

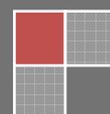
2013

LA C.S.J.N. y EL ABORTO NO PUNIBLE

**“F.A.L.: Repercusiones de un fallo
polémico”**

**Trabajo De Investigación Aplicada
Universidad Siglo 21**

**Alumno: Giménez Romina Alejandra
ABOGACIA-UE SIGLO21**



Resumen

La CSJN y el Aborto no Punible es una investigación que toca una temática sensible y de alto impacto en lo social moral, rozando en efecto casi todos los sectores de la sociedad. A lo largo de la lectura se podrá observar lo profundo del análisis, que se evidencia en los argumentos de los distintos fallos que se presentaron como antecedente necesario para el pronunciamiento del Máximo Tribunal de Justicia de la Nación.

En una problemática como la de esta investigación pareciera que solo se puede estar de un lado o del otro del puente, no hay grises posibles, los fundamentos presentados por los defensores del Nasciturus se muestran tan validos que se hace casi imposible ignorarlos, pero al adentrarse en los argumentos presentados por los defensores del denominado Aborto No Punible, observamos que también son de una fuerza difícil de sortear.

La Corte en este contexto de pesos y contra pesos, se pronuncia en su fallo a los fines de intentar poner claridad en lo referente a lo que se debe entender por Aborto no punible, o bien, para dejar en claro que casos quedan comprendidos en el art. 86 Inc. 2do.

Si bien tiene sus críticas, las cuales se podrán conocer en detalle en la investigación, este fallo tan polémico sienta un precedente más que importante, en tanto presenta varias directivas a seguir, tanto por la propia mujer que quiere acceder a esta práctica como a la actitud que deben tomar los profesionales médicos y los tribunales inferiores que pudieren intervenir en los distintos casos. Asimismo como ya se dijo, pone fin a las controversias que surgieron allá desde la sanción del Código Penal en 1921, por la interpretación que se debía adoptar del art. 86 inc. 2do.

Al finalizar con la lectura es posible adoptar una posición, al menos en lo que respecta a la pertinencia del fallo, a la solidez o no de sus argumentos y quizás también a la correspondencia del fallo pronunciado por la Corte con las atribuciones que la propia Carta Magna le otorga.

Abstract

The CSJN and the Unpunishable Abortion is a research that deals with a sensitive issue which has not only a high social and moral impact but also important effects on almost all sectors of society. Along the reading of the paper, a noticeable in-depth analysis will be evident in the arguments of different judgments which were taken into account as necessary antecedents to the pronouncing of the High Court of Justice of Argentina.

It seems that facing such a problematic as the one concerning this investigation, it is necessary to be in favor of only one of the two sides of the question, that there is not a grey zone. On the one hand, the arguments presented by Nasciturus' advocates seem too much valid to ignore them. On the other side, when you get to know the arguments presented by those in favour of the legal abortion, it is difficult to avoid them as well.

In this context of pros and cons, the Supreme Court makes a pronouncing in an attempt to throw light on how the unpunishable abortion should be understood, and to make clear which cases are included in the art. n° 86 2nd incise.

Although it suffers from some criticism, which will be shown in detail in this investigation, this controversial ruling sets an important precedent since it states several directives to be followed by those women who want this practice to be done, the medicine professional who will perform the practice, and the lower court that will intervene to allow it. Besides, this pronouncing puts an end to the controversies that came up from the sanction of the penal code in 1921 as regard the interpretation that should be adopted of the art. 86 2nd inc.

Once the reading has been done, it is possible to adopt a position, at least regarding the relevance of the pronouncement and the solidity of its arguments. Likewise, it is possible to analyse the correspondence of the ruling passed by the high court with the attributions the magna carta confers to it.

Índice

Introducción.....	Pag. 6,7
Definición objetivo general y objetivos específicos.....	Pag. 8
Metodología.....	Pag. 9

CAPITULO 1

1. Aspectos generales

1.1. Definición de Aborto.....	Pag. 10,11
1.2. Algunos datos importantes sobre el aborto:	
- El aborto y los distintos enfoques:	
1.2.1 La postura de la iglesia y las Organizaciones Pro-Vida.....	Pag. 12,13
1.2.2.El feminismo y su postura acerca del aborto.....	Pag 14

CAPITULO 2

2. El Marco jurídico del aborto

2.1 El aborto como delito – Código Penal Argentino	
2.1.1.Alcance de los artículos 85,86	Pag. 15,16,17
2.1.2 Antecedentes y origen de la figura del Aborto.....	Pag. 18,19,20
2.1.3 Atentado al pudor – Alcance de su definición.....	Pag. 21
2.2.1 Contemplación en el Nuevo Proyecto del Código Penal.....	Pag. 22,23
2.2.2 La cuestión Constitucional	
- El constitucionalismo y el aborto – La postura de la doctrina constitucionalista y el aborto no punible.....	Pag. 23

CAPITULO 3

3. Jurisprudencia sobre el Aborto

3.1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Aborto no punible: El Fallo Fuentes, Aurora Luisa s/Medida Autosatisfactiva.....Pag. 25 a la 35

- Descripción de los Hechos y Argumentos
- Lo que arrojaban los informes técnicos
- La Postura de los Asesores de Menores
- Dictamen del Procurador Fiscal
- El tratamiento en la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- Los Argumentos de la Corte
- Lo resuelto por la corte
- Los Votos de los Dres. Petrachi y Argibay
- Análisis

3.2. Otros Fallos judiciales relacionados con el aborto

3.2.1. Incidente de Interrupción de Embarazo formulado por T.N. – N.R.F. s/Abuso Sexual- Juzg. de Instrucción en lo Crim. y Correc.Nº 2 – Bariloche Abril 2010.....Pag. 36,37,38

- Reseña del Caso

3.2.2. Breve reseña de los casos:

- J.Y.O. S/Autorización Judicial.....Pag 39
- Portal De Belén Asociación Civil C/ Superior Gobierno De La Provincia De Córdoba-Amparo- Recurso De Apelación- Cámara Tercera De Apelaciones en lo CyC...Pag. 39

CAPITULO 4

4. Derecho comparado.

4.1. Breve análisis legislativo.....Pag. 40,41

Conclusión.....Pag. 42,43,44

Bibliografía.....Pag. 45,46,47

Introducción

El Aborto Legal, ha estado en boca de la sociedad Argentina durante décadas, tornándose en una problemática interesante y polémica, siendo producto del análisis y la opinión de los distintos sectores sociales. Esto se ha acentuado en este último tiempo a partir de la pronunciación del máximo cuerpo jurisdiccional argentino, en el caso “**F.A.L** s/ medida autosatisfactiva”.

Se intentara a lo largo de esta investigación mostrarle al lector la importancia de las controversias que se generan alrededor del llamado “Aborto No Punible” haciendo un hincapié en el aspecto que nos vincula, el derecho.

El aborto es definido por la OMS como “la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable, es decir, capaz de llevar adelante una vida extra-uterina” (O.M.S. Ginebra 1970). Tanto el aborto auto infligido por la propia mujer como aquel que es provocado por otro a esta última, está penado por nuestro código penal argentino, en sus artículos 85,86 87 y 88 en el cual también se contemplan los supuestos que excusan la punibilidad de este hecho.

Ahora bien, la investigación se centrara en el análisis de los argumentos de la CSJN en su último fallo respecto del tema, el caso “**F.A.L**”, para determinar en qué casos el aborto deberá considerarse no punible, sin siquiera solicitar la autorización judicial para realizar la practica abortiva. La importancia del tema elegido, se presenta entre otras cosas, porque tanto algunos tribunales inferiores como en el caso de la Corte (sin olvidar la importancia que las decisiones del máximo cuerpo reflejan en el derecho argentino) han plasmado en sus argumentos la necesidad de ampliar la interpretación de la Ley Penal para hacer extensivo la no punibilidad del aborto a los supuestos expuestos en el fallo, poniendo en este caso el derecho de la mujer por encima del derecho a la vida del niño concebido. Esta postura de la Corte viene a responder a una gran parte de la sociedad que viene pujando por la despenalización del aborto en determinadas circunstancias, tales como el caso de una menor abusada, por ejemplo, pero a su vez se contraponen con aquellos sectores que consideran al derecho a la vida como el de mayor importancia y pregonan la defensa del por nacer.

Se intentara mostrar en este trabajo un tema que genera una innumerable gama de controversias desde un tinte netamente jurídico a uno netamente moral y/o religioso. Es por ello y en virtud de que el fallo es de reciente data que utilizaremos el método de trabajo de tipo explorativo, intentando dar forma a nuestra hipótesis de trabajo la cual verán plasmada al final de la investigación.

En la primera parte del trabajo se analizaran los aspectos generales, se brindara una definición y se dará un pantallazo de los efectos del aborto en cuerpo y la psiquis de la mujer. También se ofrecen

datos estadísticos, todo lo cual ayudara para una mejor comprensión del tema abordado y más aun para lograr al final del mismo tener una visión integral y poder cada uno si es posible, adoptar una posición al respecto.

Objetivos General

Brindar un conocimiento general de la temática ofrecida para poder comprender mejor los objetivos específicos.

Objetivos Específicos

Identificar la consistencia y corrección de los argumentos de la CSJ en el caso F.A.L. sobre el Aborto.

Analizar las facultades de la CSJN para interpretar la ley penal del modo que lo hizo en el último fallo dictado sobre el tema en cuestión.

Analizar las distintas posturas doctrinarias tanto a favor como en contra de la despenalización del aborto, haciendo hincapié en la constitucional.

Plasmar las distintas posturas adherentes y opositoras del aborto legal desde los distintos enfoques, social, la postura de la iglesia, etc.

Por último se pretende llegar a una conclusión sobre el tema abordado

Marco Metodológico:

El presente trabajo de investigación se realizara en base al TIPO METODOLOGICO EXPLORATIVO.

La investigación puede ser de varios tipos, y en tal sentido se puede clasificar de distintas maneras, sin embargo dada la naturaleza compleja de los fenómenos estudiados, por lo general, para abordarlos es necesario aplicar no uno sino una mezcla de diferentes tipos de investigación, por ello es que el presente trabajo se desarrollara en base a un tipo explorativo, porque se trata de un tema nuevo que no tiene grandes antecedentes, pero a la vez se verá teñido también del tipo descriptivo.

