

Córdoba, 01 de agosto de 2018.-

**AL HONORABLE DIRECTORIO
DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE CORDOBA CAPITAL**



Nicolás Girauo Esquivó, en el carácter de Director y Valeria Fernández Manzano, en el carácter de Secretaria Académica de la Sala de Derecho de las Familias del Colegio de Abogados de Córdoba, nos presentamos ante este Honorable Cuerpo, a efectos de poner en su conocimiento lo resuelto en relación al Dictamen requerido en relación al Proyecto de Ley, que se encuentra en análisis en el Congreso de la Nación, relativo a la interrupción voluntaria del embarazo.

El requerimiento se hizo conocer el día 30/07/2018 a los miembros de la Sala, y resultando el tema en análisis muy cuestionado y debatido, tanto jurídica como socialmente, y ante el escaso tiempo para pronunciarnos, se decidió convocar y solicitar a cada uno de los miembros de la Sala para que emitieran a título personal su opinión remitiendo vía correo electrónico su posición con el objeto de respetar cada una de las voces y representar a todos, sin emitir votos por mayorías.

Así, puede informarse que se tomaron tres posiciones diferenciadas, a saber: 1) Quienes han decidido abstenerse y no participar del debate y no emitir opinión, considerando que la finalidad del Colegio de Abogados es exclusivamente representar a los colegas en el ejercicio profesional; 2) Quienes se han pronunciado sólo verbalmente a favor de la despenalización del aborto y la aprobación del Proyecto que propone la interrupción voluntaria del embarazo, sin acompañar fundamentación escrita y 3) Quienes se han pronunciado en contra de la sanción de la normativa en cuestión, pronunciándose fundadamente por escrito, como el abogado Félix Marcelo Di Pinto, de quien adjuntamos impresión del análisis efectuado, y al que adhiere en particular ésta Secretaria Académica, en todos sus términos.

Señor Director de la Sala de Familia:

Cumplo en enviarle un análisis del *Proyecto de Ley de Interrupción Voluntario del Embarazo*, con media sanción en la *Cámara de Diputados de la Nación* y que actualmente está siendo tratado en el *Senado de la Nación*.

ANTECEDENTES – ANALISIS DE SU ARTICULADO

El *Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo* con media sanción (en adelante, *PMS*), votado el 14 de junio de 2018 por la *Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina*, que pasó en revisión al Senado, conculca la vida y otros derechos fundamentales involucrados de manera más contundente que los proyectos anteriores en los cuales se basó.

En efecto, *el Proyecto no trata de una ley de despenalización de la mujer que realiza un aborto*, sino que establece *el aborto como un súper-derecho, un derecho supra-constitucional, con características que no posee ningún derecho constitucional o derecho humano*. Puede afirmarse que está configurada como una *“ley de fomento del aborto”*, por la cantidad de elementos que prevé para asegurar que la práctica se realizará, y que se hará inmediatamente, incluyendo solamente medidas que conduzcan a la realización del aborto en tiempo récord, junto a la eliminación de cualquier alternativa al mismo que pudiera surgir.

Todo lo anterior queda de manifiesto en el mismo texto de la norma, configurando un conjunto de disposiciones negatorias de preceptos de la Constitución y de los tratados internacionales con jerarquía suprema, y que contrarían la integridad del orden jurídico, como puede verse en la acumulación de aspectos contrarios a diversos derechos fundamentales que surgen nítidos de sus diferentes artículos.

Algunos de los elementos más relevantes se detallan a continuación:

- La regla no será más el derecho a vivir de la persona no nacida, sino el derecho de la persona gestante a decidir si requiere o no la destrucción del ser concebido; en Argentina *vivir o morir dependerá de la mera voluntad de un tercero* (arts. 5, 6 y 10 del Proyecto);
- El niño aceptado tendrá derechos, el no deseado no será tratado como persona; el querer de alguien con poder efectivo en el caso se configura en el Proyecto como decisivo para dar o negar estatuto de persona a otro individuo; *se discriminará por su origen a los seres humanos no nacidos, dando máxima cobertura al no nacido deseado, y máxima vulnerabilidad al no*

dilatación y curetaje cortante (admitido, no recomendado); luego de las 20 semanas, como en el aborto con medicamentos el feto se expulsa vivo, se prevé su muerte por inyección de cloruro de potasio o de digoxina para provocar un paro cardíaco (art. 16 PMS, al remitir a todas las formas de aborto que recomienda la OMS);

• *Los profesionales de la salud (lo cual abarca un amplio abanico de profesiones y especialidades) **cargan con la obligación básica de garantizar el acceso al aborto y no pueden negarse a realizarlo si deben intervenir directamente** (arts. 14 y 15 PMS sobre la obligación; art. 2, delito de dilación y obstrucción);*

• *Los directivos de establecimientos sanitarios, incluso privados confesionales, **son obligados a garantizar la práctica del aborto, bajo amenaza de sanciones penales y administrativas y de responsabilidad civil** (arts. 13 PMS sobre obligación; art. 2, delito; y remisiones a las Leyes 17.132 y 26.529);*

• *Se prohíbe dar cualquier consejo personal, ético o axiológico a la persona que pide abortar, u ofrecer alternativas al aborto, sea en el procedimiento de consentimiento informado o en la consejería pre aborto; siempre se debe potenciar la "autonomía en la toma de decisiones", en el sentido de fomentar el aborto (arts. 8, 12 y 14 PMS);*

• *Se admite que menores de 13 años requieran un aborto contra la voluntad de los padres, con el concurso del médico (art. 9 PMS);*

• *Si se (mal) entendiera que el aborto medicamentoso no compromete la salud ni pone en riesgo la persona, las menores de más de 13 años podrían exigir un aborto sin conocimiento de sus padres (art. 9 PMS);*

• *Quiénes no son progenitores pueden consentir el aborto incluso de menores de 12 o menos años, como "parientes políticos", "referentes afectivos" u otras "personas de la comunidad" (que podría incluir a su abusador) (art. 9 PMS, remitiendo al Decreto 415/06);*

