisión de 3 a 6 años».

El Aborto provocado sin el consentimiento de la mujer:

«Artículo 143: El que provoque el aborto de una mujer, sin su consentimiento o contra su voluntad, será sancionado con prisión de 4 a 8 años.

Si, por consecuencia del aborto o de los medios usados para provocarlo, sobreviene la muerte de la mujer, la sanción será de 5 a 10 años.

La sanciones que aquí se establecen se aumentarán en una sexta parte si el culpable de la provocación del aborto es el marido.»

Eximentes de responsabilidad

El artículo 144 del Código Penal panameño, establece las tres eximentes contempladas por dicha ex-cer-ta legal para despenalizar el delito de aborto: La eximente basada en la indicación ética (violación carnal); en la indicación terapéutica (por razón de graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre) ;en la indicación eugenésica (por razón de graves causas de salud que pongan en peligro el producto de la concepción).

Eximente basado en la Indicación Ética.

«Artículo 144: No se aplicarán las penas señaladas en los artículos anteriores:

1. Si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer para provocar la destrucción del producto de la concepción ocurrida como consecuencia de violación carnal, debidamente acreditada en instrucción sumarial, y

2.

En el caso del numeral 1. es necesario que el delito sea de conocimiento de la autoridad competente y que el mismo se practique dentro de los dos primeros meses del embarazo...»

Eximente basado en la Indicación Terapéutica y Eugenésica

«Artículo 144: ...

1. ...

2- Si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer, por graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre o del producto de la concepción.

...en el caso del numeral 2, corresponderá a una Comisión Multidisciplinaria designada por el Ministerio de Salud determinar las causas graves de salud y autorizar el aborto...»

Esta norma contempla dos eximentes de responsabilidad basadas en la indicación terapéutica y eugenésica (por razón de causas graves de salud que pongan en peligro la vida de la madre o del producto de la concepción), cuyo fundamento lo constituye el estado de necesidad contemplado en el artículo 20 del actual Código Penal.

«Artículo 20: No delinque el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesione otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1. Que el peligro sea actual, grave o inminente;
2. Que no sea evitable de otra manera;
3. Que el mal producido fuere menor que el evitado;
4. Que el peligro no haya sido voluntariamente provocado por el agente;
5. Que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo»

En el artículo 144, del Código Penal vigente contempla las eximentes de responsabilidad (basadas en la indicación terapéutica, eugenésica y por violación carnal) del delito de aborto.

f.- Uruguay:

Como se verá el sistema normativo penal de Uruguay deja a criterio del Juez y de acuerdo a las circunstancias de hecho, la posibilidad de eximir totalmente de castigo, siempre que el aborto fuera practicado: con el consentimiento de la mujer, por un médico y dentro de los 3 primeros meses de la concepción.

Artículo 325: Aborto con consentimiento de la mujer.- La mujer que causare su aborto o lo consintiera será castigada con prisión, de tres a nueve meses.

Artículo 325 bis.: Del aborto efectuado con la colaboración de un tercero con el consentimiento de la mujer.- El que colabore en el aborto de una mujer con su consentimiento con actos de participación principal o secundaria será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión.

Artículo 325 ter.: Aborto sin consentimiento de la mujer.- El que causare el aborto de una mujer, sin su

consentimiento, será castigado con dos a ocho años de penitenciaría.

Artículo 326.: Lesión o muerte de la mujer.- Si a consecuencia del delito previsto en el artículo 325 bis, sobreviniera a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de dos a cinco años de penitenciaría, y si ocurre la muerte, la pena será de tres a seis años de penitenciaría.»

Si a consecuencia del delito previsto en el art. 325 ter. sobreviniere a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de tres a nueve años de penitenciaría y si ocurriese la muerte, la pena será de cuatro a doce años de penitenciaría.

Artículo 327. Circunstancias agravantes.- Se considera agravado el delito:

1º Cuando se cometiera con violencia o fraude.

2º Cuando se ejercitare sobre la mujer menor de dieciocho años, o privada de razón o de sentido.

3º Cuando se practicara por el marido o mediando alguna de las circunstancias previstas en el inciso 14 del artículo 47 .»

Artículo 328. Causas atenuantes y eximentes.-

1º Si el delito se cometiera para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, pudiendo el Juez, en el caso de aborto consentido, y atendidas las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil de honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo.

2º Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento será eximido de castigo.

3º Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, por causas graves de salud, la pena será disminuida de un tercio a la mitad y si se efectuare con su consentimiento o para salvar su vida será eximido de pena.

4º En caso de que el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica el Juez podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad y si se efectuare con su consentimiento podrá llegar hasta la exención de la pena.

5º Tanto la atenuación como la exención de pena a que se refieren los incisos anteriores regirá sólo en los casos en que el aborto fuese realizado por un médico dentro de los tres primeros meses de la concepción. El plazo de tres meses no rige para el caso previsto en el inciso 3º.»