Para adentrarnos de lleno en el mismo se hace necesaria una breve definición del tipo de metodología utilizada a los fines de comprender acabadamente en qué consiste, a saber:

Investigación Exploratoria: Es aquella que se efectúa sobre un tema u objeto desconocido o poco estudiado, por lo que sus resultados constituyen una visión aproximada de dicho objeto, es decir, un nivel superficial de conocimiento. Este tipo de investigación, de acuerdo con Sellriz (1980) pueden ser:

a) Dirigidos a la formulación más precisa de un problema de investigación , dado que se carece de información suficiente y de conocimiento previos del objeto de estudio , resulta lógico que la formulación inicial del problema sea imprecisa. En este caso la exploración permitirá obtener nuevo datos y elementos que pueden conducir a formular con mayor precisión las preguntas de investigación.

b) Conducentes al planteamiento de una hipótesis: cuando se desconoce al objeto de estudio resulta difícil formular hipótesis acerca del mismo. La función de la investigación exploratoria es descubrir las bases y recabar información que permita como resultado del estudio, la formulación de una hipótesis.

Aspectos Generales

Aborto- Definición:

El aborto como ya ha sido expresado en los párrafos precedentes, es definido por la OMS como “la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable, es decir, capaz de llevar adelante una vida extra-uterina”¹

Se considera como aborto la interrupción del embarazo desde el momento de la concepción hasta finales del 6º mes, ya que la expulsión o pérdida del feto, a partir del 7º mes, se considera como parto prematuro.

La palabra aborto proviene del latín *abortus*, que a su vez deriva del término *aborior*. Este concepto se utilizaba para referir a lo opuesto a *orior*, o sea, lo contrario a nacer. Por lo tanto, el aborto es la interrupción del desarrollo del feto durante el embarazo.

El aborto sufre de numerosas clasificaciones, de las que consideramos la más importante, y de la cual se desprende el resto de ellas, la siguiente: El Aborto Natural o Espontaneo y el Inducido o Provocado.

El aborto Natural o Espontaneo, es aquel que tiene lugar cuando la pérdida del feto se produce por causas naturales. Que suele estar condicionado por la salud y/o edad de la madre.

Según la OMS es aquel en donde la interrupción del embarazo no es voluntaria.²

El aborto Inducido o Provocado, es aquel provocado adrede con el objetivo de eliminar el feto, ya sea con asistencia médica o sin ella. Este tipo de aborto es el que se practica voluntariamente por la mujer o por tercera persona a pedido de esta, mediante maniobras realizadas con el ánimo de interrumpir el embarazo.

Este se clasifica a su vez en:

Aborto terapéutico: Es aquel que se practica con indicación facultativa cuando la vida o la salud de la mujer se ven amenazados por la continuación del embarazo o cuando la salud del feto esta en peligro a causa de factores congénitos o genéticos.³

¹ O.M.S. Ginebra 1970.

² O.M.S. Ginebra 1995 – Publicación: “Las complicaciones del aborto”

³ O.M.S. Ginebra 1995 – Publicación: “Las complicaciones del aborto”

Aborto Electivo: Es el aborto practicado con la intención única de eliminar un hijo o hija no deseado o deseada ya sea por razones sociales (madres solteras) o económicas (familias pobres sin recursos para cuidar adecuadamente al hijo), Cuando el embarazo es el resultado de un delito de naturaleza sexual (violación) etc..

El aborto y los distintos enfoques:

A continuación se hará una breve exposición de lo que son las posturas a favor y en contra del aborto. Resulta importante indagar aunque sea un poco en lo que se convierte en el contexto del Aborto, ya que esto se convierte en las líneas de influencia a la hora de su tratamiento tanto en los hogares de cada uno de nosotros como en los debates parlamentarios y hasta en los argumentos que finalmente vemos vertidos en los fallos judiciales.

Posturas en Contra - La postura de la iglesia

Es clara la postura tomada por la iglesia referente al aborto, la más fuerte posición en contra es quizás la proveniente de la iglesia católica, aunque también otras corrientes religiosas se han manifestado en igual sentido respecto de este tema, los Testigos de Jehová por ejemplo equiparan al aborto con el asesinato, por su parte la iglesia Evangélica divide su postura, al menos en nuestro país, hay quienes se profesan a favor, y otros en contra, si bien la Alianza Cristiana de Iglesias Evangelicas de Argentina (ACIERA) señaló que solo una minoría que quiso ser la voz de la iglesia evangélica, se pronuncio a favor de la despenalización del aborto, en tanto afirma la ACIERA que “están a favor de la vida desde la concepción en el vientre materno”. Esta ultima premisa, es la base y principio fundamental de la postura de la mayoría de las corrientes religiosas, es decir que se pronuncian en contra del aborto en tanto consideran que la vida comienza desde el momento mismo de la concepción, y que desde ese momento nacen sus derechos y se debe proteger.

La iglesia católica desde hace siglos se ha encargado de reprimir el aborto y catalogarlo como un pecado ubicado dentro de los mas graves expresamente contenido en el código canonico, lo cual se pone en evidencia al otorgarle a quien lo practica o colabora en su realización la pena mas severa prevista en el derecho canónico, La Excomuni3n.

El catolicismo toma al aborto como uno de los peores delitos, lo considera inmoral aberrante y cruel, atenta contra la vida y poniendo aun mayor énfasis en su gravedad porque considera que el niño por nacer (ya existente al momento de la concepción) es un ser indefenso y que depende del cuidado de quienes además están obligados a ello, sus padres. Todos los católicos deben abstenerse a practicar, colaborar y aun a hacer todo lo posible por evitar que se realicen prácticas abortivas.

Asimismo el Concilio Vaticano II dice a este respecto: "Dios, Señor de la vida, ha confiado a los hombres la insigne misi3n de proteger la vida, que se ha de llevar a cabo de un modo digno del hombre. Por ello, la vida ya concebida ha de ser salvaguardada con extremados cuidados; el aborto y el infanticidio son crímenes abominables" (Const. "Gaudium et Spes").

Tal como lo expresa un estudio de la OMS⁴ las creencias religiosas también interfieren en la actitud del profesional de la salud ante los casos de aborto.

Como ya se ha expresado, es coincidente la postura claramente en contra de la mayoría de las religiones, a diferencia de los grupos Pro-Elección, consideran que la vida debe protegerse y que el aborto atenta contra ello, partiendo de la premisa que la vida comienza con la concepción.

La postura del Papa

El Papa Jorge Bergoglio, el año pasado, siendo cardenal, ya había dejado sentada su opinión y había advertido en un comunicado lo siguiente: *"Se percibe una vez más que se avanza deliberadamente en limitar y eliminar el valor supremo de la vida e ignorar los derechos de los niños por nacer". Y apuntó en un documento de la Conferencia Episcopal Argentina.: "El aborto nunca es una solución".*

"Al hablar de una madre embarazada hablamos de dos vidas, ambas deben ser preservadas y respetadas pues la vida es de un valor absoluto", agregó en base al mismo texto episcopal.

Organizaciones Pro – Vida.

Claramente estas agrupaciones se muestran en contra del aborto, ya que consideran que el primer derecho que hay que proteger, es el de la vida, y que se encuentra por encima de cualquier otro derecho como por ejemplo el derecho a la libre disposición del propio cuerpo por parte de la mujer. Esta corriente de pensamiento afirma que la vida comienza desde la concepción de modo que el feto ya constituye una vida humana, por tanto debe ser respetada desde su fecundación hasta su muerte natural. En estos términos el aborto constituye un asesinato, un delito y una acción moralmente reprobada. Los seguidores de esta corriente, son principalmente conservadores y en su mayoría pertenecientes al catolicismo tradicional y al cristianismo ortodoxo (aunque esto último no es en carácter de exclusivo).

Al igual que los movimientos pro - elección, estos intentan convencer a la sociedad de su argumento, en este caso de que el aborto no es una solución y que debemos concientizarnos de que al realizarlo estamos matando una vida, vida que es inocente de cualquier causa que nos lleve a ello. Esto tratan de llevarlo a cabo mediante marchas, presencias en las clínicas destinadas al aborto en aquellos países que es legal, intentando disuadir a las mujeres de realizarse el aborto, etc.

⁴ O.M.S. Ginebra 1995 – Publicación: “Las complicaciones del aborto”

Posturas a Favor

El Feminismo y su Postura frente al Aborto

Pro-Choice

Pro-Choice es un movimiento que nació en Estados Unidos cuyo lema es como su nombre lo indica La Libre Elección por parte de la mujer, de su vida, su salud y su sexualidad, es allí donde encontramos lo que nos atañe, el Aborto, en tanto este grupo ideológico busca mostrarle a la sociedad en su totalidad y en particular a los funcionarios encargados de las políticas estatales la importancia de despenalizar el aborto. Este movimiento busca que se respete el derecho de la mujer de decidir la interrupción de su embarazo si así lo decidiera.

Asimismo sostienen que al penalizar el aborto lo único que se logra es condenar a las mujeres de sectores sociales más precarios a poner en riesgo sus vidas y/o su salud, ya que son estas quienes tienen mayores dificultades para ejercicio de sus derechos, por no tener acceso a educación, información, atención de salud y recursos económicos. Por lo mencionado las mujeres que viven en los países donde se penaliza el aborto optan por recurrir a los abortos clandestinos lo que claramente se ve reflejado en un incremento de la tasa mortalidad materna por causa de aborto.

Existen numerosos grupos activistas a largo de todo el mundo que luchan por el aborto en condiciones seguras y por el respeto de la libre elección de la mujer, liderando numerosas actividades sociales, presentando proyectos de ley, y sobre todo proclamando la despenalización del aborto.

El Marco Jurídico del Aborto

El aborto como Delito – Código Penal Argentino

Alcance de los artículos 85 y 86

El Código Penal ubica al Aborto dentro de la categoría de DELITOS CONTRA LA VIDA, en tanto el bien jurídico protegido es la vida del feto. Tal como lo explica muy claramente el Dr. Creus en su Manual de Derecho Penal ⁵ Las figuras contempladas en el código penal sobre el aborto, requieren para que se configure la acción típica, un conjunto de elementos, a saber:

La existencia de un embarazo: es necesario para la acción típica que exista una mujer embarazada, no importa de que modo se haya producido el mismo, es decir no es de interés si ha sido por inseminación artificial por ejemplo o por contacto carnal.

Que el feto se encuentra con vida: lo cual resulta lógico en tanto lo que se intenta proteger es la vida del feto. Por ello para que se de la acción típica el feto debe estar con vida al momento de realizarse el aborto.

Muerte del feto como resultado del aborto: por ultimo para que se configure la acción típica la práctica del aborto debe dar como resultado la muerte del feto, solo asi se estará ante el delito contemplado por nuestro código.

Como resultado de lo expresado podemos explicar que solo cuando la acción contenga todos los elementos mencionados ut supra se podrá hablar de Aborto para la ley penal argentina, solo en estas condiciones se podrá catalogar al mismo como el delito receptado por los artículos 85,86 y 87. Aquellas maniobras o actividades que no cumplan con estos requisitos seguramente quedaran encuadradas en grado de tentativa y/o en la acción de otro tipo de delitos como puede ser el de Lesiones.