• *Se excluye la intervención de los jueces en todo lo relativo a la eliminación de los seres concebidos (arts. 3, 7 y 13 PMS);*

• *Se establece un **plazo de 5 días improrrogables para el aborto** a partir del requerimiento por la mujer embarazada (art. 11 PMS);*

• *Se introduce algo inédito y sumamente grave, redactado además con peligrosa vaguedad: **sanción de hasta 1 año de cárcel y doble tiempo de inhabilitación al profesional o directivo que dilate injustificadamente,***

cumplimiento potestativo de la otra parte, estando siempre pendiente la espada de Damocles sobre los profesionales de la salud quienes pueden ir a la cárcel por dilación u obstaculización. (arts. 2 y 13 PMS);

- Encubiertamente se prevé la *sanción de clausura temporal o definitiva de las clínicas privadas por negarse a hacer abortos* (art. 13 PMS, con remisión al art. 21 de la Ley 26.529, que a su vez reenvía al Tít. VIII de la Ley 17.132);

- *Se impone a todo el sector público de salud y a obra social o cobertura pública o privada la prestación gratuita del aborto*, incluyendo el mismo y todo lo adyacente en el *Plan Médico Obligatorio — PMO* (art. 16 PMS);

- Se prevé una *pena mínima*, de hasta un año de prisión, *al médico y la persona gestante que aborten fuera de las amplísimas posibilidades previstas* (esto podría incluir, p. ej., abortar para “vender órganos”, hacer experimentaciones, etc.) (arts. 1 y 4 PMS, modificando los arts. 85 y 88 del Código Penal);

- *Se elimina la figura de homicidio preterintencional para el médico, si la muerte fuera consecuencia de la realización de un “aborto legal”* a la mujer que prestó consentimiento (art. 1 PMS, que modifica el art. 85 del Código Penal);

- Se pretende *evitar el control judicial de la ley* declarando que es una aplicación de la Constitución y los Tratados Internacionales de igual jerarquía, junto a una paradójica afirmación de garantizar derechos que claramente conculca, como *la vida, la dignidad, la diversidad corporal, la libertad de creencias y pensamiento y la no discriminación* (art. 6 PMS);

- Todo lo anterior *viola el respeto debido al ser humano*, que es tal desde la concepción, como ha sostenido la *Academia Nacional de Medicina*, y vulnera la dignidad debida al mismo y a sus derechos fundamentales, como han declarado la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales* y la *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PROYECTO

El Proyecto con media sanción de *Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo no supera un mínimo test de constitucionalidad y de convencionalidad*, al atentar contra principios y derechos de nuestra *Constitución Nacional* y de los *Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, siendo sustancialmente *discriminatorio de la persona en virtud de su origen*, además de *altamente represivo contra la profesión médica y otros profesionales de la salud*.

para casos de clara vulnerabilidad y falta de libertad plena, con autorización al juez de condonar una posible pena. Sin embargo, se ha elaborado algo muy diferente, *armando una estructura que tiene por objeto declarado el garantizar el aborto como derecho irrestricto hasta la semana 14 de gestación, y prácticamente sin cortapisas también desde la semana 15 a los 9 meses de embarazo*, para lo cual sólo bastará que *se declare que el embarazo ha sido fruto de una violación o que se corre riesgo a la salud psíquica o social*, cualquiera sea lo que esto pudiera llegar a incluir en concreto.

La vida pasa a ser un bien disponible por el otro, similar al derecho omnímodo que tenía el "pater familiae romano" quien podía disponer de la vida de sus hijos, o la costumbre espartana de "desechar" a los niños no aptos para la guerra, arrojándolos por el monte Taigeto. Sólo tendrán derecho a vivir aquellos afortunados que su madre quiera que vivan, a los otros sólo les queda el descarte, haciendo que ciertos ciudadanos (con derechos), les sea más fácil disponer sobre el nacer o el eliminar a otra persona (sin derechos) que sobre la compra de un bien registrable.

CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL PROYECTO

Trataremos a continuación con algún detalle algunos problemas fundamentales que genera el Proyecto:

1. ¿Sobre qué ser estamos debatiendo? La ciencia y el ser humano vivo

En la ciencia no hay dudas de que lo que se denomina embrión y luego feto es un ser con vida humana, no de otro tipo. Esto no puede ser discutido seriamente por nadie: así ha sido afirmado innumeradas veces en las distintas exposiciones de médicos, científicos y académicos que participaron en las audiencias públicas, contando además con la autoridad de una vasta literatura científica que los avala.

En este sentido, la *Academia Nacional de Medicina*, en su declaración del 22 de marzo de 2018, indicó que *el niño por nacer, científica y biológicamente, es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción, y que destruir a un embrión o feto humano significa impedir el nacimiento de un ser humano.*

La ciencia también ha demostrado que existe una diferenciación absoluta entre el ser concebido y su madre : Genética y Embriología enseñan que, desde la fertilización o fusión de los gametos, se da lugar a un nuevo individuo, *con un ADN humano propio, distinto del de sus progenitores, e incluso grupo sanguíneo diferente*, al cual sólo le resta tiempo, cobijo y alimento para llegar

3. *El Proyecto consagra el derecho irrestricto al aborto hasta la semana 14, conculcando la vida y estableciendo un corte temporal arbitrario*

Contrariamente al respeto debido al ser humano concebido, el Proyecto establece el derecho irrestricto de abortar hasta la semana 14 de gestación, sin ningún requerimiento más que el deseo. Lo configura como un derecho urgente, que veda intervención al juez, que impone penas de prisión al que intente obstaculizarlo... *Es el aborto como un método anticonceptivo de última instancia, un aborto sin necesidad de expresar causa alguna.* Esta "privación de la vida arbitrariamente" es algo vedado expresamente por el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como se verá.

