

**EL ABORTO NO PUNIBLE EN EL CÓDIGO PENAL  
ARGENTINO: EL ARTÍCULO 86 INC. 2**

**TRABAJO FINAL DE GRADO**

**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21  
ABOGACÍA**



**SOFÍA PALMERO**

**15 DE NOVIEMBRE DE 2012**

## **Resumen :**

En Argentina el aborto es penado por ley, solo se permiten dos excepciones, que están estipuladas en el artículo 86 y sus dos incisos, en el primero cuando la vida de la madre corre riesgo si se continúa con el embarazo y en el segundo cuando la concepción haya sido la causa de una violación a una mujer idiota o demente. El inciso segundo ha sido copiado del código penal suizo y rige en nuestro ordenamiento desde 1922, ha sufrido numerosas modificaciones que fueron quedando sin efecto hasta volver a su estado original, este inciso 2º ha generado distintas posturas doctrinarias, siendo las más importantes la Teoría Restrictiva que entiende que solo el aborto puede ser no punible cuando sea practicado a una mujer idiota o demente que haya sido violada, y la Teoría Amplia que entiende que la excepción hace referencia al aborto practicado a cualquier mujer víctima de una violación. El siguiente trabajo versa sobre la interpretación de los requisitos del inciso, sobre cuál es el bien jurídico protegido de la norma, qué se entiende por demencia e idiotez, la violación y el atentado al pudor, sobre el médico matriculado, el consentimiento del representante legal, la improcedencia de la judicialización, la constatación por un solo médico y constatación de la violación. Todas estas cuestiones, y otras más, motivan el desarrollo de este Trabajo Final de Grado, donde se referenciarán posiciones doctrinarias, jurisprudenciales y personales de la temática planteada.

## **Abstract :**

In Argentina, abortion is punishable by law. There are only two exceptions, which are stipulated in Article 86 and its two subsections, the first ,when the mother's life is at risk if she continues with the pregnancy and the second one, when the conception has been the cause of a violation of a woman idiot or insane. The second paragraph has been copied from the Swiss Penal Code and rules in our system since 1922.It has undergone numerous modifications that were left ineffective back to its original state. This 2° subsection has generated various doctrinaire positions , being the most important the Theory of Constraints which understands that abortion can only be practiced as not punishable when a woman is mentally ill has been raped, and the Broad Theory( Teoría Amplia) that understands that the exception refers to abortion practiced to any woman victim of rape. The following paper concerns about the interpretation of the requirements of subsection, of what is the legally protected benefit from the norm, what is meant by dementia and idiocy; rape and indecent assault ; on licensed physician; the consent of the legal representative; the inadmissibility of the prosecution; the verification by a single doctor and finding of a violation. All these matters, and others, motivate the development of this Work of Final Grade where doctrinal jurisprudential and personal positions of the issue raised will be referenced

## Índice

A) Introducción.....	6
A.1) Objetivos del proyecto.....	7
A.1.1) Objetivo general	
A.1.2) Objetivos específicos	
A.2) Preguntas de investigación.....	8
A.3) Marco Metodológico.....	9
A.4) Justificación del problema de investigación.....	11
B) El aborto no punible en el código penal argentino: el artículo 86 inc. 2.....	13
B.1) Aborto.....	13
B.1.1) Etimología.....	13
B.1.2) Concepto obstétrico.....	13
B.1.3) Concepto Jurídico.....	14
B.1.4) Bien jurídico protegido.....	15
B.1.5) Presupuestos del tipo.....	15
B.1.6) Elementos configurativos del tipo.....	16
C) Clases de aborto.....	16
C.1) Aborto Causado por un tercero.....	16
C.2) Aborto Preterintencional.....	17
C.3) Aborto causado por la mujer.....	17
C.4) Aborto Profesional Punible.....	18
C.5) Aborto Profesional Impune.....	18

<b>D) Examen de los antecedentes legislativos del art. 86 Inc. 2.....</b>	<b>19</b>
<b>E) Antecedentes jurisprudenciales.....</b>	<b>21</b>
<b>F) El aborto no punible.....</b>	<b>26</b>
<b>F.1) Bien jurídico protegido.....</b>	<b>28</b>
<b>F.2) El bien Jurídico Vida y su recepción en el Código penal.....</b>	<b>30</b>
<b>F.3) El bien jurídico Vida y su recepción en el Código Civil.....</b>	<b>30</b>
<b>F.4) Requisitos del aborto no punible Art. 86 Inc. 2 CP.....</b>	<b>32</b>
<b>F.4.1) Idiotez y demencia.....</b>	<b>32</b>
<b>F.4.1.1) Idiotez.....</b>	<b>33</b>
<b>F.4.1.2) Demencia.....</b>	<b>34</b>
<b>F.4.2) Violación y atentado al pudor.....</b>	<b>36</b>
<b>F.4.3) Médico Diplomado.....</b>	<b>38</b>
<b>F.4.4) Consentimiento por parte de sus representantes legales.....</b>	<b>39</b>
<b>F.4.5) Imprudencia de la judicialización.....</b>	<b>40</b>
<b>F.4.6) Constatación por un solo médico.....</b>	<b>41</b>
<b>F.4.7) Constatación de la violación.....</b>	<b>42</b>
<b>G) Distintas posturas del artículo 86 inciso 2.....</b>	<b>43</b>
<b>H) Fallo Corte Suprema de La Nación “ F. , A. L. s/ medida autosatisfactiva”F259.XLVI del año 2012.....</b>	<b>47</b>
<b>I) Conclusión.....</b>	<b>51</b>
<b>J) Anexo .....</b>	<b>55</b>
<b>K) Bibliografía.....</b>	<b>59</b>

## A) Introducción

En el presente trabajo se abordará, el aborto no punible y el bien jurídicamente protegido contemplado en el Código Penal Argentino en su Art.86 Inc. 2. En este artículo pareciera dejarse de lado el bien jurídico vida para destinarlo a principios meramente eugenésicos. Para poder llegar a esta figura se transitará un camino que contiene diferentes conceptos legales, doctrinarios y jurisprudenciales.

El artículo que motiva el trabajo se encuentra ubicado en el Código Penal dentro del libro Segundo: De los delitos, Título 1: delitos contra las personas, Capítulo 1: delitos contra la vida: Art 86: *“incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:*

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

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

De esta norma se desprenden distintos conceptos que deberán abordarse para llegar a una idea, sobre el planteo en cuestión. Así se irán desglosando de mayor a menor, o de lo general a lo especial, a los fines de conducirnos al tema que nos merece que es el bien jurídico protegido de la figura del Inc. 2 Art. 86 CP y los diferentes estadios que han recorrido nuestros legisladores para llegar a la actual figura.

Por lo que el trabajo está dividido en tres grandes grupos:

En el primero y dentro de las consideraciones generales, se expondrán los conceptos de aborto en general y sus caracteres, del aborto no punible y sus caracteres, y el bien jurídico protegido; para luego dar paso a la figura propiamente dicha.

En el segundo grupo, serán revisadas las distintas leyes y sus modificaciones que han tratado sobre el bien jurídico protegido del artículo en cuestión, mostraremos su incorporación y tratamiento desde la sanción del Código Penal en 1922 hasta nuestros días. Para darle paso al tercer grupo.

En esta última instancia, ya con los conceptos generales expuestos, se explicarán cada uno de los elementos y requisitos necesarios para que se configure el tipo penal del artículo 86 Inc. 2, concretamente se desarrollará acerca de la violación y atentado al pudor, con sus modificaciones hechas por la ley 25087, abordaremos los temas del médico diplomado, el representante legal, el consentimiento, y la capacidad de la víctima.

### **A.1) Objetivos del proyecto:**

#### **A.1.1) Objetivo general:**

- ◆ Identificar el bien jurídico que se protege en el Art. 86 Inc. 2 del CP.

#### **A.1.2) Objetivos específicos:**

- ◆ Analizar los aspectos jurídicos del aborto y su normativa en el Código Penal argentino.
- ◆ Explicar qué es el aborto y cuál es su diferencia con el aborto no punible.
- ◆ Analizar los requisitos típicos de la figura descripta: Médico diplomado, consentimiento de la mujer encinta, abuso sexual con acceso carnal, y la condición de la víctima.
- ◆ Identificar los aspectos médicos y psicológicos de la demencia y la idiotez, y cuál es su diferencia.
- ◆ Buscar una línea comparativa, en la recepción de la figura en las distintas modificaciones que sufrió el Art.86 Inc. 2.

- ◆ Analizar el porqué de la importancia en el requisito a la víctima de idiota o demente.

## **A.2) Preguntas de investigación:**

- ◆ ¿Cuál es el bien jurídico protegido del Art. 86 Inc. 2 del Código Penal?
- ◆ ¿Por qué se protege a la víctima idiota o demente?
- ◆ Si el artículo en estudio plantea la hipótesis, ¿hace falta la autorización judicial?
- ◆ ¿Por qué no se permite el aborto a toda mujer víctima de un abuso sexual con acceso carnal?
- ◆ ¿Es posible una modificación del Art. 86 donde no haya discriminación hacia la mujer?
- ◆ ¿Por qué no se protegen otras incapacidades de la víctima?
- ◆ ¿Se considera la voluntad, aunque limitada de la víctima, en el caso de querer seguir con el embarazo?
- ◆ ¿Por qué sigue situado en los delitos contra la vida el mencionado artículo y no en los delitos contra la integridad sexual?
- ◆ ¿Es verdaderamente la intención de la norma proteger la perfección de la especie humana, o es solo un error en la interpretación?
- ◆ ¿Cuáles son los requisitos que deben darse para la autorización por parte del representante legal? ¿La misma es supletoria?
- ◆ ¿Es necesario haber hecho la denuncia sobre el abuso sexual?

### **A.3) Marco Metodológico**

A. Tipo de Estudio o Investigación: teniendo en cuenta que “*el problema* (de investigación) *demarca los límites por los que debe transitar el investigador*” (Yuni y Urbano, 2003, p. 46) el tipo de investigación que se utilizará en este trabajo implica la combinación de dos modalidades:

1) **Descriptivo:** se trata de “*hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales*” (Yuni y Urbano, 2003, p. 47). Este método permitirá definir los conceptos de aborto, médico diplomado, bien jurídico protegido, idiotez, demencia, y demás conceptos, y, consecuentemente, se podrá elaborar un análisis en el que se muestren los aspectos generales y particulares del aborto no punible. Pero además de ello, y en relación a los objetivos planteados, también se hará uso de otro método, el explicativo.

2) **Explicativo:** motiva recurrir a este tipo de estudio pues se “*Intenta determinar las relaciones de causa y efecto que subyacen a los fenómenos observados*” (Yuni y Urbano, 2003, p. 47). En el caso bajo análisis, el interés por establecer cuál es el bien jurídico protegido del Art. 86 inc. 2 del C.P, y las distintas posiciones al respecto que lleva necesariamente a recorrer un camino explicativo.

B. Estrategia metodológica:

**Cualitativa:** en este aspecto, el trabajo que se lleva a cabo tiene como norte descubrir y describir en forma de análisis cualitativo los datos recogidos con la observación de documentos. Así las cosas, se busca conocer cuál es el concepto del aborto no punible, cuál es su bien jurídico protegido, cuáles son sus requisitos de procedencia y cuáles las discusiones doctrinales y jurisprudenciales que se generan en torno a él, sin que interese establecer cuantificar los fallos que tratan la temática, por ello representa una estrategia metodológica puramente cualitativa y no cuantitativa.

C. Fuentes Principales a Utilizar

**Primarias:** la primera fuente a la que se acude es la legislación nacional, provincial y los fallos de tribunales provinciales y nacionales. Así, por citar algunos ejemplos, se recurre a:

- Código Penal Argentino.
- Constitución Nacional.
- Fallos y jurisprudencia nacional y provincial.