Explicados estos puntos, desglosemos los artículos que nos competen para su análisis:

El **Artículo 85** es el que recepta al aborto como delito, quien no lo define sino que se limita a establecer lo siguiente:

El que causare un aborto será reprimido:

⁵ CREUS Carlos, Manual De Derecho Penal, pag. 53 y sgtes. 6ª Edición 1ª Reimpresión - Año 1998

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

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

Como podemos ver, lo que diferencia a las figuras contenidas en los Incisos 1º y 2º del artículo, es que medie o no el consentimiento de la mujer. Lo que determina también una pena más severa para el caso de ausencia del consentimiento, lo que se fundamenta en que se vulnera el derecho de la mujer a elegir libremente. Por ello además, en el caso del delito perpetrado con el consentimiento de la mujer embarazada, este último debe ser prestado libremente, esto es despojado de todo tipo de violencia y/o intimidación.

Este artículo, no obstante no define lo que se debe entender como aborto, tarea que ha quedado en manos de la doctrina y la jurisprudencia, no ofrece mayores inconvenientes en cuanto a su comprensión y alcance.

Pero es el Artículo 86 a partir de su segundo párrafo, el que va a ser producto de un análisis más profundo en esta investigación en tanto lo que se discute y se discutirá al menos hasta tanto no se reforme su redacción, es el alcance del mismo; si su interpretación debe ser amplia o restrictiva. Para ello comencemos por mostrar que es lo que el mismo establece:

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

En esta primera parte del artículo el código establece un agravante para el caso de que en las prácticas abortivas intervengan profesionales de la salud, lo que se explica porque estos hacen un abuso de sus conocimientos médicos para la realización de una acción que es considerada delito. A su vez, hay que destacar que la enunciación que hace el artículo de los profesionales es taxativa por tanto cualquier otra persona que intervenga en el aborto no va a configurar la agravante.

En su segundo párrafo el artículo 86 contempla el aborto no punible: a saber

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

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

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

El inciso 1º se refiere al denominado aborto terapéutico, el cual ya hemos definido en su oportunidad, y es despojado de la penalidad en tanto es realizado con el fin de salvaguardar la vida o la salud de la mujer embarazada y siempre y cuando el aborto sea el único medio posible para evitar ese mal.

Asimismo para que el aborto sea considerado no punible, debe ser realizado por un médico diplomado, no por ningún otro profesional aunque pertenezca a los servicios de salud, y debe contar con el consentimiento de la mujer con los alcances antes mencionados.

El inc. 2º es el que trae aparejado la polémica, ya que su redacción es oscura y da lugar a dos posturas: Los de interpretación restrictiva y aquellos que entienden que se debe hacer una interpretación amplia del mismo.

Casi pareciera que todo el problema se plantea por una cuestión de sintaxis o de semántica, ya que es la redacción del artículo lo que plantea dudas. Algunos lo atribuyen al origen de esta redacción y de la figura misma del aborto el cual desarrollamos a continuación.

Antecedentes y origen de la figura del aborto

Nuestro código penal data del año 1921 y ya con él nace la polémica. Si bien el Código Penal Argentino fue pionero en su época al contemplar el aborto en su articulado, se tomó como base el proyecto del código de Suiza de 1916 y algunos sostienen que al pasarlo a nuestro idioma es cuando se produce el error.

Los que sostienen una postura amplia de interpretación del inc. 2 del artículo 86, afirman que si bien a simple vista pareciera que el inciso solo considera no punible al aborto practicado en caso de una Violación o atentado al pudor a una mujer idiota o demente, metiéndonos un poco más adentro de esta descripción y analizando pormenorizadamente el artículo, no es difícil llegar a la interpretación amplia del mismo. Se alude a una problemática gramatical u ortográfica, al haberse omitido una coma después de la palabra Violación, la cual si se encontraba en la fuente (el artículo del proyecto del código de Suiza).

Quienes están en contra de la tesis amplia y por tanto a favor de interpretar restrictivamente este artículo, refutan el argumento de la tesis amplia respecto del supuesto error gramatical en tanto, afirman que no se puede hacer decir al legislador lo que este no dijo, y que es claro que al final del artículo al decir “en este caso” se está refiriendo a que la norma solo contempla un supuesto exceptuado de la punibilidad y es el caso de la mujer idiota o demente.

Asimismo sostienen que hay que estar al contexto en que el legislador contempló y redactó la norma. Esto último hace referencia a los mismísimos argumentos planteados en los textos de la Exposición de los motivos de la Comisión del Senado⁶ en momentos de sancionarse el código; en la que se explicitaba que “era la primera vez que una legislación iba atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado”. En este contexto se sancionó el código penal, en donde el aborto eugenésico había tomado relevancia ya que se presentaba con énfasis el argumento de preservación de la raza. En Europa (recordemos que este artículo es tomado del proyecto Suizo) es donde surge la eugenesia con más fuerza, esto se planteaba en un principio debido a los ataques sexuales violentos sufridos por las mujeres a manos de soldados en estado de ebriedad y con conducta criminal en épocas de la última guerra. Surgieron así los debates acerca de las esterilizaciones de los criminales con fines eugenésicos.

Ahora bien, Figari en su ensayo (ver cita al pie) aporta un argumento que no ha sido planteado por la tesis amplia, el que también tiene índole gramatical o de sintaxis, sosteniendo que la norma dice

⁶ FIGARI, Rubén E. “Los alcances del fallo de la Corte sobre el aborto producto de una violación” Revista pensamiento penal. pag. 5. Edición 141 03/04/2012-

“Cometido” para referirse a las dos acciones típicas, (Violación y atentado al pudor) y si se hubiese querido referir a estas acciones practicadas solo en una mujer idiota o demente, se debería haber utilizado esta pablar en plural, por lo que se puede extraer de ello la intención del legislador de contemplar dos supuestos dentro de la norma.

De lo expresado se puede inferir que la norma según la tesis amplia contempla dos situaciones, que serian las siguientes:

- Por un lado el aborto practicado en una mujer cuyo embarazo proviene de una violación
- Por el otro cuando el embarazo provenga del atentado al pudor a una mujer idiota o demente.

Por lo que la diferencia radicaría simplemente en la condición de la mujer.

No obstante, esto último también tiene su rebatimiento, ya que la norma también reza “en este caso” y no “en estos casos” al referirse al consentimiento por parte del representante de la incapaz.

Es claro que la norma tiene una redacción tal que permite argumentos a favor y en contra, y que en principio se ven todos ellos como validos.

Lo que la CSJN hace en el caso F.A.L. es justamente poner fin a las controversias e indicar que debe realizarse sobre el art. 86 inc 2º una interpretación amplia, lo que explicaremos mas acabadamente al tratar el mismo mas adelante.

Muchas fueron las reformas que se intentaron para superar esta problemática que presenta el tan polémico artículo 86 de nuestro código penal, pero si bien se logro en una etapa, esa modificación fue derogada volviendo al texto original que es el vigente aun hoy.

Existieron ya a poco de sancionarse el código, numerosos proyectos que pretendían corregir esta situación, así, podemos mencionar el presentado por Soler en el año 1960, el que bajo el nombre de Aborto Impune contemplaba el siguiente supuesto:

“No es punible el aborto practicado por un médico, con consentimiento de la mujer en cinta..2º si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción haya sido iniciada. Si la victima de la violación fuese una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal.”

Este proyecto a diferencia de muchos otros, tuvo tratamiento y fue aprobado. En su redacción contempla el caso de violación suprimiéndose la mención de atentado al pudor; también surge la exigencia de iniciar la acción penal con el fin de evitar que se recurra a este supuesto sin encontrarse

realmente comprendida en el, es decir, que se lo utilice como medio para interrumpir el embarazo por cualquier fin. Este proyecto pasó en épocas de la Ley de facto y el mismo fue derogado al llegar la democracia.

Como ya lo mencionáramos, así como el proyecto de Soler, que consiguió ser aprobado aunque por una breve etapa, hubo varios otros en el camino, desde poco después de la sanción allá por 1921 hasta a la fecha. Todos tienen en común, la preocupación por poner claridad respecto de este tema, y por explicitar adecuadamente y sin lugar a interpretaciones, cuales son los supuestos que se encuentran exceptuados de la punibilidad.

Atentado al pudor - Alcance de su definición

El término atentado al pudor lo encontramos contemplado en el artículo 86 inc. 2º, como un segundo supuesto para el caso de la mujer idiota o demente para algunos (Tesis Amplia), y como parte de un único supuesto, para otros (Tesis Restrictiva).

Nuestro Código Penal en su artículo 119 prevé aquellas situaciones que atenten contra la integridad sexual de la víctima, y es ahí donde encontramos el delito de abuso sexual con o sin acceso carnal y sus diversas modalidades (con violencia o coacción, relación sexual con una menor de trece años quien no puede prestar un consentimiento válido, etc)

Parece propicio explicar a que se refiere el código penal con Abuso Sexual, los cuadernos de medicina forense de la CSJN nos dicen al respecto que “La diferencia entre el abuso sexual simple y el abuso sexual con acceso carnal radica que en el primero la actividad sexual libidinosa violenta se ejerce sólo en la superficie corporal de la víctima. En el segundo caso existe una invasión del esquema corporal más allá de su superficie (penetración).”⁷ Estas son las conductas típicas, es decir aquellas que configuran un delito para nuestra legislación penal. Sin embargo, no vemos en estos supuestos el concepto de atentado al pudor como figura típica, de hecho solo es receptado en el mencionado art. 86 inc. 2; yendo un poco más lejos, si analizamos el bien jurídico protegido en los delitos de integridad sexual, no es la protección al pudor el bien jurídico protegido, sino que se trata de la libertad sexual y su normal desarrollo; Y es aquí donde volvemos una vez más al proyecto del código penal Suizo, porque es de allí de donde se toma este artículo y por tanto el término de Atentado al Pudor. El proyecto del código penal Suizo utiliza denominaciones distintas a las de nuestra legislación, así para referirse a violación por medio de fuerza e intimidación lo llama “notzucht” y para el caso de la violación a una mujer idiota demente o enajenada lo denomina “schandung” (profanación)⁸, es este último término que en su traducción francesa se denomina como atentado al pudor, siendo esta versión la que el legislador tomó como fuente y plasmada finalmente en nuestro código penal, sin reparar, o al menos así lo parece, que el atentado al pudor no está contemplada como figura típica en nuestra ley penal, es decir, el mismo no se encuentra en las acciones delictivas que enuncia el capítulo referente a los delitos que atentan contra la integridad sexual, al menos no con ese nombre. Es por esto último que los adeptos a la postura que apoyan la interpretación amplia sostienen que se trata de dos supuestos los contenidos en el art. 86 inc. 2, ya que por atentado al pudor no puede entenderse otro que el de violación a una mujer idiota o demente quien no puede prestar un consentimiento válido del acto.