El corte temporal en la semana 14 es absolutamente injustificado. El proyecto de ley discrimina a las personas según su grado de desarrollo. Es una decisión muy grave, que desprotege a los más vulnerables. *Tutela un supuesto derecho de los fuertes frente al verdadero derecho de los débiles. Además, no hay razones válidas para establecer esa semana y no otra antes o después.* Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que en esa etapa el niño ya tiene un desarrollo importante (v.gr., tiene un corazón que late, tubo neural, esqueleto y músculos, pies y manos, etc.).

Las distinciones de etapas en el desarrollo de la gestación del ser humano (cigoto, embrión, feto) sólo pueden tener un interés para el estudio, al igual que las clasificaciones del individuo ya nacido como niño, adolescente, adulto, anciano. *Pero esas denominaciones no pueden tener la consecuencia de privar a lo concebido de lo que es: desde el comienzo, un ser humano con vida.*

En este sentido, no permitir el aborto en semanas posteriores da cuenta de la falta de razonabilidad y arbitrariedad intrínseca del proyecto. Si el argumento es la libertad de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y se considera que el feto no es un ser humano vivo, diferente a su madre, entonces para ser consecuentes debería permitirse abortar libremente hasta el último día de embarazo; pero esto es inaceptable, incluso para la mayoría de las personas que están a favor de la despenalización del aborto, aunque el Proyecto, solapadamente en la práctica, a través del artículo 3ro., termina facilitando el camino para que esto también suceda.

No obstante, es claro que *el niño por nacer es un ser único e irreplicable, con ADN propio y, por tanto, no es un mero órgano de la madre.* Ese punto es central para rebatir el argumento de que el aborto se funda en el derecho de la mujer a disponer de su cuerpo. En el aborto la mujer *no dispone de su cuerpo, sino que dispone del cuerpo de otro.*

desde la concepción, sin que nadie pueda ser privado de la vida arbitrariamente (art. 4.1).

A este respecto, se ha hablado bastante de la sentencia *Corte I.D.H., Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Seric C No. 257. Debe señalarse que la misma fue contra otro país, no siéndole aplicable a Argentina más que como un argumento de autoridad, no de obligación. Por otra parte, su *holding* está firmado por tres jueces, de los siete que conforman el tribunal. Pero lo importante finca en otros puntos: *el fallo se refiere a un tema distinto al del aborto, cual es el de la fecundación in vitro*. Esa resolución no brindó la protección del art. 4.1 al embrión no implantado y admitió la fecundación extracorpórea, pero en el caso de aborto estamos hablando siempre de seres concebidos ya implantados, sean embriones o instancias posteriores de desarrollo. Por lo tanto, la sentencia no avala un derecho a terminar con la vida de seres humanos concebidos en el seno materno, eliminándolos o desimplantándolos de alguna manera. En ningún lugar de la sentencia se dice que esté avalado el aborto a demanda, o que el aborto a demanda no contradiga el art. 4.1 de la CADH.

La obligación de considerar a *todo ser humano como persona*, y la consiguiente *protección del derecho a la vida de todo ser humano*, puede encontrarse también en otros tratados constitucionalizados por nuestro país, como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 3), la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (art. 1) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 6).

¿Las normas anteriormente citadas reconocen, individualmente o en su conjunto, a todo ser humano como persona? Sí.

¿Todos reconocen el derecho a la vida de todo ser humano? Sí. ¿Algunos de los mismos reconocen la existencia del ser humano desde la concepción? Sí.

¿Las normas mencionadas obligan, individualmente o en su conjunto, a proteger legalmente al ser humano no nacido? Sí.

¿Existe alguna norma en el Derecho Internacional, entre las mencionadas anteriormente u otras, que obliguen a Argentina a legalizar el aborto? No. Ningún tratado vinculante para el país menciona al aborto como un derecho.

¿Esas normas de tutela del derecho a la vida obligan a sancionar penalmente a una mujer por la realización de cualquier aborto? No se desprende necesariamente esa conclusión; ni que la protección penal deba ser con sanción de prisión; con inclusión quizá de la potestad judicial de perdonar totalmente la pena; e incluso esas normas podrían albergar la despenalización a la mujer que aborta, cuanto menos en algunos casos, aunque siempre sin considerar que tal acción sea un derecho, y siempre disponiendo algún tipo

Por lo tanto, si para nuestro sistema hay ser humano vivo desde la concepción, deben aplicarse a la persona por nacer todas las normas protectorias del derecho a la vida, tanto de nuestro *Derecho Interno* como de los *Tratados de Derechos Humanos* suscriptos por nuestro país que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). Estos tratados imponen que los Estados establezcan su protección por ley, garantizando en la máxima medida posible su supervivencia, y vedan a la vez que alguien pueda ser privado de su vida arbitrariamente, por mera decisión de un tercero.

5. El artículo 75.23 de la Constitución y la obligación del Congreso de dictar una ley de protección social integral del niño no nacido

Por otra parte, nuestra *Constitución Nacional* en su propio articulado contiene una norma específica de gran claridad protectoria para los niños no nacidos. En efecto, en la reforma constitucional de 1994 se impuso al Congreso la siguiente obligación: “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia” (art. 75, inc. 23).

Nótese, en primer lugar, que la *Constitución, en su corpus, denomina “niño” al ser humano concebido aún no nacido.*

En segundo término, si el Congreso tiene la obligación de legislar un régimen integral “*en protección del niño desde el embarazo*” (algo en lo cual se encuentra en mora), *¿Puede entonces legítimamente dictar un régimen general de desprotección y facilitación de su destrucción? Se impone la conclusión negativa.* La *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* se pronunció en el mismo sentido en su Declaración del 20 de marzo de 2018, indicando que los proyectos de aborto son inconstitucionales porque violan el derecho intrínseco a la vida consagrado en las normas de jerarquía constitucional indicadas en el apartado anterior, y *porque la Constitución garantiza el derecho a la vida desde el embarazo (art. 75, inc. 23), al promover por parte del Congreso de la Nación medidas de acción positiva a favor del niño y de la madre, evitando en todo caso su “desamparo”.* La *Academia* destacó que en ello *cabe un régimen asistencial público que proteja ambas vidas y, a la vez, otorgue a la madre la posibilidad de entregarlo en adopción, previendo un régimen legal regulatorio de tales situaciones.*

6 El no nacido es persona para la Corte Suprema y la Cámara de Casación

Ese caso ha dado lugar a no pocos equívocos, conteniendo a su vez una serie de errores, algunos de los cuales se procurará exponer sucintamente aquí.