**Secundarias:** Reportes de investigación basados en fuentes o datos primarios. Se trata de elaboraciones especializadas sobre el tema a analizar. En este caso, se puede citar como ejemplo:

- Paola Bergallo, y Agustina Ramón Mitchell, [despenalizacion.org.ar](http://despenalizacion.org.ar), N°9 , 2009

**Terciarias:** Libros y artículos basados en fuentes secundarias. En este caso, son publicaciones generales como lo es:

- Buonpadre Jorge E. Derecho penal parte especial , Mave, 2000 ,
- Ricardo Núñez, Manual de derecho penal: Parte especial 4ª edición. Lerner 1999.
- Carlos Creus, Derecho Penal: Parte especial. Astrea 1992

D. Técnicas de Recolección de Datos:

**Observación de datos o documentos:** se busca analizar el bien jurídico protegido del Art. 86 inc. 2 del código penal, en las legislaciones nacionales y provinciales, en la doctrina autorizada. Por este motivo, y siempre teniendo en miras el cumplimiento de los objetivos propuestos, la recolección de datos es fundamentalmente observación de documentos que se refieran a la temática escogida. En este sentido, debe acotarse la importancia de una búsqueda exhaustiva y profunda del tema, incluyendo todas las fuentes antes mencionadas en una cantidad suficiente para poder observar distintos enfoques y conclusiones en los diversos documentos analizados.

*E. Delimitación Temporal/ Nivel de análisis de estudio:*

El enfoque se orienta a la descripción y explicación del bien jurídico protegido del aborto no punible en el Art. 86 inc. 2 del C.P, y éste ha sufrido, tal como se explica en la breve descripción doctrinaria, varias modificaciones que datan desde 1968, y sus subsiguientes modificaciones, de ahí se pretende llegar a un estudio de cómo se encuentra actualmente.

**A.4) Justificación del problema de investigación:**

La temática elegida para el presente trabajo, es de suma relevancia, y su abordaje es complicado porque toca temas que en nuestra sociedad siguen siendo un tabú, como lo son la integridad sexual, la libertad sexual, la libre disposición del cuerpo, la libertad de la mujer de elegir cuándo concebir, la muerte, todo ello en relación directa con el aborto. En pleno tránsito la legislación no puede cristalizarse y mantenerse incólume frente a las nuevas exigencias que la sociedad demanda, y ello se ve reflejado en nuevos criterios doctrinarios y jurisprudenciales que observan y analizan la legislación de un modo crítico. Estos motivos han llevado a elegir el aborto del artículo 86, inc. 2°, denominado como “aborto eugenésico”, que abarca temas sensibles y sobre todo para la mujer, en donde se enfrentan ideologías, creencias, religiones, a la vez que chocan derechos personalísimos como el derecho a la vida del niño por nacer frente al derecho a la salud y disposición del cuerpo por parte de la madre.

La importancia del trabajo reside en determinar cuál es verdaderamente el bien jurídico protegido del aborto eugenésico, y por qué la legislación vigente sigue sosteniendo el aborto no punible del artículo 86 inciso segundo del código penal, donde deja en evidencia, a priori, una discriminación hacia la mujer, y hacia la vida del feto. Esta discriminación se ve acentuada en el momento que se legisla sobre la no punición de una figura delictiva, dejando de lado a una “clase de mujer” porque se mire de donde se mire la discriminación es para los dos polos: por un lado se discrimina a la mujer “capaz” víctima de una violación que deberá llevar adelante su embarazo, y por el otro lado se discrimina a la mujer incapaz que está permitida a interrumpir ese embarazo con fines meramente eugenésicos.

Entonces, ¿Cuál es el bien jurídico protegido de este artículo 86 Inc. 2? , ¿Es la vida del hijo o la salud de la madre? De esta determinación dependerá la interpretación del artículo, ya que si el bien jurídico protegido es la vida del feto, entonces ¿por qué la vida del por nacer de una mujer discapacitada vale menos que la de una madre con plenas capacidades mentales?, si el bien jurídico en tanto es la salud de la madre, ¿ por qué discriminar una madre que no tiene pleno goce de sus facultades psíquicas con otra que si las tiene, pero que su salud puede encontrarse afectada, ya sea por una violación o por cualquier otra circunstancia? ¿Es posible un planteo serio donde se equiparen los dos polos? ¿Es acaso “no vida” el feto de la mujer incapaz? Y de no ser así, ¿por qué se encuentra dentro de los delitos contra la vida, si su fin es meramente eugenésico?

Todos estos planteos, son los que han llevado a elegir y desarrollar este tema, pretendiendo conocer las determinadas posturas doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales, de una problemática que todos los argentinos arrastramos desde 1922.

## **B) EL ABORTO NO PUNIBLE EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO: EL ARTÍCULO 86 INC. 2**

### **B.1) Aborto**

El derecho positivo argentino penaliza el aborto, y consagra esta figura en el Código Penal dentro del capítulo 1: de los delitos contra la vida. De aquí se desprende, prima facie, que el bien jurídico protegido es la vida humana. A su vez, el Código protege a la vida humana en las distintas etapas del desarrollo, esto es antes y después del nacimiento, distinción que es de extrema importancia, porque dará lugar a dos figuras distintas, en el primer caso será aborto y en el segundo homicidio.

#### **B.1.1) Etimología**

El término aborto proviene del latín *ab*: privativo y *ortus*: nacimiento, entonces, indica la interrupción del embarazo con la muerte del embrión antes del nacimiento.

#### **B.1.2) Concepto obstétrico:**

“El concepto obstétrico en forma independiente de la consideración jurídica de la acción abortiva, admite que aborto es la interrupción de la gestación con muerte del producto de la concepción, antes de los 180 días de embarazo. Esto se debe a que se tiene en cuenta la viabilidad y posibilidad de nacimiento con vida del embrión en estas condiciones y circunstancias. Si la interrupción del embarazo se produce dentro de los 120 días, se denomina aborto propiamente dicho, y entre los 120 días y 180 días, se hace referencia a parto inmaduro”. (García Maañón, 1990, págs.. 212/213)

### **B.1.3) Concepto Jurídico:**

El aborto es la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno. (Núñez, 1999)

El aborto es la interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo (Buonpadre, 2000, Pág. 180). Esta definición, hace hincapié en el momento de la anidación, dejando de lado las posturas de la fecundación, que han quedado desactualizados con los nuevos avances tecnológicos.

Diferentes argumentos defienden esta postura sobre la teoría de la anidación, que van desde la probabilidad que el óvulo fecundado llegue a implantarse en el útero de la madre, (donde hay un 50% de probabilidad que por causas naturales no llegue a producirse esa implantación), entonces sería muy difícil precisar si este óvulo fecundado murió como consecuencia de maniobras abortivas o por causas naturales.

En el caso de que la fecundación fuera considerada el comienzo de la vida, se generarían mayores discusiones que las existentes respecto a la destrucción del embrión en los laboratorios, (fecundación in Vitro) y de la interrupción de embarazo uterino. Y lo mismo es la argumentación a favor de la teoría de la anidación, al entender que la ley argentina no prohíbe los métodos anticonceptivos como el DIU, (Dispositivo intrauterino) que no permite justamente la anidación del embrión en el útero (Buonpadre, 2000).

Los autores coinciden en que el aborto, desde el punto de vista penal, requiere como presupuesto, el embarazo previo, es decir que haya sido fecundado el óvulo, lo cual tiene importancia para determinar la existencia de la tentativa, la factibilidad del delito imposible, y la aplicación del agravante por el resultado, y tiene enorme trascendencia frente a la realidad científica actual y la fecundación in Vitro, con posibilidad de implante en la mujer, o que la persona así concebida también nazca in Vitro.

Resulta claro entonces que, ante las disposiciones civiles que regulan la existencia de las personas, el sistema represivo del delito de aborto establecido en el Código Penal

Argentino, sólo podrá aplicarse para castigar a quien ha destruido una persona por nacer, concebida in Vitro e implantada en el cuerpo de quien va a ser su madre, y no en el caso de la persona por nacer in Vitro, porque en esta última hipótesis falta el elemento normativo que se constituye en su presupuesto básico, y su inclusión en dicho régimen punitivo, estaría en pugna con el Art. 18 de la Constitución Nacional (Lage Anaya, *Ectogenesis. Algunos aspectos civiles y penales*, Semanario Jurídico n° 917; Lage Anaya – Gavier, 2000, *Notas al Código Penal Argentino* Tomo II Parte Especial, Pág. 57)

#### **B.1.4) Bien jurídico protegido:**

Siguiendo los lineamientos de Dayenoff (1991) puede decirse que el bien jurídico protegido de esta figura es la vida del feto, que se defiende desde el momento de su concepción, sin importar de qué forma haya sido concebido, ya sea de manera natural o asistida.

La vida del feto es el bien jurídico tutelado por la figura del aborto, descartándose la salud o vida de la madre o la interrupción del embarazo, es por ello que el legislador lo ha ubicado al delito de aborto en el capítulo primero, “Delitos contra la vida”, es decir que los atentados contra la vida es la objetividad jurídica protegida por este título en particular en el aborto “la vida del feto” que es el bien jurídico tutelado. (Pelossi, 1976)

#### **B.1.5) Presupuestos del tipo:**

Retomando las ideas de Dayenoff (1991), para la configuración del delito deben coexistir los siguientes presupuestos:

- Que exista embarazo, y que el mismo sea por causa natural, o por inseminación artificial.
- Que el feto esté vivo, de lo contrario sería un delito imposible, (al tratarse de un delito contra la vida, es indispensable la muerte del feto) la sola expulsión del feto no es aborto si, a pesar de las maniobras en pos de dicho delito el feto permanece con vida.

### **B.1.6) Elementos configurativos del tipo:**

Para que el delito quede tipificado es menester que se manifiesten los siguientes elementos:

- Muerte del feto : el comienzo de ejecución está dado por la muerte del feto provocada por un tercero, sin importar que la muerte haya sido en el seno materno o a consecuencia de la expulsión prematura provocada.
- Maniobras abortivas : Sin importar cuáles sean los medios empleados, se admiten tanto medios físicos, químicos, psíquicos, y también la comisión por omisión.
- Anterioridad al nacimiento: el hecho debe cometerse antes de que se produzca el nacimiento, de lo contrario ya no hablaríamos de aborto, sino de otras figuras penales, como el homicidio.
- Dolo: Nuestro Código Penal, no contempla la forma culposa para este delito, lo cual significa que el aborto debe ser cometido con la intención del agente de causar la muerte del feto.

## **C) Clases de aborto:**

### **C.1) Aborto Causado por un tercero:**

El aborto puede ser causado por un tercero, con o sin el consentimiento de la mujer, el causado sin su consentimiento acarrea penas más graves de aquél causado con el consentimiento de la mujer.

En este sentido, y retomando las reflexiones de Núñez (1999) hay consentimiento de la mujer si, expresa o tácitamente, acepta ser sometida a maniobras abortivas por el tercero, en este caso está sometida a las misma escala penal que la mujer que causa su propio aborto.

Para prestar el consentimiento no basta que la mujer sea civilmente capaz, sino que la misma debe ser penalmente imputable, porque sólo es necesaria la capacidad requerida para responder penalmente por el delito que consiente. El aborto causado por un tercero, no consentido o consentido por la mujer, se agrava si el hecho fuere seguido de la muerte de esta última. La muerte de la mujer, es un resultado preterintencional de las maniobras abortivas, puesto que si fuera la finalidad del agente, el hecho sería un homicidio.

### **C.2) Aborto Preterintencional:**

Continuando con lo dicho por Núñez (1999), cabe acotar que en el aborto preterintencional sólo puede ser autor de este tipo de aborto un tercero, el delito se consuma cuando el tercero con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo fuere notorio o le constare.

No admite la forma culposa, por que como ya se ha explicado, el aborto sólo admite la forma dolosa, si bien aquí no hay una intención sobre causar el aborto en sí, la culpa no es compatible con la mala intención de violentar a la mujer, ya que con esa conducta el autor conscientemente atenta contra la seguridad física de la mujer. Aquí la preterintencionalidad del aborto significa que la muerte del feto no está en el propósito del autor de la violencia comprende la muerte del feto que al autor se le presente como resultado eventual.

