

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

**COMENTARIOS RESPECTO DE ASPECTOS RELEVANTES
DEL PROYECTO DE LEY SOBRE LEGALIZACIÓN Y
DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO**

Dictamen Conjunto de las:

Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal
Comisión de Derecho de Familia

Julio 2011



PRESENTACIÓN

El Directorio del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, ha aprobado por unanimidad el dictamen conjunto elaborado por las Comisiones de Derecho Penal y Procesal Penal y de Derecho de Familia relativo al estudio y ponderación de ciertos aspectos relevantes del proyecto de modificaciones al Código Penal (Expediente N8 0998-D-2010, radicado ante la Cámara de Diputados de la Nación y denominado como de “*Interrupción voluntaria del embarazo*”).

Atendiendo a las fundadas consideraciones y conclusiones formuladas por el referido dictamen, surge con claridad que de ser sancionado el texto legal propuesto, se estaría derogando la sanción penal del aborto (convirtiéndolo en un acto lícito durante los primeros tres meses del embarazo) y despenalizando algunos supuestos particulares de dicho delito contra la vida.

Del informe citado se desprenden las graves incongruencias y tergiversaciones en que incurren las normas proyectadas (que exceden largamente a lo que podría considerarse incluido dentro de una política criminal); y se evidencia que, en razón a las normas de la Constitución Nacional y de diversos tratados internacionales incorporados a ella con igual jerarquía, el Congreso de la Nación carece de facultades legislativas comunes sobre tan particular tema (por lo que cualquier modificación como las propiciadas nacería con el grave y manifiesto vicio de inconstitucionalidad).

El Directorio desea destacar la especial y muy valiosa labor llevada a cabo por los miembros de las mencionadas comisiones, en particular los doctores Miguel A. Sarrabayrouse Bargalló; Hernán Munilla Lacasa; Juan M. del Sel; Hugo J. Pinto; Facundo Sarrabayrouse; Juan Manuel Sarrabayrouse; Luis Fernando Velasco; Eduardo A. Sambrizzi y Jorge A. Mazzinghi (h), quienes

han efectuado sucesivos aportes que condujeron al texto que finalmente ha permitido la elaboración del dictamen referido. Su publicación, cuya edición se decidió llevar a cabo para permitir una más amplia divulgación del mismo, se ha realizado, entre otros, con el propósito de expresar el criterio que sustenta el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en un tema que, por sus connotaciones y hondura, apreciamos como relevante para nuestra sociedad. También ha sido motivo de especial atención la vocación de nuestra institución de producir un documento que coadyuve a precisar y difundir de manera integral y completa los aspectos objetivos que en nuestro ordenamiento jurídico caracterizan y determinan a esta trascendente cuestión.

Raúl Aguirre Saravia



INDICE

I. El proyecto de ley.

II. Breves consideraciones del derecho a la vida de la persona por nacer.

III. Crítica al articulado del proyecto.

IV. Crítica a los fundamentos del proyecto.

V. Conclusiones.



I. EL PROYECTO DE LEY

El 16 de marzo de este año se presentó en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley¹ que legaliza el aborto en determinadas condiciones y plazos, y -en consecuencia- deroga los artículos del Código Penal de la Nación tendientes a criminalizar la mencionada conducta. El proyecto, tal como era de prever, constituye una gravísima violación al derecho a la vida de la persona por nacer; derecho que existe, tal como lo establecen distintos instrumentos legales y constitucionales, a partir de la concepción. Por otro lado, el proyecto contiene una sesgada interpretación del derecho a la esfera privada de las mujeres embarazadas y, contradictoriamente con ello, ignora el derecho a la vida del nasciturus y, también, el derecho de los padres (varones) a proteger su paternidad y la existencia de sus hijos.

La gravedad de que el proyecto obtenga sanción legal radica en que, por primera vez en nuestro país, se estaría legalizando -a no dudarlo- uno de los genocidios² más crueles de la historia de la humanidad, tanto por la extrema indefensión de la víctima como por la inestimable cantidad de muertes que generará.

II. BREVES CONSIDERACIONES DEL DERECHO A LA VIDA DE LA PERSONA POR NACER

Evitando recurrir a argumentos de índole moral o religiosos, es claro que desde el punto de vista legal y constitucional, el derecho a la vida de todo ser humano comienza desde la concepción. Entre muchas otras normas que así lo establecen, podemos citar los artículos 63, 64, 70 y 264 del Código Civil y los artículos 2, 3, 8, 28 y 29 de la Ley 26.061. Asimismo, el artículo 2 de la Ley 23.849, que -como declaración interpretativa emitida por la Argentina, relativa a la Convención sobre los Derechos del Niño- establece que “*se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de la concepción*”.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994, sabido es, incorporó diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen con claridad ese derecho (art. 75 inc. 22). Así, el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre sostiene; "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en sintonía con el anterior: "*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*".