Brevitatis causae, en ese fallo se discutió el **art. 86, inc. 2, del Código Penal**, dilucidando si la causal de no punición por haber realizado un aborto tras un embarazo producido por una violación o atentado al pudor se aplicaba sólo cuando la mujer era “*idiotas o demente*”, según dice el **Código Penal**, o *en caso de cualquier mujer*. El tema dio lugar a una discusión de muchas décadas, y la Corte se decantó por admitir la opción amplia. *El propósito original del Código de 1921, cuando se lo discutió, fue dar lugar al aborto eugenésico, evitando la descendencia de personas con capacidades diferentes*. Así consta en las actas y dictámenes de la comisión del Senado, cuando el proyecto pasó por dicha Cámara. En el caso “**F., A. L.**” la Corte entendió que había que aplicarlo al aborto que se realizara sobre toda mujer que hubiera sufrido una violación, llamado aborto sentimental.

Ahora bien, esta sentencia ha dado lugar a varios errores.

El **artículo 86 del Código Penal** contiene en su primera parte la sanción penal al médico, farmacéutico, etc., que realice un aborto. La segunda declara que dos tipos de abortos no tendrán pena. En el primer inciso declara sin pena al aborto que se realiza en virtud de la existencia de un peligro para la vida o la salud de la madre que no puede evitarse por otros medios. Y el segundo inciso, por su parte, ofrece la materia sobre la que recayó el caso “F., A. L.”

Este segundo inciso, relativo aborto en caso de violación, contiene una excusa absolutoria o causal de no punición. Un delito es una acción típica, antijurídica y culpable y sancionada con una pena. Contiene, por tanto, cinco elementos: la acción, la tipificación en una norma penal, la contradicción con el orden jurídico, la culpabilidad del agente y la previsión de una sanción de carácter penal. Si confluye una causa de legitimación, falta el tercer elemento, pues deja de ser una acción antijurídica, y se obraría en ejercicio de un derecho o estando justificado. Si hay una excusa absolutoria, se elimina el quinto elemento, la pena, subsistiendo los cuatro anteriores: se trata de que el sistema jurídico ha considerado que determinadas conductas no van a ser punidas, no porque sean legítimas y, menos, porque configuren un derecho fundamental, sino por diversas causales de política criminal y atención a circunstancias especiales. Por ejemplo, no se sanciona al padre que no denuncia a su hijo, ni al esposo que toma sumas menores de dinero de la esposa: en esos casos los daños de sancionar esas conductas superarían sus beneficios. En todos estos casos, la acción sigue siendo típica, antijurídica y culpable, pero sin pena.

Por otra parte, el *art. 86, inc. 2, CP* no podría albergar una causa de justificación: *no puede ser un derecho subjetivo el terminar la vida de otro ser humano que no es un injusto agresor. No hay antijuridicidad alguna en el actuar del ser no nacido*; considerar que la persona gestante tiene derecho a terminar con su existencia cuando así lo considere es tomar a la persona como un medio, de manera utilitarista: la persona, toda persona, es un absoluto. Por último, la Corte agregó otros elementos; fuera de la jurisdicción que le correspondía por el caso concreto, resolvió extenderla de tres modos.

Por un lado, no sólo resolvió el caso concreto, sino que decidió que el temperamento adoptado al resolverlo debía aplicarse a todos los casos iguales; ya había hecho esto en otras ocasiones, y este modo de ejercer su jurisdicción no tiene mayores objeciones.

En segundo lugar, la Corte decidió ejercer una suerte de "legislación por vía judicial", disponiendo que la Nación y las Provincias debían dictar un protocolo para abortos "no punibles", considerados como derechos; cómo debía ser o no ser la objeción de conciencia de los profesionales; que los jueces no debían intervenir, y que si lo hacían desafiando su decisión cometían un ilícito penal (instauró así el stare decisis y con sanción penal, en virtud de sentencia de Corte, sólo para casos de aborto), etc.

Finalmente, aunque el tema no estaba dentro de los puntos a resolver, la Corte incorporó a su decisión el inc. 1 del art. 86 del Código Penal (aborto en caso que peligro para la vida o la salud de la madre que no pueda evitarse por otros medios) y resolvió que también debía entrar en los protocolos locales como "derecho exigible". A su vez, con el tiempo, estos protocolos a nivel nacional y local extendieron el concepto de salud: dejó de ser aquello a que apuntaba el Código Penal, la salud física, que puede comprometer la vida, y cuando el peligro serio a la misma no pueda evitarse por otros medios, y pasó a ser la salud comprendida de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, sinónimo de bienestar físico, psíquico y social.

La conjunción de aborto exigible, protocolos hospitalarios, la posibilidad de una mera alegación de violación sin denuncia alguna, sin importar el número de meses que pudiera haber pasado con relación a los hechos, ni la conveniencia de encauzar investigaciones, ni la necesidad de poner algún medio para evitar que los abusos vuelvan a repetirse, más una salud extralimitada a todo lo que desordene o amenace el bienestar global, físico, psíquico o social de la persona gestante, *ha provocado que la sentencia "F., A.L." produzca por año miles de abortos, y que obtenerlos haya devenido relativamente fácil*, pues las causales de no punición del Código Penal con frecuencia se administran con gran liberalidad hacia el deseo de terminar el embarazo y con nulo o escaso cuidado hacia el niño por nacer.