⁷ Cuadernos de Medicina Forense. Año 1, Nº1, Pág.19-34. Junio 2002

⁸ FIGARI, Rubén E. “Los alcances del fallo de la Corte sobre el aborto producto de una violación” Revista pensamiento penal. pag. 6. Edición 141 03/04/2012

Contemplación en el nuevo proyecto de código penal

El Anteproyecto de reforma del Código Penal argentino elaborado por la Comisión constituida por las Resoluciones Nos. 303/04 y 136/05

Existen varios proyectos que se han presentado en relación al aborto, muchos buscando la despenalización de manera completa, como por ejemplo podemos mencionar el impulsado por las agrupaciones que componen la *Campaña nacional por el Derecho al Aborto Legal y Seguro*, el cual fue presentado por primera vez en el año 2007 y vuelto a presentar en el año 2010 ante la cámara de Diputados⁹. Lo destacable de este proyecto es que es uno de los pocos que trata en especial el comportamiento de los profesionales de salud respecto a la intervención, lo que no se ve en el proyecto que tomamos para su análisis en este caso.

El proyecto que tomamos para analizar es el elaborado por la Comisión constituida por las resoluciones Nos. 303/04 y 136/05. Este proyecto no trata exclusivamente las modificaciones relativas al aborto, sino que se trata de un cuerpo que viene a reemplazar al código penal vigente, se trata de un cambio completo y no de meras modificaciones, aunque en nuestro análisis solo nos referiremos al tema planteado, el aborto.

El nuevo código principalmente viene a corregir la redacción del artículo 86 e introduce un nuevo supuesto de aborto no punible.

El artículo 86 que tanta polémica genera sería reemplazado por la siguiente redacción:

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

- a) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquicosocial de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
- b) Si el embarazo proviene de una violación.

Si se tratare de una menor o incapaz, se requerirá el consentimiento de su representante legal.

Esta modificación en torno al aborto, es de vital importancia, ya que tira por tierra un sin número de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, se pone claridad a lo oscuro que trae aparejada la redacción del artículo aun vigente y que despertó un sin fin de interpretaciones hasta llegar a la mismísima Corte Suprema de justicia de la Nación con el caso F.A.L..

⁹ [HTTP://WWW.ABORTOLEGAL.COM.AR/Proyecto de Ley de legalización/despenalización del aborto en Argentina](http://WWW.ABORTOLEGAL.COM.AR/Proyecto%20de%20Ley%20de%20legalizaci3n/despenalizaci3n%20del%20aborto%20en%20Argentina)

Si ponemos atención, la nueva redacción no deja lugar a dudas, en su primer inciso trata el llamado aborto eugenésico el cual no ha despertado mayores inconvenientes en cuanto a su alcance; ya en su segundo inciso podemos ver el supuesto del aborto no punible para el caso de que el embarazo provenga de una violación. Este último tiene la claridad que se busca darle con las interpretaciones de los juristas y magistrados al actual artículo; es éste, el aporte más importante ya que al menos esta en concordancia con lo que la corte sostiene respecto del tema, pensamiento que se vislumbra de los argumentos expuestos en el fallo F.A.L. Así redactado es como la Corte suprema aseguró que debe interpretarse el vigente artículo 86, dejando fuera de la punibilidad al aborto que fuere practicado en una mujer cuyo embarazo tuviere origen en una relación sexual no consentida (Violación), independientemente de la condición mental de la misma.

Asimismo y en relación a lo mencionado ut supra, se elimina además la denominación de mujer “idiotas o demente” que contiene el actual Código Penal Vigente, para referirse si, a una menor, o Incapaz, supuesto en el que se requiere el consentimiento de su representante legal.

A su vez como mencionábamos más arriba se introduce un nuevo supuesto de aborto no punible, y es receptado de la siguiente manera:

Abortos excusables reza el artículo y dice:

- No es punible la mujer cuando el aborto se practicare con su consentimiento y dentro de los TRES (3) meses desde la concepción, siempre que las circunstancias lo hicieren excusable.
- No es punible el médico que, dentro de los TRES (3) meses desde la concepción, practicare un aborto con el consentimiento de la mujer, cuando previamente la haya asesorado sobre las consecuencias del hecho y las razones existentes para preservar la vida del feto.

Seguramente este artículo será producto de mucho debate a la hora de ser tratado en el cuerpo legislativo, en tanto la amplitud de su redacción da lugar a que se entienda como una puerta abierta a la despenalización del aborto, y es por ello que no podemos dejar de mencionarlo en esta investigación.

Es así entonces, como quedaría receptado el aborto en el nuevo código penal si este llegara a ser aprobado.

La cuestión constitucional

La postura de la doctrina constitucionalista y el aborto no punible.

Es claro que no podemos dejar de hablar del aspecto constitucional en esta investigación, ya que el fallo F.A.L. es altamente cuestionado por la doctrina constitucionalista ya que no creen que sea ajustado a la Constitución ni a los tratados que tienen jerarquía constitucional según el art. 75 inc. 22 de la misma.

Los constitucionalistas están en contra de lo argumentado por la corte, porque parten de la premisa que no se han respetado los preceptos más fundamentales de los diferentes tratados y convenciones incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la propia ley suprema. Todos estos cuerpos normativos coinciden en que el derecho a la vida constituye un bien fundamental, el cual se encuentra por encima de cualquier otro derecho y/o libertad ya que la vida es presupuesto condicionante de los demás.¹⁰

Para ejemplificar, podemos mencionar el art. 1 de la Convención sobre Derechos del Niño que reconoce a todo el Niño el derecho intrínseco a la vida, la Convención establece que se entiende como niño a aquel menor de 18 años, punto en el que nuestro país realizó una reserva sosteniendo que se debe entender por niño a aquel desde la concepción hasta los 18 años. Es en esto último donde también se apoya uno de los argumentos de la apelación presentada contra la sentencia de 1era instancia que permitió a la peticionante, más bien a su representante que se realizara el aborto sobre la menor.

La corte misma se mete en la cuestión constitucional ya que refuta todos y cada uno de los argumentos que son presentados como agravios por los apelantes. De todos modos el análisis pormenorizado del Fallo se hará mas adelante. No obstante podemos afirmar que la discusión es de gran contenido constitucional por tanto este punto en nuestra investigación se vera mas profundizado al realizar el analisis del caso de la CSJN.

10 BADENI, Gregorio "Derecho a la Vida y Aborto"- 08/08/2006

Jurisprudencia sobre el Aborto

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Polémico Fallo Fuentes, Aurora Luisas/Medida Autosatisfactiva¹¹

El caso F.A.L. es el que motiva la presente investigación, y para que resulte de una completa comprensión a continuación se describirán los hechos y luego se hará una síntesis de los argumentos y finalmente lo resuelto en el caso.

Hechos – Antecedentes del caso

El caso F.A.L., tiene como antecedentes, primero la solicitud de interrupción en el fuero penal, en la misma causa en que se denunció al padrastro de A. G., “F.A.L. s/Dcia. Abuso Sexual r/v hija Menor” Caso 25.661, sin tratarse el pedido debido a que la Fiscal consideró no competente su fuero para ello, para luego llevar el pedido al fuero de familia, siendo denegado también en esta instancia. Posteriormente, la representante de A.G., su madre A.F., apela esta resolución tomando intervención la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, tribunal que aunque con un voto disidente vuelve a denegar el pedido de interrupción. Las actuaciones finalmente pasan por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, y este máximo cuerpo quien concede la medida solicitada y fallo que es luego recurrido y llevado al seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A continuación se relatan los hechos y los distintos argumentos e informes técnicos que llevaron a las decisiones tomadas por los distintos organismos judiciales.

A. F. en representación de A.G. su hija de 15 años de edad el día 14 de enero de 2010 solicitó a la justicia penal de la provincia de Chubut la interrupción del embarazo de la menor, el cual sería producto de la violación que la misma sufriera del esposo de A.G. y a quien se le estaba tramitando una causa en su contra por tal delito.

A.F. fundamentaba su pedido en el artículo 86 del código penal, inc, 1 y 2. Además informo que el 03 de diciembre de 2009 había denunciado la violación de su hija ante el Ministerio Fiscal de la provincia y que con fecha 23 de diciembre del mismo año adjunto a la causa un certificado médico en el cual constaba que A.G. estaba cursando la octava semana de gestación.

¹¹ Caso F.A.L. -CSJN- 13/03/2012

Ante ello el Juez en lo penal manifestó que no contaba con las facultades necesarias para adoptar medidas como la que se le estaba solicitando, esto es, la interrupción del embarazo. Por lo expuesto el magistrado solicitó el pase a la fiscalía, y quien sostuvo a su vez que no era el fuero competente para conocer y resolver en lo solicitado.

Consecuentemente, A.F. dio inicio a la medida autosatisfactiva que es la llega a la CSJ. Con fecha 22 de enero de 2010 reeditó la causa ante los tribunales de familia quien rechazó en 1era y 2da instancia el pedido de interrupción del embarazo, no obstante de que en los informes se reflejaba que la menor, tenía un cuadro depresivo con ideas suicidas, que el embarazo era visto como algo extraño e invasivo, informe en el que se estimó que la continuidad del embarazo ponía en grave riesgo la salud psíquica de la menor y aun riesgo de vida.

El tribunal superior de justicia de la provincia de Chubut con fecha 8 de marzo de 2010 revocó la decisión del tribunal de cámara, y autorizó a A.F. a realizar la interrupción del embarazo de A.G. y fundamentó su decisión en lo siguiente:

- 1- El caso encuadra en lo previsto por el artículo 86 inc. 2 primera parte.
- 2- El caso era compatible con el plexo normativo constitucional y convencional
- 3- Que pese a la innecesariedad de la autorización judicial para dicha práctica se le otorgaba a fin de concluir con la controversia.

Finalmente la práctica abortiva se llevó a cabo el día 11 de marzo de 2010.

Lo que arrojaban los informes técnicos

A lo largo de las distintas instancias judiciales A.G. fue entrevistada numerosas veces, tanto por psicólogos como por los mismos magistrados que intervinieron en las distintas causas, a excepción del STJ que considero suficientes las numerosas entrevistas que constaban como parte de la prueba e innecesario hacer pasar a A.G. por un nuevo relato de lo sucedido.