### **C.3) Aborto causado por la mujer**

El código Penal reprime este aborto con penas inferiores al aborto causado por un tercero sin su consentimiento y con la misma pena que el consentido por ella. Para que este aborto se efectúe la mujer debe ejecutar los actos consumativos de la muerte del feto,

con el propósito de llevarlo a cabo, es decir de producir la muerte del feto, esta figura delictiva es compatible con la complicidad de terceros, pero si la participación de un tercero, es como coautor de los actos delictivos, convierte al hecho en un aborto consentido por la mujer.(Núñez 1999)

#### **C.4) Aborto Profesional Punible**

Los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusando de su ciencia o arte, causaren un aborto o cooperaren a causarlo, son punibles como el autor de un aborto provocado, consentido o no consentido por la mujer, pero además deberán sufrir inhabilitación por el doble tiempo que el de la condena<sup>1</sup>.

El profesional abusa de su ciencia o arte si, sin necesidad o finalidad terapéutica, causa o coopera a causar el aborto. La inhabilitación fundada en la violación del deber profesional de curar, además que constituye un castigo por el abuso cometido, representa un resguardo sobre posibles reiteraciones. ( Núñez 1999)

#### **C.5) Aborto Profesional Impune**

El aborto causado por un profesional de curar puede no ser punible por distintas causas, entre las que se incluye la necesidad y la eugenesia. Nuestro Código penal admite la impunidad del aborto en dos casos, en el en que la salud y la vida de la madre corren riesgos y estos riesgos no pueden ser evitados por otros medios, y en el caso de que el embarazo sea producto de una violación o atentado al pudor a una mujer idiota o

---

<sup>1</sup> Art. 86 Código Penal.

demente, y el mismo fuere practicado con el consentimiento del representante legal del incapaz.

Sobre este tipo de aborto se expondrá detalladamente más adelante ya que forma parte central del presente trabajo. Previo a ello, se hará un breve análisis histórico sobre la temática escogida.

#### **D) Examen de los antecedentes legislativos del art. 86 inc 2**

El Código penal argentino, fue promulgado un 7 de noviembre de 1886, y comenzó a regir el 1 de marzo de 1887. Desde antes de su sanción, se reclamaban reformas a su articulado sobre el aborto.

En 1890 se designó una comisión, que trabajó sobre el tema y descartando la reforma parcial del código vigente, elaboró un nuevo proyecto el “proyecto de 1891”. La importancia de este proyecto quedó evidenciada en que los trabajos posteriores con elaboraciones construidas sobre el, incluyen la reforma sancionada bajo el número de ley 4189 que comenzó a regir en 1904. Esta ley, en lo que se refiere al delito de aborto, incluyó el tipo penal sin admitir justificaciones especiales que lo permitieran.

En 1906 se presentó otro proyecto, el que quedó durante largo tiempo sin consideración legislativa, hasta que se lo tomó como base en la elaboración de un proyecto definitivo, el proyecto 1917.

Los precedentes legislativos argentinos del código penal, siempre condenaron el aborto no previendo formas de impunidad o excepciones a la regla. El proyecto de 1917 tampoco la imaginó, y recién el despacho final de la comisión del senado, en 1919, introdujo formas de impunidad en la figura del aborto, tomándose del Art.112 del anteproyecto del código penal suizo aunque con errores de redacción que dieron hasta en la actualidad, un lugar para la discusión doctrinaria sobre su alcance, finalmente fue sancionado por el Congreso Nacional por ley 11.179 y cuya vigencia comenzó el 29 de abril de 1922.

El texto actual del articulado del delito de aborto es el original del código de 1922. Excepto el Art. 86 que ha tenido cuatro modificaciones, siendo la última de ellas en 1984.

La primer reforma es de 1968, la cual expresaba Inc. 2: “si el embarazo proviene de una violación cuya acción penal haya sido iniciada, cuando la victima fuere una menor o una mujer idiota o demente , será necesario el consentimiento de su representante legal”

Estas reformas estuvieron en vigencia hasta 1973, que retoma el texto original de 1922, vuelven a ser reincorporadas en 1976, y finalmente vuelven a ser derogadas por la ley 23.007 del año 1984, que reimpone la redacción originaria del código penal de 1922.

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

En resumen, la postura amplia entendió que el inciso 2, declara no punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación en cualquiera de las formas previstas en el código penal.

La postura restringida, actualmente en vigencia, lo condena, interpretando que se refiere solo a la violación de una mujer idiota o demente.

Desde el año 1984 se han presentado ante el Congreso de la Nación más de una docena de proyectos de reformas de la ley actual, que no terminaron sancionados como tal. Limitándose solo a tramites parlamentarios burocráticos y sin tratamiento legislativo. Dichos proyectos derogaban figuras del aborto no punible previstos en el artículo 86, algunos apuntaban a mejorar su redacción, y otros legalizar el aborto reglamentando su ejercicio.

Sólo en la Cámara de Senadores intentaron una reforma en 1986, justamente sobre el Inc. 2 del artículo 86, por considerarlo discriminatorio en su propuesta original cuando mediare embarazo producto de una violación e incluía como figura atenuada en su pena, la del aborto por causa de honor. Con dictado favorable en Comisión, fue considerada en el recinto en el que se introdujeron tantas modificaciones que, al finalizar su tratamiento, el Senado Nacional en el año 1990, terminó aprobando un texto idéntico al del actual Código Penal.

En la Cámara de Diputados, un proyecto presentado por la diputada Florentina Gómez Miranda en 1989 y reproducido en 1991 fue de mucha importancia por cuanto significó la instalación en el debate público sobre el tema del aborto en los casos de violación, proponiéndose su no incriminación, también incluía el caso de violación de menores estableciendo sintonía con la ley ya existente en el caso de mujer idiota o demente.

Llegamos al siglo XXI y debemos significar que en la actualidad existen varios proyectos presentados ante las Cámaras del Congreso de la Nación, tales como:

1. Proyecto de Ley de Margarita Stolbizer (Exp. 1479-d-03 del 16 de abril de 2003), el título de este proyecto es “El reconocimiento del derecho humano de la mujer de interrumpir su embarazo en los casos permitidos por el artículo 86 segundo párrafo del código penal.

2. Proyecto de ley de Juliana Marino (Exp. 5827-d-04) “ Modificación sobre aborto no punible”.

3. Proyecto de Ley de María José Lubertino (Exp. 5950-d-03) “ Régimen de interrupción voluntaria del embarazo, , modificación del Código Penal en lo relacionado al delito de aborto”

4. Proyecto de ley Rubén Giustiniani (Exp.2903-04) “despenalización del aborto para casos específicos”<sup>2</sup>

## **E) Antecedentes jurisprudenciales**

Es importante destacar que los tribunales argentinos, también han sentado precedentes en materia de la interpretación del artículo 86 Inc. 2, y que demuestran la insipiente necesidad de la modificación del mismo.

A modo de ejemplo y siguiendo en este punto las Abogadas Soledad Pujó y Malena

---

<sup>2</sup> Para un mayor abundamiento pueden consultarse los antecedentes en YANOS, MARITÉ (2004)

Derdoy y a la información recuadrada por el diario judicial de Mendoza, con fecha 21 08 06.

Expondremos dos casos que representan la situación de la actual legislación : *Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, R., L. M., 31/07/2006, LLBA 2006* ; y *Suprema Corte de la provincia de Mendoza, “Gazzoli Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y ots. c/ sin demandado p/ ac. De amparo s/ Per saltum”, 22/08/2006*, para dar lugar a uno de los fallos mas significativos en esta materia como lo es el último fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo:

“F. , A. L. s/ medida autosatisfactiva”F259.XLVI“

El primer caso de jurisprudencia que se plantea (*Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, R., L. M., 31/07/2006, LLBA 2006*), es el de una mujer de 19 años de edad, con discapacidad mental , que ha causa de una violación ha quedado embarazada, este caso llega a la Corte Suprema de Buenos Aires, luego de que el pedido de autorización para realizar un aborto fuera rechazado en dos instancias anteriores.

En la primer instancia la jueza de menores afirmó que: *“Ante actitudes que importan un lamentable retroceso en la protección de los derechos humanos, sostenemos el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del nasciturus desde el momento de la concepción, invocando como **ultima ratio**, frente a toda situación de duda la aplicación del principio in dubio pro vida (...) teniendo en cuenta que todo acto que atente contra la vida del mismo importa un caso extremo de **violencia familiar** respecto del ser más indefenso, y haciendo aplicación de otro principio liminar del derecho de familia: el del superior interés del menor”*( fallo de primera instancia, Tribunal de Menores N° 5 de La Plata →) Al mismo tiempo, como medida de protección en favor del nonato, obligó a la mujer embarazada y a su madre –representante legal– a concurrir mensualmente al juzgado con una constancia médica de control del embarazo, a la vez que solicitó a la Subsecretaría de Minoridad de la provincia que *“arbitre los medios necesarios para proteger la salud física y psíquica”* de la mujer abusada y del feto.

Ambas medidas fueron luego ratificadas por el fallo de la Cámara de apelaciones. Sin embargo, la Corte Suprema de Buenos Aires abordó el caso desde una diferente perspectiva.

Frente a la idea de conflicto entre la obligación de proteger la vida del nonato y el derecho de la mujer violada, los votos de la mayoría destacaron el carácter relativo del

primero y sostuvieron que el mismo ordenamiento internacional que define la obligación de proteger la vida desde la concepción también reconoce el derecho a la vida de las mujeres; a la libertad y seguridad personales; a la preservación de la salud y bienestar; al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y moral; entre otros tantos derechos.

Es decir, frente a estos casos , la Corte Suprema se encargó de mostrar claramente el grado de complejidad de la discusión y los diferentes derechos que deben cotejarse, articularse y ponderarse, señalaron específicamente que esta obligación de proteger la vida desde la concepción no implica necesariamente la criminalización del aborto.

La procuradora General de la Provincia afirmó que permitir el aborto solo en los casos en que la mujer es mentalmente discapacitada y no hacerlo frente a las mujeres que han sufrido el mismo tipo de abuso , implica una discriminación, que nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad no puede tolerar. La procuradora afirmó “ *a la luz de los nuevos valores receptados tanto por nuestra Constitución como por los tratados internacionales, entiendo necesario reinterpretar el artículo, me veo inclinada a sostener que el artículo 86 inciso 2, exime de pena a cualquier mujer que desea no continuar con un embarazo producto de un ataque a su integridad sexual*”.

En la misma línea la Dra. Kogan en su voto expresó “ *el legislador ha resuelto, en casos como el que nos ocupa , no exigir actos heroicos al la mujer , una vez verificados los recaudos apropiados. De modo tal, no se advierte en la elección legislativa examinada, la pretendida irrazonabilidad.(...) Es incuestionable llevar a cabo un embarazo proveniente de una violación , es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada (...)* La ley vigente por lo general mal interpretada, es mucho mas clara que otras y evita los problemas que han planteado textos menos inteligentes...”

Los jueces que votaron en minoría restringieron el artículo 86 a la vez que plantearon la inconstitucionalidad . En su voto en disidencia el Dr. Domínguez “ *Haciéndome eco que en la opinión pública se pretende instalar que el debate tiene por eje un tema religioso debo señalar que esto no es así. Se trata de un tema de supervivencia de la especie humana, se ha dicho que salvar una vida significa salvar a toda la humanidad( ...) fui a la fuente original: el Mishnah Sanhedrin capítulo IV:5 en donde se dice, que todo aquel que pierde un ser pierde un mundo. Todo aquel que salva a un ser salva aun mundo...*”

El Dr. Pettigiani , también en su voto disidente expresó lo siguiente: “ *El ser*

*engendrado a partir de un acto violento no es sino otra víctima, la mas indefensa e inocente del violador (...) si se acude al sano equilibrio que emana de la verdadera justicia, se ha de concluir que, sin dejar de entender la relación de la madre ante el hecho punible perpetrado en persona suya, resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha sido el agresor...”*

El segundo Fallo elegido a modo de ejemplo : *“Gazzoli Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y ots. c/ sin demandado p/ ac. De amparo s/ Per saltum”, 22/08/2006,*” es paradigmático, allí la autorización judicial se requiere ante la negativa del hospital público de realizar un aborto no punible que fue concedido por el juez de primera instancia.