Un punto decisivo, que configura una enorme ampliación de las causales del artículo 86 del Código penal, es el previsto en el inc. b del propuesto artículo sustitutivo del 86: el aborto cuando “estuviera en riesgo la vida o de la salud la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano”.

Con este punto, el Proyecto realiza varias innovaciones de gran trascendencia al actual art. 86, inc. 1, del Código Penal.

En primer lugar, al igual que en caso de violación, ya no es menester que el aborto sea realizado por un “médico diplomado”, como exige el art. 86 CP, sino que según la norma sustitutiva cualquier persona podría practicarlo impunemente. (¿A esto se le puede llamar “aborto seguro”, como pregonan los defensores del proyecto?)

En segundo término, ya no sería necesario “el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre”, sino que meramente es requerible una situación donde “estuviera en riesgo” uno de esos bienes. Como se expone poco más adelante, el mero riesgo es menos exigente que el peligro, pues riesgo se da en muchas circunstancias donde no hay peligro relevante. Este cambio aumenta considerablemente el número de abortos permitidos entre las 15 semanas y el término del embarazo.

Asimismo, en el Proyecto se garantiza el derecho al aborto siempre que se considere que hay un mero *riesgo* la vida o la salud de la mujer (arts. 3, inc. b, y art. 7, inc. b). Se ha pasado del peligro relevante, existente en la normativa actual del *Código Penal* (“evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”), a un mero “riesgo” posible. En efecto, el Proyecto pasa de casos con peligro actual, cierto, grave, inminente e inevitable, para la salud física de la mujer, tal como se lo pensó al adoptarse el *Código Penal* en 1921; a la “posible ocurrencia”, al “riesgo” de un difuso perjuicio a la salud psíquica o social, entendida en el sentido más amplio.

Como podrá observarse, el concepto de riesgo es mucho más laxo que el de peligro. Peligro es una relevante probabilidad del acaecimiento de un daño antijurídico, es decir, que no se tiene el deber de soportar; riesgo es más amplio, pues es una situación de mera posibilidad especulativa, abstracta. Una persona siempre está en *riesgo* de que le roben, pero está en *peligro* si un ladrón ha entrado a su morada. Por tanto, por la fuerza del principio de tipicidad penal, es decir, que sólo puede sancionarse lo que se ha descrito previamente en la norma, no se puede sancionar un aborto cuando se haya dado cualquier “riesgo” a la salud, entendida de manera amplísima. No se requiere que “no se pueda evitar por otros medios”, como atención, terapia, ayuda social, etcétera.

practicado por un médico diplomado, para considerarlo no punible. Conviene repasar la letra de la norma que se pretende derogar:

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

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

La razón de la exigencia de médico diplomado es que se quiso requerir que un profesional, un médico, hubiera evaluado la situación, y considerado que existía ese peligro relevante para la salud corporal y la vida, y que no había alternativas terapéuticas de acuerdo al grado de avance de la ciencia y a la situación médica de la paciente, siendo irrazonable que el peligro para la vida y la salud en virtud de un embarazo sea dictaminado por cualquiera que no tenga los conocimientos especiales de un médico (cfr. Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, 1992, t. III, p. 112; Fontán Balestra, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*; comentarios al art. 86).

Surge claro el concepto acotado de salud, enfocado en los aspectos físicos, que podían generar un peligro relevante a la vida. Dejar de lado el concepto de salud relativo a lo corpóreo, y pasar a lo psicológico y a lo social, centuplica en varias veces el número de situaciones donde sería posible recurrir a un aborto, que pasa a ser prácticamente libre durante los 9 meses.

En suma, *no se ha tratado de reproducir las causales de no punibilidad del aborto del art. 86 del Código Penal existentes desde 1921, sino que se las ha expandido ilimitadamente, generando un “aborto a demandu” desde el inicio del embarazo, hasta su finalización.*

9. El Proyecto discrimina, admitiendo el aborto eugenésico

Para muchos observadores el Proyecto es “más moderado” que los proyectos presentados precedentemente, porque eliminó la causal de aborto hasta los 9 meses cuando “existieren malformaciones fetales graves” (art. 3, inc. 3, Proyecto 0230-D-2018). Esto fue sustituido por el derecho a abortar “si se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto” (art. 3, c, y 7, c, PMS).

La discriminación de la persona con capacidades diferentes sigue ahí, aunque ahora encubierta.

En efecto, en primer lugar, al permitir abortar hasta la semana 14 sin expresión de causa se da vía libre al aborto eugenésico, pues la mayoría de las enfermedades o síndromes como el Down ya se detectan en la semana 12.

- (a) **Mefepristona** (píldora RU-486, prohibida hasta ahora en Argentina) + misoprostol (tanto hasta las 14 semanas, como después, con diferentes dosis y procedimientos): provoca la expulsión del feto.
- (b) **Misoprostol solo** (en general hasta 14 semanas, pero posible hasta 24 semanas): también provoca contracciones y la expulsión del feto.
- (c) **Aspiración por vacío** (hasta 12-14 semanas): se aspira el contenido del útero, incluyendo el ser concebido, por medio de un aparato vacío manual o producido por un sistema eléctrico.
- (d) **Dilatación del cuello del útero y evacuación del feto** (tras 12-14 semanas): se aspira el ser concebido mediante un aparato de vacío, con cánulas más grandes.
- (e) **Dilatación y curetaje cortante** (admitido por la OMS, aunque no sea el procedimiento recomendado). Es el más cruento y con más riesgo para la mujer embarazada, y consiste en separar el feto en piezas con la cureta, para extraerlas con una pinza.

Por otro lado, luego de las 20 semanas, como en el aborto farmacológico el feto se “evacuará” vivo, se dispone que debe darse muerte del feto por inyección de cloruro de potasio o de digoxina, provocando un paro cardíaco antes del procedimiento de aborto (cfr. OMS; *Aborto sin riesgos...*, p. 40).