Las Psicólogas del E.T.I. señalaron en su informe que la menor tanto en sus rasgos faciales, su mirada, el tono y ritmo de su voz, denotan depresión. Asimismo afirman que la menor ha decaído con la confirmación del embarazo. En el informe se refleja que presenta síntomas depresivos, pérdida del apetito, insomnio, tristeza, acompañado de ideas suicidas persistentes. Asimismo la menor entiende la decisión de interrumpir el embarazo y la mantiene, ya que este (afirman las especialistas) es vivido como un evento extraño, invasivo, no significando para ella como hijo.

Las profesionales afirman que si bien la práctica del aborto en si es una situación traumática y difícil de superar, la continuidad del embarazo por A.G. implica un grave riesgo para su integridad psicofísica, un riesgo para su vida.

Por su parte especialistas en psiquiatría y Psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia, informan a su vez, que la menor presenta síntomas depresivos, provenientes de las vejaciones sufridas desde hace tiempo ya por quien fuera su padrastro. Manifiestan también que la menor tenía ideas suicidas ante la idea de no permitírsele la interrupción del embarazo , a su vez que afirman que A.G. conoce las alternativas a la interrupción del embarazo pero que se niega a cualquier otro resultado. La notan consciente de cuál es su situación. El embarazo era vivido para la menor como una situación catastrófica, ya que aunque biológicamente quien la violó no era su padre, emocionalmente y en su posición jerárquica en la familia ella lo veía como tal.

También se expidió el departamento de Toco ginecología del Hospital de Comodoro Rivadavia, afirmando que dado que la menor ya lleva un embarazo de 3 ½ meses de gestación, era más peligroso para su salud e incluso para su vida, la interrupción del embarazo que el continuar con el mismo.

Por último no es posible dejar de mencionar el dictamen prestado por el Comité Bioética del mismo Hospital, quienes sostienen que si bien es cierto que la menor atraviesa por una situación de gran padecimiento, y no puede descartarse el riesgo al suicidio, el mismo puede ser tratado por otros medios. Se permite además sostener que el caso no es uno de los comprendidos como abortos no punibles, pronunciándose finalmente por su postura negativa frente a la interrupción del embarazo.

La Postura de los Asesores de Menores

En la primera instancia se pronuncia la Asesora de Menores como representante de la menor y del nasciturus, entendié que si bien da por acreditado el hecho de la violación, la situación depresiva de la menor era un conjunto de cuestiones que la misma tuvo que soportar ya desde hace varios años, sufriendo abusos desde los once años. Manifestó también que el peligro que se manifestaba como latente respecto al suicidio de la menor, era algo que potencial. Afirmando que prevalece el derecho a la vida sobre cualquier otro. Asimismo sostuvo que la autorización solicitada no se encuentra comprendida dentro de las excepciones a la punibilidad contenidas en el art. 86 del Código Penal, adhiriendo así a la tesis restrictiva respecto de este artículo. Es bien clara al sostener que al peticionarse acabar con la vida de un inocente, era necesario valorar las alternativas ya que de esta manera se están protegiendo dos vidas, sin discriminar a ninguna de ellas.

En la segunda instancia la Asesora dio por reproducido su dictamen.

Por su parte ya en segunda instancia, la tutora ad litem del nasciturus se limitó a consentir la sentencia de primera instancia, sin contestar las apelaciones de A.G. (Se apeló la sentencia de primera instancia y a su vez se impugnó el dictamen del Comité de Bioética).

A lo largo de los procesos, la representación promiscua, tanto de la menor como del por nacer, se pronunciaban en contra de la interrupción del embarazo, por considerar que el daño sufrido por A.G. ya estaba provocado y que aquel potencial que pudiera surgir de la continuidad del embarazo se podía soslayar con tratamientos pertinentes, a la vez que se estaría dejando salvo la vida de una ser inocente, esto último en consonancia con los diferentes tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Dictamen del Procurador Fiscal

El Dictamen del procurador fiscal pone acento en varios puntos que son de gran relevancia, a saber:

En primer lugar se pronuncia respecto de si el caso encuadra o no en uno de los supuestos del art. 86 del Código Penal, y pone sobre el tapete un importante argumento que avala la postura de interpretación amplia. Este argumento es el principio de legalidad, del cual surge la máxima que a la hora de efectuar una interpretación debe estarse siempre por la más favorable, en el caso puntual, debe estarse por la postura amplia respecto de los abortos no punibles. Si se cree que la redacción de este artículo es ambigua por el principio mentado debe estarse por la interpretación más generosa.

El procurador habla en su dictamen del llamado aborto sentimental, afirmando que la doctrina mayoritaria sostiene que en el artículo en cuestión existen dos supuestos de aborto no punible, el eugenésico por un lado y el aborto sentimental por el otro. El aborto sentimental es justamente aquel que se permite en los casos de que el embarazo provenga de una violación, es llamado así, debido al estado emocional de la víctima de tan aberrante hecho, dándole la posibilidad de no acentuar los terribles recuerdos.

El procurador también hace referencia a los argumentos presentados por el Dr. Grenaud (entre otros) en el fallo “R., L.M. NN Persona por Nacer. Protección Denuncia” SCBA de fecha 31/07/06, quien afirmaba que si el embarazo provenía de una violación el aborto debía ser permitido, ya que en este caso prevalecía jerárquicamente el valor de la libertad sexual de la mujer sobre el valor de la vida humana en formación.

Finalizando en su informe, hace referencia a las normas de los tratados con jerarquía constitucional; sostiene que no se violenta ninguna de estas, que no considera que las mismas deroguen tácitamente el artículo cuestionado, sobre todo teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto.

Concluye su dictamen dando su opinión sobre dos aspectos fundamentales:

- 1- Sobre la interrupción del embarazo, se pronuncia a favor. Por tanto considera que debe revocarse la resolución anterior.
- 2- Sobre el pedido de autorización, considera que debe realizarse, pero dejando en claro que la misma no constituye una exigencia ya que la ley así no lo exige.

El tratamiento en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La decisión del TSJ de la provincia de Chubut fue recurrida por parte del Asesor General subrogante de la provincia de Chubut en su carácter de tutor Ad- Litem y Asesor de Familia e Incapaces, en representación del nasciturus. El recurso fue concedido no obstante que ya se había realizado la práctica abortiva, ya que se fundamentó que el caso revestía una importante gravedad institucional.

En cuanto a los agravios el recurrente manifestó lo siguiente:

Que no obstante que la práctica abortiva ya se había realizado, el caso presentaba gravedad institucional y que la interpretación realizada del art. 86 iba más allá de lo que la norma permitía, y que además vulneraba las convenciones incorporadas por nuestra Constitución y de los tratados con jerarquía constitucional, por los cuales el Estado Argentino protege la vida desde la concepción y por los cuales la vida debe ser protegida, ya que establecen que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. En toda la expresión de agravios el Asesor General se expone y transcribe todas las normas contenidas en las convenciones y tratados internacionales suscriptos por el Estado Argentino e incorporados por la Constitución Nacional. (Art. 75 Inc. 22)

La Defensoría General de la Nación asume la representación de la menor, la Srta. A.G. y manifiesta que corresponde confirmar la sentencia del A-quo por la cual se le permitió la realización de la práctica abortiva. En cuanto a su fundamentación, expresó que todos los casos de embarazos que tuvieran como causa una violación a la mujer, debían ser considerados como abortos no punibles por considerar que están encuadrados por el artículo 86 del código penal inc. 1°.

Asimismo se le corrió traslado a la Defensora Publica de Menores e Incapaces quien asumió la representación del nasciturus quien solicito se revocara la sentencia recurrida.

Oportunamente se le corrió traslado al Procurador Fiscal quien sostuvo que la causa debía declararse abstracta.

Los Argumentos de la Corte

La corte en lo primero que se expidió fue en su consideración al respecto de si la causa traída a su seno debía ser considerada abstracta, por el hecho de que la práctica abortiva ya se había llevado a cabo el 11 de marzo de 2010.

Al tal efecto, la Corte manifestó que el hecho de que la practica abortiva ya había sido realizada, no debía ser un obstáculo para que esta haga uso de su jurisdicción, ya que en el tema planteado en autos, como en tantos otros, los hechos se desarrollaban muy rápidamente y que era difícil que el caso llegara a este tribunal sin tornarse abstracto. Aun así resulta necesario decidir sobre el caso ya que aunque no tenga utilidad para el mismo, el criterio de este máximo tribunal debía ser expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en un futuro.

Asimismo la Corte también menciona que el caso es apto para el tratamiento por parte de este tribunal porque los agravios del recurrente expresan que el Tribunal Superior de la Provincia al haber realizado la interpretación que hizo del art. 86 comprometió preceptos constitucionales y tratados internacionales de igual jerarquía, y que no entender en el mismo podría comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico internacional. La Corte entonces considera oportuno realizar una armonización de todo el plexo normativo, esto es de las normas constituciones y las de igual jerarquía contemplada en los tratados internaciones y el derecho común y en dicha tarea considera finalmente que debe realizarse una interpretación amplia del articulo 86 del código penal. Apoyada en el art. 19 de la Constitución Nacional (principio de reserva) también deja en claro que para la realización del aborto no punible, no es necesario ningún trámite judicial previo ya que la norma no lo prevé.

En respuesta a los agravios del recurrente, la Corte es muy categórica al sostener que del art. 75 inc. 23 de a CN no es posible extraer la base que sirva de argumento del mismo.

Si bien es cierto que se le atribuye al Poder Legislativo la facultad de promover el ejercicio y goce de los derechos fundamentales y de dictar un régimen de seguridad social de protección de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia, dicha norma no es de carácter punitivo por tanto no resulta aplicable ni al caso en cuestión ni a ningún otro de aborto no punible.

En respuesta a otro de los agravios del recurrente la Corte sostiene que del art. 1' de la Convencion Americana de Derechos y Deberes del Hombre y del Art. 4' de la Convencion de Derechos Humanos no se deriva ningún mandato del que se derive que deba realizarse una interpretación restrictiva del art 86 mencionado.

Dice la Corte respecto a otro de los argumentos del recurrente, que tampoco lo contenido en los artículos 3 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ya que los derechos consagrados no son absolutos y que no surge de las normas la intención de limitar o de invalidar el aborto no punible como en el de autos.

La Corte rechaza en general cada uno de los agravios del recurrente y se apoya en lo mencionado anteriormente y en que en de estos mandatos no puede ni surge ningún mandato de interpretar restrictivamente el art. 86 del código penal ya que en general ellos se preocuparon particularmente por esto y han manifestado su posición de que debe permitirse el aborto en casos de violación. Así por ejemplo el Comité de los derechos del niño ha señalado que los estados parts que no admiten el aborto en estos cass deben refmar sus normas legales para modificar esta situación, y en el caso particular de nuestro país (Qué si lo preve) les preocupa la interpretación restrictiva que se puede hacer del artículo 86 del Codigo penal.