Lo resolvió la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza a raíz del pedido de Ana Rosa Gazzoli, en su carácter de madre y curadora definitiva de C.C.A., quien solicitó que el máximo tribunal provincial se avoque al conocimiento de la causa en razón de verificarse una situación de gravedad institucional.

En este caso, la madre en representación de su hija , la cual padece oligofrenia, síndrome de Lennox-Gataud y epilepsia , y la cual ya había sido declarada incapaz, solicita se le practique un aborto por haber quedado embarazada producto de una violación. Este pedido se solicita ante el Hospital Militar , aduciendo el derecho que le asiste el art 86 del CP. Como no recibe respuesta alguna, interpone medida autosatisfactiva, en el juzgado de familia, quien entiende, que el caso encuadra perfectamente en el artículo 86, y que la aplicación de la norma, no requiere autorización judicial. Cuando se presentan en otro hospital para practicar la interrupción del embarazo, los médicos les informan, que no iba a practicarse el aborto, por que la justicia había dispuesto una medida de no innovar, acción accesoria a una acción de amparo radicada en el Segundo Juzgado de Familia.

Es así, que solicitan la procedencia del Per saltum, en la urgencia y la gravedad del caso. En la explicación del fallo firmado por los Jueces, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci y Fernando Romano dicen lo siguiente : *“Debe entenderse que la jurisdicción de esta Corte no se ha abierto por una vía no prevista en el código procesal sino por los carriles extraordinarios, pero habituales, del código procesal civil”,. Y agrega: “La única titular del derecho (la incapaz) no fue parte en los procedimientos tramitados ante la 2° Cámara de Apelaciones. Esta situación procesal implica que sea ésta la única vía para petitionar*

*la confirmatoria de lo resuelto por el juez titular del 1° Juzgado de Familia”.*” los jueces Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci y Fernando Romano dejaron sin efecto las resoluciones dictadas por la 2° Cámara de Apelaciones y declararon seguía firme y ejecutable la decisión dictada por el Juez titular del 1° Juzgado de Familia.

La Corte Suprema de Mendoza resolvió de igual manera e incluso haciendo suyas las argumentaciones de parte de los votos de la mayoría formada en la Corte de Buenos Aires. Asimismo, la Corte de Mendoza reforzó aún más, en el marco de la particular situación analizada, el argumento de la libertad sexual y autonomía de las mujeres: *“es evidente que, frente a la colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos –vida humana vs. Libertad sexual-autodeterminación–, en el caso de la concepción producida por violación –abuso sexual con acceso carnal–, la ley hace prevalecer al segundo sobre el primero”* .

Por otro lado, introdujo un argumento que podría hacerse extensivo a casos que exceden los supuestos de aborto no punible previstos por el Código Penal. Dice el máximo tribunal mendocino: *“el artículo 19 de Nuestra Constitución Nacional, al establecer que: las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...), contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad, resultando, sobre todo el primero, esencial para diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos”*<sup>3</sup>

El fallo más notorio y que abre en juego a un abanico de posibilidades, donde ya queda plasmado el avance sobre la materia, y donde se vislumbra un cambio meramente positivo en cuanto a la interpretación del artículo 86 inc 2 es el último fallo de la Corte Suprema de La Nación *“F. , A. L. s/ medida autosatisfactiva”F259.XLVI* del año 2012, donde la Corte avala la decisión de la justicia local de la provincia de Chubut que decidió autorizar el aborto petitionado por la niña A.G, interpretando que la norma citada abarca

---

<sup>3</sup> Pujó Soledad y Derdoy Malena en Anuario **Algunas Notas Críticas sobre el Tratamiento Judicial del Aborto en Argentina** 03, Seca Internacional VI [versiones electrónicas en [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl) [www.diariojudicial.com](http://www.diariojudicial.com)]

como supuestos de no punibilidad, a todos los casos en los que el embarazo provenga de una violación.

La decisión de la Suprema Corte en este fallo es de suma importancia ya que forma un precedente útil para solucionar con posterioridad conflictos idénticos, pues estos podrán ser adecuadamente resueltos sobre su base, por lo cual será de mayor análisis más adelante.

## **F) El aborto no punible**

El código penal en su artículo 86 tipifica el aborto causado por profesionales del arte de curar, o que colaboren a causarlo. Este artículo se divide en dos párrafos, en los cuales el legislador prevé primero el aborto punible cometido por un tercero y, segundo, las causales de la no punibilidad del aborto practicado por un médico diplomado.

Art 86 CP: *“Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además la inhabilitación especial por el doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusen de su ciencia o su arte para causar el aborto o cooperen a causarlo.*

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

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

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

Puede verse en la estructura del artículo, que el primer párrafo contiene además de la pena fijada por ley para el aborto practicado por un tercero con o sin consentimiento, la pena de inhabilitación con la que se sanciona por su abuso profesional, con esto se trata de prevenir y evitar su repetición. Esto se aplica a los profesionales que actúan como terceros y no a la mujer profesional que causa su propio aborto o contribuye a causarlo.

En el segundo párrafo se tratan los casos de abortos no punibles:

En el primer inciso, el aborto terapéutico, llamado así porque tiene como fin inmediato evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y que no puede ser evitado por otros medios. La valoración de la situación de peligro para la vida o la salud, como la imposibilidad de evitarlo por otros medio, debe tener su fundamento en apreciaciones técnicas, que deberán efectuarse con anterioridad por expertos, con arreglo a las conclusiones de la Ciencia Médica. El peligro debe ser grave, tanto en la probabilidad de muerte o de menoscabo a la salud, como en lo relativo a la entidad del daño que amenaza el funcionamiento orgánico de la mujer.

En el segundo inciso el fundamento de la impunidad es eugenésico, ese objetivo perseguido se podrá alcanzar, en una mínima medida, habida cuenta que en otros casos en que concurren las mismas razones eugenésicas, quedan fuera del dispositivo, por ejemplo cuando el demente sea el violador o embarazos provenientes de accesos atípicos con una demente. Se trata de una regla de justificación que obedece a la preponderancia de la finalidad eugenésica, sobre el interés de preservar la vida del feto. Para su funcionamiento es menester que la mujer idiota o demente haya concebido a causa de una violación o de un abuso sexual de que fue víctima, siendo insuficiente que la deficiencia mental la adquiera con posterioridad al acceso carnal.

En este inciso segundo el legislador también se encargó de establecer que será necesario el consentimiento del representante legal de la víctima ya que dada la falta de salud mental al momento del hecho, es probable que se encuentre incapacitada de prestar un consentimiento válido para que se efectúe el aborto, es por eso que la ley ha establecido supletoriamente, se requiera el consentimiento de sus representantes legales, entendiéndose por estos al curador designado o a su guardador.<sup>4</sup>

Por lo dicho hasta aquí, puede verse cómo el artículo trata los dos únicos supuestos de aborto no punible, y de su sola lectura puede inferirse las semejanzas y diferencias de sus incisos, si bien para los dos casos es necesario quien lo practique sea un médico diplomado, que la mujer esté en cinta y que preste su consentimiento, ya sea

---

<sup>4</sup> Para mayor profundidad puede leerse LAJE ANAYA-GAVIER (2006)

personalmente o por medio de su representante legal. También deja ver su gran diferencia en cuanto al bien jurídico protegido: en el primer supuesto queda claro la protección a la vida y salud de la madre; en el segundo caso, no se observa con claridad cuál es el bien jurídico que nuestra ley intenta proteger, ya que no queda claro si es meramente eugenésico, y este aspecto constituye materia propia del presente trabajo.

### **F.1) Bien jurídico protegido:**

Siguiendo en este punto al Dr. Lascano (2000), que en su libro “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, explica la teoría del bien jurídico, pueden relatarse las siguientes ideas.

Es una exigencia fundamental del derecho penal que una conducta para ser considerada delito por lo menos debe constituir la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico.

La teoría del bien jurídico, atribuida a Birbaum (1834), tuvo en su comienzo una significación dogmática como objeto de protección elegido por la ley penal, que debía reconocer su existencia anterior derivada de la naturaleza y el desarrollo social.

Posteriormente Binding sostuvo que el bien jurídico es una creación del legislador. En una posición opuesta, Von Liszt considera que la protección jurídica eleva una condición vital, que surge de las relaciones sociales y es previo al derecho, a la categoría de bien jurídico, pues el contenido de antisocial del injusto es independiente de su valoración por el legislador, es metajurídico, la norma jurídica lo encuentra no lo crea.

Por su parte Hassemer defiende una teoría personalista del bien jurídico, cuyo concepto no puede ser deducido del derecho positivo desde una visión antropocéntrica del mundo. Dicho autor rechaza que se pueda proteger penalmente el ambiente natural por si

mismo, admitiendo su tutela como medio para satisfacer las necesidades vitales del hombre.

En la actualidad, las corrientes mayoritarias que aceptan un concepto material del delito- previo a la ley penal- el concepto de bien jurídico permite orientar al legislador y limitarlo político-criminalmente para marcarle cuáles comportamientos pueden tipificarse como delito y conminar con pena, y por el contrario cuales debe dejar al margen de la intervención punitiva estatal.

En definitiva aunque se trata de un concepto discutido, la teoría del bien jurídico cumple una doble función:

1. Dogmática: pues es un instrumento para la interpretación de la ley con miras a su aplicación al caso concreto, que parte del objeto efectivamente protegido por la norma penal infringida .

2. Crítica o político-criminal: ya que trata de identificar el objeto de la creación del riesgo o lesión que legitime la injerencia del derecho penal mereciendo su protección.

Entonces como se ha expuesto, se puede ver que el legislador al seleccionar el bien a proteger, toma en cuenta los aspectos sociológicos, políticos, éticos y morales de una determinada sociedad, para poder atribuir cual es el bien lesionado que se intenta proteger, y donde recae la reprochabilidad, por que es necesario siempre en materia de derecho penal que para que una conducta sea considerada delito por lo menos debe constituir la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. Es de suma importancia en derecho penal, establecer el objeto de protección, por que no está permitida la interpretación por analogía , es decir que tanto las acciones como las omisiones tienen que estar descriptas en el tipo para que se incurra en el delito, podemos inferir por lo hasta aquí expuesto que el artículo en estudio omite este principio, y somete a la doctrina en la ardua tarea de amalgamar los conceptos, por que si la vida del feto es el bien en cuestión , no vemos la diferencia entre que la madre sea una mujer capaz o incapaz, sino que la no punición del aborto entra en juego en la forma como se ha llevado a cabo la concepción, que tiene que haber sido a causa de una violación. El bien jurídico tutelado en el aborto no punible del artículo 86 inc 1º es la salud y la vida de la madre, y en el inciso 2º pareciera ser la perfección de la especie humana, por que aquí no se esta protegiendo la

vida del feto, como es en el caso del delito de aborto ( Art. 85) ,la imprecisa forma en la redacción del inciso deja un manejo de posibilidades de interpretación que continúan hasta hoy generando una desigualdad en el trato de las víctimas de violación.

### **F.2) El bien Jurídico Vida y su recepción en el Código penal**

El derecho penal protege la vida humana. Su extinción por obra de un tercero es un delito contra las personas.

Médica y culturalmente debe decirse que la ley penal protege como vida de las personas la subsistencia de su funcionamiento orgánico, cualquiera que sea la conformación corporal de la persona, incluso si es monstruosa, o el grado de su deficiencia fisiológica o la seguridad de que no podrá sobrevivir, siempre que su potencialidad vital funcione naturalmente o pueda mantenerse por medios artificiales. Lo que caracteriza esencialmente la vida humana, es la capacidad del organismo del individuo para proseguir funcionando en alguna medida, incluso por medios artificiales. Pero no sólo es vida penalmente protegida la del ser orgánicamente desarrollado, sino también la posibilidad funcional, natural, o por medios artificiales, del producto de la concepción de la mujer desde sus primeros instantes, aunque carezca de viabilidad por defecto de las condiciones necesarias para sobrevivir.