11. El Proyecto admite que una menor de 12 años o menos aborte acompañada por un “referente afectivo” y que una de 13 años pueda requerir un aborto sin consentimiento de sus padres

En cuanto a los menores de edad, el Proyecto remite al art. 26 del Código Civil y Comercial, que da a los adolescentes la aptitud para decidir por sí sobre tratamientos médicos cuando los mismos no son invasivos, ni comprometen el estado de salud o provocan un riesgo grave en la vida o integridad física, a la vez que debe prestar consentimiento con asistencia de sus progenitores en caso contrario.

El aborto quirúrgico es invasivo y no deja dudas: hace falta consentimiento de los padres. Sin embargo, según la redacción aprobada en Diputados, como se verá, los padres podrían ser ignorados, pues ese consentimiento para un aborto quirúrgico podría ser suplido por el que preste “un referente afectivo”.

Antes de concluir este apartado, conviene recordar que al verificarse que una menor de 15 años o menos edad está embarazada existe una alta presunción de que ha sido abusada (cfr. arts. 119 y 120 del Código Penal).

12. El Proyecto restringe al mínimo el derecho a la objeción de conciencia, abriendo la puerta a la amenaza penal y a la discriminación laboral

Básicamente, la objeción de conciencia consiste en el derecho a no realizar acciones que afectan seriamente a la propia conciencia personal y, cuando se trata de personas morales (que, en definitiva, son una pluralidad de personas asociadas) en el derecho a no realizar acciones que están en contra del ideario fundacional. Este derecho ha sido reconocido en diversas ocasiones por la *Corte Suprema de Justicia*, en sentencias que van al menos desde 1979 a 2012.

El *art. 15 del Proyecto* establece un derecho a la objeción de conciencia restrictivo que, en la práctica, lleva a serias dificultades para su ejercicio, cuando no a su anulación en concreto. El Proyecto no quiere objetores de conciencia, por eso trata de eliminarlos poniendo trabas inaceptables.

Primero establece el principio general de que el profesional de la salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción voluntaria del embarazo tiene la obligación de garantizar el acceso a la práctica y no puede negarse a su realización (art. 15, primer párrafo). De esta manera, el Proyecto coacciona a los médicos para que realicen el aborto, renunciando a los principios básicos de la Medicina, que son los del juramento hipocrático y el arte de curar, no de matar. Más aún, se coacciona no sólo a médicos, sino que, con total amplitud, se obliga a una gama enorme de profesionales que trabajan en la atención sanitaria.

El art. 14, a su vez, obliga a que el mismo día en que se requiera el aborto el profesional debe informar a la madre los distintos métodos para abortar. Se violenta así no sólo los deberes médicos para con la vida, sino también la libertad de expresión y de ejercicio médico.

En segundo término, el *art. 15* establece después que el profesional de la salud sólo puede eximirse de esa obligación de abortar cuando manifestare su objeción previamente, de manera individual y por escrito, y la comunicare a la máxima autoridad del establecimiento de salud al que pertenece, o en cada uno cuando trabaje en varios (cosa frecuente). En consecuencia, el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales se prevé de manera muy restrictiva. Actuar en conciencia es un derecho, que puede ejercerse directamente, sin

Asimismo, como la causal “salud” es casi ilimitada a tenor de su definición por la OMS, que la ley adopta, el peligro a la salud pasa a ser un terreno difuso, de perfiles muy amplios, que habilitan denegar la objeción de conciencia y hacer correr al médico con la disyuntiva de realizar un acto que implica para él la destrucción de sus valores más precisados, de su autonomía moral, o hacer frente a sanciones penales, civiles y administrativas de perfiles indeterminados.

En séptimo lugar se encuentran la amenaza penal para todo lo anterior, más otras posibles responsabilidades administrativas y civiles. Es decir, un objetor podría encontrarse acusado de dilatar, obstaculizar o negar un aborto, mereciendo la cárcel... Sobre esto se abundará en el acápite siguiente.

En conclusión, los redactores del Proyecto parecen no comprender qué implica la objeción de conciencia, ***donde la persona está dispuesta a padecer cárcel para no violar su recinto más sagrado de decisión como persona autónoma provista de capacidad de determinación moral.*** Por el contrario, parece una mera concesión graciosa, una mera tolerancia, y no el reconocimiento de un derecho humano con sustento en la *Constitución* y en numerosas normas de tratados internacionales.

13. El Proyecto crea delitos de los profesionales de salud y directivos

El Proyecto introduce algo inédito y sumamente grave. ***Establece modificaciones al Código Penal,*** buscando incorporar un nuevo artículo, ***el 85 bis.*** ***Esa norma quiere crear una nueva figura penal seria contra los profesionales de la salud y los directivos de establecimientos sanitarios, que contiene además una agravante que triplica el tiempo de prisión.*** La figura básica consiste en dilatar injustificadamente, obstaculizar o negarse a practicar un aborto; se eleva la pena si en virtud de esas acciones se genera un “perjuicio” a la salud de la persona gestante.

En efecto, el propuesto ***art. 85 bis*** prevé lo siguiente:

“Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena la autoridad de un establecimiento de salud o profesional de la salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados”.

Es decir, se crea un delito por la tentativa de salvar una vida, con verbos típicos que implican una vaguedad peligrosa para los profesionales involucrados. ¿Cómo se va a interpretar el “dilatar”? ¿Cuándo se configurará una “obstaculización”? ¿Por qué este “nuevo derecho” vendrá acompañado con sanciones penales ante la mera tentativa de no querer participar en el mismo?

Debe tenerse en cuenta, además, que una posible sentencia represiva podría ser de condena de ejecución condicional (arts. 26 bis y ss. *Cód. Penal*). Pero en estos casos la pena puede ser de prisión efectiva, si se comete un nuevo "delito" de negarse a abortar, así como cualquier otro ilícito penal. Esto es especialmente grave en estos casos, dado que la naturaleza de la actividad sanitaria y los amplios derechos que quiere consagrar este Proyecto, llevan a que la reiteración de causas en contra de una misma persona no parezca algo especulativo, sino una eventualidad probable.