Que luego de ese análisis por parte de la Corte, esta se encargo de manifestar que los principios de igualdad y no discriminación obligan a tomar la posición de que debe realizarse una interpretación amplia de la norma cuestionada. No hacerlo y restringir el aborto no punible solo para el caso de la mujer demente o idiota significaría una distinción irracional. Asimismo los principios de legalidad y pro homin también obligan a adoptar una interpretación amplia.

Una vez resuelto este ítem, la Corte va mas alla de lo que significa la interpretación del articulo en cuestión, y se funda en el grado de desinformación que existe y que se manifiesta en el proceder de los médicos, quienes exigen una autorización judicial para la realización de la practica abortiva en los casos de los abortos no punibles.

La Corte se preocupa en dejar en claro este punto, ya que considera que esta pedido de autorización judicial por parte de los profesionales de la salud ha oficiado como obstáculo para el acceso del aborto en los casos comprendidos por la norma. Y según surge de la propia normativa solo en los casos de que el embarazo sea de una mujer idiota o demente se requiere la autorización de su representante legal

En el caso puntual de la sta. A.G. ha tenido que judicializar la cuestión para poder tener acceso a su derecho, por ello la Corte cree que es indispensable tratar este punto ya que el pedido de

autorización judicial para practicar el aborto en casos como este no es legal, en tanto la norma nada prevé al respecto, ella no plantea requisito alguno. La Corte se apoya para dejar aclarado este punto tanto a los profesionales de la salud como a los miembros de los poderes de la justicia nacionales o provinciales en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en donde se plasma el principio de legalidad, por el cual ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por todo lo expuesto, la Corte manifiesta que los sujetos comprendidos en la norma (art. 86 Inc. 2) no puede ni debe ser obligada a solicitar autorización judicial para poder realizar la práctica abortiva, ni tampoco es exigida la denuncia o la prueba de la violación. Solo es necesario una declaración jurada de la víctima o su representante que el embarazo tiene como causa una violación.

Asimismo los profesionales de la salud no deben eludir su responsabilidad ni negarse a realizar el aborto ya que estarían violando el derecho al acceso de los servicios de salud. No obstante lo expuesto los profesionales pueden hacer valer su derecho de objeción de conciencia y siempre garantizando que la peticionante del aborto no puede contar con otro médico que pueda atender su caso.

Finalmente, la corte pone en manos de los distintos niveles de gobierno la implementación de campañas de información pública que hagan conocer los derechos que les asisten a las víctimas de delitos sexuales así como también asegurar que respeten esos derechos en un marco de seguridad confidencialidad y apoyo a las mismas.

El máximo tribunal insiste en la redacción de los considerandos en que el legislador previó dos supuestos distintos en el Inc. 2 del art. 86, una para el caso de embarazo proveniente de una violación, y otro que tiene en cuenta la salud mental de la mujer embarazada.

Lo Resuelto por la Corte

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad y por el voto conjunto del Presidente Lorenzetti, de la Vicepresidenta Highton de Nolasco y de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni, y por los votos individuales de los jueces Petracchi y Argibay resolvió lo siguiente:

- 1- Declara admisible el Recurso Extraordinario Planteado
- 2- Confirma la sentencia apelada por todo lo expuesto en los considerandos

3- Exhorta a las autoridades nacionales, provinciales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles

4- Exhorta también a los poderes judiciales nacionales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles.

Los Votos de los Dres. Petrachi y Argibay

Como ya se especifico, la Corte resolvió con unanimidad pero a través del voto conjunto de varios de sus miembros cuyo argumento ya se ha dejado asentado en párrafos anteriores, y con el voto individual de los jueces Enrique Santiago Petrachi y Carmen M. Argibay.

Ambos Jueces se expresaron individualmente aunque con argumentaciones casi idénticas; a continuación se señalan las cuestiones más importantes de los votos emitidos por estos integrantes de la Corte:

□ La Dra. Argibay en su voto comienza por atacar el argumento del recurrente respecto de que la norma debe interpretarse restrictivamente en tanto de no hacerlo se estaría vulnerando el derecho a la vida del nasciturus, limitando las autorizaciones a abortar solo a los casos en que la mujer sea idiota o demente. La Dra. al respecto dice, que no es válido este argumento, que el mismo no puede ser admitido ya que más allá de las capacidades psíquicas de las mujeres todas ellas coinciden en que han quedado embarazadas como consecuencia de ataque a su integridad sexual.

□ Por otro lado, y punto en el que ambos magistrados coinciden es que el recurrente parece olvidar o pasar por alto en su argumentación, que en el caso en cuestión se está ante un severo conflicto de intereses. El recurrente, aseguran ambos letrados, invoca unilateralmente solo el respeto al derecho a la vida del por nacer, sin referirse siquiera al derecho que le compete a la menor quien ha resultado víctima de un delito de violación y mas encima quedado embarazada de quien fue su padrastro.

Este punto es interesante, en tanto, ambos magistrados sostienen que el recurrente pretende redefinir la ponderación de los intereses que el legislador realizo al sancionar el código, sin ningún tipo de argumento fuerte que permita un nuevo examen al respecto. El legislador ya considero en su momento, que la situación no resultaba de otro modo, que afectando los derechos del nasciturus y rezo textual, "...solo en este contexto el legislador acepta socialmente soportable una conducta que en si aprecia como prohibida.."

En su voto la Dra. Argibay, deja en claro que el hecho de que el legislador haya ponderado el derecho de la mujer embarazada producto de una violación, no significa que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico protegido por sobre el otro, sino que solo ante circunstancias especiales, en que se hace imposible evitar la tensión entre dos derechos, el código penal permite la afectación de uno de ellos como única vía posible para salvaguardar al otro.

Por su parte el Dr. Petrachi, si bien coincide con los argumentos de la Dra. Argibay, agrega que los argumentos presentados por el recurrente afirmando que se vulnera el derecho del por nacer, no resultan suficientes para calificar de inconstitucional la interpretación efectuada sobre la norma por él a quo. Además sostiene que de la estimación de la situación que atraviesa la menor, y los medios alternativos que plantean para subsanarla, surge la exigencia de hacer un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someter a la menor a continuar forzosamente con un embarazo que ha sido fruto de una relación sexual no consentida, podría derivar en ella un perjuicio tal que llevaría a aceptar que la ponderación de los intereses que realizó el legislador era correcta.

□ Se deja en claro que exigir la continuidad del embarazo a una mujer violada implica que el Estado imponga un plan de vida a un ser humano, lo que es constitucionalmente insostenible.

Análisis

Sin lugar a dudas el máximo tribunal de justicia de la Nación, ha venido a poner claridad a lo oscuro y polémico de este tema. Asimismo se ha encargado de refutar cada uno de los argumentos planteados por el recurrente, tanto que no solo no fundamentan los agravios de este último, sino que por el contrario refuerzan la decisión adoptada por la corte.

Si bien el caso se planteaba en un principio como abstracto, el tema revestía tal importancia que era imposible que la Corte no se expidiera en el mismo, principalmente porque estaban en puja normas constitucionales y de tratados de jerarquía constitucional con las normas del derecho común. El respeto de los tratados que han sido incorporados por la Constitución Nacional importa una gran responsabilidad del Estado Argentino, por tanto era necesario dilucidar si estos estaban siendo violados.

La doctrina constitucionalista no apoya en su mayoría este decisorio del Máximo Tribunal, y cuestionan las facultades de la corte para realizar una interpretación de la naturaleza que se presento en este fallo. Lo cierto es que la corte como máximo tribunal de justicia de la nación es la encargada de interpretar la ley, más concretamente es la que tiene la última palabra, y que controla el cumplimiento de la misma en los fallos de los tribunales inferiores traídos a su seno.

Por supuesto que la corte cuenta con las facultades de interpretar la ley, y en este caso en su Fallo baso su decisión en la ley, en los diferentes tratados constitucionales y en la ley suprema de la Nación.

Del fallo pueden extraerse algunas reglas que la misma Corte se encargo de dejar en claro;

En primer lugar, la Corte ataca el argumento del recurrente respecto de la constitucionalidad y el respeto a la ley suprema y los tratados de igual jerarquía. Se deja en claro que estos plexos normativos no solo no prohíben la realización de estos abortos sino que de ellos mismos se refleja la obligación de no castigarlos.

En segundo lugar la Corte se expide acerca de la labor de los profesionales de la salud, dejando en claro que deberán garantizar la atención de este tipo de abortos no punibles, sin ninguna necesidad de requerir autorización judicial para su realización, ya que la ley no lo prevee, por lo tanto, no puede ser exigido. Para acceder a la práctica de este tipo de abortos solo es necesario que la victima presente declaración jurada, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación.

Asimismo, la Corte hace un llamado de atención a los magistrados, recordándole a los mismos que tienen la obligación de garantizar derechos y principalmente que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, y funcionar así como un obstáculo para que las mujeres víctimas del delito de violación y embarazadas por consecuencia de este hecho, puedan tener acceso al que es su derecho.

El fallo en su voto mayoritario no profundiza respecto de este conflicto de intereses entre un derecho a la vida del nasciturus en un extremo y el derecho a la libertad individual de la madre a no tener que llevar adelante un embarazo que resulta un perjuicio que puede devenir en un sufrimiento mayor al que ya viene teniendo, en el otro. Se limita en general a sostener que las normas constitucionales apoyan a la postura que impone una interpretación amplia del artículo 86 inc. 2°. No pasa lo mismo con los votos emitidos individualmente por los Dres. Argibay y Petracchi, estos si hacen mención a que existe un conflicto, que el legislador lo tuvo en cuenta, y que este entendió que uno de ellos debía soportar una lesión a sus derechos, lo cual es habitual en casos extremos donde dos vidas quedan en juego, considerando que esta apreciación hecha por el legislador es la correcta.

Incidente de Interrupción de Embarazo formulado por T.N. –

N.R.F. s/Abuso Sexual¹² –Reseña del Caso

Hechos

El incidente de interrupción de embarazo se plantea en medio de una causa de abuso sexual, por el Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Provincia de Rio Negro, quien solicitaba al tribunal si era posible acceder al pedido realizado la menor de 17 años, T.N., y su madre M.H. debido a que el embarazo tenía como causa la violación de su padre.

Tal pedido por ambas mujeres se acreditaba con una copia del manuscrito firmado por ellas y luego ratificado en las audiencias tenidas con el Defensor de Menores y el Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Provincia de Rio Negro.

La ecografía presentada daba cuenta de que la menor atravesaba la semana 9.4 de gestación.

Un equipo técnico de la subdelegación de Promoción Familiar de la localidad del Bolsón confecciono un informe en el cual consta que T.N. es hija de F. N. pero que su madre no convivio nunca con el, y que si lo hizo con P.N., hermano de este.

La madre de la menor, a su vez manifestó que Y. otra de las hijas, le había expresado hace unos dos meses que P.N. abusaba de ella desde los 9 años de edad, lo que motivo a que M. H. se separara de aquel.

El 12 de marzo de 2010 T. se realiza el test de embarazo, el que arroja como resultado positivo y le comunica a su familia que era producto de una violación por parte de su padre, quien lo hacía desde que ella tenía 11 años de edad, a la vez que también les manifestó que su tío P.N. también abusada de ella desde esa edad. Esto último y dado a la repetición de los abusos, fue que su madre realizo la denuncia.

M.H. Y T.N. expresaron al Hospital del El Bolsón, su intención de realizar la practica abortiva. El equipo técnico que confecciono el informe considero fundamental hacer lugar al pedido efectuado

12 Juzgado de Instrucción Crim. Corr. Nº II, Rio Negro, “N., R.F. s/Abuso sexual s/Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/Apelaciones S/ Casación”, (2010)

por ambas, debido a que de ello dependía la integridad emocional de T. Se aseguro por varios profesionales que los abusos sexuales a menudo presentaban inclinaciones al suicidio, cuestión que también preocupaba a su madre.

Se adjunto un detallado informe del seguimiento realizado a la menor por los profesionales que prestan sus servicios en el Hospital, en cual coinciden que la salud mental de T. se veía seriamente comprometido, aunque ella entendía lo que significaba el pedido de interrupción que estaba realizando.

En cuanto a la interrupción del embarazo el médico forense Dr. Piñero Bauer afirmó que nunca es recomendable este tipo de intervención porque significa un riesgo para la madre, pero también manifestó que cuando esta se realiza antes de las 12 semanas de gestación el riesgo es mínimo, recordemos que así lo recomienda la Guía de Atención del Aborto no Punible del Ministerio de Salud de la Nación. A su vez como en este caso el aborto iba a realizarse mediante la administración de drogas y que el tratamiento sería el mismo proporcionado a las pacientes que sufren un aborto espontáneo.

Posturas tomadas por las partes respecto del asunto

La Dra. Bisogni, quien representaba al niño por nacer no hizo mención alguna respecto de lo que es el quit del caso de autos, ya que no se expuso si consideraba que la práctica abortiva debía ser llevada a cabo o no. Por el contrario esta parte solo se limito a plantear la incompetencia del tribunal para conocer en el caso.

En respuesta a ello, el tribunal sostiene que en primer lugar no es necesario ninguna autorización para aquellos casos que estén comprendidos en lo estipulado por el artículo 86 inciso 1 y 2 del código penal. En segundo lugar y teniendo en cuenta que no obstante lo expuesto, en el presente caso existió un pedido erróneo al órgano jurisdiccional, debe ser este mismo quien debe conocer en el mismo, siendo además este tribunal del fuero penal por tanto totalmente apto para interpretar el contenido y alcance del código penal.

Por su parte el Agente Fiscal, Dr. Marcos Burgos, manifestó que su intervención en el pedido de interrupción del embarazo, afectaba el principio de imparcialidad ya que también se encuentra abocado a la causa criminal en la cual T. es la víctima de los abusos sexuales presuntamente efectuados por su padre y tío. Además manifestó que le parecía conveniente que esta cuestión sea tratada en el fuero de familia.

El tribunal responde a estos argumentos sosteniendo que en cuanto a la conveniencia de que el pedido de interrupción del embarazo sea tratado en los juzgados de familia se remite a lo explicado

a la Dra. Bisgoni respecto al planteo de incompetencia. Respecto a lo manifestado sobre el principio de imparcialidad el tribunal manifiesta que debe entenderse que la planteada es una cuestión que necesita un pronunciamiento con urgencia y sin demoras innecesarias debido a que estas pueden poner en riesgo la salud de T.

El representante legal de T.N. el Dr. Manuel Caferata, expreso que el art. 86 se encontraba vigente y que además era innecesario que la autoridad medica solicitara autorización para la interrupción del embarazo.

El tribunal sigue relatando lo que sería la situación de la menor, lo que surge de los informes emitidos por los profesionales. Asimismo continua apoyándose en lo prescripto por el articulo 86 aunque sin dejar de mencionar la polémica que este viene generando desde su sanción, a lo que le sigue la expresión de su opinión, considerando que el artículo mencionado no se contrapone con las normas constitucionales y en los tratados internaciones, ello porque estas es cierto que consagran el derecho a la vida desde la concepción pero que este es de carácter general por tanto puede admitir excepciones y es en este punto donde se apoya en el caso F.A.L. en donde la Corte plasmo su opinión al respecto. Por lo expuesto adhiere a la tesis de interpretación amplia.

Por tanto corresponde determinar si la menor peticionante se encuentra encuadrada dentro de los supuestos comprendidos por la norma en lo cual el tribunal así lo considera,

También el tribunal sostuvo que no era necesario esperar a que exista una condena en el caso en que también intervenía que es la denuncia por abuso sexual, ya que la norma no lo exige y además por la urgencia con la que es necesario tomar una decisión en el presente caso.

Por último y antes del decisorio el tribunal se expreso respecto de la necesidad o no de requerir autorización para la realización del aborto en los supuestos comprendidos por la norma, en este sentido se manifestó por la negativa principalmente por tal exigencia no surge de la norma en cuestión.

Resolución

Finalmente y luego de un basto análisis, el tribunal autoriza la interrupción del embarazo peticionado.

Casos J.Y.O. Autorización Judicial y Portal De Belén Asociación Civil C/ Superior Gobierno De La Provincia De Córdoba-Amparo-Recurso De Apelación.-¹³

Hay numerosa jurisprudencia relacionada con el aborto no punible, a titulo de ejemplo y para ahondar mas en lo que son los argumentos se plasmo este ultimo fallo, pero existen varios casos judicializados de similar casuística como por ejemplo podemos mencionar el caso J.Y.O. el que se desarrollo en la provincia de Chubut con posterioridad al caso F.A.L. y que en primera instancia se le rechazo a la menor embarazada, quien había sido victima de una violación, la interrupción de dicho embarazo; pero que luego esta ultima presento recurso de apelación y en cuyos agravios tomo como base este importantísimo fallo del superior tribunal de la nación, consiguiendo finalmente se haga lugar a su pedido.

Por supuesto que también existe jurisprudencia disidente con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre los mas importante no podemos dejar de mencionar el reciente fallo de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Córdoba, quien confirmo las sentencia recurrida por la cual se declaro inconstitucional la Guía para la realización de los abortos no punibles. Este fallo ha sido altamente cuestionado por grupos activistas tal como el de Católicas por el Derecho a Decidir, quienes manifestaron que el fallo estaba “lleno de arbitrariedades y argumentos contrarios al ordenamiento jurídico”.

13 C.N. Apel. Crim. Corr. Comodoro Rivadavia, Sala A, “J.Y.O. s/ medida autosatisfactiva” (2010) – Cam. 3º de Apel. Civil y Com. de la Pcia. De Córdoba, “PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA-AMPARO-CUERPO (CIVIL) DE APELACION- (EXPTE. N°2311541/36)”(2011).

Derecho comparado.

Análisis legislativo

Para analizar este punto la investigación se centrara en el ámbito geográfico de algunos países de latino América, en tanto estos guardan más relación socio – cultural con la Argentina que si situamos el foco en EE.UU o en los países pertenecientes a la unión europea.

No obstante lo expuesto, podemos mencionar que a nivel mundial desde el punto de vista de su legislación se puede clasificar a los distintos países en tres categorías:

Prohibición total del aborto: Países en los cuales las leyes son muy estrictas y no permiten el aborto en ningún caso, dentro de ellos podemos mencionar a Chile por ejemplo.

Prohibición del aborto pero contemplando supuestos de excepción: Aquí encontramos la mayor cantidad de países, aunque en algunos casos solo se permite el aborto cuando la vida de la madre este riesgo y en otros también lo permiten cuando exista riesgo para la salud de la mujer. En esta categoría encontramos a nuestro país, a Brasil y México entre otros.

Aborto permitido sin restricciones: es el caso de aquellos países que no reprimen el aborto, por tanto el mismo puede ser practicado libremente sin condicionamientos. Es el caso de los EE.UU. por ejemplo aunque no en todos los estados.

Nuestro país, es considerado vanguardista en esta temática ya que el Código Penal data del año 1921 y ya contemplaba los casos de abortos legales o bien no punibles.

En el caso de Brasil tiene en su legislación una recepción del aborto no punible de similar aplicación en que en la Argentina, ya que lo permite en caso de violación o riesgo de vida para la madre, mas puntualmente el artículo que lo contempla dice lo siguiente:

Artículo 128. No se castigara el aborto practicado por un médico cuando:

- No hay otra manera de salvar la vida de la mujer embarazada
- En casos de embarazo por violación: Si el embarazo resulta de la violación y el aborto es precedido por el consentimiento de la mujer embarazada, o si fuere incapaz, de su representante legal.

Igualmente preocupa en Brasil los numerosos casos de abortos no punibles, los cuales vienen aumentando considerablemente desde hace ocho años y tratándose principalmente de menores que van de entre los 9 y los 12 años.

En Perú, por el contrario, el aborto solo es permitido para el caso de que este signifique el único medio para salvar la vida de la mujer o para evitar un grave daño permanente en la salud de esta.. Según un estudio realizado por profesionales de la salud CITA, Perú tiene la tasa mas alta de aborto inducido de toda América Latina, siendo la mayoría de ellos abortos inseguros y en zonas rurales donde el acceso a personal capacitado es limitado. El aborto es de gran preocupación para el Ministerio de Salud de ese país, incluso se han realizado conferencias, una de ellas tuvo lugar en el año 2004 con participantes de distintos sectores a los fines de tratar todos los aspectos que se relacionan con el aborto. Lo que se pude recopilar en esa oportunidad es que existe un gran grado de incertidumbre respecto de la cuestión legal, es decir de los casos de aborto permitido, pero una predisposición por parte de los profesionales de la salud para mejorar la atención de estos. Se planteo además la necesidad de mayos capacitación y de ampliar los supuestos permitidos por la ley para así mejorar la atención y reducir los casos de abortos practicados clandestinamente y por ende en condiciones inseguras.

En México el tema del aborto es altamente debatido, su legislación también es similar a la de nuestro país, y reprime al aborto, pero contempla excepciones, estas son:

- El caso del aborto terapéutico – Para cuando exista riesgo para la salud de la madre
- En caso de que el embarazo sea producto de una violación
- Se agrega el supuesto en que es causado por la imprudencia de la mujer

Por ultimo mencionaremos a Uruguay, en donde el aborto es permitido de un modo más amplio ya que recientemente el presidente José Mujica promulgo la ley que despenaliza el aborto antes de la semana 12 de gestación.