El Código penal no sólo protege la vida humana a partir del nacimiento de las personas hasta su muerte, sino antes, desde el momento de su concepción, que a los fines de la definición y del castigo del delito, al derecho penal no le resulta indiferente el momento de la vida humana en que se la extingue. Si esto sucede desde la concepción hasta el momento inmediato anterior al que la persona puede percibirse y matarse desde fuera del seno materno, se está frente al delito de aborto con sus propias escalas penales. A partir de este instante se está frente a un homicidio. (Núñez, 1999, págs. 22 y 23)

### **F.3) El bien jurídico Vida y su recepción en el Código Civil**

Nuestro ordenamiento jurídico debe entenderse como un todo, es por ello que no puede dejarse de lado el enfoque civil sobre el bien jurídico vida, ya que es el Código Civil el que establece el concepto de persona y el que marca el comienzo de su existencia

como tal , fijando el limite entre el “por nacer” o “feto” y “persona” distinción más que importante por que constituyen un manojito de derechos y obligaciones tan importantes como distintas, de la misma forma que en la materia penal, marcan dos tipos distintos de bienes jurídicos protegidos, marcando la diferencia entre el delito de aborto para un caso y el de homicidio para el otro supuesto

El art 30 establece: *“Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones”*, comprendiendo la capacidad de ser sujeto activo o pasivo de derechos, no solo las personas de existencia visible (art. 31 primera parte del CC), sino también las personas de existencia ideal (art. 31 segunda parte del CC) Aquí nos interesa el comienzo de la persona de existencia visible, ya que la muerte de la persona constituye el núcleo del tipo en el delito de homicidio, y hasta tanto esa vida no alcance la calidad humana necesaria, su destrucción sólo puede incriminarse como aborto.

El artículo 70, define el comienzo de la existencia de la persona expresando: *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas, antes de su nacimiento pueden adquirir derechos, como si ya hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”* y el Art 74 CC que es el más debatido por que también habla sobre la existencia y ese concepto de vida, ya que el mismo expresa *“Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si nunca hubiesen existido.”* Esta solución particular es incompatible con el principio que el mismo código postula sobre que antes del nacimiento el concebido en el seno materno ya es persona. (Pelossi, 1976)

Puede verse que la normativa civil, no define, ni deja en claro un concepto único de vida, solo lo trata a lo largo de su articulado tratando de dar una protección ,que tampoco aclara el panorama.

Como lo explican Stella Maris Martínez, (defensora general de la Nación) y Julián Horacio Lengevin ( defensor oficial ante al corte suprema de la nación) en el Caso F.A.L s/ mediada autosatisfactiva. *“El derecho civil declama que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas ( art 63 CC) , pero priva a las personas por nacer de la mayoría de los atributos fundamentales de la persona, como el nombre ,*

*el domicilio y el estado. Tampoco pueden adquirir todos los derechos, sino solo algunos, como si hubiesen nacido ( art 70 CC). Y no pueden contraer obligaciones , ya que se los considera como si hubiesen nacido solamente para todo lo que les sea favorable, lo cual contradice el concepto mismo persona ( todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones art 30 CC) El remate de esta situación ficcional , donde se considera a una persona por nacer como si fuese igual a , una persona nacida, acarrea otra irrealidad que es pura creación legal, dado que si naciere sin vida, o muriese antes de estar separado completamente del seno materno, se considera al feto como si nunca hubiese nacido( art 74 CC)”*

#### **F.4) Requisitos del aborto no punible Art. 86 Inc. 2 CP**

Podría decirse que es uno de los puntos de la figura más controvertidos en mi humilde opinión, por que si bien forma parte del tipo penal, no deja de ser un tanto discriminador con la mujer a la que se habilita a practicar el aborto, poniéndole énfasis en la capacidad de la víctima que debe ser idiota o demente, dejando de lado el supuesto más importante de la figura que es la violación donde hay una ausencia total de consentimiento por parte de la víctima y que producto de la misma ha quedado embarazada, es ésta forma de concepción no deseada la que debiera el ordenamiento jurídico repudiar y a su vez regular, para que haya igualdad de condiciones en la no punibilidad del aborto.

##### **F.4.1) Idiotez y demencia:**

La mujer tiene que haber concebido a raíz de un acto de violación o de un abuso deshonesto, mientras se encontraba en estado de idiotez o demencia, no basta que posteriormente la mujer se vuelva idiota o demente. Como se trata de una regla de justificación que está al margen de la aplicación de la ley penal por analogía, los términos idiota o demente deben interpretarse en el sentido de que comprenden todas las afecciones mentales susceptibles de ocasionar taras hereditarias. No es necesaria una declaración judicial de idiotez o demencia. Basta el criterio del profesional interviniente fundado en la ciencia médica (Núñez, 1999, Págs. 31, 32).

### **F.4.1.1) Idiotez**

#### ***Definición***

Idiocia: (del griego *idios*, solo, aislado) Es la disminución considerable o ausencia completa de la inteligencia y de las facultades afectivas, sensitivas y motoras, acompañada o no de perversión de los instintos. Es la forma más grave. El nivel intelectual del idiota no sobrepasa el de un niño de dos años y no consigue comunicarse por medio de la palabra con sus semejantes. Coincide casi siempre con un retraso de desarrollo del acéfalo que puede producirse en la vida intrauterina o bien después del nacimiento, y tener por causa la herencia o una enfermedad cualquiera. (www.portalesmedicos.com)

#### ***Causas***

En gran parte de los casos es una enfermedad de nacimiento, bien por causas hereditarias o por trastornos durante la gestación. Los otros casos son provocados por accidentes cerebrales: golpes, ausencia de oxígeno en el cerebro o lobotomía.

#### ***Tipos***

Según el autor Emil Kraepelin, en su libro *Lehrbuch d. Psychiatrie*, se distinguen varios tipos de idiotez:

##### **Simple:**

- ◆ Absoluto o completo: Estado vegetativo.
- ◆ Profundo: Existen funciones rudimentarias.
- ◆ Leve o atraso mental: se disponen de leves aptitudes.
- ◆ Moral: Perversión de los instintos.

##### **Compuestas:**

- ◆ Polisárcico: Característico por su obesidad extrema
- ◆ Hemipléjica

- ◆ Diplejica
- ◆ Epiléptica
- ◆ Amaurótica

Se clasifican en dos agrupaciones:

◆ **Idiicia amaurótica familiar:** agrupación de enfermedades hereditarias.

◆ **Idiicia amaurótica de Bielschowsky:** una forma infantil de la idiicia amaurótica familiar. Suelen comenzar los síntomas entre los 4 y 8 años comenzando por la pérdida de visión y continuando con multitud de síntomas variados. También es conocida como el síndrome de Brenheimer-Seitelberger.<sup>5</sup>

### **F.4.1.2) Demencia**

Es una pérdida de la función cerebral que ocurre con ciertas enfermedades y afecta la memoria, el pensamiento, el lenguaje, el juicio y el comportamiento.

#### ***Causas***

La mayoría de los tipos de demencia son irreversibles (degenerativos). Irreversible significa que los cambios en el cerebro que están causando la demencia no pueden detenerse ni devolverse. El mal de Alzheimer es el tipo más común de demencia.

La demencia también puede deberse a muchos accidentes cerebrovasculares pequeños, lo cual se denomina demencia vascular.

Las siguientes afecciones médicas también pueden llevar a la demencia:

- Enfermedad de Huntington
- Esclerosis múltiple

---

<sup>5</sup> Para mayor profundidad ver WIKIPEDIA Causas tipos y clasificación de idiotez [*versión electrónica*]

- Infecciones que pueden afectar el cerebro, como el VIH/SIDA y enfermedad de Lyme

- Mal de Parkinson
- Enfermedad de Pick
- Parálisis supranuclear progresiva

Algunas causas de demencia se pueden detener o contrarrestar si se detectan a tiempo, entre ellas:

- Lesión cerebral
- Tumores del cerebro
- Consumo excesivo de alcohol
- Cambio en los niveles de azúcar, calcio y sodio en la sangre
- Niveles bajos de vitamina B12
- Hidrocefalia normotensiva
- Uso de ciertos medicamentos, entre ellos cimetidina y algunos

hipocolesterolemiantes

La demencia generalmente ocurre en la edad avanzada, es poco común en personas menores de 60 años y el riesgo de padecerla se incrementa a medida que una persona envejece.

La demencia aparece primero generalmente como olvido.

Los síntomas tempranos de demencia pueden abarcar:

- ◆ Dificultad para realizar tareas que exigen pensar un poco, pero que solían ser fáciles,

- ◆ Perderse en rutas familiares.

- ◆ Problemas del lenguaje

- ◆ Perder interés en cosas que previamente disfrutaba: estado anímico

indiferente.

- ◆ Extraviar artículos.

- ◆ Cambios de personalidad y pérdida de habilidades sociales, lo cual puede llevar a comportamientos inapropiados.

A medida que la demencia empeora, los síntomas son más obvios e interfieren con la capacidad para cuidarse. Los síntomas pueden abarcar:

- ◆ Cambio en los patrones de sueño.

- ◆ Dificultad para realizar tareas básicas, como preparar las comidas.
- ◆ Olvidar detalles acerca de hechos corrientes
- ◆ Olvidar acontecimientos de la historia de su propia vida, perder la noción de quién es
- ◆ Tener alucinaciones, discusiones, comportamiento violento y dar golpes
- ◆ Tener delirios, depresión, agitación<sup>6</sup>

Cabe destacar que en la actualidad, la tendencia de los tribunales argentinos, en su mayoría, es la de seguir los lineamientos de la tesis amplia, en lo que hace referencia a la interpretación del artículo 86 Inc. 2, donde se entiende que el mismo, no debe interpretarse de una manera meramente literal sino que el artículo hace referencia a dos supuestos; por un lado el aborto practicado a cualquier mujer que ha quedado en cinta producto de una violación, y por el otro lado hace referencia al aborto que se practica sobre una mujer idiota o demente, que ha quedado embarazada producto de una violación.

Es importante esta diferenciación, por que como lo desarrollaremos mas adelante cuando abordemos las distintas posturas doctrinarias en relación al artículo 86 Inc. 2, este requisito de la condición de idiotez y demencia de la mujer, no sería considerado excluyente, ya que siguiendo a la postura de la tesis amplia, el artículo bajo estudio estaría hablando de dos supuestos bien diferenciados.

#### **F.4.2) Violación y atentado al pudor:**

La mujer tiene que haber concebido a raíz de una violación o abuso atentado al pudor, al hablar de este tema, no se puede dejar de hacer mención, a las modificaciones que han surgido en el C.P. en cuanto a tales rúbricas, esto trajo aparejado la modificación de las mismas con la sanción de la ley 25087.

---

<sup>6</sup> Para mas información ver: medlineplus: [www.nlm.nih.gov](http://www.nlm.nih.gov) [versión electrónica]

La Rúbrica “delitos contra la integridad sexual” hace referencia a la integridad, privacidad e intimidad de las personas, y más concretamente a la autodeterminación sexual y a la libertad sexual, entendida como la parte de la libertad vinculada al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo de las personas con capacidad para hacerlo libre y conscientemente. Pero no excluye a la protección de quienes por ser menores de 13 años o incapaces, no tienen la madurez que les permita hacer una razonable elección de su vida sexual. Porque todas estas personas (los dementes y los que no han cumplido 13 años) como seres humanos, poseen dignidad contra la que atentan quienes observan conductas lesivas a sus derechos o a la intangibilidad o indemnidad.

Tampoco excluye a los menores, que aunque habiendo cumplido los 13 años, no hayan superado los 16 o los 18 años, según los casos. El bien de las personas “Integridad sexual” al que la ley brinda tutela, puede caracterizarse, como el derecho de las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consiente trato sexual, a no tenerlo contra su voluntad, y a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento. (Reinaldi, 1999, Pág.32 y Subs. )

La rúbrica “Violación” fue derogada, y hoy es correcto hablar de abuso sexual con acceso carnal, esta es la agravante del delito que nos interesa, ya que es una de las formas que tipifica el Art 86 Inc. 2 al hacer mención a que la mujer tiene que haber concebido a raíz de una violación o abuso deshonesto.