Más allá de la prisión concreta, es muy seria la pena de inhabilitación para ejercer el arte de curar, pues saca a una persona de su vida laboral, en un ámbito donde no sobran profesionales en el país, quitándole no sólo la posibilidad de ejercer su vocación de curar, sino también su sustento y el de su familia.

Por otra parte, la sucesión de procesos penales es angustiosa para cualquiera, y es además muy costosa para el profesional de la salud, que habitualmente no tendrá recursos para financiar una o sucesivas defensas técnicas penales.

Estas nuevas figuras penales son inconstitucionales e irrazonables por muchos motivos. Por ejemplo, establecen tipos penales amplísimos, toda vez que las acciones de dilatar u obstaculizar pueden ser interpretadas de mil maneras. Se violenta el derecho a trabajar, a ejercer industria lícita, a asociarse, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la libertad de expresión, etc.

En cuanto a la técnica de legislación penal, es paradójico que se busque insertar en el capítulo de los delitos contra la vida del Código Penal a figuras nuevas que precisamente consisten en impedir una muerte, o permitir que alguien nazca vivo; asimismo, sorprende que el propuesto art. 86 del CP, previsto en el art. 3 del PMS no contenga un delito, sino una declaración de no delito.

¿Los legisladores que quieren "ampliar derechos", *desearían ver presos a los profesionales de la salud que actúen honrando el juramento hipocrático?* Se da entonces la paradoja de que *muchos médicos puedan mañana ser condenados a prisión por negarse a hacer lo que sería un delito si lo hicieran hoy.*

Debe tenerse en cuenta, además, que, al crear esas obligaciones de los médicos y otros profesionales y directivos, junto a las nuevas figuras delictivas, se abre la puerta a responsabilidades civiles y administrativas de los médicos y otros profesionales por no realizar el aborto, o por haber dilatado el procedimiento, o procurado disuadir a la interesada.

ejerciendo el *derecho constitucional a asociarse con fines útiles*, se reúnen para realizar mediante esas personas jurídicas tareas comprendidas dentro de aquellos derechos. Entre estos fines comunes que lleva a asociarse y a crear instituciones están, hoy en día, las tareas de asistencia sanitarias, que, por su sofisticación y costos, serían imposibles en muchos casos sin la mancomunidad de profesionales que se unen, formando clínicas y hospitales, para dar un servicio de calidad y de equipo al servicio de la población.

La prohibición que contiene el proyecto afecta gravemente la libertad de muchos establecimientos de salud, de actuar y curar de acuerdo a sus convicciones fundacionales, o criterios éticos o religiosos plasmados en un ideario y en una misión institucional.

¿Cómo en un país democrático, una ley podría prohibir el ejercicio pleno de las libertades de asociación, de trabajar, de ejercer la profesión, de pensamiento, de religión, de conciencia, y varias más?

Todos estos derechos están en la Constitución y los tratados de derechos humanos. En efecto, *la objeción de conciencia institucional o la objeción de ideario de las instituciones* tienen claro basamento en la *Constitución y en los tratados internacionales* con jerarquía suprema, en normas que incluyen el Preámbulo y los arts. 2, 14, 14 bis, 16, 17, 19, 20, 28, 29 y 33 de la *Constitución Nacional*; los arts. II, III, XIV, XXII de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; los arts. 2.1, 7, 18, 20.1 y 23.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; los arts. 18.1, 19, 22 y 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; los arts. 6, 13.3 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; y los arts. 12.1, 16.1 y 24 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

En *Estados Unidos* las leyes de más de cuarenta estados reconocen el derecho a la objeción de conciencia de las instituciones de salud para oponerse a realizar abortos. Normas similares pueden encontrarse en *Francia o Uruguay*. La *Corte Suprema de Estados Unidos* reconoció el derecho a la objeción de personas jurídicas en el fallo “*Hobby Lobby*” [*Burwell, Secretary of Health and Human Services vs. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. — (2014)]; allí, fuera del ámbito de las instituciones sanitarias, pero en materia de aborto y salud sexual, la Corte explícitamente reconoció como una exigencia constitucional a la objeción de conciencia institucional en este terreno, subrayando la correlación entre persona jurídica y las personas físicas que la crearon y componen. Recientemente, el 26 de junio de 2018, esto se ha refrendado de manera muy específica, ya que la *Corte Suprema Americana* ha reafirmado la objeción institucional por ideario en el caso “*National Institute of Family*” [*“National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra, Attorney General of California”*, 585 U.S. — (2018)], sosteniendo que, por respeto a las convicciones institucionales de asociaciones privadas, el estado de California

¿Cómo será la continuidad laboral de los trabajadores? ¿Es racional, necesaria y proporcionada una clausura de establecimientos por su negativa a realizar abortos, creando innumerables conflictos?

Además, impone a toda obra social o cobertura la prestación del aborto quirúrgico o por medio de medicamentos, incluyendo el mismo y todo lo adyacente, diagnósticos, etc., en el Plan Médico Obligatorio. ¿Todos sus afiliados pasarán ahora a financiar abortos, con los que no concuerdan? Si se demoraran en dar la cobertura, ¿sus directivos también están sujetos a sanción penal, como “directivos de establecimientos de salud” (art. 2)? ¿Esta es la significación de “*promoción de derechos*” que traería esta ley de aborto?

Si el Estado quiere liberar el aborto, que se haga cargo, sin imponer a la conciencia de los ciudadanos, solos y agrupados, una carga que muchos de ellos consideran moralmente imposible de soportar.