Más relevante es el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe que "*Todo ser humano es persona*" y de inmediato, en el art. 4, agrega "*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. 2. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*".

Por su parte, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el primer derecho "*inherente a la persona humana*" es la vida, que "*será protegido por ley*" y del cual nadie podrá ser privado arbitrariamente.

De suma importancia es el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contradictoria e insólitamente citada por el mismo proyecto, que alude en forma más terminante a la cuestión analizada. Dice que es niño "*todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*". Más adelante, en el art. 6 establece que "*1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño*".

1. El expediente es el N8 0998-D-2010 y es denominado como de "Interrupción voluntaria del embarazo". Una de las cuestiones preocupantes de este proyecto es que es iniciado con la firma de treinta y seis diputados pertenecientes a distintos partidos políticos.

2. El Diccionario de la Real Academia Española en su vigésimo segunda edición define al genocidio como el "*exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, de etnia, de religión, de política o de nacionalidad*".



El proyecto cuestionado invoca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin mencionar, sin embargo, que su artículo 128 expresa claramente: *“Entre las medidas que deberán adoptar los Estados parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y el sano desarrollo de los niños”*.

En el plano local, el artículo 75, inc. 23, 2 párrafo, de la Constitución Nacional impone al Congreso el cometido de *“dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental”*. De lo cual se deduce que el embrión en el seno del vientre de la madre es, constitucionalmente, un niño que está en situación de desamparo y que el Congreso debe proteger. Adviértase que de sancionarse, el proyecto comentado también infringiría la comentada manda constitucional, además de todos los Tratados citados, pues estaría coadyuvando a eliminar al titular del derecho que el aludido precepto constitucional procura tutelar, desde que con claridad reconoce que hay “niño” desde el embarazo.

El artículo 29 de nuestra Carta Magna prescribe que *“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias...ni otorgarles sumisiones o supremacía por las que la vida... de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”*. El precepto es claro, el Congreso Nacional tiene prohibido otorgar cualquier autorización para que la vida de un argentino quede en manos de persona alguna. Como bien anota De Martini, la tutela de la vida humana de los argentinos comienza desde el momento de la concepción. *“Obviamente, despenalizar el aborto implica poner la vida de todos los argentinos por nacer ‘a merced de sus madres y el abortero de turno”* ³ .

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció expresamente la vigencia de los referidos instrumentos internacionales, de rango constitucional, en el caso *“Portal de Belén c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”*⁴ , señalando que las opiniones que separan el momento de la fertilización del momento de la concepción de un nuevo ser humano carecen de todo sustento científico; y en el caso *“Sánchez,*

*Elvira c/M.J. y DDHH*⁵, donde afirmó “*el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizada por la Constitución Nacional (doctrina de fallos 323:1339, entre muchos), **derecho presente desde el momento de la concepción**, reafirmado con la incorporación de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional*” (el subrayado es nuestro).

Resulta cuanto menos llamativo que el proyecto de ley no mencione, ni siquiera elípticamente, al derecho fundamental a la vida de la persona por nacer. Pareciera que el proyecto da por sentado la ausencia de protección constitucional a ese derecho humano, lo que constituye -lisa y llanamente- un engaño hacia los demás integrantes del cuerpo legislativo y -lo que es peor- a la sociedad potencialmente receptora de una norma de tal cariz.

III. CRÍTICA AL ARTICULADO DEL PROYECTO

a) El art 18 del proyecto regula la posibilidad de abortar libremente durante las primeras doce semanas (tres meses) de embarazo. En ese período, la mujer no necesita ninguna justificación ni realizar trámite judicial o administrativo alguno para concretar su decisión de realizar un aborto. Tampoco se requiere anuencia o consentimiento alguno del padre de la persona por nacer. En ese período, la mujer puede abortar “*porque sí*”. No ya porque haya sido violada, o porque corra peligro su vida. Mata porque sí a una persona que tiene hasta tres meses de vida intrauterina. Vale recordar que, en el seno materno, en la tercera semana empieza a formarse el corazón del niño y una semana después ese pequeño corazón ya bombea sangre. Entre la sexta y décima semanas, el embrión ya se mueve, se estira y hasta se acomoda. En la décima semana, el *nasciturus* ya puede abrir y cerrar la boca y también tragar líquido amniótico. Ergo, dentro del plazo que da el proyecto para eliminar, sin mas justificación