Leyes sobre aborto en el Mundo (1998)

1. Totalmente prohibido

Chile
El Salvador

2 países, 0.4% de la población mundial

2. Para salvar la vida de la mujer

Afganistán	Guatemala	Mauricio	República Dominicana
Angola	Guinea-Bissau-AC/AP	Mauritania	Senegal
Bangladesh	Haití	México-D/AV	Siria-AC/AP
Benin	Honduras	Myanmar	Somalia
Brasil-AV	Indonesia	Nepal	Sri Lanka
Colombia	Irán	Nicaragua-AC/AP	Sudán-AV
Congo, Rep. Dem. del-DF	Irlanda	Níger	Tanzania
Costa de Marfil	Kenia	Nigeria	Togo
Chad	Laos	Omán	Uganda
Egipto-AC	Lesoto	Panamá-AP/AV/DF	Venezuela
Emiratos Árabes Unidos-AC/AP	Líbano	Papua Nueva Guinea	Yemen
Filipinas	Libia-AP	Paraguay	
Gabón	Madagascar	República Centroafricana	
	Malí		

52 países, 24.9% de la población mundial

3. Por razones de salud física*(y para salvar la vida mujer)*

Arabia Saudita-AC/AP	Kuwait-AC/AP/DF
Argentina-VI	Malawi-AC
Bolivia-AV/AI	Marruecos-AC
Burquina Faso-AV/AI/DF	Mozambique
Burundi	Pakistán
Camerún-AV	Perú
Corea, República de-AC/AV/AI/DF	Polonia-AP/AV/AI/DF
Costa Rica	Ruanda
Ecuador-VI/AI	Tailandia-AV
Eritrea	Uruguay-AV
Etiopía	Zimbabwe-AV/AI/DF
Guinea	

*23 países, 9.8% de la población mundial***4. Por razones de salud mental***(y también para salvar la vida de la mujer y por razones de salud física)*

Algeria	Jordania
Australia-D	Liberia-AV/AI/DF
Botswana-AV/AI/DF	Malasia
España-AV/DF	Namibia-AV/AI/DF
Gambia	Nueva Zelanda-AI/DF
Ghana-AV/AI/DF	Portugal-AP/AV/DF
Irak-AC/AV/AI/DF	Sierra Leona
Irlanda del Norte	Suiza
Israel-AV/AI/DF	Trinidad y Tobago
Jamaica-AP	

*20 países, 3.4% de la población mundial***5. Por razones socioeconómicas***(y para salvar la vida de la mujer, y por razones de salud física y mental)*

Finlandia-AV/DF
Gran Bretaña-DF
India-AP/AV/DF
Japón-AC
Taiwan-AC/AP/AI/DF
Zambia

*6 países, 20.2% de la población***6. Sin restricción alguna**

Sudáfrica*	Croacia*-AP	Italia \$-AP	Rusia*
Albania*	Cuba*-AP	Kazajistán*	Singapur++
Alemania+	China-AP/L	Kirguizistán*	Suecia**
Armenia*	Dinamarca*-AP	Latvia*	Taiquistán*
Austria+	Eslovaquia, Rep. de,* -AP	Lituania*	Túnez*
Azerbaiyán*	Eslovenia-AP	Macedonia*-AP	Turkmenistán*
Bélgica+	Estados Unidos		

	de América &-D/PV	Moldavia*	Turquía*-AC/AP
Bielorrusia*	Estonia*	Mongolia*	Ucrania*
Bosnia-Herzegovina*-AP	Francia*-AP	Noruega*-AP	Uzbequistán*
Bulgaria*	Georgia*	Países Bajos-PV	Vietnam-L
Camboya+-AP	Grecia*-AP	Puerto Rico-PV	Yugoslavia(R.F.)*-AP
Canadá-L	Hungría*	República Checa*-AP	
Corea del Norte-L		Rumania+	

49 países, 41.4% de la población mundial

* tiempo límite de gestación de 12 semanas

+ tiempo límite de gestación de 14 semanas

++ tiempo límite de gestación de 24 semanas

\$ tiempo límite de gestación de 90 días

** tiempo límite de gestación de 18 semanas

& en 31 estados se requiere la autorización y notificación de los padres de la mujer

AC se requiere autorización del cónyuge

AP se requiere autorización de los padres

AV se autoriza el aborto en caso de violación

VI se permite el aborto en caso de violación a mujeres con alguna incapacidad mental

AI se permite el aborto en casos de incesto

DF se permite el aborto en casos de daño fetal

L la ley no indica tiempo de gestación

PV no hay restricción legal alguna para los abortos previos a la viabilidad del feto

D sistemas federales en los que las leyes difieren en los diferentes estados; en estos casos la ubicación del país en la categoría correspondiente se basa en la legislación que cubre el mayor número de personas.

Notas: para establecer los tiempos de gestación, la duración del embarazo se calcula a partir del último período menstrual; generalmente se considera que éste ocurrió 2 semanas antes de la concepción. De esta manera, los tiempos reglamentarios calculados a partir de la fecha de la concepción se amplían a 2 semanas.

Fuente: Base de Datos Políticos de las Américas. (1998). Georgetown University y Organización de Estados Americanos.

En:<http://WWW.georgetown.edu>

En las tablas de arriba se muestran los diversos grados de restricción que imponen las leyes sobre el aborto en el mundo. Los países que aparecen en la categoría 1 tienen las leyes más restrictivas. Los que se ubican en cada una de las categorías siguientes reconocen como razones para la práctica del aborto las que se especifican en la categoría precedente, así como otras.

Las leyes más restrictivas son las que prohíben enteramente el aborto. Esas leyes definen el aborto como un delito y prescriben penas tanto para los prestadores del servicio como para las mujeres que han experimentado un aborto.

Las leyes de la categoría 2 son menos restrictivas y permiten el aborto para salvar la vida de la mujer embarazada. Muchas de estas leyes exoneran implícitamente de todo castigo a los prestadores del servicio o a las mujeres que tienen que sufrir un aborto cuando su vida está en peligro. En otros casos, la legislación permite que los prestadores del servicio y las pacientes presenten una defensa por necesidad.

Las leyes que autorizan el aborto para proteger la salud física de la mujer embarazada constituyen la categoría 3. En ocasiones estas leyes exigen que la amenaza a la salud sea muy seria o implique un riesgo

de daño permanente. Todas las naciones localizadas en esta categoría permiten también la práctica del aborto para salvar la vida de la mujer embarazada.

Las leyes de la siguiente categoría permiten el aborto, adicionalmente, cuando se requiere para proteger la salud mental de la mujer. En la mayoría de los países que quedan en esta categoría, la legislación reconoce explícitamente como base para la práctica del aborto la protección de la salud mental. La interpretación del concepto «salud mental» varía en todo el mundo. Puede abarcar la angustia psicológica de las mujeres víctimas de violación, la aflicción mental debida a circunstancias socioeconómicas o la zozobra psicológica que puede producir en las mujeres la opinión médica de que el feto corre riesgos de sufrir graves daños. Los países de esta categoría también autorizan el aborto por razones de salud física, incluida la necesidad de salvar la vida de la mujer embarazada.

Las leyes correspondientes a la categoría 5, que autorizan el aborto por razones económicas, admiten que se consideren como razones legales los recursos económicos de la mujer, su edad, sus estado civil y el número de hijos con vida. Ese tipo de leyes suele interpretarse con mucha flexibilidad.

Finalmente, las leyes sobre el aborto menos restrictivas son las que permiten su práctica por cualquier razón, sin limitación alguna. Sin embargo, muchos de los países que tienen ese tipo de legislación, imponen un tiempo límite de gestación al período durante el cual las mujeres pueden tener acceso sin demora a los servicios de aborto.

Diversos países reconocen explícitamente tres razones adicionales para la práctica legal del aborto: cuando el embarazo es resultado de la violación, cuando el embarazo es resultado del incesto, y cuando existe seria posibilidad de que el feto haya desarrollado o vaya a desarrollar una grave anomalía. Los países que reconocen estas razones están incluidos en cualquiera de las cuatro categorías intermedias, y se les puede identificar con las siglas que se añaden a su nombre en estas listas.

VIII.- Caso - Parto inducido

Reseña de los hechos:

- Una mujer de unos 35 años aproximadamente, que tenía una hija de 12 años, quedó embarazada después de 10 años de buscar su segundo hijo - Cumplido el quinto mes de embarazo, con fecha 17 de octubre de 2000, se detectó que la persona por nacer era anencéfalo. Es una afección -de origen congénito- que impide el desarrollo de masa encefálica y de calota craneana. - Ante esta novedad, la Señora Silvia Tanus requirió mediante nota al Director del Hospital Municipal Infantil Ramón Sardá (donde se atendía desde el tercer mes de embarazo.) que se le realizara un «parto inducido u otra acción terapéutica que resulte indicada». Cabe aclarar que el diagnóstico había sido hecho por profesionales de dicho nosocomio.

- Las autoridades del Hospital no hicieron lugar a la petición, aduciendo que era imprescindible una orden judicial que la autorizara.

- La Señora interpuso acción de amparo, ante la justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad «contra el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá ...por violación al derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida, materializado en la negativa del Hospital a realizarme una inducción al parto».

- La fiscalía N° I ante el fuero, en su dictamen, postuló la competencia de la justicia contencioso administrativa y tributaria local para entender en el amparo. - El Asesor Tutelar sostuvo la competencia de la justicia contencioso administrativa y tributaria local y solicitó el rechazo «in limine» de la acción por entender que la amparista solicita la realización de una práctica abortiva.

- La Jueza de Primera Instancia interviniente se declaró incompetente, decisión que fue recurrida por la fiscalía y la asesoría tutelar.

- La Sala I de la Cámara, concordantemente con lo dictaminado por la fiscal que actúa ante la Cámara, revocó la declaración de incompetencia y dispuso la realización de una audiencia.

- En la Audiencia, conforme surge del Acta, el Dr. Ricardo H Illia, Subdirector del Hospital, expresó «que la viabilidad nula que menciona el informe de la Comisión supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas, menos de 12 horas. No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevivida entre inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses. El feto se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto a lo referido al encéfalo, remedando una situación usual. Ocurre que al carecer de cerebro y de todas sus estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de sobrevivida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría».