Dejamos al final a Uruguay porque claramente se diferencia de los demás ya que constituye el único país de Sud América en permitir el aborto de un modo tan amplio.

Conclusión

Sin duda al hablar de aborto tendremos que hablar también de polémica, de derechos fundamentales, de posturas a favor y en contra. El aborto en el mundo no deja de generar debates aun en aquellos países en donde el mismo esta despenalizado, ya que las corrientes en contra del aborto no dejan de luchar por el respeto al derecho a la vida por sobre cualquier otro y las agrupaciones a favor por el derecho a decidir que le compete a la mujer. Además es altamente considerado por la OMS y los distintos ministerios de salud a lo largo del mundo, por el alto número que presentan las estadísticas mundiales y locales en lo que respecta a la mortalidad y morbilidad de las mujeres.

Es por ello que a lo largo de la investigación se puede pasar por varios estados de conciencia, porque los argumentos expuestos, tanto de un frente como del otro, resultan siempre muy convincentes. Lo cierto es, que respecto del tema central de esta investigación, el Aborto no Punible y particularmente el fallo de la CSJN en los autos F.A.L. S/Medida Autosatisfactiva, la posición a la que he arribado es a favor de lo expuesto por la corte.

Todo se centra particularmente en los supuestos de abortos permitidos contemplados por el código penal en su artículo 86 inc. 1 y 2.

Si bien en una lectura simple y ligera del artículo mencionado en su inciso segundo, uno podría inferir que nuestra ley penal solo exceptúa de la punibilidad, al aborto practicado por un medico diplomado en el caso de la violación o atentado de pudor a una mujer demente o idiota, pero si analizamos bien la misma, desmenuzando parte por parte su redacción, resulta mucho más claro apoyar los argumentos de la corte, casi se hace difícil no estar de acuerdo con que lo correcto es hacer una interpretación amplia de la misma. La norma nos dice que no será punible el aborto practicado por un medico 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. Como ya se señalo si lo desmenuzamos podemos ver claramente que el legislador tuvo en cuenta dos supuestos:

- 1- El embarazo que proviene de una violación
- 2- El embarazo que proviene de una violación a una mujer demente o idiota.

La misma norma nos está diciendo que el aborto no será punible cuando el embarazo provenga de una violación y donde debió existir una coma, o (recordemos el carácter disyuntivo de la misma) de un atentado al pudor “cometido” en una mujer demente o idiota. Si se hubiese querido tener en cuenta dos acciones practicadas en una mujer con estas características respecto de sus capacidades

mentales y como ya se ha expuesto por la doctrina mayoritaria, se habría colocado la palabra “cometidos” para hacer referencia a ambas acciones. Recordemos que como nuestro código no recepta el atentado al pudor como delito, lo que debe entenderse quiere referirse la norma es el delito de abuso sexual.

Muchos sostienen y adhiero, que la problemática aparece por un error en la redacción del artículo, por que ha sido tomado del código de Suiza de 1916, pero que en realidad la voluntad del legislador era permitir el aborto siempre que medie consentimiento de la mujer en los casos en que hubiese existido una violación, independientemente de la salud mental de la mujer, salvo que en el caso de que esta fuere idiota o demente se deberá requerir el consentimiento de su representante.

Es evidente lo necesario de lograr una modificación del código penal en este aspecto y poner claridad a esta norma que presenta tantos problemas a la hora de su interpretación y aplicación y poder garantizar los derechos otorgados a las mujeres que se encuentren comprendidas dentro de su supuesto de excepción.

Considero además, que tal como lo exponen claramente los magistrados Argibay y Petrachi en sus respectivos votos, aquí lo que hay es un conflicto de intereses entre dos derechos, uno que se traduce en el derecho a la vida del por nacer, y otro el derecho que le compete a la mujer de acceder a la realización de un aborto no punible cuando su embarazo es el fruto de una violación. Ante esto, es correcto afirmar que ningún derecho es absoluto, que si bien el derecho a la vida es un derecho fundamental, este no es absoluto y que fue el mismo legislador quien lo entendió así a momento de redactar este artículo en nuestro código penal. Si bien es difícil de asimilar en este caso, se ve quizá menos cuestionado cuando también se despoja de pena en aquellos supuestos de legítima defensa.

Asimismo, entiendo que hay un aspecto que no se ha analizado en profundidad ya que en lo que respecta a este caso, la menor A.G. presentaba un severo cuadro de depresión, en donde todos los informes de los distintos especialistas coincidían en que darle continuidad al embarazo podía agravar profundamente su situación, poniendo en verdadero riesgo su vida. Ante tal supuesto, y dejando más que claro que la discusión respecto de si el caso encuadraba en el supuesto contemplado en el inc. 2 del artículo 86, es además de muy rica, de vital importancia; se podría haber tenido en cuenta la situación planteada como una de las contemplados por el inc. 1º de la referida norma, recordemos que ésta, excluye de la pena a los abortos cometidos 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. Esto último, ha quedado por de mas acreditado en la causa, tanto el hecho de que existía un grave riesgo para la salud de la menor A.G., física y psíquica, como el hecho de que no existía otro medio alternativo que fuere seguro para evitar un riesgo en la salud emocional y un latente riesgo de vida, ante las persistentes ideas suicidas que la menor manifestó en las distintas entrevistas

llevadas a cabo a lo largo de la travesía judicial. Obligarla a que el embarazo llegara a término significaba para ella una situación que la atormentaba tanto que se presentaban las ideas de acabar con su corta vida. A mi entender de las actuaciones se desprende al menos la necesidad de analizar si la situación puntual de A.G. podía llegar a encuadrar en el supuesto del Inc. 1º del art. 86; sin desconocer como ya he dicho que lo debatido fue de una inmensa importancia institucional. El caso desde su inicio en el fuero penal, hasta su tratamiento en la corte, presenta argumentos muy ricos desde todas las posturas y resulto más que interesante haberlos estudiado en profundidad.

Bibliografía

Doctrina:

- MARTINEZ BARRIOS, Hermes - “Manual de Metodología de la investigación” Primera Edición, Guatapuri Ediciones, Valledupar 2010
- ORTIZ URIBE Frida Gisela; María Del Pilar García Nieto, “Metodología de la Investigación - El proceso y sus Técnicas”. México, 2007.
- SABINO Carlos A. Caracas “Problemas de Investigación - Abril de 2000.
- “Las nuevas responsabilidades” (Alcance del Fallo: caso Fal) - *www.Pagina 12.com.ar*.
- BERGALLO, Paola “Aborto y Justicia” Buenos Aires: Editores del Puerto. 2011
- Entrevista a La senadora Uruguaya Mónica Xavier por Rocío Magnani “Hoy el aborto ya no se puede evitar”- *www.Pagina 12.com.ar*.
- PANZERINI, Lorena - “La provincia más avanzada del País” - *www.Pagina 12.com.ar – Suplemento Rosario*.
- Guía Técnica para la atención integral de los abortos no punibles del Ministerio de Salud de la Nación.
- FIGARI, Rubén E. – Bailone Matías - “El aborto y la cuestión penal”- Editorial Mediterránea, Córdoba, Octubre de 2006.
- ALFONSO RUIZ, Miguel- “El aborto entre la ética y el derecho” Conferencia Universidad de Madrid – Septiembre 2003
- TREVIJANO, Pedro- “La cuestión legal sobre el aborto” – *www.religionenlibertad.com*.
- Informe de Prensa - Buenos Aires, 13 de marzo de 2012- “La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados” – Nota del Centro de Información Judicial/Agencia de Noticias del Poder Judicial - *www.cij.gov.ar*
- DIAZ, Soledad Gallego - “Argentina intenta romper el muro antiabortista en Latinoamérica” – *www.elpais.com*
- BADENI, Gregorio – “Derecho a la vida y aborto” – (*Foro UCA Vida y Familia- 2006*)- *www.uca.edu.ar*

- Complicaciones del aborto: directrices técnicas y gestoriales de prevención y tratamiento.OMS Ginebra 1995
- Ruíz Peña, Nínro. “Evangélicos argentinos dividen posición sobre aborto: unos a favor y otros en contra” www.noticiacristiana.com
- Ciencia, UNAM, México, 2004
- RABBI BALDI CABANILLAS, Renato- “El aborto no punible en la Argentina” – revista pensar en derecho- Año de edición 2012
- ALONSO, Juan Pablo- “Violación, aborto y las palabras de la ley” – revista pensar en derecho- Año de edición 2012
- FIGARI, Rubén E. “Los alcances del fallo de la Corte sobre el aborto producto de una violación” Revista pensamiento penal. Publicación Edición 141 - 03/04/2012
- Nota “Número de abortos legales aumentó 242% en ocho años en Brasil” - www.elcomercio.pe – 22 de marzo de 2009
- Nota “El aborto ya es ley en Uruguay” www.telenocheonline.com - 11/06/2013

Jurisprudencia:

- C.S.J.N. “F.a.l. s/medida autosatisfactiva”– CSJN (2012)
- C.N.Apel.Crim.Corr. (Pleno) de Capital Federal, “Natividad Frías” (1966)
- C.N.Apel.Crim.Corr. Comodoro Rivadavia, Sala A, “J.Y.O. s/ medida autosatisfactiva” (2010)
- S. T.J. de Entre Ríos "Defensora de P. y M. N° 2 (En Repr. De Persona Por Nacer) s/ Medida Cautelar De Protección De Persona"- (2007)
- Juzgado de Instrucción Crim.Corr. N° II, Rio Negro, “N., R.F. s/Abuso sexual s/Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/Apelaciones S/ Casación”, (2010)

Legislación:

- Código Penal Argentino
- Constitución de Nación Argentina

- Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica
- Declaración Americana de derechos y deberes del hombre
- Convención Internacional de los Derechos del Niño
- Ley 23.849 Aprobación de la Convención de los Derechos del Niño
- Ley 23.054 Aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	GINENEZ ROMINA ALEJANDRA
E-mail:	rho_gimenez@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	LA C.S.J.N. Y EL ABORTO NO PUNIBLE – “F.A.L. Repercusiones de un fallo polémico”
Título del TFG en inglés	THE C.S.J.N. And non PUNISHABLE abortion - "Impact of a controversial ruling F.A.L."
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	Trabajo de Investigación Aplicada (PIA)
Integrantes de la CAE	Lago Jose y Davies Maximiliano
Fecha de último coloquio con la CAE	16/10/2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Contenido: TFG: La CSJN y el Aborto no punible- “F.A.L. Repercusiones de un fallo polémico”- Tipo de Archivo: Word 97-2003

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