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

4. CSJN: P.709.XXXVI, del 5/3/02.

5. CSJN: S.1091.XLI, del 28/2/06.



que la propia, unilateral y excluyente voluntad de la mujer, ya es dable observar al concebido como un bebe casi completamente formado y muy activo.

b) Uno de los aspectos más cuestionables del proyecto de ley es que el artículo 38 establece tres situaciones en las que la mujer puede realizar un aborto a partir de la doceava semana y hasta la culminación del embarazo. Lo cuestionable radica en que estas situaciones son de tal amplitud que -en la práctica y pese a que se lo oculte- lo que el proyecto sanciona es un régimen de aborto libre **durante todo el término del embarazo y sin limitación de plazos**. Veamos:

b.1) La primera situación en la que, excedido el plazo del artículo 1 (doce semanas), un embarazo podría ser lícitamente interrumpido, se daría cuando dicha concepción hubiera sido *“producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud”*. La irrazonabilidad de esta cláusula es manifiesta. Independientemente de lo doloroso o mortificante que siempre será el hecho violento precedente (la violación), y no obstante que -como se verá- el Estado puede ofrecer alternativas mucho más humanitarias y evitar el aborto; parece desproporcionado e incongruente conceder la posibilidad de abortar en razón de una violación cuando se hubieren superado los tres meses de embarazo (plazo en el que no sería necesaria dicha excusa). Esos tres meses de libertad total para abortar resultan más que suficientes para que una mujer violada decida si quiere o no dar a luz a su hijo.

Por otro lado, sorprende la laxitud de los requisitos para la invocación de la presunta violación habilitante del aborto, pues resultaría bastante una *“denuncia”* formulada en un servicio de salud, sin aval probatorio alguno y sin posibilidad ninguna de investigación. Ello no resulta menor pues, de sancionarse la ley, muchas mujeres que no han sido violadas podrían acceder a un aborto mediante la falsa denuncia ante un servicio de salud que, por no constituir una autoridad en los términos del art. 245 del Código Penal, no podrá ser sancionada como delito de falsa denuncia.

b.2) La segunda situación que según el proyecto de ley habilita un aborto posterior al primer trimestre desde la concepción, consiste en

que “*estuviere en riesgo la salud o la vida de la mujer*”. En primer lugar, la alusión a la salud de la madre es de una vaguedad que genera una gravísima incertidumbre, tanto más dañosa cuando se encuentra en juego una vida.

En este aspecto, no parece casual la eliminación de la condición, actualmente prevista por el inciso 18 del art. 86 del Código Penal, de que el mencionado “*peligro no puede ser evitado por otros medios*”. La ausencia de tal exigencia (en verdad, una alternativa tendiente a la preservación de la vida), constituye una violación al principio constitucional de necesidad y, obviamente, al principio pro homine que debe alumbrar en toda norma legal y en su interpretación. La abstracción y equivocidad del texto propuesto son aptas para llevar a su manipulación con el fin de practicar abortos en casos en los que no resulta estrictamente necesario por existir medios alternativos mucho menos dañosos

b.3) El artículo 38 del proyecto posibilita el generalmente denominado aborto eugenésico, que se puede concretar dentro de las primeras doce semanas de embarazo si existieran malformaciones fetales graves. Ésta es, tal vez, la situación más evidentemente injusta para el niño por nacer ya que -a la inversa de las otras dos situaciones- no se pone énfasis en una situación dañosa que aqueja a la madre sino que se permite la eliminación del nasciturus en virtud de un defecto físico que lo afecta.

Es claro que ésta es una cláusula primitiva, abiertamente discriminatoria, arcaica, y hasta racista, más propia de una sociedad bárbara y cruel que de una civilizada, perfectamente comparable con los peores genocidios que aquejaron a la humanidad desde épocas remotas. El artículo 16 de nuestra Constitución Nacional establece que “*la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...*”. Lo mismo establece, entre otras, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (también con jerarquía constitucional) manda a los Estados Partes a respetar todos los derechos enunciados en la Convención “*a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza,*



el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición". Por último, la ley 23.592 (de Actos Discriminatorios) establece que, a los efectos del artículo 18 (que prohíbe la restricción del pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales), *"se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos"*.

El término "eugenesia" significa *"de buen origen"* y está estrictamente vinculado a los procesos científicos tendientes a mejorar los factores hereditarios en las especies vivas (incluida la humana), es decir, al *"mejoramiento de la raza"*. Es por eso que la concepción del aborto eugenésico halla su origen en una idea esencialmente discriminatoria y derogatoria de los derechos de una porción de la humanidad, precisamente, una de las más indefensas.

Por otro lado, no puede dejar de observarse que el término *"malformaciones fetales graves"* es abierto, ambiguo, y, por ende, inaceptable cuando está en juego una vida. Por esa vía, la estimación de la gravedad de la malformación que lo habilita se deja librada al criterio exclusivo del médico que llevará a cabo el aborto. Así, por ejemplo, cualquier médico podrá sostener que un bebé que lamentablemente no desarrolló sus manos o sus piernas padece una *"malformación fetal grave"* y, por ende, es susceptible de ser eliminado, sin advertir que ese exterminio -además de afectar los derechos de la víctima- podrá significar para la humanidad la pérdida de seres intelectualmente iluminados, artísticamente dotados, solidariamente beneficiosos, humanitaria y excepcionalmente ejemplares. Ésta cláusula del proyecto, lejos de permitir únicamente el aborto en casos de anencefalia (que ha sido machaconamente invocada con fines publicitarios de su acierto), constituye una afrenta de la dignidad de la persona humana y una sistemática violación de, por ejemplo, el art. 51 del Código Civil que claramente dispone que todos los entes son personas en tanto presenten *"signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes"*.

c) Si bien el proyecto de ley que analizamos pareciera -mediante una sagaz redacción- delimitar los casos en los que es legal un aborto, por otro lado deroga el inciso 28 del artículo 85 del Código Penal que sanciona al que abortare con consentimiento de la mujer. Por ende, vemos que **la supuesta "delimitación" de los casos legales de abortos no es tal** ya que, siempre que sea llevado a cabo con consentimiento de la mujer, no habrá sanción penal alguna. En ese caso cabe preguntarse cuál es la razón de la existencia del artículo 38 de la ley (aborto eugenésico) cuando el mero consentimiento de la mujer -sin exigencia de característica alguna del feto- alcanza para llevar a cabo -sin sanción alguna- un aborto en cualquier momento del embarazo.

Cerrando el círculo, obviamente orientado a una legalización casi total del aborto (pues sólo será punible -y en algunos casos- el aborto llevado a cabo contra la voluntad de la madre, hipótesis por demás remota), el proyecto de ley también deroga los artículos 86 (que establece los casos de abortos no punibles) y 88 (que sanciona a la mujer que provocare su propio aborto o consintiera para que otro lo realizare) del Código Penal.

d) Independientemente de los casos y los términos en los cuales, según el proyecto, sería lícito llevar a cabo un aborto, se debe advertir que dicho proyecto ingresa en cuestiones propias de la salud pública. En otros términos, la iniciativa no se limita exclusivamente a cuestiones dogmático-normativas, que hacen a la tipicidad de una figura penal determinada, sino que aborda principalmente un asunto de estricta política sanitaria. Desde ese impropio atalaya, el artículo 28 del proyecto establece el derecho de toda mujer a acceder a la realización del aborto en los servicios del sistema de salud en las condiciones allí establecidas.

d.1.) Entre las condiciones indicadas a los fines del derecho a que el aborto sea realizado en cualesquiera de todos los servicios de salud, vale destacar la exigencia de que, previo a su realización, se requiera el consentimiento o informe de la mujer, expresado por escrito. Ahora bien, irrazonablemente, esta cláusula evita -en los casos en que el mismo resulte conocido- todo tipo de autorización, anuencia, notificación o información



del o al padre de la criatura por nacer, negándole, de puro derecho, al progenitor varón su derecho a proteger judicialmente la vida de su descendiente, o a proponer alguna alternativa al aborto -o al menos- a estar informado de que se llevará a cabo el exterminio de su hijo. Ello resulta especialmente grave en el caso de las mujeres casadas.

Para el Código Civil los derechos inherentes a la patria potestad y a la filiación se ejercen en forma compartida entre padre y madre por lo que, aún aceptando la posibilidad del aborto, el sólo arbitrio de la mujer es insuficiente para decidir, nada menos, sobre la vida de un ser que (aunque todavía feto) ha sido engendrado merced a esas dos personas. A modo de ejemplo, el art. 66 del Código Civil establece como legítimamente "interesados" por el concebido por nacer a los parientes y no únicamente a la madre; en tanto el art. 264 del mismo Código dispone que "*la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado*".

d.2) Asimismo resulta injusta la obligatoriedad, establecida en el art. 58 del proyecto, de que los sistemas privados de salud incorporen al aborto entre sus coberturas, en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones. Ello en virtud de que impide que una compañía de medicina prepaga o una obra social ejerza la objeción de conciencia de carácter institucional. Ello no resulta justificado cuando las personas jurídicas, aún tratándose de personas de existencia ideal, tienen incuestionable derecho a su propio ideario y principios de conciencia, y a expresar en sus estatutos las bases morales fundacionales de la asociación. Sobre todo cuando se trata de actos que, en caso de ser legales, deben correr obligatoriamente a cargo del Estado y sólo voluntariamente por los privados. No es posible, en nuestro orden constitucional, crear legislativamente un "derecho al aborto", por cuanto se trata de una conducta que vulnera numerosas normas de igual rango legal y, más grave aún, de jerarquía constitucional. Con relación a esto se debe entender que, cuando el art. 86 del Código Penal excluye la punibilidad de determinados abortos, no deroga su

antijuridicidad sino que, por excepcionales razones de política criminal, del legislador -sin crear un derecho al aborto- decide no aplicar penas.

En este aspecto vale señalar que la Academia Nacional de Medicina, en pleno, con fecha 30 de septiembre de 2010, consideró necesario: *“recordar principios básicos de la ciencia y la práctica médicas que obligan y vinculan a todos los profesionales del país. La salud pública argentina necesita de propuestas que cuiden y protejan a la madre y a su hijo, a la vida de la mujer y a la del niño por nacer. La obligación médica es salvar a los dos, nada bueno puede derivarse para la sociedad cuando se elige a la muerte como solución. Si el aborto clandestino es un problema sanitario corresponde a las autoridades tomar las mejores medidas preventivas y curativas sin vulnerar el derecho humano fundamental a la vida y al de los profesionales médicos a respetar sus convicciones. Por ello, la Academia Nacional de Medicina considera: Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país. Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano. Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento. Que el derecho a la “objección de conciencia” implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (Art.14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional)*

d.3) Por otro lado, en su artículo 68, el proyecto de ley regula en forma deficiente e inconstitucional el derecho a la objeción de conciencia individual. En primer lugar, se establece un mínimo plazo de treinta días a partir de la promulgación de la ley para que los médicos y el personal de salud manifiesten la objeción de conciencia ante las autoridades del establecimiento. En el caso de los profesionales y empleados que ingresen posteriormente, éstos podrán manifestar su objeción de conciencia *“en el momento en que comiencen a prestar el servicio”*. Más grave aún es lo



expresado por el artículo con relación a que *“Los/as profesionales que no hayan expresado objeción en los términos establecidos no podrán negarse a efectuar las intervenciones”*.

No obstante la dudosa exigibilidad de esa supuesta obligación, lo cierto es que el proyecto de ley impide que una persona que no haya manifestado objeción recapacite y, con posterioridad, decida negarse a llevar a cabo un aborto. Semejante regla se opone a la esencia misma de la objeción de conciencia, verdadero derecho fundamental que se posee en forma continuada en el tiempo y no en una oportunidad determinada.

d.4.) El artículo 78 del proyecto establece en forma terminante que los abortos autorizados se efectivizarán *“sin ninguna autorización previa”*. Ello deja de lado el sistema actual, por cierto razonable, por el cual aquella mujer cuya situación realmente se enmarque en las excepciones que la ley prevé, debe cursar su petición a través de un tribunal de justicia. Ello no sólo garantiza la transparencia de un procedimiento que podría resultar fatal para la existencia de una persona por nacer sino que, a su vez, constituye la forma más efectiva de garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva tanto del derecho a la vida del nasciturus, cuanto del derecho del padre a proteger su existencia.

IV. CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL PROYECTO

a) En sus fundamentos, se deja en claro desde el inicio que el proyecto es una conquista de las mujeres, como si las únicas afectadas fueran ellas -como género- cuando se trata de algo que, sin discusión alguna, atañe a toda la sociedad. Para que no queden dudas, se recurre a frases hechas y citas inauditas, que retrasan cientos de años en la situación actual de la humanidad, al hablar de que las mujeres *“no quieren seguir siendo mercancía..., que quieren ser protagonistas de su propia historia”*. Se recurre a esto en forma falaz ya que la consideración de la mujer como sujeto susceptible del mayor de los respetos nada tiene que ver con la posibilidad de llevar a cabo la aniquilación de los propios hijos. Claramente, en el mundo civilizado occidental las mujeres han dejado de ser “mercancía”, si

tal adagio fuese cierto, hace cientos de años.

b) La iniciativa consigna estadísticas de dudosa seriedad y sin ningún tipo de respaldo científico. De esa manera, se señala que la campaña por el aborto legal y seguro *"fue decidida por más de 20.000 mujeres reunidas en el XIX Encuentro Nacional de Mujeres, realizado en Mendoza en 2004"*. Asimismo, sin individualización certera, se manifiesta que esa campaña fue iniciada en 2005 *"por más de 70 organizaciones de mujeres de todo el país"*, que actualmente abarca *"200 organizaciones, grupos y personalidades vinculadas al movimiento de mujeres"*.

De esta forma, engañosamente, el proyecto cita un informe de la organización Human Rights Watch según el cual, supuestamente, el Estado Argentino estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales por no garantizar el acceso a las mujeres al aborto legal y seguro. En primer lugar, vale aclarar que la mencionada es una organización no gubernamental que carece de facultad o jurisdicción para señalar o condenar un incumplimiento de nuestro país en materia de derecho internacional.

Por otro lado, esa organización es mundialmente reconocida como, a partir de cierto corte ideológico, defensora de una política abortista sobre base de argumentos no necesariamente científicos. Es claro que -contra lo afirmado por esa ONG, no existe ningún instrumento internacional firmado por nuestro país en el que se establezca el derecho de las mujeres a un aborto legal. Inversamente, los instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país, en su mayoría, obligan a los Estados a proteger el derecho a la vida, en muchos casos -inclusive- indicando que debe ser desde la concepción. En la República Argentina no es legal vulnerar la Constitución Nacional y los tratados internacionales a su jerarquía incorporados, menos aún sobre la base de una simple observación de una organización no gubernamental extranjera, cuyos métodos e ideas tampoco resultan suficientemente conocidos y, cuando lo son, carecen de una aceptación o aval universales.

c) El proyecto de ley afirma que *"los derechos sexuales y los derechos reproductivos son derechos humanos que deben ser reconocidos como*



derechos básicos de todas las personas". Mediante esta declaración, se olvida que el primer derecho fundamental, que posibilita el ejercicio de toda otra clase de derechos, es precisamente el derecho a la vida. Si una sociedad no garantiza el derecho a la vida de las personas, todos los demás derechos (fundamentales o no) pierden toda operatividad.

d) Al igual que la mayoría de las organizaciones defensoras del aborto libre, el proyecto define su "lema" como *"Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir"*. Se trata de una nueva falacia, que establece la falsa dicotomía entre el aborto libre o la muerte de la madre, pero que -luego- en sus proyectos de ley no supedita el aborto al riesgo de vida para la madre sino a otras circunstancias, mucho menos graves, que le son ajenas. En otras palabras, con fines abortistas el proyecto asimila, por cierto que falsamente, el hecho de parir con el de morir, cuando en realidad las muertes no se producen por parir sino por abortar (en condiciones no adecuadas). Por supuesto, con ese designio omite toda estadística sobre partos exitosos y adecuada comparación con abortos seguidos de muerte. De acuerdo a nuestro conocimiento jurídico, dejando de lado toda posición moral o religiosa, podemos afirmar que en todo aborto (sea legal o ilegal) hay, por lo menos, una muerte. No es posible igual aseveración con relación a los partos (fuesen deseados o indeseados).

Siempre para reafirmar la militancia abortista que empapa todo el proyecto, se sostiene que la propuesta es *"despenalizar y legalizar el aborto para que las mujeres que decidan interrumpir un embarazo tengan atención segura y gratuita en los hospitales públicos y obras sociales de todo el país"*. Otra vez, en vez de propiciar el aborto como último remedio para no morir, se lo postula para poder matar a un inocente sin sufrir consecuencia legal alguna. La falsedad de la dicotomía radica en que el embarazo que la madre, en forma injusta y unilateral decide terminar, puede en casi todos los casos llegar a su término sin que ella corra peligro ni que su salud se vea afectada. Es a este último fin al que debe orientarse la *"atención segura y gratuita en los hospitales públicos y obras sociales de todo el país"*, al menos

si se invoca una mentalidad "progresista". El Estado no debe asegurar la libre posibilidad de exterminar una vida inocente, sino -en cambio- una eficiente y gratuita atención médica en cualquier situación y, sobre todo, durante el embarazo y los momentos posteriores al nacimiento. Sin duda, el método o la forma más segura de evitar la muerte de mujeres embarazadas no es la de propiciar el aborto sino que el Estado cumpla acabadamente las políticas de salud pública, subsidios, fármacos, atención hospitalaria, etc.

e) El proyecto sostiene que la decisión de abortar, la mujer la debe adoptar *"según su conciencia, tomando en libertad las decisiones que juzguen necesarias, sin amenazas ni coerción alguna"*. Así, en un nuevo error, confunde el alcance del artículo 19 de la Constitución Nacional, que solamente deja al margen de la autoridad de los magistrados aquellas acciones *"que de ningún modo perjudiquen a terceros"*. Insistimos, según nuestras leyes y la Constitución Nacional, en el aborto existe un tercero perjudicado: el concebido no nacido, que -aún dentro del seno materno- mientras mantenga reacciones biológicas, no es una simple cosa sino una persona por nacer.

f) Deliberadamente el proyecto incursiona en el terreno de la moralidad, y lo hace -nuevamente- de modo tendencioso y anticonstitucional. Sostiene que *"despenalizar y legalizar el aborto es reconocer que no hay una única manera válida de enfrentar el dilema ético que supone un embarazo no deseado"*. Y agrega: *"Es aceptar que el derecho a decidir sobre el propio cuerpo es un derecho personalísimo"*, obviando considerar que, además de la participación de la mujer, el aborto se ejerce, tan principal como trágicamente, sobre el cuerpo del concebido no nacido que -guste o no- es un bien de propiedad de la madre.

Por lo demás, el dilema del aborto excede a lo ético y moral ya que, como hemos venido anticipando, constituye -además- un dilema jurídico. El dilema del aborto radica en reconocer y proteger o no el derecho más esencial del ser humano: el derecho a la vida. Hasta el propio proyecto -en una contradicción o, si no, admitiendo sin querer que el embrión



es una persona- mantiene las normas relativas al aborto en el capítulo que tutela la vida como bien jurídico primordial. Es claro que sobre ese derecho no puede imponerse ningún derecho personalísimo de la madre, pues ello implicaría una improcedente alteración de la prelación de bienes que establecen la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención para la Protección de los Derechos del Niño. El comienzo de la vida no depende de una determinación moral o jurídica sino de una realidad biológica, que indica que, como nuestras normas constitucionales reconocen, la vida comienza en el instante mismo de la concepción.

g) Desde un punto de vista puramente egoísta el proyecto declama que *“Las mujeres somos protagonistas en el tema del aborto”*. La sentencia nuevamente es falaz y omite considerar que, como hemos dicho, al menos existen otros dos protagonistas: el niño bajo el plan de exterminación y -por cierto- también el padre varón de tal criatura. Es claro que el concebido no nacido se encuentra indefenso, sin voz, a merced del arbitrio de su progenitora. En los abortos su derecho más esencial es ahogado en aras a un protagonismo egoísta de esa madre, que reclama para sí toda la atención y que, con más egoísmo todavía, pretende darle al aborto un cariz heroico o epopéyico.

A continuación se vuelca otra cita que propone, una vez más, el sofisma dilemático del cual hay que escapar: *“Mantener vigentes las normas punitivas significa optar por la muerte, y esta opción será siempre condenada”*. Los legisladores proponentes parecieran no advertir que reformar las normas del modo en que pretenden es, precisamente, optar por la muerte segura (no contingente) de la persona más indefensa: el no nacido. Es su criterio abortista el que asegura un resultado mortal que, de otro modo, sólo sería potencial y, por cierto, remoto. Como resulta evidente, el proyecto omite considerar alternativas plausibles que son irrenunciables por el Estado. Por ejemplo: asegurar a la madre la más amplia y efectiva atención médica, farmacológica y psicológica durante todo su embarazo, y ocuparse de atender al niño desde su nacimiento hasta -si se da el caso de que la madre persistiera en su rechazo- ser entregado

en adopción (proceso en el que también intervendrá el Estado en defensa de los derechos del niño). Incluso, el Estado debe encargarse de la atención de la madre después del nacimiento, hasta que los médicos y psicólogos lo aconsejen.

En síntesis, el proyecto insiste en plantear un dilema falso e inexistente (aborto o muerte de la embarazada), conflicto para el cual propicia una solución tan arbitraria como cruel: la eliminación violenta de la persona por nacer.

h) Indudablemente el mayor error del proyecto -y aquí está la clave de todo el debate- es desconocer al embrión como persona por nacer. Para la posición legalizante del aborto, el concebido no nato no es persona, sería simplemente cosa, y -entonces- se la puede eliminar. Lo único que cuenta para los abortistas es el derecho absoluto y exclusivo de la madre. Está claro que la aceptación de la personalidad del embrión, su consideración como persona por nacer, se opone diametralmente a cualquier tipo de regulación del aborto en forma indiscriminada.

i) En forma absurda y huérfana de apoyo científico, el proyecto predica que *“Legalizar el aborto supone ampliar la democracia, dado que garantizar este derecho implica escuchar a las afectadas por una sociedad patriarcal que limita, vulnera y subordina al 52% de la población”*. La temática del aborto nada tiene que ver con la democracia como forma de gobierno. Lo *“antidemocrático”* sería, por ejemplo, que el Congreso Nacional se atribuyera potestades de las que carece y legislara contrariando los mandatos de la Constitución Nacional que avalan que el niño, la vida humana, existe desde la concepción. Es más, la legalización del aborto podría considerarse en realidad como una negación de un principio democrático básico: el principio de igualdad. No es verdad que el asesinato de inocentes concebidos y aún no nacidos, llevado a cabo con el *“protagonismo”* de sus madres, revalorice o dignifique la democracia, y mucho menos a las autoras de tales crímenes.



Por otro lado, denominar como *patriarcal* a una sociedad que protege a la persona por nacer, constituye una nueva obvia inexactitud, carente de todo sentido. Ello porque la penalización del aborto nada tiene que ver con la imposición de ningún valor moral o religioso sino que constituye la protección del derecho a la vida.

Aunque parece mentira, aunque resulte -inclusive- inverosímil, el proyecto, para propiciar el aborto, señala que una de las características que definen un Estado democrático "*es el respeto a los derechos humanos, de los cuales los derechos sexuales y reproductivos forman parte*". Frente a esta afirmación cabe preguntarse; ¿qué Estado democrático puede fundar su política de derechos humanos en la permisión de abortos indiscriminados? Ya hemos dicho en este informe que todos los derechos, incluidos los sexuales y reproductivos, como es obvio, se hallan subordinados al derecho a la vida, que es precisamente el que propone eliminar el proyecto en forma indiscriminada bajo el supuesto estandarte de los *derechos humanos*..

j) Otro gravísimo error del proyecto es fundar el derecho al aborto en la equidad de género y la igualdad social. Es insólito afirmar que el aborto se le niega a la mujer en virtud de su género, es decir, por su condición de mujer. El aborto se encuentra prohibido no para disminuir o discriminar a la mujer como género, sino para proteger una vida, la del no nacido, que ella ha concebido. Por otro lado, aún cuando el embarazo, por las reglas de la naturaleza y no del hombre, deba transcurrir en el seno materno, ello no despoja de sus derechos sobre el niño no alumbrado ni de la patria potestad al padre varón. Podría afirmarse, a la inversa del argumento que aquí respondemos, que la libertad de abortar por la sola decisión de la mujer, sin necesidad de justificación alguna ni mas causa que su simple deseo, es discriminatorio del género masculino, sin cuya participación no habría existido la concepción.

h) Por último, vale destacar que en ningún pasaje de los fundamentos se indica el origen (jurídico, ético, histórico o médico) de la regla por la cual la libertad para abortar que se promueve será total durante el primer trimestre del embarazo. Es sabido que ese parámetro fue establecido

por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el conocido precedente “*Roe vs. Wade*” (1973). En ese caso, la Corte sentenciante omitió definir desde cuándo hay vida, alegando que mal podría el Poder Judicial establecerlo cuando los médicos y técnicos no consiguen ponerse de acuerdo. Sin embargo, en el caso de nuestro país, el art. 70 del Código Civil claramente establece que hay vida desde la concepción (ídem art. 2 Ley 23.849 del 27/9/90). Lo mismo sucede con los instrumentos de jerarquía constitucional que hemos señalado en el primer apartado de este informe. Por ende, utilizar parámetros extranjeros con base en una legislación distinta constituye un serio error metodológico que, además, conllevaría -una vez más- a importar "soluciones" extranjeras fuera de contexto.

En rigor, advirtamos que las soluciones -a nivel legal- no difieren significativamente desde el punto de vista conceptual. La diferencia radica en que en los Estados Unidos es la viabilidad del por nacer lo que determina el carácter de persona y en el caso de nuestro país esa calidad se adquiere desde la concepción. Lo cierto es que tanto en nuestro país como en los Estados Unidos se reconoce el derecho a la vida (y la facultad del Estado a velar por ella) como derecho de la persona por nacer. Como en Argentina el carácter de persona se adquiere desde la concepción, hablar de libertad de aborto durante las primeras 12 semanas es una total contradicción con el art. 70 del Código Civil y todo el régimen complementario que incluso le permite al niño por nacer adquirir algunos derechos durante ese período.



V. CONCLUSIONES

Queda definitiva y absolutamente en claro que la iniciativa legal examinada se encarga, en forma minuciosa y deliberada, de suprimir todos los derechos de la persona por nacer. Busca ser eficiente en su objetivo: asegurarse de una muerte rápida y segura del feto y que nadie pueda salir en su auxilio.

El proyecto no examina la posibilidad de brindar a las madres alternativas menos dañosas que el aborto y, por cierto, permite que el Estado se desvincule de su obligación de protección y manutención de las personas que se encuentran en semejante estado de indefensión.

Es claro que la sanción del proyecto de ley tratado equivaldría a la legalización de un genocidio.

Buenos Aires, 26 de octubre de 2010.-

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal

Comisión de Derecho de Familia