- El Asesor Tutelar ratifica lo ya dicho en su dictamen, enfatiza que el Código Civil no exige la viabilidad de la persona para considerarla tal, solicita que el expediente sea devuelto a primera instancia y que se corra traslado al Gobierno de la Ciudad.

- En dicha audiencia se escucho a la accionante, que expuso la situación que está viviendo y el sufrimiento tanto ella como su familia.

- La Cámara, por mayoría, decidió que el amparo sea substanciado en dicha instancia y le requirió a la demandada el informe previsto en la ley 16.986, art. 8º.

- El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, adjunto el informe del Director del Hospital, Dr. Argento, el cual entiende que se solicita «a realización de actos médicos tendientes a lograr la interrupción del embarazo que cursa la señora Silvia Tanus», ante lo cual considera «que dentro del marco legal vigente resulta imposible acceder a lo solicitado». Esto último a mi entender es de gran importancia, porque de sus dichos se desprendería que lo solicitado encuadraría dentro de la figura penal. No obstante procede a aclarar «que de así decidirlo el órgano jurisdiccional competente, este Hospital no tendría inconveniente en realizar el acto médico de interrupción del embarazo».

- El Asesor Tutelar, ante la decisión de la Cámara de tramitar el amparo en dicha instancia, interpuso recurso de inconstitucionalidad y, ante su denegación, recurso de queja ante el Tribunal Superior.

- El Tribunal Superior, recalificando el recurso en los términos del inc. 4º, art. 113, CCBA y del inc. 7, art-26, ley 7, remitió las actuaciones al juzgado de primera instancia a fin de que resuelva el amparo.

- En primera instancia (Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7):

a) rechazó la acción de amparo;

b) entendió que lo peticionado es una interrupción de embarazo en los términos del art. 86, inc. 1 del Cód. Penal (aborto terapéutico), pues de lo contrario se estaría solicitando una autorización para delinquir. Agrega que «si efectivamente se verificaran las condiciones para considerar que se trata de una interrupción del embarazo desincriminada por la ley penal, ninguna autorización judicial se requeriría para tal fin». Pero deja en claro que no se ha demostrado el presupuesto del daño a la salud de la madre exigido por la norma citada.

-En Cámara (Sala I):

a) rechazó por mayoría el recurso de apelación deducido por la amparista.

b) confirmó la sentencia apelada.

- La señora interpone recurso de inconstitucionalidad. Lo funda en el derecho a la salud (art. 20, CCBA), en la protección integral de la familia (art- 37,CCBA) y alega la arbitrariedad de la sentencia de la Cámara.

- Contestación del Gobierno de la Ciudad:

a) se remite al dictamen oportunamente adjuntado.

b) sostienen que la recurrente, por insuficiencia de fundamentación, no ha satisfecho los requisitos exigidos por la ley 402 para considerar admisible el recurso de inconstitucionalidad.

- *Asesor Tutelar:* solicita se admita el recurso de inconstitucionalidad únicamente en cuanto a la controversia en la interpretación del derecho a la salud de la madre en relación con el derecho a la vida de la persona por nacer.

- La Cámara (Sala I):

a) entendió que se encuentran en discusión derechos de rango constitucional.

b) en cuanto a la arbitrariedad de su sentencia, si bien no comparte la calificación efectuada considera que la denegación del recurso comprometería los derechos de defensa en juicio y de acceso a la jurisdicción en tiempo útil de la amparista.

- El Asesor Tutelar General:

a) sostiene que no se ha articulado con debida precisión un caso constitucional.

b) se remitió en lo fundamental a lo expuesto por el Asesor Tutelar.

- *El Fiscal General:* entiende que hay una disyuntiva entre los derechos de la madre y el hijo por nacer, debiendo privilegiarse los de este último.

- Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, resuelve en lo fundamental:

1 - Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución apelada y, en consecuencia,

admitir la acción de amparo instaurada por Silvia Tanus contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2 - Autorizar a la Dirección del Hospital Materno Infantil «Ramón Sardá» para que proceda a inducir el parto o eventual mente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la señora S.T.

3 - La intervención que el Tribunal autorizó debe realizarse conforme con las normas y protocolos médicos correspondientes, con las reglas de la *lex artis*, y según el criterio que determine el equipo terapéutico responsable, el cual deberá actuar en todo momento y dentro de los límites de lo posible, desde el punto de vista técnico-médico, con el mayor respeto hacia la vida embrionaria (arts. 14 bis , 19, 33,43, 75 inciso 22 y 23, de la Constitución Nacional y concordantes de la CCBA).

4 - Se deberá respetar la objeción de conciencia fundada en algún médico o no médico de dicho Hospital.

5 - La actora deberá conocer, entender y consentir actualizadamente la intervención solicitada, circunstancia que se hará constar en su historia clínica, previo a la intervención médica dispuesta (conf .art. 21, CCBA y ley 418).

- *Asesor General de Incapaces*: interpuso recurso extraordinario contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la que revocara la de Cámara de apelaciones, admitiendo la acción de amparo incoada.

- *Procurador General de la Nación*: en su dictamen entiende que no se trata de un supuesto de aborto y en consecuencia es razonable la solicitud de la madre y legítima la autorización judicial para el adelantamiento del parto.

Concluye opinando que correspondería no hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto.

- *Corte Suprema de Justicia de la Nación*:

a) pone de manifiesto que no comparte las razones expuestas en la sentencia.

b) confirma, sin embargo, la decisión recurrida.

Puntos relevantes del Fallo de la Corte Suprema de Justicia:

«... Coincide esta Corte con el a quo en que, en las actuales circunstancias, *la petición de amparo no implica la autorización para efectuar un aborto y que la sentencia en recurso no contempla siquiera tal posibilidad.*

En efecto, resulta evidente que *no se persigue una acción que tenga por objeto la muerte del feto* y que el pronunciamiento apelado ordena preservar especialmente su vida, en la medida de lo posible y de las extremas circunstancias en que esta gestación se desarrolla. No deja lugar a dudas la expresa indicación que en tal sentido consta en la sentencia (punto tercero de su parte resolutive), en cuanto exige ajustarse a las reglas del arte de la medicina «con el mayor respeto hacia la vida embrionaria».

No es ajeno a esta conclusión el avanzado estado del embarazo de la amparista, que *desde el punto de vista científico autoriza a calificar el eventual nacimiento como «prematuro»,* pero no ya como «inmaduro» (ver declaración del doctor Illia, especialista en la materia, en fs. 59 vta.) y, menos aún, como un medio con aptitud para causar la muerte de la persona por nacer, por la insuficiencia de su evolución. El mismo profesional médico califica como nula la viabilidad del feto fuera del vientre materno, a cuyos efectos declara que no existe diferencia en cuanto a su posibilidad de sobrevivir, entre inducir el parto en ese momento o esperar el íntegro transcurso de los nueve meses de gestación, pues «al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen, no podrá subsistir con autonomía», de modo que diagnostica «el fallecimiento indefectible».

«... según los informes obrantes en la causa, *adelantar o postergar el alumbramiento, en esta etapa de la gestación, no beneficia ni empeora la suerte del nasciturus. Es que su eventual fallecimiento no sería consecuencia del hecho normal de su nacimiento, sino de la gravísima patología que lo afecta.* Es de la naturaleza de este mal que exteriorice su máxima dimensión en la separación del feto de su madre, pues el abandono del seno materno es, precisamente, la circunstancia que revela su ineptitud para la vida autónoma.

No cabe suponer que la preservación de la vida imponga la postergación artificiosa del nacimiento, para prolongar la única supervivencia que le es relativamente asegurada: la intrauterina. Aún esa postergación - de ser factible- llegaría inevitablemente a un fin, pues terminado el ciclo natural, el niño debe ser expulsado del útero materno, proceso irreversible de la subsistencia de la especie humana».

«... debe exponerse, como resumen de lo aquí señalado, que *no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es -para excluir la protección de su vida- persona ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida.*

En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la

muerte del niño durante su gestación. Por el contrario, *lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura dentro del margen de toda situación vital- el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir.*

No sólo ello: entre las cargas impuestas a los médicos que intervendrán, *se les señala que deberán cumplir todas las reglas del arte de la medicina «con el mayor respeto hacia la vida embrionaria».*

Esta **es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción**, con gestación de plazo suficiente -que comienza el curso del octavo mes o trigésima segunda semana-, cuyo resultado no depende de la acción humana, sino de la trágica condición de este niño por nacer: su carencia de cerebro producirá, ante un parto normal, su casi inmediata incapacidad de subsistir, debido a la ausencia de los medios fisiológicos mínimos para la actuación de sus funciones vitales.

Por las razones expuestas precedentemente, *sin compartir las que se desarrollan en la sentencia en recurso, y oído el señor Procurador General, se confirma la decisión recurrida en cuanto a los alcances de la resolución dictada a fs. 233/235.».*

En síntesis:

de lo expuesto principalmente se podría rescatar claramente que los integrantes del Tribunal Superior de la Nación ponen especial énfasis en consolidar el criterio de la protección de la persona por nacer desde la concepción. Si bien ratifican lo dispuesto por el Tribunal superior de justicia de la Ciudad de Buenos Aires, se preocupan tanto la mayoría como los que están en disidencia, en aclarar que no es la muerte del feto el objeto del pedido, sino anticipar el nacimiento.

Recientemente se presentó un caso de similares (no iguales) características por el cual una Jueza porteña autorizó para que el Hospital Argerich interrumpa la gestación de un bebé anencefálico. En este caso la mujer tiene 21 años y posee un grave retraso mental. Para dar su visto bueno la jueza entendió que «el adelantamiento del parto no compromete su derecho a la vida».

XI.- Posiciones y teorías

Sin duda que este tema ha generado gran cantidad de debates, como ya lo expusiera en la introducción del presente trabajo. Estos son producto de intereses y posiciones, que tienen fundamente en distintos aspectos del hombre, como lo son lo religioso, lo social, lo económico, etc..

Lo primero que es importante, a mi criterio, es tener en claro la existencia de dos posiciones fundamentales: la denominada «pro-choice» (pro elección) y la «pro-life» (o por la vida).

La primera de estas posturas defiende básicamente la libertad de elección de la mujer embarazada sobre la de la persona concebida. En cambio la segunda entiende que el producto de la concepción es sin duda una persona, que ésta debe ser pasible de la protección de su vida por el carácter en que posee.

Si bien uno se podría quizá extenderse más sobre este tema, me parece tener mayor relevancia, reflejar una clasificación de los modelos de protección del por nacer en relación al aborto permitido.

Según Gil Domínguez⁵⁰ en la actualidad, en el derecho comparado, conviven los siguientes modelos de protección: a) modelo de prohibición absoluta, b) modelo puro de indicaciones, c) modelo puro de plazos, d) modelo de indicaciones con decisión última de la mujer, e) modelo de asesoramiento previo u «orientado al estado de crisis», f) modelos mixtos.

Pasa a explicar en que consiste cada uno de la siguiente forma.

a) El modelo de prohibición absoluta, conmina por vía penal, toda conducta abortiva sin reconocer ninguna clase de excepción expresa. Las indulgencias proceden mediante el estado de necesidad o circunstancias atenuantes.

b) En el modelo puro de indicaciones, se mantiene la intervención penal durante todas las etapas de la gestación, pero al mismo tiempo establece de manera expresa, los supuestos en los cuales la interrupción del embarazo no es punible. Aclara el autor antes citado que este sistema también es conocido con el nombre de «regla-excepción», por cuanto la regla es la protección penal y la excepción son las indicaciones que posibilitan la práctica voluntaria del aborto. Las indicaciones más frecuentes por las que se permitiría la práctica de un aborto son: a) peligro para la vida de la mujer, b) peligro para la salud de la mujer, c) embarazo producto de violación o incesto, d) malformaciones del embrión, e) circunstancias económicas, familiares, o en general, vinculadas al entorno social de la mujer embarazada. En opinión de este autor, este sistema tiene a favor, que existe protección constitucional de la vida humana en formación mediante la tutela penal,

⁵⁰ GIL DOMINGUEZ, Andrés - «La Constitución Nacional y el aborto voluntario» - LL 1998

que se retira o desplaza en determinados y taxativos casos de conflictos de bienes, para posibilitar el aborto. También otro elemento interesante del modelo radica en que un tercero ajeno a la mujer (ej: comisiones especiales, el médico, el juez) es el que deberá autorizar (una vez que realice el correspondiente análisis) las peticiones de aborto. En contra, este modelo presenta, que las indicaciones proceden en cualquier momento, sin ninguna clase de limitación temporal del desarrollo del embarazo de la mujer.

c) El modelo puro de plazos, es aquel que posibilita la realización de abortos voluntarios, dentro de un período de tiempo determinado de la gestación, que generalmente son los primeros tres meses. Deben concurrir dos condiciones materiales: a) que la mujer solicite la interrupción, b) que sea practicada por un médico diplomado. Presupone una clara decisión del legislador a favor del derecho de autodeterminación de la embarazada, al que se le concede valor suficiente para desplazar de modo general a la vida humana en formación durante el período de embarazo. Cumplidos los requisitos formales de este modelo (consentimiento de la mujer y atención de un médico) se garantiza la impunidad y quedan cerradas las puertas de un control judicial posterior. Este sistema presenta a favor de la protección de la vida humana en formación, un plazo determinado de manera expresa y taxativa para la realización del aborto; en tanto muestra en contra, un elemento discordante, que es la absoluta desprotección constitucional que tiene el embrión en esos primeros meses.

d) El modelo con indicaciones con decisión última de la mujer combina las indicaciones como excepciones a la regla penal de tutela, con un elemento propio del sistema puro de plazos: durante un período inicial de gestación, lo auténticamente relevante para excluir la intervención penal, es la voluntad de la mujer. Ella es la que, en última instancia, debe tomar la decisión sobre si concurren o no los presupuestos a los que la ley supedita la impunidad.

e) El modelo de asesoramiento previo u «orientado al estado de crisis», presta especial atención a la consulta previa a la interrupción del embarazo. Esta instancia se concibe con el expreso objetivo de evitar, en lo posible una decisión final de la embarazada a favor del aborto y de prevenir -se alcance o no el fin anterior - situaciones semejantes en el futuro. Mediante el asesoramiento previo, el Estado utiliza una vía alternativa a la conminación penal, y de esta manera otorga una protección eficaz a la vida humana en formación.

Este último modelo me parece de gran interés atento a que si el fin u objeto del sistema normativo de un país es proteger a la vida humana en el seno materno o en sus primeros estadios, a veces aunque parezca que no se le da protección, en lo que hace a los resultados finales sea más eficaz que una prohibición total. Pero entiendo que para que esto se de es necesario un Estado y una sociedad comprometida en dar una solución de carácter integral a esta problemática.

Cabe concluir respecto del punto desarrollado que existe, en el derecho comparado, un amplio espectro legislativo al respecto del objeto del presente trabajo, el cual va desde las legislaciones más liberales que permiten el aborto sin restricciones, hasta aquellas más restrictivas donde está prohibido sin excepciones de ninguna índole.

X.- Conclusión

Entiendo relevante compartir con ustedes que, con asombro de mi parte cuando comencé este trabajo tenía una postura respecto del tema en cuestión, pero con el devenir de la investigación y de la elaboración, ese criterio que parecía sólido al principio, fue cambiando. Creo que al haber realizado esta llamada «Tesisna», me brindó una apertura de criterio respecto no solo de la temática sino del campo del Derecho, que entiendo será muy constructiva para mi futuro ejercicio de la profesión.

Cabe aclarar que lo expuesto en este trabajo es solo una pequeña muestra de un todo, que esta compuesto de una gran cantidad de temas concomitantes que lo rodean, atento a lo sensible de éste cualquier modificación de índole legislativa podría clasificársela de «Importancia Institucional», por cuanto se encuentran en juego convicciones íntimas y de raigambre muy profunda de los habitantes de nuestro suelo.

Puntualmente en lo que respecta al trabajo, procederé en primer término a recordar lo relevante, según mi criterio, de los puntos desarrollados:

En primer lugar entiendo que Nuestro Ordenamiento Jurídico considera a la persona desde un punto de vista iusnaturalista, por lo cual donde hay vida humana, hay persona. En consecuencia si tomamos como presupuesto que el comienzo de las personas es a partir de la concepción, aplicando un razonamiento lógico podríamos concluir que el inicio de la persona también es coincidente con ese momento.

Este pensamiento está sintetizado en lo dicho por Llambias cuando en su obra deja en claro que: «De acuerdo a nuestro Código todos los hombres son reconocidos en el carácter de personas (conf. arts. 31 y 51

del Cód Civil).

Es interesante dejar sentado que en otras legislaciones se asume un criterio positivista respecto de la persona, por el cual ésta y hombre son realidades muy distintas; y en consecuencia el comienzo de la persona difiere del de la vida humana. Pero no es este el caso de nuestro sistema normativo.

En segundo lugar, dentro de los Derechos de la personalidad, se encuentra el derecho a la vida, y la privación de este -como dijera Llambías- importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad. En consecuencia si partimos de lo antes expuesto, el por nacer poseería un innegable derecho a la vida. Conteste con esto es la naturaleza de nuestra normativa vigente.

En tercer lugar, cuando me referí al «Derecho a la vida», se evidencio con claridad, según mi criterio, una protección Constitucional del derecho a vivir de la persona por nacer y este no debe ser coartado ni por los particulares ni por el Estado. Esto se ve claramente reflejado, también en las Constituciones Provinciales que en su mayoría expresan taxativamente la protección de la persona desde la concepción.

En cuanto a los Instrumentos Internacionales que se introdujeron al orden jurídico interno a través de la reforma Constitucional de 1994, ratifican la protección de la persona desde la concepción que existe en nuestro sistema normativo.

En cuanto a la leyes, entiendo que la Ley Civil sigue el criterio hasta aquí expuesto, pero en lo que se refiere a la Ley penal cabe hacer algunas aclaraciones. Nuestro Código penal posee figuras típicas en las cuales su objeto es la protección del por nacer, pero también tiene dos o tres excepciones -según sea la interpretación que se le de al art. 86, párrafo 2do, inc. 2)- a la punibilidad. En general se pensaría que es inconstitucional o el legislador no entendió que lo protegido era la vida de una persona. Esta última interpretación me parece errónea dado que metodológicamente se ubica la figura punitiva del aborto en el Código Penal dentro del Título «De los delitos contra las personas» en el Capítulo «Delitos contra la vida». Con referencia a si es inconstitucional, entiendo que no, porque si bien el principio de nuestra Carta Magna es la protección de esa vida como lo expusiera anteriormente, esto no es absoluto y en estos casos donde se ponen en conflicto distintos bienes, el legislador entendió que era más importante la protección de otros bienes que estaban en juego antes que la vida del por nacer. Esto es muy opinable, pero creo que era relevante hacer esa aclaración.

En resumen podríamos decir que existe un sistema de protección jurídica del por nacer; que en general cumple con su fin, pero que con los cambios o transformaciones que la sociedad y la ciencia aplicada a la «reproducción humana» vive a diario es necesario una reformulación de este sistema atento a que muchas veces los órganos jurisdiccionales llegan tarde con la tutela prevista por las fisuras que son producto de la falta de actualización de la legislación. Esta reformulación tiene que partir de una discusión seria donde se dejen de lado la utilización de este tema como una bandera electoralista y se parta de planteos serios que sean debatidos en profundidad. Pero cabe destacar, que en ese proceso no se debe desconocer las fuertes implicancias tanto sociales, religiosas, políticas y económicas, que lo hacen de alta sensibilidad al tema en estudio.

Llevando a cabo ese proceso entiendo que se podría gestar una solución viable y que tenga consenso de la sociedad toda. Creo que la búsqueda de soluciones de este tipo, no son fáciles, pero hacen a un estado de derecho, entendiéndose este último, como un Estado donde se respeten los derechos de todos y cada uno de sus habitantes.

XI.- Bibliografía

- **Alvarado Uriburu, Oscar - Rodríguez Varela, Alberto - Badeni, Gregorio - Zubizarreta, Eduardo - Ray, Carlos Abel - Lenon, Lucas J. - Videla Escalada, Federico.**

«EL DERECHO A NACER».

Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.-

- **Badeni, Gregorio**

“NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”.

Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.-

- **Baigorria, Claudia E. y Solari, Néstor E.**

“EL DERECHO A LA VIDA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL”

Editorial La Ley T. 1994- E, Sec. doctrina, pag. 1166 a 1181.-

- **Barroso, Fernando Luis.**

«PERSONALIDAD JURIDICA Y DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO».

Editorial El Derecho T. 158, pag. 1018 a 1021.-

- **Bidart Campos, Germán J.**

«DEBER DE DENUNCIA PENAL Y SECRETO PROFESIONAL DEL MEDICO».

Editorial La Ley T 1998 - F, pag. 545 a 551.-

- **Bidart Campos, Germán J.**

“TRATADO ELEMENTAL DE DERECHOS CONSTITUCIONAL ARGENTINO”

Editorial Ediar, Buenos Aires.-

- **Borda, Guillermo A. y otros.**

«LA PERSONA HUMANA».

Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.-

- **Borda, Guillermo A.**

«TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL»

Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996.-

- **Breglia Arias - Gauna.**

«CODIGO PENAL Y LEYES COMPLEMENTARIAS COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO».

Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.-

- **Cardinaux, Nancy.**

«ABORTO LEY VS. JURISPRUDENCIA».

Editorial La Ley T 1995 - IV, pag. 965 a 972.-

- **Creus, Carlos.**

“DERECHO PENAL – PARTE ESPECIAL”

Editorial Astrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 1996.-

- **Dayenoff, David Elbio.**

“CÓDIGO PENAL”.

Editorial A-Z, 6ta. Edición, Buenos Aires, 1998.-

- **Ekmekdjian, Miguel A.**

“MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA”

Editorial Depalma, 4ta. Edición, Buenos Aires, 1999.-

- **Eser, Albin.**

«NUEVOS HORIZONTES EN LA CIENCIA PENAL».

Recopilación y Prólogo Edgardo Alberto Donna.
Editorial de Belgrano - Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1999.-

- Fontán Balestra, Carlos.

«TRATADO DE DERECHO PENAL - PARTE ESPECIAL».
Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

- Gil Domínguez, Abdrés.

«ABORTO VOLUNTARIO: LA CONSTITUCIONALIZACION DE LA POBREZA».
Editorial La Ley T 1998 - F, pag. 552 a 563.-

- Herrendorf, Daniel E.

«LA GRACIA Y EL ESPANTO A LA VIDA».
Editorial El Derecho T. 159, pag. 1049 a 1054.-

- Llambias, Jorge Joaquín.

«TRATADO DE DERECHO CIVIL-PARTE GENERAL»
Buenos Aires, 1980.-

- Marín Gámez, José Angel.

«ABORTO Y COSNTITUCION».
Editorial Universidad de Jaén, España, 1996.-

- Mazzinghi, Gabriel.

«AUTORIZACION PARA ABORTAR DENEGADA».
Editorial El Derecho T 172, pag. 295 a 301.-

- Nuñez, Ricardo C.

«TRATADO DE DERECHO PENAL ARGENTINO - PARTE ESPECIAL».
Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.-

- Ossorio, Manuel.

«DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES».
Editorial Heliasta, 1995.-

- Ossorio y Florit.

«CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA».
Editorial Universidad, II Edición, Buenos Aires, 1999.-

- Padilla, Miguel M.

«LA CUESTION DEL ABORTO EN AL CONSTITUYENTE».
Editorial El Derecho T 168, pag. 1188 a 1192.-

- Rinessi, Antonio Juan.

«LANUEVA VISION DEL COMIENSO DE LA VIDA».
Editorial La Ley T. 1994 - E, Sec. Doctrina, pag. 1214 a 1219.

- Rodríguez Varela, Alberto.

«EL VALOR DE LA VIDA INOCENTE».
Diario de Jurispurdencia y Doctrina «El Derecho», Nº 10.213.
Buenos Aires, martes 13 de marzo de 2001.-

- Rodríguez Varela, Alberto.

«LA PERSONA CONCEBIDA».
Editorial El Derecho T 169, pag.1372 a 1378.-

- Sagues, Néstor Pedro

«ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL».
Ed. Astrea, Buenos Aires.

- Soler, Sebastián.

«DERECHO PENAL ARGENTINO».
Buenos Aires, Editorial Tea, 1970.-

- Quian Zavalía, Santiago.

«SOBRE EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS».
Diario de Jurisprudencia y Doctrina «El Derecho», N° 10.248 .
Buenos Aires, lunes 7 de mayo de 2001.-

- Quiroga Lavie, Humberto.

«CONSTITUCIÓN ARGENTINA COMENTADA»
Editorial Zabalía, Buenos Aires, 1996.-

XII.- Internet

- GIRE/ El aborto en el mundo
www.gire.org.mx

- www.clinica-dator.es/legislación.htm

- Noticias de la O.N.U.

www.puertovida.com/noticiasdelaonu

- www.conferenciaepiscopal.es/PENSAMOS/aborto.htm

- www.minbuza.nl/english/abortion/c_abortion_spa.html

- El Aborto

www.geocities.com/Athens/Acropolis/9741/panorama/part3.html