Se da la agravante cuando hubiere acceso carnal por cualquier vía, si media por parte del autor, alguna de las siguientes circunstancias, a saber: aprovechamiento de la edad del menor o de la imposibilidad de la víctima de consentir libremente a la acción, o si ha quebrantado su voluntad valiéndose de violencia o amenaza o abuso coactivo o intimidatorio de una relación de preeminencia.

Otra de las discusiones doctrinarias se suscitaba en torno a la mención del atentado al pudor de la norma, donde no se entendía, cómo podía concebirse un embarazo, sin que hubiera penetración, estas dudas quedaron aclaradas con el avance tecnológico, en los cuales es posible un embarazo, proveniente de una actividad ilícita que puede catalogarse

como atentado al pudor, como la inseminación artificial directa o la implantación de óvulos fecundados (Creus, 1992).

Es opinión de Oderigo, que “La falta de cópula no excluye la posibilidad de embarazo” y por esta razón resultaría acertado el agregado. (Dayenoff, 1991, Pág. 194)

Al desglosar este requisito, puede verse que el bien jurídico protegido “integridad sexual”, abarca a toda víctima de abuso sexual sin distinción, es decir que protege tanto la mujer capaz como a la incapaz sin discriminación alguna haciendo hincapié en a la libertad de disponer del propio cuerpo de forma libre y consciente, es por ello que incluye también a los menores de 13 años y a los incapaces, que no tienen la madurez que les permita hacer una razonable elección de su vida sexual. Por eso toda persona que actúe amedrentando esos derechos incurre en la figura delictiva, que es la agravante del artículo 86 Inc. 2º, por lo tanto la mención que el embarazo debe provenir de una violación o atentado al pudor a una mujer idiota o demente para que el aborto sea no punible, es a simple vista incorrecto o por lo menos incompatible con el principio de igualdad ante la ley.

#### **F.4.3) Médico Diplomado:**

A los requisitos mencionados anteriormente, debe sumarse, que el aborto sea practicado por un médico diplomado, y que medie el consentimiento de la mujer, que en este caso, la ley admite el consentimiento supletorio de los representantes legales de la mujer que no pueda prestarlo válidamente por estar psíquicamente incapacitada para prestarlo (Creus, 1992, Pág. 73).

Antecedentes: Soler, t. III, Pág.111. Para que el aborto esté exento de pena, debe ser practicado por un médico diplomado, entendiéndose por tal, un profesional graduado en una Universidad Nacional o Extranjera, con el título de médico, habilitado por Autoridad Competente para el ejercicio de la Medicina, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes. (Laje Anaya, 2000, Pág. 56)

#### **F.4.4) Consentimiento por parte de sus representantes legales.**

Dada la falta de salud mental de la embarazada al momento del hecho es probable que esté imposibilitada de prestar un consentimiento válido para que se le efectúe el aborto y por eso la ley ha establecido que, supletoriamente, se requiera el consentimiento de sus representantes legales, entendiéndose por tales al curador designado o a su guardador. (Laje Anaya, 2000, Pág. 58).

Nuestro ordenamiento jurídico protege al incapaz, al efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándole la representación que en el se determina y sin que se le conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio.<sup>7</sup>

Son representantes de los dementes los curadores que se les nombren, y su representación es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no sean debidamente exceptuados.<sup>8</sup>

Es por ello que en el caso del artículo 86 inc 2, el consentimiento debe ser prestado por parte de los representantes legales de la mujer idiota o demente.

A pesar que el artículo 86 inc 2 tipifica la no punibilidad del aborto cuando se den los requisitos hasta aquí expuestos, es decir cuando el embarazo provenga de la violación a una mujer idiota o demente, y sea practicado por un médico diplomado y el consentimiento sea prestado por un representante legal en la actualidad se encuentran obstáculos para que las mujeres puedan acceder a esta práctica, es decir para lograr la interrupción del embarazo sin cometer un delito, tales obstáculos como la judicialización del problema, la constancia por comités médicos, y la denuncia de violación por parte de la víctima y sus representantes.

---

<sup>7</sup> Art. 48 Código Civil.

<sup>8</sup> Arts. 54 y 62 Código Civil.

Además y para reforzar el artículo 86 inc 2, en el cual tipifica la no punibilidad del aborto bajo determinadas circunstancias, se encuentra el Artículo 18 de nuestra Constitución Nacional el cual expresa: “... *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*” a pesar de estos dos preceptos, los obstáculos siguen existiendo. A continuación se expondrán los mismos.

#### **F.4.5) Improcedencia de la judicialización:**

No corresponde que los jueces autoricen los abortos legales, por varias razones, primero porque según surge del texto del artículo 86 el legislador resolvió que si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, la mujer junto con el profesional de la salud es quien debe decidir. Segundo porque se trata de una cuestión para la que los jueces carecen de capacidad técnica y que escapa a las facultades de la tarea judicial.

Es tarea de los profesionales de la salud constatar las situaciones que dan lugar a la permisión del aborto. Lo contrario sería exigir al Poder Judicial interponer una barrera adicional ya que cualquier juez llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad deberá dar intervención a los profesionales de la salud, que son quienes efectivamente pueden y deben determinar la existencia de un peligro para la salud o la vida, y adicionalmente, supondría supeditar el ejercicio del derecho de la mujer reconocido por el artículo 86, a un trámite innecesario y desprovisto de sentido.

En dos fallos paradigmáticos puede verse como los tribunales argentinos han fallado siguiendo este lineamiento, al respecto la mayoría de la Corte Suprema de Buenos Aires en el el caso “*R., L. M., 31/07/2006, LLBA 2006*” expresamente dictaminó que, como ya había sostenido en fallos anteriores , no es necesario solicitar autorización judicial para los supuestos no punibles conforme el art. 86 del Código Penal. El fallo afirma en palabras más claras: “...*o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir*”

*una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir”.*

En idéntico sentido resolvió el fallo de la Corte Suprema de Mendoza: *“la aplicación del art. 86 Inc. 1 y 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma, a criterio de los médicos que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar”*

#### **F.4.6) Constatación por un solo médico:**

El Código Penal se refiere al aborto no punible, como aquél practicado por “un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta”. La exigencia de más de un médico representaría una barrera de acceso incompatible con los derechos en juego en esta permisión.

El Estado como garante de la administración de la salud pública tiene la obligación de asegurar el acceso a los servicios de la salud a todos los habitantes sin más restricciones que las que impone la ley de manera razonable. Cuando concurren las circunstancias que habilitan a solicitar un aborto no punible, el Estado tiene el deber de poner a disposición de las mujeres las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera accesible y segura.

Debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas la demora puede ocasionar riesgos para la vida o la salud de la mujer. Este último factor y de acuerdo con el principio de efectividad de los derechos (la operatividad y eficacia del derecho en sí mismo) constituye un elemento indispensable al momento de valorar la implementación de los procedimientos para acceder a los abortos no punibles.

#### **F.4.7) Constatación de la violación:**

Para acceder al aborto permitido en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal la norma penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación, tampoco su determinación judicial. A juzgar por la ausencia de reglas específicas, para obtener la interrupción del embarazo en caso de violación sólo es necesario que la mujer o su representante declaren frente al profesional tratante que ha sido violada.

La imposición de otro trámite no es procedente, pues significaría incorporar un requerimiento adicional a los estrictamente previstos en el Código Penal, que al regular el delito de violación deja a la mujer la decisión de efectuar la denuncia. Es decir, de acuerdo con el esquema vigente del Código Penal, la violación pertenece a la clase de delitos dependientes de instancia privada en los cuales la víctima es quien decide activar el aparato judicial a través de la denuncia.

Por lo tanto, no sería legítimo obligar a la mujer que sufrió una violación a presentar una denuncia, como condición previa para acceder a una práctica médica, permitida, en este caso, por la ley penal.

Por otro lado, la no exigibilidad de la denuncia tiene por fin preservar el rol clave del servicio de salud, encargado de garantizar la atención de la mujer y no hacer depender o superponer su accionar con el de la policía o el del Poder Judicial. Además, los hospitales y sus profesionales no tienen como atribución juzgar los delitos sexuales, sino garantizar a la mujer que acude al servicio, el ejercicio del derecho de no continuar con un embarazo resultante de una violación.

En conclusión, la exigencia de la denuncia policial o judicial, además de representar una modificación de las pautas de trato del delito de violación en el Código Penal, muchas veces responde a la innecesaria demanda de garantía, por parte del profesional médico, que los proyectos de regulación en el área legislativa han comenzado a prohibir.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Para mayor profundidad ver BERGALLO PAOLA (2009) [*versión electrónica*]

## **G) Distintas posturas del artículo 86 inciso 2**

Al analizarse los antecedentes legislativos del artículo 86 Inc. 2, se comentó, sobre las diferentes posturas doctrinarias al momento de abordar el articulado del aborto no punible, y las mismas giran en torno a la interpretación de la norma, debemos recordar que este artículo y este inciso, a pesar de que sufrió modificaciones a lo largo del tiempo, en 1984 vuelve a su redacción original que data de 1922, siendo esta una copia del código suizo, actualmente es el artículo que rige en nuestro ordenamiento jurídico más allá de los proyectos presentados para su modificación y del actual fallo de la corte suprema de justicia.

La Doctrina se encuentra dividida, en un mero hecho de interpretación de la norma entrando en juego la redacción literal del mismo, están así los que están a favor de la tesis amplia y los que están a favor de la tesis restrictiva.

Para un mejor entendimiento de las dos posturas conviene transcribir nuevamente el artículo en cuestión:

Art. 86, segundo párrafo, segundo supuesto, Código Penal:

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

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

En esta línea, pueden citarse las reflexiones de Romina Faerman<sup>10</sup>, quien desarrolla las dos tesis de la siguiente manera.

**Tesis Restrictiva:** Sostienen que el artículo hace referencia solamente a un supuesto:

1. Permite interrumpir el embarazo solamente cuando ese embarazo sea el producto de una violación a una mujer idiota o demente.

---

<sup>10</sup> Si el embarazo proviene de una violación, o de un atentado al pudor cometido en una mujer incapaz de resistencia o de un incesto. Si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto, Código Suizo.

Esta tesis entiende que para sostener la existencia de dos supuestos antes de la "o" debiera haber una "coma". Y al no encontrarse esa coma en el texto, se entiende que la misma hace referencia a la permisión del aborto sólo en casos de violación o atentado al pudor cometido únicamente sobre una mujer idiota o demente.

Este argumento sobre la necesidad de la "coma" tiene su sustento en que si estaba incluida en el Proyecto del Código Suizo<sup>11</sup> que ha sido utilizado como modelo para nuestro ordenamiento y que pretendía establecer el aborto en casos de violación en general, y en los supuestos de atentado al pudor cometidos contra mujeres con discapacidad mental, el hecho de que el legislador al redactar nuestra norma haya decidido sacar la "coma" deja ver su intención de incorporar sólo un supuesto de no punibilidad.

Los que se encuadran dentro de esta Tesis sostienen que la inclusión de la frase "*En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto*" supone que se trata de un sólo supuesto ya que habla de en un solo caso.

Otro de los motivos por los cuales interpretan que el artículo se refiere a una sola hipótesis es que, dado que el atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente es un caso más de violación, si se tratara de dos supuestos, la norma en cuestión sería redundante.

**Tesis Amplia:** aquí los autores sostienen que el Inc. segundo hace referencia a dos supuestos:

1. El aborto de cualquier mujer que ha sido violada.
2. El que permite interrumpir el embarazo cuando se trata de mujeres con discapacidad mentales.

Para sostener su postura entienden que el argumento a favor de la no inclusión de la "coma" no revela la intención del legislador de suplir un supuesto, sino que el proyecto en cuestión preveía tres supuestos unidos por la disyunción "o" y que la "coma" se encuentra incorporada previamente, pero sólo a los fines de separar dos de los tres casos mencionados. La desaparición de la coma no responde a la intención de incluir sólo un

---

<sup>11</sup> [www.robertexto.com](http://www.robertexto.com) "Algunos debates constitucionales sobre el aborto" por Romina Faerman

supuesto, sino a la de excluir el tercer caso incluido en el Código Penal Suizo tomado de modelo, que es aquel que permitía el aborto cuando el embarazo fuera producto de un incesto. Como nuestro Código omite el tercer caso, la "coma" es innecesaria. Además sostienen que no es necesaria gramaticalmente una "coma" toda vez que la disyunción marcada por la "o" en el lenguaje ordinario generalmente no va antecedida de una "coma".

Con referencia a la frase dentro del texto legal "en este caso" estaría advirtiendo la existencia de dos supuestos uno de los cuales requiere el consentimiento del representante legal, o sea que en el caso en el que se requiere el consentimiento de los representantes legales es aquel en el que la violencia sexual es cometida contra una mujer idiota o demente.

Los que sostienen la tesis amplia alegan a su favor que la exigencia del consentimiento de la mujer encinta que se incluye al comienzo del artículo 86, cuando reza " *El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:*" demuestra que se trata de dos supuestos, uno, el caso de violación, para el cual es necesario el consentimiento de la mujer previsto al comienzo de la norma, el otro, el del abuso de la mujer idiota o demente, respecto del cual el consentimiento requerido está establecido al final del Inc. 2.

En nuestro ordenamiento jurídico estas posturas son las que han orientado a los más altos tribunales, variando en el tiempo cual era la postura a tomar.

Puede verse así como a favor de la postura de la tesis amplia en el fallo "R.,L.M.,NN PERSONA POR NACER. PROTECCIÓN .DENUNCIA" de la Corte Suprema de Justicia de La Provincia De Buenos el voto de la Dra. Kogan expresa lo siguiente: "*Respecto de que las únicas razones que pueden ser consideradas son las que justifican el aborto eugenésico (de acuerdo especialmente con los fundamentos de la Exposición de Motivos de la primera Comisión de Códigos del senado) correspondería advertir una incoherencia lógica del legislador al dejar impune aquel aborto con fin eugenésico sólo cuando proviene de un acto ilícito. En otras palabras, ¿Por qué si el fin eugenésico era el único al que el legislador prestó atención no ha, en consecuencia, previsto en el código directamente la impunidad del aborto de la mujer falta de razón y ha impuesto como condición de que el embarazo provenga de un delito? O el caso de una violación de idiota o demente sobre una mujer sana?...*"

Dentro de la misma postura y considerando que sostener la interpretación restrictiva de la norma implica una vulneración al derecho a la igualdad. el Dr. Soria con su voto en el caso "R., L. M." agrega que : *“el argumento de la discriminación entraría a jugar con el fin de perfilar acabadamente el sentido interpretativo que cabe conferir al artículo 86 inciso 2º, evitando una desigualdad en el tratamiento dispensado a las mujeres. Cabría justificar, pues, desde esa óptica, sin lugar a mayores distingos, la situación de la mujer abusada sexualmente y por ello embarazada demente o idiota, con la de la mujer violada y por ello embarazada que no padece de ese tipo de afecciones.”*)

Mas allá de la postura que se adopte, no se puede dejar de lado el bien jurídico defendido por la norma, es decir, cuál es el bien que el legislador tuvo en mira al crear la figura, cuál es ese bien que entendió que la sociedad necesitaba proteger, y hacer reprochable su conducta, evidentemente ese bien jurídico a la luz de lo expuesto vendría a ser nada mas que eugenésico, esta denominación indica la generación de una descendencia portadora de taras psíquicas o somáticas.

Eugenesia, que deriva del griego *eu*: bien y *yeveois*: engendramiento, es la ciencia de la higiene racial, que tiene por objeto vigilar la conservación y el desarrollo de los caracteres favorables de la especie y la eliminación de los desfavorables. Siendo ambos caracteres hereditarios esta ciencia se apoya en el conocimiento de las leyes de la herencia.

El aborto eugenésico debiera llamarse así cuando comprende la eliminación del producto de la concepción en los que las taras orgánicas, somáticas o intelectuales no constituyen monstruosidades, por que de ser así estaríamos frente a un aborto teratológico y no frente al aborto eugenésico.

Por lo anteriormente expuesto podemos inferir en que la denominación de aborto Eugenésico, es mala, ya que no existen pruebas científicas que permitan sostener que el embarazo resultante de una violación sobre una mujer idiota o demente origine necesariamente una descendencia anormal o con taras genéticas.

Sin embargo esta denominación ha sido impuesta por la costumbre, teniendo en cuenta la mayor probabilidad de herencia mórbida.( García Maañón – Basile ,1990,Pág. 230, 231)

**H) Fallo Corte Suprema de La Nación “ F. , A. L. s/ medida autosatisfactiva”F259.XLVI del año 2012,**

El análisis del siguiente fallo, es de suma importancia, porque es la Corte Suprema de Justicia de La Nación la que se expide, dejando de esta forma un precedente, que no podrá ser dejado de lado en los siguientes casos a plantearse, como es sabido, la jurisprudencia no es in totum, es decir que no abarca Per se todos los casos similares de una manera influyente o concluyente, sino que debe plantearse cada caso particular, pero la existencia de este Fallo implicará en la mayoría ,de la doctrina que se sigan los lineamientos aquí planteados.

A continuación expondremos los puntos mas relevantes del Fallo.

En este caso la Sra. A.F en representación de su hija A.G, de 15 años de edad, solicitó a la justicia penal de la Provincia de Chubut , ante la que instruía una causa en contra de O.C, esposo de aquella, por la violación de A.G., se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86 incisos 1 y 2 del Código Penal . En esa misma oportunidad, señalo, que había hecho la denuncia de violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia de Chubut, había un certificado médico que constataba que la niña A.G se encontraba cursando la octava semana de gestación.

El Juez penal se declaró incompetente para adoptar las medias solicitadas, y ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero tampoco era competente para resolver el pedido. Todo esto originó que la madre de A.G iniciara la medida autosatisfactiva, y reeditó ante la justicia de familia las peticiones anteriores relacionadas con la ininterrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas, tanto en primera instancia como ante la Cámara.

Fue el Tribunal Superior de Chubut, el que revocó la decisión de la instancia anterior, admitiendo la solicitud de la Sra. A.F.

En la sentencia dictada por el TSJ de Chubut hubo acuerdo entre sus miembros en los siguientes puntos, a saber: a) que el caso encuadraba dentro del supuesto de aborto no punible del artículo 86 inciso 2º del CP. b) que la hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional, y c) que pese a la innecesariedad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir

la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así planteada se produjo finalmente en el centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew.

El fallo Del TSJ de Chubut, fue recurrido, por medio de un recurso extraordinario interpuesto en representación del Nasciturus, por el Asesor General Subrogante de La Provincia De Chubut en su carácter de tutor ad-litem y asesor de familia e incapaces. Este recurso fue concedido, pese a que la práctica abortiva ya había sido realizada, con fundamento en la gravedad institucional que presenta el caso.

En el recurso, sostiene que su agravio se funda, por entender que la interpretación del artículo 86 Inc. 2º, del código Penal al no restringirse su procedencia al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual es Estado Argentino protege la vida a partir de su concepción .

Fundamenta su derecho en los siguientes artículos:

- ❖ Art 75 Inc. 23 Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso:... 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 elementa...”
- ❖ Art 1º Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre : “ Todo ser humano, tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona”
- ❖ Art 3º Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda Persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” y Art 4º : “ Toda persona tiene derecho a que se respete su vida , este derecho estará protegido por la ley ,y en general, a partir del momento de la concepción . Nadie puede ser privado d ela vida arbitrariamente”
- ❖ Art.3º Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, , a la libertad y ala seguridad de su persona.” Art 6º “ Todo ser humano tiene derecho en todas partes , al reconocimiento de su personalidad jurídica,”
- ❖ Art 6º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “ El Derecho a la vida es inherente al apersona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”
- ❖ Preámbulo Convención sobre los Derechos del niño: “ El niño(...)el niño necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” Art 1: “Para los efectos de la presente convención , se entiende por niño, todo ser humano, menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Art 6º “ Los estados partes reconocen

que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”

Es necesario destacar que los agravios fundados en los diferentes ítems plateados ut supra, son de suma importancia porque la CSJN se explaya uno a uno sobre los mismos y dice al respecto : “ *...esta Corte considera que para el ejercicio de su jurisdicción no resultan obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G...*” y continúa “ *...Para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas*”

El fallo de la CSJN, establece que el artículo 86 inciso 2º debe ser interpretado bajo una perspectiva de la tesis amplia apoyado en los principios hermenéuticos en los cuales se basa la Corte desde antaño, y desde tal perspectiva y a la luz del principio de reserva<sup>12</sup> concluye que la realización del aborto no punible allí previsto, no está supeditada a la cumplimentación de ningún tramite judicial.

Que del art. 75 Inc. 23 de la CN (incorporado con la reforma constitucional del 94) resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula el recurrente, que no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto del aborto no punible previsto en la norma mencionada al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental. Y que de las previsiones establecidas en el Art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como en el Art 4º de la Declaración Americana sobre derechos Humanos, tampoco puede inferirse que corresponda la interpretación restrictiva del Art. 86 Inc. 2º del Código Penal. Esto se fundamenta justamente porque las normas pertinentes de estos instrumentos fueron planteadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el caso que aquí se plantea.

La corte entiende que ninguno de los tratados y las convenciones firmadas e introducidas en nuestra Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, y a las cuales el recurrente hace alusión, dejan entrever siquiera la posibilidad de la interpretación restrictiva, es decir que se considere únicamente la posibilidad del aborto no punible cuando la víctima de violación sea una mujer idiota o demente.

---

<sup>12</sup> Art. 19, Constitución Nacional.

Al respecto dice en su Fallo la Corte: “ ... *Es necesario puntualizar, que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma.(...) En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción, de los embarazos solo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igualad situación y que por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida*”

Es importante recalcar, que la CSJN da lugar al recurso , por más de que el aborto haya sido practicado, para poder dar un velo de luz sobre el artículo 86 inciso segundo, de nuestro Código penal, entendiendo que el mismo debe interpretarse de forma amplia, es decir que el aborto puede practicarse a cualquier mujer que haya quedado embarazada producto de una violación, que la autorización judicial no es necesaria por que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe, y como nota fundamental del fallo también debe observarse que es La Corte Suprema De Justicia de la Nación, quien exhorta a las autoridades Nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar y hacer operativos , mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

## **I) Conclusión**

Como hemos visto, nuestro ordenamiento jurídico protege la vida humana, desde la concepción en el seno materno hasta su muerte, así expresado pareciera un concepto evidente y digno de protección en todo ordenamiento jurídico, porque la vida es necesaria para que todos los derechos puedan ser ejercidos, estipular cuando comienza y cuando ésta termina, escapa del solo análisis biológico y natural, ha llevado a nuestra doctrina y a nuestros juristas, a la ardua tarea de conceptualizarla y es de suma importancia establecer cuál es el momento donde comienza la vida por que dependiendo de éste estaremos frente a un feto o a una persona, y en cuanto al momento de producirse la muerte se incurrirán en diferentes tipos delictivos, ya sea aborto u homicidio. Se entiende en nuestro derecho que la vida comienza desde el momento de la concepción en el seno materno, sin importar si el modo fue natural o artificial.

A lo largo de éste trabajo hemos abordado los conceptos en general: el del aborto *como la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno*; hemos visto sus diferentes clases: el aborto causado por un tercero, el aborto preterintencional, el causado por la mujer, el aborto profesional punible y el que ha inspirado nuestro trabajo, el aborto profesional impune. Al hablar de el bien jurídico protegido lo hemos hecho en general y en particular teniendo en cuenta tanto el Código Civil y el Código Penal considerando que es de suma importancia establecer que en su conjunto nuestro ordenamiento tutela la vida y lo toma como el bien mas importante. Hemos transitado por los caminos de la medicina para poder abordar de una forma mas precisa, estableciendo, que se entiende por demencia la pérdida de la función cerebral que ocurre con ciertas enfermedades y afecta la memoria, el pensamiento, el lenguaje, el juicio y el comportamiento y en cuanto a la idiotez entendida ésta como la disminución considerable o ausencia completa de la inteligencia y de las facultades afectivas, sensitivas y motoras, acompañada o no de perversión de los instintos, estas dos categorías de discapacidad mencionadas en el artículo que nos compete y que consideramos debían ser explicadas ya que nuestro derecho penal no permite la interpretación de la norma por analogía.

Hemos hecho también un recorrido histórico de los antecedentes legislativos de la norma, comenzando desde la sanción de nuestro código penal en 1986 y promulgado en 1987, explicando que fue recién en el año 1922 que la figura del aborto no punible fue incorporada, explicando las modificaciones más importantes que fue sufriendo el artículo en estudio a lo largo de los años y como esas modificaciones fueron quedando sin efecto hasta retrotraerse al momento inicial, es decir que el artículo 86 CP. sigue siendo el mismo que fue redactado en el año 1922 siguiendo el modelo del código penal suizo.

Nos pareció procedente abordar los principales proyectos de modificación elaborados por el congreso para modificar un artículo que por su longevidad escapa a la realidad social actual. Nos hemos tomado el trabajo de buscar en nuestra jurisprudencia los casos más relevantes para demostrar como la justicia ha entendido en sus distintas posturas el artículo 86 Inc. 2°.

Todo este camino desandado nos ha permitido llegar así a la figura que nos ha motivado y a lo largo de todo el desarrollo realizado en el presente trabajo, es momento de efectuar algunas consideraciones finales.

En primer lugar, tal como ha quedado demostrado, pudimos comprobar posturas ambivalentes tanto en doctrina como en jurisprudencia sobre las condiciones para la procedencia de un aborto no punible. Por un lado, aquellos que consideran interpretar la norma en forma literal y restrictiva sólo a los casos en que la mujer abusada sea idiota o demente; y por el otro, aquellos que consideran ampliamente la posibilidad de abortar a mujeres abusadas, independientemente de su incapacidad, postura esta última receptada por el Máximo Tribunal Judicial de la Nación. Sostener esta tesis restrictiva, sería reconocer que el bien jurídico protegido del Inc. 2° del Art. 86 del CP es únicamente eugenésico, y que lo que se intenta es la purificación de la especie humana, violando así derechos de igualdad de las mujeres en igualdad de condiciones y derechos personalísimos.

Sostener la tesis amplia, demuestra un tratamiento de igualdad a los derechos de las mujeres, y de los derechos personalísimos pero recae en otro problema en cuanto al bien jurídico protegido, porque si el bien jurídico protegido del aborto como ya hemos expuesto es la vida del feto, aquí la no punibilidad en los casos en que la mujer haya concebido como producto de una violación, se estaría permitiendo la conducta, es decir no

protege la vida del feto. Por lo que este tipo penal no debiera encuadrarse dentro de los delitos contra la vida.

De todas formas entendemos más acertada la interpretación de la tesis amplia en considerar que el fin de la norma no puede y no debe ser eugenésico, por lo que nuestro Código Penal necesita aggiornarse en cuanto al tema, para que pueda esclarecerse de una vez y de forma definitiva cuál es el bien jurídico protegido del artículo 86 Inc. 2.

Creemos en este caso que urge una modificación legal, aclarando la circunstancia, para que la suerte de la vida de las personas no dependa exclusivamente de la interpretación que un órgano judicial pudiera realizar en el caso particular, por lo que proponemos que se actualice la ley y se clarifique la situación.

En segundo lugar, hemos concluido también que la autorización judicial es innecesaria en los casos previstos, por lo que no es requisito indispensable acudir a los estrados judiciales cuando se quiera practicar un aborto a una mujer demente o idiota embarazada como consecuencia de un abuso sexual. Ahora bien, consideramos también importante que se pueda otorgarle seguridad a los médicos que legalmente realicen esta práctica, quienes muchas veces, por temor a enfrentarse a un proceso judicial, desconocen en qué casos concretos están habilitados a hacerlo y en qué casos no. Por eso, desde la humilde posición de quien suscribe este trabajo, propongo que, una vez clarificada legalmente la hipótesis, se capacite a los médicos sobre esta práctica desde el punto de vista jurídico, a través de congresos, cursos de capacitación, especializaciones, etc., y toda otra herramienta que se consideren oportunas.

Otra de las cuestiones que consideramos relevante señalar es la circunstancia de existir, dentro de la propia legislación nacional, situaciones o normas contradictorias que, lejos de aclarar el panorama, nos enfrentan nuevamente a hacer un esfuerzo interpretativo para la aplicación justa de la ley. Así, proponemos además de la clarificación en la ley penal, la concordancia con la ley civil y con todo el ordenamiento jurídico argentino que de alguna manera se vincule al tema tratado. Asimismo, insistimos en la necesidad de unificar criterios para poder aplicar la ley, para seguridad de las personas que vivimos en esta sociedad argentina.

Por último, también queremos señalar la importancia de la temática escogida cuya discusión se ve atravesada por ideologías, religiones, valores, sentimientos, que

demuestran una vez más la complejidad del asunto y el miedo a tratarlo, no ha sido la intención del presente trabajo inmiscuirnos en apreciaciones axiológicas, ni fundamentar nuestra postura a favor o en contra del aborto, hemos elegido este tema por que creemos que en el articulado hay una discriminación hacia la mujer que ha sido victima de abuso sexual prohibiéndole decidir su derecho o no a ser madre y exponiendo a la victima a un doble sufrimiento, consideramos que este error en la redacción hace que la ley no sea justa. Creemos también que la ley debe ser general y abarcar de una forma igualitaria a todas las personas para que se cumpla la igualdad ante la ley en igualdad de condiciones, creemos también que es momento de afrontar los cambios y que las leyes deben ir a la par de las sociedades, como decía el jurista Von Kirchmann *"tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles"* por que como hemos expresado en varias oportunidades nuestro artículo 86 Inc. 2º fue redactado hace 90 años, es decir que al día de hoy nos regimos con un artículo del siglo pasado, negando así la realidad que nos acontece que queda plasmada en los últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia donde se advierte que la jurisprudencia casi en su conjunto entiende que el aborto que se realiza a una mujer que ha concebido a causa de una violación es no punible sin importar su capacidad. Es por ello que entendemos que no se puede seguir tapando el sol con la mano y creemos que el legislador deberá ser lo más objetivo posible para deliberar una reforma. Todo ello en pos de una ley que persiga la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

## **J)Anexo**

### **Constitución Nacional.**

- Art 19 : Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, no perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.
- Art 75: Corresponde al Congreso : Inc. 23: Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos, y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

### **Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre :**

- Art 1: Todo ser humano, tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona.

### **Convención Americana sobre Derechos Humanos:**

- Art 3: “Toda Persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”
- Art 4º : “ Toda persona tiene derecho a que se respete su vida , este derecho estará protegido por la ley ,y en general, a partir del momento de la concepción . Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”

### **Declaración Universal de los Derechos Humanos:**

- Art 3º: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
- Art 6º :Todo ser humano tiene derecho en todas partes , al reconocimiento de su personalidad jurídica,”

### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:**

Art 6º: El Derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

### **Convención sobre los Derechos del niño:**

- Preámbulo: El niño(...)el niño necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento .
- Art 1º : Para los efectos de la presente convención , se entiende por niño, todo ser humano, menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.
- Art 6º : Los estados partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.

### **Código Penal Argentino:**

- Art 85: El que causara un aborto será reprimido: con
  - 1) Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años , si el hecho fuera seguido de la muerte de la mujer.
  - 2) Con reclusión o prisión de uno a cuatro años , si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido con la muerte de la mujer

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

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

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

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

### **Código Civil**

- Art 30: Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.
- Art 31: Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes.
- Art.48: Termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar:
  - 1). Por su disolución en virtud de la decisión de sus miembros, aprobada por la autoridad competente;
  - 2). Por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos;
  - 3). Por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas.

La decisión administrativa sobre retiro de la personería o intervención a la entidad dará lugar a los recursos previstos en el artículo 45. El juez podrá disponer la suspensión provisional de los efectos de la resolución recurrida.

- Art 54: Tienen incapacidad absoluta:

1° Las personas por nacer;

2° Los menores impúberes;

3°. Los dementes;

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

5°. Derogado por la ley 17.711.

- Art.62: La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código.

- Art 70 : Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

- Art 74 : Si muriesen antes de estar completamente separados en el seno materno serán considerados como si no hubieran existido .

## **k) Bibliografía**

### ***Doctrina***

BERGALLO PAOLA Y OTRO (2009) *en despenalizacion.org.ar*, N°9. [versión electrónica]

BUONPADRE JORGE E.(2000) *Derecho penal parte especial* , Mave.

CREUS CARLOS (1992) *Derecho Penal: Parte especial*. Buenos Aires, Ed. Astrea

DAYENOFF, DAVID E. (1991) *Código Penal comentado*, Capital Federal, AN Editora.

GARCIA MAAÑON-BASILE (1990) *Aborto e infanticidio, aspectos jurídicos y médicos legales*, Bs As., Ed. Universidad

LAJE ANAYA-GAVIER, (2006) *Notas al Código Penal Argentino Tomo II parte especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea.

LASCANO, GUSTAVO (2000) *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2 Tomos*, Córdoba, Advocatus.

NÚÑEZ RICARDO(1999) *Manual de derecho penal: Parte especial 4ª edición*. Buenos Aires Lerner

MEDLINEPLUS [www.nlm.nih.gov](http://www.nlm.nih.gov) . [versión electrónica]

PELOSSI, DENER N. (1976) *Problemática en el delito de aborto e infanticidio* Buenos Aires, Lerner.

PUJÓ SOLEDAD Y DERDOY MALENA en Anuario **Algunas Notas Críticas sobre el Tratamiento Judicial del Aborto en Argentina** 03, Sec Internacional VI [versiones electrónicas en [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl) [www.diariojudicial.com](http://www.diariojudicial.com)]

REINALDI, VÍCTOR F (1999) *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino: ley 25087*, Buenos Aires, Lerner.

ROBERTEXTO. “Algunos debates constitucionales sobre el aborto” por Romina Faerman [en robertexto.com](http://enrobertexto.com) . [versión electrónica]

SOCAVONES GRACIELA M. (2002) *Cómo se escribe una tesis* Buenos Aires, La Ley.

YANOS, MARITÉ (2004) *en Poder legislativo de Córdoba, cuaderno N° 11, aborto, recopilación de notas informativas*, Córdoba, Centro de documentación secretaría parlamentaria.

YUNI JOSÉ A. Y URBANO CLAUDIO A. (2003) *Recursos Metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Córdoba. Editorial Brujas

WIKIPEDIA Idiotez, Causas, tipos y clasificación de la idiotez [*versión electrónica*]

### ***Legislación***

Constitución Nacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre

Convención sobre los Derechos del niño

Código Civil de la Nación Argentina

Código Penal de la Nación Argentina

### ***Jurisprudencia***

Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires “R.,L.M.,NN PERSONA POR NACER. PROTECCIÓN. DENUNCIA” (2006)

Corte Suprema de La Nación, F259.XLVI EN AUTOS “ F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”(2012)

Suprema Corte de la provincia de Mendoza, en autos “Gazzoli Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y ots. c/ sin demandado p/ ac. De amparo s/ Per saltum”, 22/08/2006

## Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	<b>Palmero Sofía</b>
E-mail:	<b>sofpalna@hotmail.com</b>
Título de grado que obtiene:	<b>Abogado</b>

### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	<b>EL ABORTO NO PUNIBLE EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO: EL ARTÍCULO 86 Inc. 2</b>
Título del TFG en inglés	<b>THE ABORTION NOT PUNISHABLE IN THE ARGENTINE CRIMINAL CODE: ARTICLE 86 INC 2</b>
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	<b>PAP</b>
Integrantes de la CAE	<b>Dr. José Lago; Dr. Fernando Minguez</b>
Fecha de último coloquio con la CAE	<b>15 de noviembre de 2012</b>
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	<b>Presentado en CD, bajo el título: EL ABORTO NO PUNIBLE EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO: EL ARTÍCULO 86 Inc. 2</b>

### Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

#### Autorización de Publicación electrónica:

**Si. inmediatamente**

**Si. después de ..... mes(es)**

**No autorizo**

\_\_\_\_\_  
**Firma del alumno**