15. El Proyecto modifica el Código Penal, habilitando el aborto sin trabas

En el Proyecto *se prevén modificaciones a los arts. 85, 86 y 88 del Código Penal* (arts. 1, 3 y 4 PMS). Una lectura integral de estos nuevos artículos lleva a concluir que *el Proyecto pretende que el aborto pueda realizarse prácticamente sin consecuencia alguna en todas las etapas del embarazo.*

Estas reformas al *Código Penal* van en contra de las bases mismas del sistema penal argentino, en donde *la vida es el bien jurídico protegido por excelencia* y al cual se lo cuida de manera especial, por ser el principal derecho, el cual, si no mereciera tutela penal, llevaría a que ningún otro bien jurídico individual pudiera merecerla.

En efecto, en primer lugar, se *dispone que el aborto no es delito* cuando es realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional (arts. 1 y 3 PMS, modificando los arts. 85 y 86 Código Penal).

Se establece también que nunca será delito (hasta los 9 meses inclusive) el aborto practicado cuando, (a) *el embarazo fuera producto de una violación*, (b) *si estuviera en riesgo la vida o la salud la persona gestante, “considerada como derecho humano”* (es decir, del modo más amplio) y (c) *se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto* (art. 3 PMS, modificando el art. 86 del Código Penal).

Ya hemos visto que estas excepciones, sin exigir ninguna denuncia en la violación, aunque fuere muchos meses más tarde, y especialmente la (b)

Al final, el Proyecto recalca que “*Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina*” (art. 23 del PMS). Esta disposición implica otra violación del orden jurídico por parte del Proyecto: los temas de salud son competencia provincial, no delegados a la Nación, por lo cual las normas sobre el tema que hasta ahora ha dictado el Congreso de la Nación invitaban a las provincias a adherirse; ahora se conculca sin más el federalismo.

A esto debe sumarse, asimismo, que 13 de esas provincias han incorporado expresamente en sus constituciones la protección del derecho a la vida desde la concepción (Buenos Aires art. 12, Catamarca art. 65, Córdoba art. 19, Chaco art. 15, Chubut art. 18, Entre Ríos art. 16, Formosa art. 5, Río Negro art. 59, Salta art. 10, San Luis art. 13, Santiago del Estero art. 16, Tierra del Fuego art. 14, Tucumán art.40).

Por otra parte, no se habla en ningún momento del padre del ser concebido; parece inexistente. La paternidad no comienza con el nacimiento, como alguno ha sostenido. Entre la concepción y el nacimiento el padre puede *reconocer sus hijos* (art. 572 del Código Civil y Comercial), y *puede ser demandado por paternidad*, así como *requerido por alimentos* (art. 665 CCCN). Su *responsabilidad parental* comienza con la concepción, como *presunción matrimonial todo concebido se presume su hijo*, y *los hijos concebidos antes de su muerte lo heredan* (args. art. 592 CCCN), *siendo uno de los representantes naturales del no nacido* (art. 582 CCCN). Sin embargo, en el Proyecto se lo excluye totalmente, siendo que tiene una voz importante en este tema, y derechos que deben serle reconocidos.

¿Se va a prever algo sobre el destino de los tejidos de los no nacidos que hayan sido abortados? En otro orden, en el estudio del Proyecto no se ha hecho un análisis serio de los costos del mismo.

17. El Proyecto opta por la peor opción e impide alternativas al aborto en las Consejerías y al momento del consentimiento informado

El principio de razonabilidad indica que ante dos opciones se debe optar por la menos gravosa y más acorde al respeto de los derechos. El Proyecto opta por la peor opción para resolver la situación. Eliminar el problema. Eliminar un ser humano vivo para acabar con situaciones no deseadas.

El Proyecto expone que su objeto es garantizar el derecho a abortar (art. 5). *Por eso, el Proyecto no presenta alternativas. Nada hay sobre adopción, ni de cobertura a la madre en situación de vulnerabilidad en cumplimiento del*

El ser humano aun no nacido, como ser humano, es merecedor de respeto. Con Kant puede decirse que matar a un no nacido implica "cosificar" a esa persona, olvidando lo que decía el filósofo alemán: las cosas tienen precio, mientras que las personas tienen dignidad, un valor interior incomparable, incondicionado, por lo cual siempre debe tratarse al ser humano como un fin, y no como un medio.

En esta línea, existen varios proyectos presentados este año ante la Cámara de Diputados y ante la Cámara de Senadores que de una y otra manera buscan proteger de forma integral los derechos humanos de la mujer embarazada y de los niños y niñas por nacer. Incluso existen proyectos que despenalizan a la mujer en algunos supuestos, o que le quitan la sanción de prisión, sin significar, de manera alguna, la legalización de la práctica.

Frente a las situaciones de angustia y desamparo hay opciones mejores que el aborto, que salvaguardan todos los bienes en juego:

- Brindar respuestas concretas y contención médica, psicológica, económica y laboral a las mujeres que se encuentran en una situación de vulnerabilidad;
- Permitir el desarrollo de las dos vidas;
- No discriminar por condiciones de discapacidad;
- Facilitar el acceso a la atención sanitaria;
- En lugar de optar por fomentar el aborto, facilitar la adopción, cambiando el régimen rígido y arcaico que tiene el país;
- Otorgar seguridad social especial para la madre y el niño en situaciones de vulnerabilidad.

Hay alternativas. Por qué no aprobar ese régimen general de seguridad social integral de protección al niño en desamparo, desde el embarazo, y a la madre en vulnerabilidad, que impone el art. 75, inc. 23, de la Constitución, y que lleva desde su incorporación, en 1994, sin dictarse.

El camino para consolidar una sociedad inclusiva, acorde a nuestra idiosincrasia, es buscar soluciones que contemplen los derechos de todos los involucrados, respetando integralmente la dignidad de las personas.

Legalizar el aborto, convirtiéndolo en un derecho fundamental, es transformar una tragedia personal en una tragedia social. Es enviar un mensaje a jóvenes, niños y niñas de que la vida no tiene valor, y de que los problemas se resuelven eliminando vidas y no afrontándolos. Implicaría que en la Argentina se ha decidido excluir y no incluir, trastocando las bases mismas de nuestra identidad.

CONCLUSIÓN: