

# EL ABORTO

## Su penalización: ¿protege verdaderamente el derecho a la vida?

Carrera: Abogacía.  
Alumna: Maria Magdalena Castro Arce.  
Legajo: VABG10506.



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



**RESUMEN:**

El aborto es la interrupción de la gestación de una persona y es penalizado por la mayoría de las legislaciones, con lo cual se protege el derecho a la vida, asumiendo jurídicamente que hay vida antes del nacimiento y que cualquier práctica que atente contra la misma, se encuentra prohibida salvo las excepciones previstas expresamente. Sin embargo, los términos utilizados por las normas que tipifican el aborto y su aplicación judicial no constituyen métodos efectivos de protección de la vida de las personas por nacer. ¿Qué es vida?, ¿Cuál vida proteger?, ¿El ordenamiento que prohíbe el aborto, protege la vida?, interrogantes que demuestran la particular brecha entre lo que las normas disponen y su efectiva vigencia: ni la prohibición legal inhibe la realización de abortos, ni las excepciones aseguran el acceso a la interrupción del embarazo en el servicio de salud pública de acuerdo a las condiciones prescriptas. Con esta exposición se pretende plantear la problemática con la gravedad que alcanza, para ello se inició el estudio y análisis de normas nacionales e internacionales, y el impacto diferencial que dichas normas han tenido en la realidad existencial de las sociedades a las que pertenecen.

Con el objetivo de considerar si las normas que tipifican al aborto y su aplicación judicial que de ellos hacen los operadores jurídicos constituyen métodos efectivos de protección de la vida de las personas por nacer. Finalizando con una conclusión al respecto.



**ABSTRACT**

Abortion is termination of pregnancy of a person and it is penalized by the majority of the laws, which protects the right to life, legally assuming that there is life before birth and that any practice that violates it, is forbidden unless the exceptions expressly provided. However, the wording used by the norms that typify the abortion and its judicial application are not effective methods of protection of the life of people by birth. What is life?, which life protect?, does the law banning abortion, protect life?, questions which show the particular gap between what standards have and their effective observance: nor the legal prohibition inhibits the realization of abortions, the exceptions to ensure access to the termination of pregnancy in the service of public health according to the prescribed conditions.

With this exhibition one tries to raise the problematics with the gravity that reaches, for it there began the study and analysis of national and international procedure, and the impact differential that the above mentioned procedure have had in the existential reality of the companies to which they belong. With the aim to consider if the procedure that they typify to the abortion and his judicial application that of them the juridical operators do constitute effective methods of protection of the life of the persons for being born. Finishing with a conclusion in the matter.



**Agradecimientos:**

**A Alfredo mi esposo, mis hijos Magdalena, Huerto, Eliseo, Sol y Delfina, por el apoyo incondicional para lograr llegar a este objetivo y son el pilar fundamental de mi vida.**

**A mis padres, hermanos y amigos por sus palabras de aliento, por alegrarse con mis logros incentivandome a seguir.**

**A la Universidad, a sus profesores, que formaron parte de este aprendizaje, poniendo a disposición sus conocimientos.**

**Simplemente GRACIAS por la felicidad que hoy siento de lograrlo.**



<b>ÍNDICE</b> .....	<b>9</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>11</b>
<b>Capítulo 1: Marco Conceptual</b> .....	<b>15</b>
<b>Aborto - Concepto</b> .....	<b>15</b>
<b>Breve Reseña Histórica</b> .....	<b>15</b>
<b>Complicaciones del aborto</b> .....	<b>21</b>
<b>Procedimientos y Métodos Abortivos</b> .....	<b>21</b>
<b>Clases de Aborto</b> .....	<b>24</b>
<b>Psicopatologías luego del aborto</b> .....	<b>29</b>
<b>Capítulo 2: Marco Jurídico y Jurisprudencial</b> .....	<b>31</b>
<b>Política y Normativa Criminal en torno al Aborto</b> .....	<b>31</b>
<b>Antecedentes Legislativos Argentinos</b> .....	<b>32</b>
<b>Código Penal Vigente – Análisis de Figuras</b> .....	<b>38</b>
<b>Proyectos de Leyes Modificadorias del Código Penal Vigente en Torno a la Figura del Aborto</b> .....	<b>52</b>
<b>Marco Jurídico Internacional</b> .....	<b>54</b>
<b>Convención Americana sobre Derechos Humanos</b> .....	<b>54</b>
<b>Convención Internacional sobre Eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. (CEDAW)</b> .....	<b>55</b>
<b>Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.949)</b> .....	<b>57</b>
<b>Legislaciones Comparadas en América Latina</b> .....	<b>57</b>
<b>Capítulo 3: Reseña Jurisprudencial</b> .....	<b>63</b>
<b>Jurisprudencia Nacional</b> .....	<b>63</b>
<b>Corte Suprema de Justicia de la Nación</b> .....	<b>63</b>
<b>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional</b> .....	<b>78</b>
<b>Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires</b> .....	<b>81</b>
<b>Jurisprudencia Internacional</b> .....	<b>88</b>
<b>Sistema Universal de Protección</b> .....	<b>88</b>

---

<b>Comité CEDAW .....</b>	<b>88</b>
<b>Sistema Interamericano de Protección .....</b>	<b>92</b>
<b>Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....</b>	<b>92</b>
<b>Corte Interamericana de Derechos Humanos.....</b>	<b>98</b>
<b>Casos de Tribunales Extranjeros de Relevancia Internacional.....</b>	<b>102</b>
<b>Capítulo 4: Derechos Fundamentales en Juego .....</b>	<b>105</b>
<b>El Derecho a la vida.....</b>	<b>105</b>
<b>El Derecho a la Salud Física y Psicológica .....</b>	<b>110</b>
<b>El Derecho a la Intimidad y Autonomía de la Voluntad .....</b>	<b>111</b>
<b>Capítulo 5: Problemas de implementación.....</b>	<b>115</b>
<b>Conclusión .....</b>	<b>123</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>129</b>
<b>Instrumentos Internacionales.....</b>	<b>132</b>
<b>Otras Fuentes Consultadas:.....</b>	<b>132</b>
<b>Jurisprudencia .....</b>	<b>135</b>

## INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida, en sentido amplio constituye un derecho fundamental dentro del cuerpo Convencional y Constitucional de protección en materia de derechos humanos. Porque sin vida no es posible considerar o ejercer los demás derechos naturales que la ley le reconoce al individuo. Ello desde que dicho derecho se compone específicamente del derecho inherente a la vida (esto es al respeto incondicional de la existencia de todos), y del derecho a la supervivencia y al desarrollo. Al respecto, se ha sostenido que

*La libertad de vivir, entendida en un sentido conceptual amplio, comprensivo tanto de los matices físicos y materiales como también de todos los aspectos y proyecciones de la personalidad espiritual del ser humano, constituye un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a los restantes derechos y libertades, por la simple circunstancia de que ninguno de ellos puede ser considerado en forma separada de aquélla. La vida es el presupuesto condicionante de las restantes especies del género libertad (BADENI, Gregorio. 2006).*

Sentado ello, el aborto, esto es la muerte provocada a una persona en gestación antes de su nacimiento, es considerado un delito en la mayoría de las normas nacionales e internacionales de protección.

Con lo cual, al proteger la vida humana en el seno materno, se asume jurídicamente que hay vida antes del nacimiento y que cualquier práctica que atente contra la misma, se encuentra prohibida salvo las excepciones previstas expresamente por los mismos ordenamientos.

Dichas excepciones, constituyen aquellas circunstancias en las que se faculta a la madre de la persona en gestación a someterse a la práctica abortiva –considerada no punible por la misma legislación-, debiendo otorgar su consentimiento o, en su caso, el de su representante legal.

En ese orden, el Código Penal Argentino tipifica al Aborto como Delito contra la Vida de las personas, en el Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Primero, y establece en el art. 86 segundo párrafo como hipótesis legales de excepción aquellos casos en que el embarazo proviene de una violación o de un atentado contra el pudor de una mujer idiota o demente, o si la práctica se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de

la madre y si el mismo no puede ser evitado por otros medios.

Bajo tales premisas, desde el punto de vista normativo es clara la diferencia entre un aborto punible o no punible. Sin embargo, en la ley no se plasma la zona gris que genera la realidad social, económica y cultural, la cual lleva ínsita la paradoja de situaciones que responden a cánones opuestos entre sí y distintos al ámbito normativo: vida o muerte; imposición o elección.

En efecto, por un lado se postula el derecho a una vida digna, mientras que por otro se encuentra en juego la libertad de decisión de la mujer sobre su propio cuerpo ante situaciones que no pueden ser encuadradas en el marco normativo citado pero que igualmente necesitan de protección. Y los operadores jurídicos se ven impotentes ante la vaguedad de la norma, porque entonces la norma no parece efectiva en su fin último, es decir la protección a la vida –tanto de la madre como de la persona por nacer-. Ello desde que la misma norma no atestigua la ola de situaciones en las que la “vida digna” que promueve su texto, no se plasma en la realidad estructural de muchas sociedades, y por tiro de elevación, el resto de los derechos que comprende una vida digna no se encuentran efectivamente asegurados.

Planteada así la problemática jurídica, el presente trabajo se propone establecer si los términos utilizados por las normas que tipifican al aborto y su aplicación judicial, como los procedimientos y protocolos legales-científicos previstos para la realización de los abortos no punibles constituyen métodos efectivos de protección de la vida de las personas por nacer, y por accesión, la vida de sus progenitoras.

A partir del análisis y estudio del marco teórico sentado precedentemente, del examen comentado de los diversos antecedentes legales y jurisprudenciales -a nivel nacional e internacional-, de la evaluación estadística, entre otros datos, se indagará de cada una de las posiciones sentadas al respecto, sus beneficios, sus desventajas, sus resultados; a fin de concretar una postura crítica respecto del objetivo planteado.

A tales efectos el desarrollo del Trabajo Final de Grado aborda el tratamiento de la temática adoptando una metodología dialéctica de exposición y reflexión a través de la estructuración de cuatro capítulos.

En el primer capítulo se define el aborto, se sintetizan los antecedentes históricos relativos a la penalización del aborto, y las distintas posturas elaboradas al respecto; se

efectúa una clasificación de los distintos tipos de aborto, tanto a nivel jurídico como científico.

En el segundo capítulo, establece el marco jurídico nacional e internacional, analizando los tipos legales que penalizan el aborto en el ordenamiento nacional e internacional; así como se reseña los instrumentos internacionales de protección al derecho a la vida.

En el tercer capítulo se efectúa el análisis integrado de la jurisprudencia –nacional e internacional- sentada en la materia, indagando los protocolos adoptados en casos de abortos no punibles en nuestro país.

Y por último se culmina con la identificación y examen crítico de la política criminal en orden a los derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la libertad sexual de la mujer, y concluyendo por establecer la eficacia -o no- de los procedimientos legales previstos en orden a su protección.



## CAPÍTULO 1: MARCO CONCEPTUAL

### **ABORTO - CONCEPTO**

El término aborto (del latín ab = privativo, y ortus/orior = nacimiento) indica la interrupción del embarazo con la muerte del embrión antes del nacimiento.

Desde el campo de la obstetricia, se considera que *“el aborto es la interrupción espontánea o provocada del embarazo antes de las 20 semanas de amenorrea, con un peso del producto de la gestación inferior a 500 gramos”* (Garrido Calderón 1995). Es decir que científicamente, constituye la interrupción de la gestación con muerte del producto de la concepción antes de completarse los 180 días del embarazo. Si la interrupción del embarazo se produce antes de los 120 días, se denomina aborto propiamente dicho, y entre los 120 días y los 180 días, se hace referencia a parto inmaduro.

Desde el punto de vista médico legal, el “aborto criminal” es la interrupción provocada y anti jurídica del embarazo-dolosa, culposa o preterintencional- con muerte del producto de la concepción en cualquier momento de éste, denominado jurídicamente como “persona por nacer”. Como tal es considerado un delito contra la vida de un ser en gestación en cualquier momento del embarazo cuando es cometido por cualquier persona. Esto indica que la víctima es el nuevo producto de la concepción provisto de vida, ya se trate de un huevo, de un embrión o de un feto. Se dice que hay una interrupción provocada y anti jurídica del embarazo para caracterizar una acción penada por la ley.

### **BREVE RESEÑA HISTÓRICA <sup>1</sup>**

El aborto es tan antiguo como la humanidad misma y han existido distintas técnicas para la interrupción del embarazo desde épocas remotas.

En la época primitiva el aborto era legal, moral y religiosamente aceptado cuando era el padre el que lo disponía. Por ejemplo en el Código de Hamurabi (2.500 a.C.) el aborto se consideraba un delito contra los intereses del padre o del marido, también una lesión a la mujer.

En el mundo antiguo griego y latino, ambas culturas patriarcales, el aborto era

---

<sup>1</sup> Cfr. Garrido Calderón Ob. Cit.

comúnmente practicado por los médicos, sobre todo en caso de embarazos extra conyugales, sin embargo es el feto es "Pars Viscerum Matris", es decir que es parte del cuerpo de la mujer, y como ella pertenecía al padre, esposo o estado, esto se extendía a su vientre.

En Grecia era empleado para regular el tamaño de la población y mantener estables las condiciones sociales y económicas. Platón recomendaba el aborto a las mujeres embarazadas mayores de 40 años o cuya pareja era mayor de 50 años. Aristóteles sostenía que el feto se convierte en 'humano' a los 40 días de su concepción si es masculino y a los 90 si es femenino y recomendaba el aborto para limitar el tamaño de familias muy numerosas o humildes. La decisión era dejada a la madre, salvo de que se tratara de cuestiones de Estado.

En un texto chino de medicina escrito tres mil años antes de Cristo, aparece la primera receta de un abortivo oral.

En la antigua Roma el aborto estaba permitido, pues el derecho romano no consideraba al nasciturus como persona, aunque le reconocía derechos tales como el derecho a nacer (posponiendo, por ejemplo, las ejecuciones de mujeres embarazadas condenadas a muerte).

Hipócrates, considerado el padre de la medicina moderna, demostraba conocer fórmulas abortivas, aunque llamaba la atención los riesgos para la salud que esto implicaba.

Sorano de Efeso, que ejerció su profesión en el siglo 11 de nuestra era, descubrió tisana con efecto abortivo, como la ruda o hisopo.

En las culturas matriarcales y en la céltica, donde la descendencia más importante era la materna, el aborto era dejado a discreción de la mujer. Generalmente no era practicado porque era considerado un insulto a las divinidades femeninas del renacimiento y de la fertilidad.

Los aztecas utilizaban hierbas para facilitar la expulsión del feto tanto en el aborto, como en el parto; entre ellas estaba el bleo, que tiene poder oxiótico.

Es posible señalar que el aborto y la anticoncepción no significaban problemas morales en las sociedades antiguas. La única regulación que era muy estricta en esas sociedades, desde Mesopotamia hasta la Europa medieval, era el derecho de propiedad del hombre sobre el fruto del vientre de la madre. En los primeros documentos cristianos, la

discusión sobre el aborto se centraba en dos aspectos:

1) Se consideraba pecaminoso el aborto cuando se utilizaba para ocultar el pecado sexual, como la fornicación o el adulterio y;

2) La oportunidad en la que ocurría la hominización o infusión del alma en el feto, predominando durante mucho tiempo la creencia que la hominización ocurría tardíamente, a los 40 días en el hombre y a los 80 días en la mujer, opinión vertida originalmente por Aristóteles y sustentada por San Agustín.

Desde el punto de vista normativo, el aborto provocado puede ser legal o ilegal de acuerdo a la legislación de cada sociedad. Y tales legislaciones son el reflejo de las cosmovisiones propias de cada grupo humano que las integra.

La ley sobre el aborto es un reflejo de las estructuras socioeconómicas de cada pueblo y cada época. Y es un reflejo de la situación social de la mujer, que a su vez depende de la estructura socioeconómica.

Como se dijo, en las ciudades superpobladas de la antigüedad, donde el hedonismo y el perfeccionamiento de sus habitantes eran cuestión de Estado, el aborto era considerado una práctica normal de regulación del nacimiento.

Es a partir de los escritos del avance del Cristianismo que el aborto se convierte en un asunto de teología y moral, y posteriormente en legal. Hacia el siglo II d.C. se remontan las primeras leyes estatales contra el aborto, con el exilio de las mujeres que abortaban y la condena o el destierro de las personas que lo practicaban.

Sin embargo, respecto a las cuestiones morales fundamentales sobre las que asentaba la Iglesia su negativa al aborto, durante los primeros seis siglos de la cristiandad los teólogos no lograron ponerse de acuerdo sobre este punto y en diferentes áreas geográficas regían diferentes opiniones. Mientras una minoría opinaba que la hominización ocurría en el momento de la fecundación, otros opinaban, que eran la mayoría, que no, sosteniendo el punto de vista de Aristóteles.

Las contradicciones sobre el momento de la hominización no fueron resueltas sino a partir de los escritos de San Agustín, en que la teoría de la hominización tardía predominó, siendo convertida en doctrina oficial de la Iglesia en el siglo XIX, quedando oficializada la opinión de San Agustín afirmando que el " el aborto es homicidio solo cuando el feto se ha

formado". De hecho a partir de esta época y hasta el siglo XIX el criterio de permisibilidad de los abortos fueron los primeros movimientos fetales.

Tres siglos después en 1588, el Papa Sixto V, en un intento de frenar la prostitución en Roma, declara el aborto y la anticoncepción pecados mortales, posibles de excomunión o muerte en la hoguera.

El Papa Gregorio XIV restableció el principio de la hominización tardía. En 1869, Pio IX proclama nuevamente la hominización inmediata a la concepción, según la cual el alma humana está presente desde el mismo momento de la concepción.

Las sociedades antiguas, primitivas y preindustriales conocían el aborto. Fray Bartolomé de Las Casas describe como los indígenas que habitaban en nuestra isla a la llegada de los españoles, abrumados por el exceso de trabajo y maltrato de los conquistadores, se provocaban el aborto para que las descendencias no llegaran a sufrir las mismas desgracias. Los criollos nacionalistas que en las primeras décadas del siglo pasado declararon su independencia, adoptaron el Código Napoleónico que sancionaba a la mujer que se provocaba un aborto.

La estricta prohibición del aborto en España, las pobres condiciones sociales, el pronunciamiento de la Iglesia Católica, la elevada tasa de mortalidad, la escasez de mano de obra, los grandes territorios despoblados etc. hicieron que el Código Penal de los países recién independizados determinara que el aborto provocado era un crimen punible con encarcelamiento de quienes buscaran y prestaran servicio de aborto.

En las colonias norteamericanas en 1607 y luego en 1828, el derecho permitía a las mujeres el aborto libremente. El aborto no se consideraba una ofensa siempre y cuando se practicara con el consentimiento de la mujer antes de que el feto se moviera.

En 1900 el aborto se declaró ilegal en todos los estados de la unión norteamericana, en gran parte de ellos la única razón para practicarlo era cuando peligraba la vida de la mujer embarazada.

Las diferencias en el desarrollo histórico, cultural e ideológico de los pueblos han producido legislaciones muy variadas. En 1920 la antigua Unión Soviética se convierte en el primer país en legalizar el aborto, practicado en el hospital, a solicitud de la madre en el primer trimestre.

No obstante las prohibiciones mencionadas, durante el siglo XX, y desde que en 1948

Japón adoptó la ley de protección eugenésica, permitiendo la práctica del aborto por una amplia variedad de razones, flexibilizándose alrededor del mundo en diversas situaciones médicas, sociales o particulares.

En 1935, Islandia fue el primer país occidental en legalizar el aborto terapéutico en ciertas circunstancias. En la década de 1950 la mayoría de los países del ex bloque soviético legalizaron el aborto voluntario en el primer semestre de embarazo.

Entre finales de los años sesenta y principios de los setenta, casi todos los países industrializados de Europa y Norteamérica (Estados Unidos y Canadá) lograron despenalizarlo en el primer trimestre de embarazo y ampliar las circunstancias en que se permite practicarlo, gracias sobre todo a la revolución sexual y a las luchas feministas de esos años.

Los países europeos más católicos (Italia, España, Portugal e Irlanda) fueron más recalcitrantes al legalizarlo, mientras que los países escandinavos y anglosajones fueron más sensibles hacia el derecho a decidir de las mujeres.

A finales de la década de 1960 la despenalización del aborto se extendió a muchos países. Las razones de estos cambios legales fueron de tres tipos:

1) El infanticidio y la mortalidad materna asociada a la práctica de abortos ilegales; 2) La sobre población mundial; 3) El auge del movimiento feminista.

Hacia 1.980, el 20% de la población mundial habitaba en países donde la legislación sólo permitía el aborto en situaciones de riesgo para la vida de la madre. Otro 40% de la población mundial residía en países en los que el aborto estaba permitido en ciertos supuestos -riesgo para la salud materna, situaciones de violación o incesto, presencia de alteraciones congénitas o genéticas en el feto- o en situaciones sociales especiales (madres solteras o con bajos ingresos). Otro 40% de la población mundial residía en países donde el aborto estaba liberalizado con las únicas condicionantes de los plazos legales para su realización<sup>2</sup>.

El movimiento de despenalización para ciertos supuestos, ha seguido creciendo desde entonces en todo el mundo y ha sido defendido en las conferencias mundiales sobre la mujer, especialmente en la de Pekín de 1995, aunque todavía hay países que sobre todo por

---

<sup>2</sup> Cfr. Vallejo Vidal. La Sociología Jurídica frente al aborto. Recuperado de: <http://www.redaccionpopular.com/content/la-sociolog%C3%AD-jur%C3%ADdica-frente-al-aborto>.

razones religiosas se ven presionados a mantener legislaciones restrictivas y condenatorias con respecto al aborto. En muchos países está permitido abortar por razones socioeconómicas. Actualmente, 61% de la población mundial vive en países donde se permite el aborto por una amplia gama de razones, incluso por la sola voluntad de la mujer.

La experiencia que ha dado el desarrollo histórico de esta práctica es que un embarazo no planeado, termina generalmente en un aborto inducido clandestinamente, sea o no permitido por la ley y se haya realizado o no en condiciones seguras. Y la posición de cada sociedad determina en definitiva que

*(...) cíclicamente aparece el tema del aborto ante la opinión pública; al igual que en otras partes del mundo aparecen argumentos a favor y argumentos en contra de su legalización. Este fenómeno no es privativo de los países que no han logrado su despenalización. Estados Unidos que lo logró en 1973 se vuelve a replantear esta decisión y tiene fuertes grupos de oposición, donde los subdesarrollados consideran el aborto como algo malo y los civilizados como algo bueno. No se trata de avances o retrasos, batallas ganadas o batallas perdidas, según el bando, sino ciclos que se repiten en la historia moderna y todo depende de la concepción filosófica que se tenga en la vida (...) Las mujeres internadas por complicaciones del aborto representan una ínfima parte del total, son simplemente la parte visible de un número mayor de ellas que se han practicado un aborto.*

*Los expertos consideran que una de cada cuatro (4) mujeres que ha tenido un aborto inducido, podría ser hospitalizada para el tratamiento de complicaciones.*

*Según estimaciones en 1991, se produjeron 44 millones de abortos. En América del Norte, Europa y algunos países de Asia, la mayoría son realizados legalmente; en el resto del mundo se practican clandestinamente unos 15 millones, alrededor de 4 millones en América Latina, lo que nos da una tasa de 65 abortos por cada 1000 mujeres en edad fértil y una proporción de un aborto por cada dos nacidos vivos.*

*En algunos países del tercer mundo, el aborto es responsable de una de cada cuatro muertes maternas.*

*Un cálculo basado en datos de la Federación Internacional de Planificación Familiar (I.P. P. F.) nos dice que en 65 países asiáticos, africanos del medio oriente y de América Latina mueren alrededor de 84,000 mujeres cada año, debido a complicaciones del aborto clandestino.*

*La morbilidad asociada al aborto es alta en el tercer mundo, teniendo costos*

*sociales muy elevados no solo por parte de las mujeres y familias que se ven afectados sino que constituyen una sobrecarga para los servicios hospitalarios, ya de por sí precarios, pues consumen una porción importante de recursos médicos, tales como suministro de sangre, antibióticos, camas hospitalarias personal médico (GARRIDO CALDERÓN, José. 1995)*

### **COMPLICACIONES DEL ABORTO**

En la producción del aborto, en cualquiera de sus formas se pueden presentar complicaciones para la mujer. Las mismas pueden producirse durante o después de su ejecución, provocando una muerte súbita, debido a una acción refleja, con paro cardio respiratorio, en el peor de los casos. También se pueden producir perforaciones en el útero que causan hemorragias, infecciones, intoxicaciones, o en el mejor de los casos se puede causar infertilidad.

### **PROCEDIMIENTOS Y MÉTODOS ABORTIVOS**

**INFUSIONES:** hay sustancias, especialmente de origen vegetal, a las que han sido atribuidas propiedades abortivas, que se ingieren en forma de infusión, tales como la yerba de perdiz, guaycurú, ajenojo, etc. Se toman diariamente 2 tazas de la infusión, para provocar la menstruación en caso de poca o falta total. Con la ingestión de purgantes drásticos y derivados vegetales como el aloe vera, aceite de ricino y jalapa entre otros, se produce una acción abortiva, logrando una intensa congestión de los órganos pelvianos.

**QUÍMICOS:** el Mifepristone, provoca el aborto no quirúrgico en las mejores condiciones de preservación de la vida de la mujer embarazada. Las grageas abortivas, denominadas como “la píldora del día después”, cuya aplicación sea ulterior a la nidación del óvulo fecundado, constituye un aborto criminal, penado por la ley argentina.

**PROCEDIMIENTOS FÍSICOS ABORTIVOS:** estos procedimientos son los más variados, se extienden desde la aplicación de duchas vaginales fuertes hasta la introducción de objetos o cuerpos extraños en el canal cervical a través de la vagina, tales como tallos de perejil, agujas de tejer, lápices, etc, frecuentemente aplicados por la propia mujer o por otra

persona “entendida en estas cuestiones”. Los golpes de puño en el bajo vientre, realizar esfuerzos desmedidos son considerados medios violentos que resultan efectivos como métodos abortivos.

**PROCEDIMIENTOS OBSTÉTRICOS ABORTIVOS:** se consideran los más eficientes. Son admitidos en su práctica por mujeres cultas que reconocen los riesgos de maniobras improvisadas o temerarias, que las exponen a peligros de infecciones, de lesiones o a resultados ineficaces en la ejecución del aborto.

### **Por envenenamiento salino**

Se extrae el líquido amniótico dentro de la bolsa que protege al bebé. Se introduce una larga aguja a través del abdomen de la madre, hasta la bolsa amniótica y se inyecta en su lugar una solución salina concentrada. El bebé ingiere esta solución que le producirá la muerte 12 horas más tarde por envenenamiento, deshidratación, hemorragia del cerebro y de otros órganos. Esta solución salina produce quemaduras graves en la piel del bebé. Unas horas más tarde, la madre comienza "el parto" y da a luz un bebé muerto o moribundo, muchas veces en movimiento. Este método se utiliza después de las 16 semanas de embarazo.

### **Por Succión**

Se inserta en el útero un tubo hueco que tiene un borde afilado. Una fuerte succión (28 veces más fuerte que la de una aspiradora casera) despedaza el cuerpo del bebé que se está desarrollando, así como la placenta y absorbe "el producto del embarazo", depositándolo después en un balde. El abortista introduce luego una pinza para extraer el cráneo, que suele no salir por el tubo de succión. Algunas veces las partes más pequeñas del cuerpo del bebé pueden identificarse. Casi el 95% de los abortos en los países desarrollados se realizan de esta forma.

### **Por Dilatación y Curetaje**

En este método se utiliza una cureta o cuchillo provisto de una cucharilla filosa en la punta con la cual se va cortando al bebé en pedazos con el fin de facilitar su extracción por el cuello de la matriz. Durante el segundo y el tercer trimestre del embarazo el bebé es ya

demasiado grande para extraerlo por succión; entonces se utiliza el método llamado por dilatación y curetaje. La cureta se emplea para desmembrar al bebé, sacándose luego en pedazos con ayuda de los fórceps. Este método está convirtiéndose en el más usual.

### **Por "D & X" a las 32 semanas**

Este es el método más espantoso de todos, también es conocido como nacimiento parcial. Suele hacerse cuando el bebé se encuentra muy próximo de su nacimiento. Después de haber dilatado el cuello uterino durante tres días y guiándose por la ecografía, el abortista introduce unas pinzas y agarra con ellas una piernecita, después la otra, seguida del cuerpo, hasta llegar a los hombros y brazos del bebé. Así extrae parcialmente el cuerpo del bebé, como si éste fuera nacer, salvo que deja la cabeza dentro del útero. Como la cabeza es demasiado grande para ser extraída intacta; el abortista, entierra unas tijeras en la base del cráneo del bebé que está vivo, y las abre para ampliar el orificio. Entonces inserta un catéter y extrae el cerebro mediante succión. Este procedimiento hace que el bebé muera y que su cabeza se desplome. A continuación extrae a la criatura y le corta la placenta.

### **Por Operación Cesárea**

Este método es exactamente igual que una operación cesárea hasta que se corta el cordón umbilical, salvo que en vez de cuidar al niño extraído se le deja morir. La cesárea no tiene el objeto de salvar al bebé sino de matarlo.

### **Mediante Prostaglandinas**

Este fármaco provoca un parto prematuro durante cualquier etapa del embarazo. Se usa para llevar a cabo el aborto a la mitad del embarazo y en las últimas etapas de éste. Su principal "complicación" es que el bebé a veces sale vivo. También puede causarle graves daños a la madre. Recientemente las prostaglandinas se han usado con la RU-486 para aumentar la "efectividad" de éstas.

### **Pastilla RU-486**

Se trata de una píldora abortiva empleada conjuntamente con una prostaglandina, que es eficiente si se la emplea entre la primera y la tercera semana después de faltarle la

primera menstruación a la madre. Por este motivo es conocida como "la píldora del día siguiente". Actúa matando de hambre al diminuto bebé, al privarlo de un elemento vital, la hormona progesterona. El aborto se produce luego de varios días de dolorosas contracciones.

### **CLASES DE ABORTO**

Si bien el aborto, como tal, constituye la muerte de la persona en gestación, reconoce distintos tipos en virtud de las formas de producción, debiéndose partir de una diferenciación básica entre el que se genera espontáneamente y el inducido.

#### **ABORTO ESPONTÁNEO**

Se considera aborto espontáneo a la interrupción de la gestación antes de las 26 semanas, cuando el feto no está aún en condiciones de sobrevivir fuera del útero materno. Ocurre cuando un embarazo termina de manera abrupta, ya sea por una causa patológica materna, de causa patológica fetal o embrionaria y de causa patológica materno-fetal; pudiendo ser argumento de diagnóstico diferencial. Asimismo, se incluye dentro de esta categoría el aborto Accidental, el cual se produce por causas traumáticas, tóxicas, medicamentosas, etc.

Se considera en las estadísticas colectadas que entre un 8 y 15 por ciento de los embarazos que se detectan terminan de esta manera, aunque un número importante y difícilmente valorable pasan desapercibidos. Existen muchas doctas opiniones que dicen que incluso el 50 por ciento de los embarazos pueden considerarse fracasados y terminar de forma espontánea.

La mayoría de los abortos espontáneos, tanto conocidos como desconocidos, tiene lugar durante las primeras 12 semanas de embarazo y en muchos casos no requieren de ningún tipo de intervención médica ni quirúrgica. De igual forma también la inmensa mayoría de los abortos inducidos se dan antes de las 12 semanas.

Lógicamente, por la naturalidad con que se producen, es decir fuera del marco de acción y decisión de las madres, el aborto espontáneo no es punible.

### **ABORTO INDUCIDO**

El aborto inducido, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) es el como el resultante de maniobras practicadas deliberadamente con ánimo de interrumpir el embarazo. Las maniobras pueden ser realizadas por la propia embarazada o por otra persona por encargo de esta. En consecuencia, el aborto provocado o inducido es un acto voluntario, directo o indirecto, realizado por un médico, un empírico o la propia madre gestante para producir la muerte del feto y su posterior evacuación.

El aborto directo es premeditado y querido como un fin principal, generalmente para librarse del niño en gestación, o como medio para salvaguardar la honra, la salud, o la vida, cualquier otro bien de la madre.

El aborto indirecto es el no querido de manera directa, es decir que no es un fin en sí mismo, sino es accidental, accesorio y probable de la acción en sí misma, libre y legítima, de tal forma que si se pudiera, se evitaría. Un ejemplo de esto es la administración de medicamentos a la madre para erradicar un proceso patológico grave, y que un efecto colateral podría ser el aborto.

El aborto provocado se conoce con el nombre también de aborto criminal, voluntario e interrupción voluntaria del embarazo.

En virtud de dicha intención de provocar la muerte a la persona por nacer, es que se encuentra tipificado en la legislación penal de cada país, con algunas diferencias de acuerdo a las características y políticas de cada estado.

### **ABORTO TERAPÉUTICO**

Este tipo de aborto es también llamado profiláctico, suele ser aconsejado o indicado médicamente cuando el embarazo presenta un grave peligro futuro para la vida de la madre.

En consecuencia, dado que su realización es producto de causas predisponentes o determinantes que ponen en peligro la salud o la vida de la mujer embarazada, está permitido, y es considerado como aborto no punible por la legislación penal.

En líneas generales las razones médicas básicas por las que se justifica el aborto terapéutico son:

- Riesgo grave para la vida de la madre, cuando la continuación del embarazo o el

parto significan un riesgo grave para la vida de la madre.

- Para salvaguardar la salud física o mental de la madre, cuando éstas están amenazadas por el embarazo o por el parto.

- Reducción de embriones o fetos en embarazos múltiples, hasta un número que haga el riesgo aceptable y el embarazo viable.

- Riesgo grave para la vida del hijo, cuando la continuación del embarazo o el parto significan un riesgo grave para la vida del hijo, ya sea porque viene con una malformación, o tiene un alto riesgo de vida cuando nazca

El aborto terapéutico es reconocido internacionalmente como un servicio de salud especializado y necesario, cuya finalidad es salvar a vida de la madre cuando esta se encuentra en peligro; sin embargo no deja de ser una aborto orientado a la abolición de riesgos reales y aún supuestos.

En nuestro país, en 1968 se agregó en el Código Penal Argentino, en el inciso 1° el calificativo de “grave” y se derogó al volver a gobiernos en democracia. En dicha época aproximadamente, la Asociación Médica Mundial en el debate del 10 al 14 de febrero de 1969 en Montevideo, Uruguay, reconociendo que existe una fina línea entre el aborto terapéutico y el social, resaltaba entre otras cosas que:

*a) el médico debe respetar el punto de vista de la embarazada, pero el aborto a petición de ésta no es aceptable para la profesión médica. b) Toda legalización del aborto debe incluir una cláusula que exprese que un médico no está obligado a realizar la operación si, en un determinado caso, tiene reservas de conciencia. c) Si la declaración aprueba el aborto terapéutico, este solo podrá admitirse por indicación médica, estableciendo claramente que su aplicación está enteramente sujeta a las condiciones locales. d) Hay que estudiar el problema de la consulta con otro médico, o con un consejo constituido al efecto, y del lugar y las condiciones de la operación (ACHAVAL, Alfredo. 2009. p. 74)*

Ahora bien, ¿Es necesaria la autorización judicial?

Como se verá más adelante, el art. 86 del Código Penal, cuya segunda parte en su inc.1 se ocupa, sin denominarlo, del aborto terapéutico. “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si ese peligro no puede

ser evitada por otros medios”. Analizada la norma, surge que no se requiere ninguna intervención ni autorización judicial para practicar la interrupción del embarazo ante el supuesto que nos ocupa. No es necesario comunicar el caso, como tampoco informar la necesidad de practicar la interrupción de la gestación, ni que ésta se ha realizado.

Nuestra legislación no hace punible el aborto cuando con él se evita un peligro (en su versión anterior el Código decía “grave peligro”) para la vida o salud de la madre, siguiendo como paso previo imprescindible el consentimiento informado de la paciente, etapa plena de connotaciones éticas vinculadas con el ejercicio del principio de autonomía de aquella, sustento prioritario de la relación médico/ paciente. Si el paciente tiene capacidad para ejercerlo, es el único que puede decidir.

Aunque la norma legal sólo se refiere a la intervención de un médico, se aconseja realizar las interconsultas pertinentes para avalar el tratamiento propuesto. El Código de Ética de la Confederación Médica Argentina expresa en su art. 115 que la indicación “de la interrupción del embarazo deberá hacerlo una junta médica, uno de cuyos participantes por lo menos debe ser especializado en la afección padecida por la enferma”.

Todo lo actuado debe ser asentado -como lo fue- en la historia clínica, paradigma de la documentación médica y que suele ser la prueba instrumental más importante en aquellos casos donde es cuestionada la responsabilidad profesional del médico (POGGI, Carlos y POGGI, Victor. 2005).

### **ABORTO CLANDESTINO**

Los abortos clandestinos son una práctica diaria en los países donde aún es penalizado el aborto. Estos son realizados en pobres condiciones sanitarias que conllevan a millones de muertes al año por infecciones o algunas otras complicaciones.

### **ABORTO EUGENÉSICO**

Es el aborto provocado realizado en el caso de sospecha o certeza de una enfermedad seria del niño, a raíz de enfermedades de transmisión hereditaria o de contagio congénito o con malformaciones (radiaciones, traumatismos, rubeola, etc). Dicha certeza nunca puede ser completa. Se suele realizar argumentando que la vida del niño con deficiencias sería de poca calidad, y no merecería la pena ser vivida.

La eliminación de los no nacidos con enfermedades no es una medida eficaz para la mejora del patrimonio genético humano. Este aborto suma a la tristeza de los padres por la enfermedad del hijo, la privación del consuelo de llegar siquiera a verle, aunque vaya a vivir pocas horas.

En el aborto eugenésico se arguye que la mujer elimina al feto defectuoso en virtud de un pretendido "derecho al bienestar", ya que este feto será un adulto que acarreará numerosas cargas para la mujer - económicas, anímicas, de convivencia etc, - las cuales no tiene por qué asumir. Una versión más drástica de la cuestión es la de apoyar la licitud en un "derecho al hijo sano". Otra versión es la de la falsa compasión por la que la madre decide abortar teóricamente en beneficio del hijo, privándole de una vida no digna de ser vivida según su juicio, debido a su enfermedad o minusvalía.

Estos argumentos están basados en criterios utilitaristas y económicos, olvidando que la dignidad de la persona no está en función del desarrollo físico o psíquico que pueda alcanzar. Existe una búsqueda de perfeccionamiento humano que, en definitiva, se desarrolla mediante este paradigma de dominación hegemónico, y que se apoya en los avances biotecnológicos y biomédicos de los últimos tiempos. Es así como se perpetúa una perspectiva eugenésica sobre determinadas condiciones humanas, tales como la diversidad funcional, la intersexualidad, la vejez, la selección por sexo, etc. Sin embargo, este deseo de "perfección" parece que de no saber "gestionarlo adecuadamente", puede derivar en un importante proceso de deshumanización: de exterminación de diferencias humanas.

En el caso del aborto, sigue siendo posible la aceptación legal de su existencia sin causar sonrojo (y hasta su defensa por parte de algunos) debido a la interesada y absurda premisa de que la vida con la que el aborto acaba no es humana, o al menos, no lo es del todo. Se afirma sin rubor que aunque el feto pertenezca a la especie humana, todavía no ha llegado a su pleno desarrollo, por lo que se podría considerar como una persona aún no completa. Nada hay de científico en semejante tesis, y produce resquemor tener que insistir en demostrar lo endeble de su anclaje racional. Ello deriva de la corriente de pensamiento tan extendida que otorga menor valor a la vida del feto que a la de la madre, cuando el derecho a la vida de ambos choca por alguna razón, más o menos justificable. Aceptar que una vida vale menos que otra es entrar en una pendiente resbaladiza que mina el fundamento mismo de nuestra civilización.

### **ABORTO POR CAUSAS SOCIALES O SENTIMENTALES**

Aborto por causas sociales o sentimentales o humanitarias: en especial en púberes o adolescentes cuya seducción y/o conducta les ha privado de la castidad comprometida en familia o grupo social; o la sociedad asume responsabilidad por la falta de educación sexual; o han sido víctimas de delitos sexuales; o su capacidad de consentimiento esta psíquicamente imposibilitada de ser considerada valida por deficiencia física o psíquica o psicosis o demencia

Se llama sentimental cuando el niño nuevo es producto de una violación. Los embarazos que siguen a una violación son extremadamente raros, por varias causas. Por ejemplo, las disfunciones sexuales en los violadores, cuya tasa es extremadamente alta. Asimismo, la víctima puede ser naturalmente estéril, puede estar tomando anticonceptivos; puede ser muy joven o muy vieja, puede estar ya embarazada o puede haber otras razones naturales.

Además de la infertilidad natural, algunas víctimas están protegidas del embarazo por lo que se ha llamado stress de infertilidad; una forma de infertilidad temporal como reacción al stress extremo. El ciclo menstrual, controlado por hormonas, es fácilmente distorsionado por un stress emocional y puede actuar demorando la ovulación; o si la mujer ya ha ovulado la menstruación puede ocurrir prematuramente.

Cabe señalar que los legisladores más expertos estiman que legalizar el aborto "sentimental" es abrirle la puerta a serias complicaciones jurídicas: prácticamente cualquier unión, incluso consensual, podría ser presentada como contraria a la voluntad de la mujer y, por lo tanto, una violación.

### **PSICOPATOLOGÍAS LUEGO DEL ABORTO**

En el caso de los abortos espontáneos y el embarazo es deseado puede causar en la mujer depresión que no perturba mayormente la conducta e interrelaciones personales de la misma; excepcionalmente se produce un cuadro de psicosis melancólica. Las psicosis post abortos son en su gran mayoría estados de confusión o cuadros depresivos. Cuando el aborto es legal, la aceptación social del procedimiento o de la decisión tomada, hace que

estas afecciones generalmente no se produzcan, salvo que desde el punto de vista moral se condene en el interior de la familia, sin embargo ello no es objeto del presente trabajo.

## **CAPÍTULO 2: MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

### **POLÍTICA Y NORMATIVA CRIMINAL EN TORNO AL ABORTO**

La protección del feto, en cualquier estado de la gestación, surge de Nuestra Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a ella en el año 1994, además de la propia reglamentación establecida en el Código Penal Argentino.

De esto se deduce que en nuestro ordenamiento jurídico la vida se protege desde la concepción hasta la muerte con diferente intensidad, desde que no merece el mismo tratamiento legislativo la etapa previa al nacimiento que la posterior al mismo.

La interrupción del embarazo constituye un mal que sólo excepcionalmente puede causarse, y esto en la opinión legislativa es unánime. Las discrepancias surgen en orden a las modernas tendencias de política criminal para establecer qué requisitos han de concurrir para que se considere la excepción.

En este sentido, son aceptados universalmente, con ligeras variantes, dos sistemas: la **solución de los plazos y la solución de las indicaciones.**

Lo actual sin embargo, reside en la controversia acerca de los **métodos de control** que se deben utilizar para la protección de la vida. Los controles formales en este sentido no han sido adecuados para evitar las lesiones a este bien jurídico, prueba de ello es la cantidad de casos que el sistema de enjuiciamiento no llega a conocer. Y las consecuencias de esta ineficacia se traducen, además en peligro de muerte para la madre, dadas las condiciones en que frecuentemente debe realizarse a intervención clandestina, sobre todo en las mujeres con menores recursos.

Por el contrario, el control informal, o sea aquel que no recurre a la amenaza de una sanción por medio de los órganos de justicia, podría suponer una protección real del bien jurídico, superando así la antinomia entre formulación protectora y la realidad social.

En el derecho nacional la fórmula de penalización de la interrupción del embarazo es casi cerrada, admitiéndose sólo el aborto terapéutico que consiste en la no penalización únicamente cuando corre peligro la vida de la madre.

Para poder comprender el alcance de la normativa criminal sentada en nuestra

sociedad, y la política criminal que le sirve de sustento, resulta menester efectuar una breve reseña legislativa Argentina.

### **ANTECEDENTES LEGISLATIVOS ARGENTINOS**

En 1863 se redactó lo que sería el primer Código Penal de la Nación bajo la Ley N° 49, el cual amplió los lineamientos sobre los delitos que debían ser juzgados por tribunales nacionales. Éste trata la piratería, la traición, la sedición y otros ítems, pero no se refiere en absoluto al aborto (Anales de Legislación Argentina. Complemento años 1853-1880, 1956, p. 385).

En 1868 se encargó al Doctor Carlos Tejedor la redacción de un proyecto que unificara todas las leyes, decretos y normas que en lo penal se refieran, tanto a nivel nacional como provincial y municipal. De esta manera se intentó fijar los mismos criterios para juzgar un delito de similares características en cualquier lugar del territorio nacional.

El 25 de Noviembre de 1886 se sancionó la Ley N° 1920, promulgada el 7 de diciembre del mismo año y puesta en vigencia el 1° de marzo de 1887. En el nuevo Código Penal se incluyeron, por primera vez en la legislación argentina, artículos que penalizaron el aborto.

Los artículos 102 al 106 del Capítulo III (Libro Segundo, Sección Primera, Título I) castigaban tanto a la madre que abortara como a quien le diera asistencia, sin excepciones (ALA.C. años 1881-1888, 1956, p. 380).

• **art. 102.** *El que maliciosamente causare un aborto, será castigado:*

*1º. Con penitenciaría de tres a seis años, si ejerciere violencia sobre la mujer embarazada.*

*2º. Con prisión de dos a tres años si, aunque no ejerza violencia, obrase sin consentimiento de la mujer.*

*3º. Con prisión de uno a dos años, si la mujer lo consintiese.*

• **art. 103.** *Será castigado con arresto de seis meses a un año, el que con violencia causare un aborto sin que haya tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.*

• **art. 104.** *La mujer que violentamente causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con uno a tres años de prisión; y si lo hiciere por ocultar su deshonor, con el minimum de esta pena.*

- **art. 105.** Los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusen de su ciencia o arte para causar aborto, serán castigados con penitenciaría de tres a seis años e inhabilitación por doble tiempo.
- **art. 106.** Cuando los medios empleados para causar el aborto hubiesen producido la muerte de la mujer, se aplicará el máximo de la pena establecida en el inc. 1º del art. 102.

Por las características de los antecedentes en que se basó el Dr. Tejedor para su elaboración y la forma en que fue tratado el proyecto por la Cámara de Diputados, pero sobre todo por el contenido de dicho código -calificado como antiguo por muchos jurisconsultos y hasta como aberrante por otros-, se pidió la reforma de esta ley casi inmediatamente luego de haber sido puesta en vigencia<sup>3</sup>, por lo que en 1890 se designó una comisión que trabajó sobre el tema y, descartando la reforma parcial del código vigente, elaboró un proyecto totalmente nuevo: el Proyecto de 1891.

En lugar de retomar el estudio del proyecto anterior, la nueva Comisión de Códigos sugirió la reforma de la Ley 1920 mediante su modificación, dando nacimiento en el año

---

<sup>3</sup> “Ese código, señor presidente, tenía un carácter eminentemente preceptivo, carácter que derivaba del que presentaban en general casi todas las leyes antiguas. Al que haya abierto alguna vez un volumen de las leyes de partidas o cualesquiera de las recopilaciones españolas, les habrá llamado la atención encontrar no sólo el precepto jurídico que ordena y determina, como lo hacen las leyes actuales, sino la definición, la explicación, y a veces el comentario del artículo que pretendía fijar una regla o conducta jurídica cualquiera. Y nuestro código primitivo no se pudo sustraer a esa influencia, como no se sustrajo el código mismo de Vélez Sársfield, a pesar de haber suprimido una cantidad de las definiciones y de los preceptos que contenía su modelo, el proyecto de Freiras. Bastaría recordar, señor presidente, que la obra del Doctor Tejedor se ocupaba en la complicidad de señalar tres grados, que estos fueron reducidos a dos por el proyecto subsiguiente, y que se mantuvo esta calificación en el código hasta ley de reformas del año 1903, que lo suprimió. (...) Había tomado aquel código sus inspiraciones en el de Baviera y en el primitivo español, y como tenía una ampulosidad tan grande, se consideró que era inconveniente traerlo a la discusión legislativa en esos términos. Entonces el poder ejecutivo, debidamente autorizado, designó una nueva comisión que presentó un despacho el año 1881(...) Vinieron los dos proyectos a la cámara de diputados, y esta, tomando como base el de Tejedor, no obstante lo manifestado, verificó modificaciones y elaboró el código vigente. Pero fue tan ineficaz el conjunto que se había sancionado, que inmediatamente de entrar en vigor se sintió de nuevo la necesidad de reformarlo.” Palabras pronunciadas por el Doctor Rodolfo Moreno (hijo), en referencia a la Ley 1920, en la Cámara de Diputados (Congreso Nacional [CN], 1917, p. 109).

1903 a la Ley N° 4189, conocida como la Ley de Reformas. Ésta produjo principalmente un endurecimiento de las penas, basándose en el concepto de que “el crimen se atenúa con la mayor severidad en el régimen represivo”. Nuevamente se daba vida a una ley que no conformaba a la opinión especializada.

*•art. 17. Deróganse los arts. 94 a 106 y 119 a 121 (de la Ley 1920) y en su reemplazo:*

*Capítulo I – Delitos contra la vida (...)*

*7°. El que causare un aborto será castigado:*

*Con penitenciaría 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:*

*Con prisión de uno a tres años si obrare con consentimiento de la mujer. La pena será de tres a seis años de penitenciaría si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.*

*8°. Los médicos, parteras o farmacéuticos, que abusaren de su ciencia o arte para causar abortos o cooperasen a causarlo, incurrirán en las penas del inc. 7° e inhabilitación especial por el doble que el de la condena;*

*9°. La mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare, será castigada con uno a tres años de prisión. La tentativa de la mujer no es punible;*

*10°. El que con violencia causare un aborto, sin que haya tenido el propósito de causarlo, siendo notorio y constándole el embarazo, será castigado con uno a tres años.*

Los artículos que penaban el aborto en la Ley 4189 siguieron el espíritu de la reforma.

Se aumentaron las penas a quien lo realizase con o sin consentimiento de la madre, llevando la condena de 3 a 6 años a un período de reclusión de 3 a 10 años (llegando a 15 años si causasen la muerte de la madre). En lo que respecta a la madre, si bien no se modificaron los años de penalización, se expresa en uno de los artículos la no punibilidad en el caso de tentativa, algo no contemplado en la Ley 1920 (ALA.C. años 1889-1919, 1954, p. 599).

La importancia de este Proyecto ha quedado evidenciada en que los trabajos posteriores son elaboraciones construidas sobre él, incluyendo en lo que se refiere al delito de aborto, el tipo penal sin admitir justificaciones especiales que lo permitieran.

Con el correr de los años fue necesaria la aprobación de leyes que reprimieran actividades consideradas ilícitas de crecimiento preocupante para la sociedad. Así se promulgaron las leyes 7029, 9077 y 9143 sin implicancias sobre el aborto.

En 1906, se presentó el Proyecto de 1906, el que quedó durante largo tiempo sin consideración legislativa, hasta que en el año 1916 se lo tomó como base para elaborar un proyecto definitivo (que se conoce como “Proyecto de 1917”).

Los precedentes legislativos argentinos del Código Penal siempre tipificaron el aborto no previendo formas de impunidad o excepciones a la regla. El Proyecto de 1917 tampoco imaginó excepciones:

• **art. 85.** *El que causare un aborto será reprimido:*

*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;*

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

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

• **art. 87.** *Será reprimido con prisión, de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.*

• **art. 88.** *Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto, o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.*

Recién el despacho final de la Comisión del Senado, en 1919, introdujo formas de impunidad en la figura del aborto, tomándolas del art. 112 del Anteproyecto del Código Penal suizo -aunque con errores de redacción que dieron lugar a la discusión doctrinaria sobre su alcance-, y que fue sancionado por el Congreso Nacional por ley número 11.179,

cuya vigencia comenzó el 29 de Abril de 1922.

De lo expuesto sintéticamente surge sin lugar a dudas que la legislación referente al aborto prácticamente no varió desde la Ley 1920 sancionada en 1887, se sucedieron varias reformas y nuevos proyectos, pero el carácter represor sin contemplaciones se mantuvo, hasta 1920.

En dicho año, la Comisión de Códigos del Senado de la Nación, tomó la decisión de innovar en materia jurídica respecto a la penalización del aborto, decidiendo cambiar la posición conservadora que se mantuvo durante 30 años, actualizándola según la tendencia mundial sobre el tema en esa época.

En 1968, el gobierno militar comandado por Juan Carlos Onganía, sancionó el Decreto Ley N° 17.567, el cual establecía la excepción del delito si el peligro para la vida o la salud de la mujer fuere grave; o en cualquier caso de violación, siempre que éste estuviere judicializado, y con el consentimiento de un representante legal si la mujer fuere menor, idiota o demente. Con la llegada de la democracia en 1983, estas modificaciones fueron dejadas sin efecto a través de la sanción de la Ley N° 20.509.

Durante el proceso de Reorganización Nacional, se sanciona el Decreto Ley N° 21.338, que reincorpora las modificaciones realizadas en el decreto ley de Onganía. Sin embargo, con la posterior llegada de la democracia, se sanciona la Ley N° 23.077, que retrotrae nuevamente la situación a lo sancionado en el texto original (BERGALLO, Paola y RAMON MICHEL, Agustina 2009. Inciso 1.1).

Libro Segundo, Título I, Capítulo I:

• **art. 85.** *El que causare un aborto será reprimido:*

*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;*

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

• **art. 86.** *Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos, que abusaren de su ciencia o arte para causar el*

*aborto, o cooperasen a causarlo.*

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

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

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

• **art. 87.** *Será reprimido con prisión, de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.*

• **art. 88.** *Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto, o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.*

El texto del articulado del delito de aborto vigente es el original del Código de 1921, excepto el artículo 86 que sufrió desde entonces 4 reformas en su redacción, la última de las cuales data de 1984.

Desde el año 1984 a la fecha, se presentaron ante el Congreso Nacional diversos proyectos de reformas a la redacción actual, que no terminaron sancionados como tal, limitándose sólo a trámites parlamentarios burocráticos y sin tratamiento legislativo. Dichos proyectos por ejemplo derogaban figuras del aborto no punible previstos, otro propuso legalizar el aborto reglamentando su ejercicio.

Las modificaciones puntuales en los incisos 1º y 2º del artículo 86 marcaron un cambio trascendental en la legislación sobre el aborto, y en lo sustancial, dieron lugar a un debate que se extiende hasta el día de hoy, motivado por irregularidades que se produjeron al incluir estas “salvedades” a la penalización. Uno de los cuestionamientos es sobre el hecho de que al tomar el ejemplo de la legislación sobre el aborto en otros países, la modificación fue parcial, sólo contemplando los llamados aborto terapéutico y aborto eugenésico, sin dar incumbencia al aborto sentimental.

Como se verá a continuación, el Código Penal prevé distintos tipos de aborto doloso; en el art. 85, inciso primero, se ocupa del aborto sin consentimiento de la mujer (forma más

grave), mientras que en el inciso segundo se castiga con menor penalidad el aborto realizado con el consentimiento de la mujer. En ambos supuestos y con distinta penalidad, el hecho se agrava si se produce la muerte de la mujer. En el art. 86, primer párrafo, se castiga el aborto profesional, mientras que en el segundo párrafo se encuentran previstos los abortos impunes: el llamado aborto terapéutico y el aborto eugenésico. El art. 87 contempla el denominado aborto preterintencional y el art. 88, finalmente, prevé pena de prisión para el auto aborto o la prestación del consentimiento para que otro se lo causare. El último párrafo del mismo precepto, declara la impunidad de la tentativa de aborto de la propia mujer.

## **CÓDIGO PENAL VIGENTE – ANÁLISIS DE FIGURAS**

### **BIEN JURÍDICO.**

*“El bien jurídico protegido es la vida de la persona por nacer”<sup>4</sup>*

Como se adelantó en títulos anteriores, el bien jurídico protegido por las distintas figuras de aborto es la vida del feto. En este Título carece de relevancia la protección que se pueda dispensar a otros intereses distintos de la propia vida del nasciturus, como ser la salud de la madre, el interés demográfico de la comunidad, etc., que podrían encontrar efectiva protección en otros lugares del ordenamiento punitivo; lo que importa preservar es la vida intrauterina, cuya tutela no sólo surge desde el propio código penal, sino que la vida humana tiene reconocimiento expreso en la misma Constitución Nacional, la cual, a partir de la reforma de 1994, que introdujo los Tratados sobre Derechos Humanos, ha establecido que la protección de la vida debe hacerse, por lo general, a partir de la concepción (art. 75 inc. 22).

El problema que se presenta consiste en determinar a partir de cuándo estamos en presencia de una vida humana que merezca protección penal. Sobre el particular, y como se anticipó en el desarrollo histórico, se han esbozado dos teorías: la teoría de la fecundación, según la cual la vida humana comienza desde que el óvulo es fecundado por el gameto

---

<sup>4</sup> Cam. Nac. Crim. Y Corr, sala 1ª, sent. Del 20/04/1993. Extraído de ROMERO VILLANUEVA, Horacio. 2008, Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotada con Jurisprudencia. Editorial Abeledo Perrot, 3ra Edición Ampliada y Actualizada, p. 358

masculino. A partir de este momento, entonces, existe vida humana merecedora de protección penal. La otra teoría, denominada de la anidación, determina el comienzo de la vida humana como objeto de protección penal desde que el óvulo fecundado queda fijado (anidado) en el útero materno, fenómeno que se produce, aproximadamente, a los catorce días desde el momento de la fecundación.

De las dos hipótesis, se comparte a los efectos de este trabajo, la idea que sostiene que el objeto de protección en el delito de aborto debe quedar delimitado a partir del momento en que se produce la anidación del óvulo fecundado en el útero de la madre, lo cual implica que la protección penal sólo abarca al embrión y al feto, no así al pre-embrión o embrión pre-implantatorio.

Antes de la anidación, se tiene dicho, no puede hablarse propiamente de vida prenatal; el comienzo del proceso fisiológico de la gestación tan sólo se produce tras la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Por otra parte, resulta prácticamente imposible la determinación exacta del momento de la concepción. Tal como lo pone de manifiesto Feijoo Sánchez, la razón relevante para sostener la tesis de que la protección penal empieza con la anidación es de índole político criminal: no extender la intervención del derecho penal hasta límites de dudosa legitimidad o en los que el derecho penal perdería totalmente su eficacia como medio de protección. La cuestión decisiva a efectos del alcance del delito de aborto no es en realidad determinar el momento en el que se inicia la vida, sino cuándo puede y debe comenzar la protección jurídico-penal de la vida (FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo. 2003, p. 293).

El criterio de la anidación permite sostener la tesis de la atipicidad en los casos de embriones fecundados in vitro, como en aquellos supuestos de óvulos aún no implantados (por ej. la mola) 5, cuando al momento de la conducta el feto está muerto (no existe objeto material) o en los casos de embarazos ectópicos o extrauterinos.

**ABORTO PUNIBLE:**

El Art. 85 del Código Penal Argentino, reza:

*“El que causare aborto será reprimido: 1 Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de muerte de la mujer. 2 Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El maximun de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”.*

**Estructura Típica.** El aborto es un delito de lesión, instantáneo y de resultado material, cuya estructura exige la concurrencia de tres elementos que son comunes a todas las figuras de aborto previstas en el Código penal: a) una mujer embarazada, b) existencia de un feto y c) la muerte del feto. Puede cometerse por acción o por omisión (impropia).

**Tipo Objetivo.**

**A) Sujetos Activo y Pasivo.** Sujeto activo del delito de aborto puede ser cualquier persona. Se trata de un tipo de titularidad indiferenciada. Sujeto pasivo, en cambio, sólo puede ser el embrión o el feto. La diferenciación entre embrión y feto no quiere decir que se trate de sujetos distintos, sino sólo de distintos momentos en la etapa de desarrollo de la misma vida humana, pero con idéntica identidad valorativa. Debe descartarse la idea de que el sujeto pasivo del delito de aborto es la madre, la comunidad o el Estado. Si el bien jurídico en el aborto es la vida del feto y el sujeto pasivo sólo puede ser el titular de ese tal bien jurídico, entonces no puede más que atribuirse aquélla calidad al propio embrión o feto (LAURENZO COPELLO Patricia. 1997, p. 291).

**B) Acción Típica.** El Código Penal no define el aborto ni suministra elemento alguno para su definición. No obstante, desde un punto de vista jurídico se lo puede definir como la “interrupción de proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo”. Esta noción jurídico penal de aborto contiene los tres elementos que son comunes a todos los tipos de aborto previstos en el capítulo: estado de embarazo o preñez, un feto con vida y la consecuente muerte del mismo.

*El delito de aborto se consuma en el lugar donde se produce la muerte del feto; es decir con la interrupción dolosa del proceso fisiológico de preñez o normal gestación” (C.S.J.N., sent. del 1/09/1987, Fallos 310:1694, JA 1989-I-722, Extraído de ROMERO VILLANUEVA, Horacio. 2008, ob. Cit., p. 359)*

La acción típica consiste en “causar un aborto”, esto es, la destrucción del producto de la concepción, en las fases de su desarrollo embrionario o fetal, dentro del seno materno o por su expulsión provocada. Por lo tanto, quedan al margen de la tipicidad la muerte del feto por expulsión espontánea o natural, los partos anticipados, la destrucción de embriones aún no implantados, los abortos selectivos en casos de embarazos múltiples o la interrupción de un embarazo para implantar el embrión en otra gestante, ya que no se produce la destrucción del objeto material del delito.

Con respecto a los medios, al no imponer el texto legal ninguna limitación, puede ser utilizado cualquier medio, sin que importe su forma o naturaleza; pueden ser materiales o morales, físicos, químicos, eléctricos, térmicos u hormonales. Lo que importa es que con el empleo de tales medios se cause la muerte del feto.

a) Estado de embarazo o preñez: el tipo exige como presupuesto la existencia de una mujer embarazada, careciendo de relevancia que a tal estado se haya llegado a través de un proceso natural o por vía artificial (inseminación). El estado de embarazo (cuya realidad presupone la existencia de un feto) constituye un elemento del tipo objetivo que debe ser comprobado a través de la prueba pericial médica. Los llamados falsos embarazos o embarazos aparentes, deben ser considerados atípicos por falta de objeto material.

b) Vida del feto: el delito presupone la existencia de un feto, sin que importen sus condiciones de viabilidad extrauterina, vale decir, su capacidad de vivir fuera del claustro materno. Si el feto está muerto al momento de realizar la acción, el hecho es atípico. Las maniobras abortivas realizadas sobre una mujer que no está embarazada (inexistencia de feto) son atípicas, salvo la responsabilidad por las lesiones que las maniobras pudieren haber causado en el cuerpo de la mujer. La viabilidad intrauterina, entendida como la aptitud para desarrollarse fisiológicamente dentro del seno materno, hasta que se produzca el nacimiento, condiciona la existencia del delito.

c) Muerte del feto. El delito se perfecciona con la destrucción del producto de la concepción, con o sin expulsión del seno materno. La muerte del feto es el resultado

exigido por el tipo penal. Cuestiones de particular interés se presentan en supuestos en los que se practican maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada (pero el autor cree que lo está), sobre una mujer que está realmente embarazada, pero el feto está muerto o cuando se presenta un caso de embarazo ectópico. En las dos primeras hipótesis, un sector doctrinal entiende que estamos ante un caso de delito imposible en grado de tentativa (Soler, Fontán Balestra, Gavier, etc.); otros, en cambio -en opinión que compartimos-, defienden la idea de que el hecho, en tales circunstancias, es impune, salvo los daños remanentes que pudieren haberse causado a la mujer (Núñez, Creus, D'alessio, Fígari, Villada, etc.). En los casos de embarazo ectópico o extrauterino, las soluciones están divididas; algunos sostienen la tipicidad de la conducta (el feto tienen posibilidades, aunque mínimas, de sobrevivir); no obstante, su destrucción sería impune sólo si concurriera un estado de necesidad debido al grave peligro que para la mujer generalmente comporta (González Rus, Huerta Tocildo, Rodríguez Ramos, etc.); otros son de la opinión que el hecho es atípico, por inexistencia de objeto material, debiendo ser el dictamen médico el que lo ponga de manifiesto (Laurenzo Copello, Bajo Fernández, Cobo/Carbonell, etc.).

C) El Consentimiento. El art. 85 del cód. penal contempla dos figuras de aborto, que se delimitan entre sí por la existencia o no del consentimiento de la mujer embarazada. En estos supuestos, el consentimiento no opera como una causal de atipicidad, sino que produce sus efectos sobre la pena: el aborto causado sin el consentimiento de la mujer embarazada tiene previsto una penalidad mayor (reclusión o prisión de 3 a 10 años) que el causado con el consentimiento de la mujer (reclusión o prisión de 1 a 4 años).

El consentimiento es el acuerdo, permiso o autorización que la mujer embarazada da a otra persona para que ésta practique sobre su cuerpo un aborto. En estos casos, el tercero es el autor del delito (art. 85 inc. 2), mientras que la mujer es penada autónomamente (art. 88). El consentimiento puede ser expreso (directo, explícito o inequívoco), tácito (cuando está constituido por actos que permiten deducir claramente la voluntad de abortar) o presunto (meramente conjetural, existente sólo en la mente del autor), pero en todo caso, sólo tienen eficacia a los fines de la delimitación típica los dos primeros.

El consentimiento presunto, que sólo implica una mera conjetura por parte del autor en el sentido de que la mujer podría prestarse a la maniobra abortiva, sin que se aprecie claramente esa voluntad, carece de valor tipificante del art. 85 inc. 2º.

El consentimiento debe ser válido y libremente prestado por una mujer que tenga capacidad para prestarlo. Esta capacidad es la capacidad penal (16 años), no la civil. Los medios violentos, coactivos y defraudatorios, excluyen el consentimiento. La rectificación efectuada con anterioridad a la realización de las maniobras abortivas, traslada el hecho al art. 85 inc. 1 (aborto sin consentimiento).

### **Tipo Subjetivo.**

El tipo especificado en el art. 85 del C.P. Constituye un delito doloso, compatible sólo con el dolo directo. Quedan fuera de la figura de la norma el dolo eventual, salvo en la hipótesis prevista en el art. 87.

### **Consumación y Tentativa.**

Como se dijo, el aborto como conducta típica se consuma con la muerte del feto. Las maniobras tendientes a matar al feto, pero que no han producido tal resultado por razones extrañas a la voluntad del autor, quedan en grado de tentativa. Las lesiones al feto carecen de incriminación autónoma, pero su realización se enmarca en el ámbito punible de la tentativa. Las maniobras realizadas sobre un feto muerto, son atípicas, por carencia del objeto del delito.

### **Agravante.**

Con arreglo al texto legal, el aborto se agrava “si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer”. Vale decir que, medie o no la prestación del consentimiento (que tiene eficacia sólo en términos de penalidad), cuando la mujer que ha sido sometida a maniobras abortivas muere, la figura aplicable es la agravada.

La agravante configura un caso de aborto (muerte del feto o su tentativa) que produce como consecuencia también la muerte de la mujer. Con otros términos, puede decirse que la agravante requiere la realización de los siguientes pasos: debe haberse configurado el aborto básico (con todos sus elementos constitutivos: mujer embarazada, feto vivo y muerte del mismo o su tentativa) al que se añade la muerte de la mujer, resultado que debe ser la consecuencia del accionar del autor. Si se dan todos estos elementos, la figura aplicable es la del art. 85 en su tipo calificado. Vale decir, que la palabra “hecho” a que hace referencia el precepto legal, comprende tanto el aborto consumado como su tentativa, ya que ésta no deja de ser un hecho de aborto.

El problema se presenta en aquellos casos de inexistencia de embarazo o cuando el feto está muerto. Para un sector doctrinario, en estos supuestos, no resulta aplicable la figura del art. 85, sino que se da una hipótesis de tentativa de aborto imposible en concurso ideal con homicidio culposo. Esta opinión requiere, para que resulte aplicable el art. 85, la consumación del tipo de aborto (muerte del feto) más la muerte de la mujer.

Para otros, por el contrario, en estos casos es de aplicación la figura del art. 85, por cuanto esta no requiere la consumación del aborto, sino solo la realización del tipo del aborto en su forma tentada o imposible. De modo que, sería suficiente para la aplicación de la agravante, la realización de las maniobras abortivas –aún en supuestos de falso embarazo o de feto muerto- de las que resulta la muerte de la mujer.

Por último, para Terán Lomas<sup>5</sup> la hipótesis analizada encuadra en la figura del homicidio preterintencional, ya que la mujer sobre quien se ejecutan las maniobras abortivas es el sujeto pasivo del atentado y la acción que sobre ella recae –lesiones– es delictiva en sí misma.

A modo de conclusión, a los efectos de este trabajo, el agravante exige la realización del aborto, o su tentativa, y la consecuente muerte de la mujer, vale decir, la concurrencia de todos los elementos de la figura básica más la muerte de la mujer. Si, por el contrario, las maniobras abortivas son ejecutadas sobre una mujer que no está embarazada o el feto estuviera muerto al momento de producirse tales maniobras, la muerte de la mujer tipificará un homicidio culposo encuadrable en las previsiones del art. 84 del C.P., por cuanto no resulta siquiera imaginable un supuesto de aborto (menos aún, agravado) frente a un feto que no existe, porque ha muerto o porque nunca ha existido.

#### **ABORTO PROFESIONAL.**

Art. 86: *“Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:*

---

<sup>5</sup> TERÁN LOMAS, Roberto A., “Derecho Penal (...)”, ps. 209 y ss., y t. 11, ps. 36 y siguientes.

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

*2) Si el embarazo proviene de una violación o 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”.*

### **Aborto Profesional Punible<sup>6</sup>**

Se trata de un delito que exige una cualificación en el sujeto activo. Sólo puede ser cometido por las personas mencionadas expresamente en el precepto legal: médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos. La enumeración es taxativa. Por lo tanto, quedan excluidos todos aquellos otros profesionales que, por una u otra razón, se encuentran vinculados con el arte de curar pero no están expresamente enumerados en la disposición legal, por ej., enfermeros, practicantes, etcétera. Se trata, como puede verse, de un delito especial propio por cuanto exige, para su realización, una cualidad específica en el autor del hecho.

Con arreglo al texto legal, el autor debe causar el aborto o cooperar en su realización, abusando de su ciencia y arte. Existe abuso en el arte o en la ciencia cuando los conocimientos técnicos del facultativo se ponen a disposición de la finalidad delictiva. La cooperación a que hace referencia la ley puede ser física o psíquica. La única diferencia con los abortos previstos en el artículo 85 reside en la cualificación del sujeto activo.

### **Aborto Profesional Impune.**

Por lo general, el aborto es un hecho típico que, en ciertas ocasiones, puede no resultar antijurídico, por ejemplo cuando concurre una causa de justificación general que deriva en la impunidad del mismo. De la misma manera, la conducta no resulta antijurídica cuando concurren ciertas y determinadas excepciones expresamente contempladas por la ley (son las llamadas indicaciones, cuya implementación son la consecuencia de un determinado programa político-criminal) que convierten al aborto en un hecho impune. El ordenamiento argentino reconoce dos clases de indicaciones en el art. 86: la indicación

---

<sup>6</sup> Para mayor información, se puede cfr. distintas opiniones en BUOMPADRE Jorge Eduardo, Tratado de Derecho Penal.

terapéutica y la eugenésica. Con arreglo al texto legal, en ambos supuestos, el aborto debe ser practicado por un médico diplomado, esto es, por quien ha obtenido el título universitario respectivo y se encuentra en condiciones de ejercer la profesión de acuerdo con los requerimientos administrativos que son de obligatorio cumplimiento (matriculación). Están excluidos otros profesionales del arte de curar (por ej., parteros) o aquellos que están vinculados a la medicina pero no son médicos (por ej., enfermeros, practicantes, farmacéuticos, etc.). Además de esta calificación del sujeto activo, el precepto legal exige que se trate de una mujer embarazada que haya prestado su consentimiento para el aborto.

### **ABORTO TERAPÉUTICO**

El aborto terapéutico, también llamado necesario, médico o justificado, está previsto en el inc. 1 del párrafo 2º. del art. 86, con el siguiente texto: no es punible (el aborto), *“si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”*.

La normativa contempla, como se puede apreciar, no un caso de estado de necesidad subsumible en el art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, sino un caso de necesidad de practicar el aborto para evitar un riesgo o peligro de muerte de la mujer o un daño a su salud.

El peligro para la vida o la salud de la madre debe ser grave, pero, como se trata de una cuestión valorativa y aun cuando la ley no lo requiere en forma expresa, la gravedad del daño debe estimarse a través de un pronóstico médico, el cual será, en definitiva, el que decida la pertinencia del aborto terapéutico. No se trata de un simple aborto practicado por un médico, sino de un aborto aconsejado por la terapéutica médica 16. No justifican el aborto, eso sí, la existencia de los peligros genéricos que suelen acarrear los embarazos y los partos

La hipótesis plantea un caso en que el aborto es la única alternativa posible, vale decir, que la situación por la que atraviesa la mujer no puede ser resuelta sino a través de un aborto (cuando el peligro no pueda ser evitado por otros medios, dice la ley). De lo contrario, el hecho puede resultar punible en los términos del art. 85 del C.P. Claro que, si la mujer no prestara el consentimiento (por su negativa o por encontrarse imposibilitada de hacerlo, por ej. estado de coma), el hecho aún podría resultar impune si concurrieren

circunstancias que indicaran la aplicabilidad de la causa de justificación prevista en el art. 34 inc. 3 del C.P.

### **ABORTO EUGENÉSICO.**

Con arreglo al inc.2 del párr.2 del art. 86, el aborto es impune “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”. Se trata del llamado aborto eugenésico, cuya textura ha generado una controversia doctrinaria que aún no ha finalizado.

El precepto legal regula un supuesto de aborto cometido sobre una mujer idiota o demente, siempre que haya sido víctima de una violación o de un atentado al pudor, no de otros delitos de naturaleza sexual. El problema que en la actualidad se podría presentar con la terminología usada por la norma (aspecto que no ha sido corregido por el legislador) reside en que tales delitos, al menos en su forma tradicional, por imperio de la reforma de la ley 25.087 han dejado de llamarse violación y abuso deshonesto (atentado al pudor en su modalidad tradicional) para pasar a configurar abusos sexuales, entre los cuales, figura ciertamente el antiguo delito de estupro.

Vale decir que, por la taxatividad de la norma penal, el estupro no está comprendido en el precepto analizado, pero al haber desaparecido las denominaciones tradicionales de violación y abuso deshonesto del código penal, corresponde preguntarse ¿qué queda para el estupro del actual art. 120 el cual constituye un tipo de abuso sexual cuya configuración exige la concurrencia de los elementos descriptos en el art. 119?.

Con otros términos, la pregunta sería si el nuevo delito de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima previsto en el art. 120 del C.P. (cuando el hecho es reenviable al tipo del tercer párrafo del art. 119 –la antigua violación–), aun cuando la víctima fuere idiota o demente, ¿posibilita la realización del aborto eugenésico?. Pareciera que la respuesta debe ser negativa. Mientras no se produzca una reforma del art. 86, lo correcto es efectuar una interpretación restringida del precepto legal: el estupro (hoy abuso sexual) no está comprendido entre las causales de impunidad del aborto.

Tampoco está comprendido en este artículo el supuesto de violación o atentado al pudor de una mujer normal (ni idiota ni demente) -que configuraría un caso de indicación ética o sentimental-, aun cuando el fruto de la concepción padezca alguna afección o tara física o mental que pudiera justificar la realización del aborto (indicación eugenésica), aunque el supuesto podría ser discutible por cuanto la norma sólo habla de “mujer idiota o demente” no de “feto idiota o demente”, o malformado, o con cualquier otro padecimiento o malformación que posibilitara el aborto.

*Al respecto, la redacción de la norma sólo permite sostener que la acción de la mujer que causa su propio aborto o consiente en que otro se lo cause, así como la del médico diplomado que realiza el aborto de una mujer cuyo embarazo ha tenido origen en una violación, no está justificada.*

*Ello porque se interpreta del texto literal que se estaría frente a una excusa absolutoria, situación excepcional que si bien excluye la aplicación de una pena con fundamento en circunstancias concretas de política criminal, deja subsistente el carácter delictivo del acto por considerarlo típico y antijurídico, y a su autor, culpable.*

*En ese mismo sentido, no cabe más que interpretar que sólo está justificada la muerte del feto cuando la mujer violada es demente o idiota, y en este caso el fundamento no es ético sino que tiene como evitar la posible transmisión de las taras de origen genético, que bajo el nombre de eugenésico se contempla en otras legislaciones.*

*¿Pero qué pasa cuando la mujer violada no es ni demente ni idiota?. La norma no le permite interrumpir su embarazo” (FELLINI, Zulita. 2003, p. 140)*

La disposición fue tomada casi textualmente (con excepción del incesto) del proyecto suizo de 1916, pero, curiosamente, en aquel país no se convirtió en ley. El Código Penal federal suizo de 1937 (en vigencia desde 1942), por el contrario, eliminó la figura, y en su lugar insertó una cláusula genérica de atenuación libre de la pena, en estos términos: “Si el embarazo ha sido interrumpido a causa de otro estado de angustia grave en el que se encontraba la persona encinta, el juez podrá atenuar libremente la pena”. Como se puede apreciar, los senadores argentinos –como suele ser costumbre en este país– copiaron un texto extraño, polémico e innecesario, inclusive desechado en el país de origen. Esto les sucede, como dice Ramos, a los que copian sin saber lo que copian.

La polémica llegó a su fin con la sanción de la ley 17.567 de 1968, que introdujo un nuevo texto, reproducido por la ley 21.338 de 1976, ambas inspiradas en el pensamiento de Soler, con la siguiente redacción: el aborto no es punible: 2) “Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuera una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”.

Con la nueva redacción dada al párrafo segundo del art. 86, se dejaba en claro que el texto hacía referencia al aborto sentimental cuando el embarazo provenía de una violación a una mujer normal y era practicado de acuerdo a las condiciones exigidas por la ley, y, por incidencia, al aborto eugenésico cuando la víctima de la violación era una mujer idiota o demente. La reforma de la ley 23.077, al derogar nuevamente la disposición, volvió las cosas a su estado anterior y, consecuentemente, a las antiguas discusiones.

#### **ABORTO PRETERINTENCIONAL**

*Art. 87: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”*

Este delito, cuya fórmula ha recibido tradicionalmente la denominación de “aborto preterintencional”, requiere para su configuración la concurrencia de los siguientes elementos: a) Ejercicio de violencia –física o psíquica- sobre el cuerpo de la mujer. b) Una mujer en estado de embarazo; c) Que el estado de embarazo le conste al autor (conocimiento asertivo del mismo, aunque no fuera visible) o que sea notorio (manifiesto para la generalidad de los individuos, no solo para el autor); d) La muerte del feto, vale decir, que se cause un aborto (no su tentativa) como consecuencia del empleo de violencia (relación causal entre el acto violento y el resultado muerte del feto), y e) Inexistencia de dolo de aborto por parte del autor.

Se discute en doctrina la naturaleza subjetiva de esta figura.

Para un sector de opinión, se está ante un caso de aborto culposo, ya que la violencia, aunque ilícita, no constituye en sí misma delito y su empleo causa un resultado imprudente. Para Ramos Mejía se trata de una hipótesis de sucesión de dolo y culpa, esto es, un primer

tramo que responde a una acción dolosa (la violencia) que es lo querido por el agente, y un resultado (el aborto) que no es querido pero que ha sido producido por culpa, en este caso consiente, porque el embarazo de la paciente es notorio o le consta al autor.

Siguiendo a D'Alessio, resulta interesante la postura que sostiene que la figura constituye un caso de aborto doloso, pero de dolo eventual. Al estar la violencia dirigida contra la mujer, no contra el feto, no puede configurarse la forma culposa. La culpa, dice Núñez, no es compatible con la mala intención de violentar a la mujer. Por otra parte, si el legislador hubiera querido configurar este tipo de aborto a título de culpa, lo hubiera así tipificado expresamente, como lo hizo con otras figuras culposas, más aún si no se pierde de vista el sistema de *numerus clausus* escogido por el legislador argentino para sancionar los tipos culposos.

*Pero no porque tales modalidades puedan ser incluidas dentro de la idea de lo preterintencional, sino porque, sin forzar en lo más mínimo la interpretación, tanto los hechos cometidos en forma preterintencional como los que resultan del dolo indirecto del autor, son resultados que no se ha tenido el propósito de causar. En esa línea Donna entiende que el artículo en cuestión es un tipo compuesto por un actuar doloso con respecto a la violencia en contra de la mujer, y que en cuanto al resultado (aborto) resulta aceptable tanto el dolo eventual como la culpa (aut. Cit. 2009, p. 71).*

De otra manera, con un criterio tan amplio, podríamos considerar la posibilidad culposa frente a cualquier delito, lo cual conspiraría contra todo sistema racional de ordenación delictiva.

La tesis del dolo directo tampoco resulta aceptable, no solo porque generaría confusión con la forma común del aborto, sino porque la propia descripción legal lo excluye (“sin haber tenido el propósito de causarlo”, dice el art. 87).

Con respecto a la figura preterintencional tampoco es probable, pues, si bien es cierto que ella requiere una acción inicial dolosa (admitiendo que la violencia es dolosa), el resultado final debe ser culposo, lo que no sucede con el tipo del art. 87, que exige también un acontecimiento final doloso (si bien no directo), por cuanto el autor, al emplear la violencia contra la mujer, lo hace asintiendo en la posibilidad real de causar un aborto, en definitiva queriéndolo. Hay, por tanto, dolo eventual. Se trata de un caso en que el autor, no obstante advertir (o conocer) el estado de embarazo de la mujer y previendo la posibilidad de un resultado previsible (el aborto) si ejerce la violencia, no le importa dicho resultado (lo

menosprecia), no se detiene en su actuar, ejecuta el acto violento y provoca el aborto.

### **ABORTO CAUSADO POR LA PROPIA MUJER. TENTATIVA.**

Art. 88: *“Será reprimida con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible”.*

La disposición contempla dos figuras: el aborto causado por la propia mujer y la prestación del consentimiento para que un tercero se lo causare.

En el primer supuesto, el autor es la propia mujer, que es quien ejecuta el aborto. La ejecución del aborto por la propia mujer no descarta la posibilidad de actos de cooperación o ayuda por parte de terceros, participación que se resuelve mediante la aplicación de las reglas comunes de los arts. 45 y 46 del C.P..

En el segundo supuesto, el artículo solo declara la pena que debe aplicarse a la mujer que consiente que se practiquen sobre ella las maniobras abortivas que darán lugar al aborto<sup>26</sup>. Esta última figura debe siempre hacerse jugar armónicamente con la del art. 85, inc. 2º, Cód. Penal.

El art. 88 abarca un caso de delito de acción bilateral, pues requiere la acción conjunta del tercero que practica el aborto (art. 85) y de la mujer que presta el consentimiento (art. 88). La simple prestación del consentimiento sin que el tercero haya realizado actos ejecutivos, queda fuera de la punibilidad. La retractación o revocación del consentimiento realizado antes de la provocación del aborto, tiene eficacia desincriminante para la mujer, no así para el tercero que incurrirá en el tipo previsto en el art. 85 inc. 1º del C.P..

La tentativa de aborto de la propia mujer no es punible. Se trata de una excusa absolutoria establecida en su favor, aunque también se extiende a los terceros que han participado con actos de complicidad secundaria en el aborto tentado<sup>28</sup>. La excusa tiene una razón político criminal que la fundamenta: evitar el escándalo que significaría un proceso judicial frente a un hecho que solo queda en la intimidad de la mujer y que no tiene ninguna repercusión social relevante; para evitar que tal fundamento quede totalmente desvirtuado, es que también la excusa beneficia al cómplice.

## **PROYECTOS DE LEYES MODIFICATORIAS DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN TORNO A LA FIGURA DEL ABORTO.**

La diputada Nacional Juliana Di Tullio, en fecha 16/03/2010, presentó un proyecto de Interrupción voluntaria del embarazo, derogación del inciso 2) del artículo 85 y artículos 86 y 88 del Código Penal de la Nación, despenalización del aborto. Este proyecto bajo análisis establece la legalización del aborto en condiciones integrales; infiere la interrupción voluntaria del embarazo para toda mujer como derecho hasta las 12 semanas en los servicios del sistema de salud. Cuando el embarazo es mayor a las 12 semanas establece como supuestos para practicar el aborto 1. Si el embarazo es producto de una violación, acreditada con denuncia policial o judicial o formulada en el servicio de salud; 2Si existe peligro para la vida o salud de la mujer; 3. Si existieran mal formaciones fetales graves. Al igual que el Proyecto N° 0659-D-2010. Debe practicarlo un médico con el consentimiento expreso de la mujer y en caso de ser la mujer declarada incapaz en juicio o menor de 14 años, con el consentimiento de uno de sus representantes legales, previo a todo debe ser oída conforme a la Convención sobre Derechos del Niño.

Ambos proyectos dicen respecto de los médicos y personal auxiliar que tenga objeciones de conciencia deberán comunicarlo a las autoridades del establecimiento en que se desempeñen en el plazo de 30 días de promulgada la ley, quienes ingresaran posteriormente deberán manifestarlo al comenzar sus actividades en el establecimiento. Los que no se hayan expresado no podrán negarse a efectuar las intervenciones.

En el año 2011, en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, existían tres proyectos de Ley en trámite a los fines de ser tratados y no perder su estado parlamentario. Dos de estos proyectos referidos a la interrupción voluntaria del embarazo, y el tercero plantea la des-penalización del aborto, pero encadenado a una serie de requisitos.

El proyecto que modifica el artículo 86 del Código Penal por el siguiente: “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:1) para evitar un peligro en la vida o en la salud de la madre y si ese peligro no pudiera evitarse por otros medios y 2) si el embarazo proviene del delito tipificado por el

artículo 119, párr. 3º (violación). Adiciona también como requisito para acreditar tal situación, certificado de un médico diplomado con título especialista otorgado por una entidad legalmente habilitada (para ambos casos); certificación de la denuncia policial formulada por la víctima o su representante legal. Este último requisito mantendrá el nivel de abortos y muertes maternas, dejando de lado la libertad de elección de la mujer sobre su propio cuerpo. Este proyecto mantiene la redacción del artículo 85, y fue girado las Comisiones de Legislación Penal, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia para su tratamiento.

El proyecto presentado por el diputado Sabbatella, no solo despenaliza el aborto sino que legaliza e institucionaliza el derecho de la mujer a decidir la interrupción voluntaria del embarazo, receptando el concepto de Salud de la Organización Mundial de la Salud. Establece expresamente que no se requiere intervención o autorización de autoridad judicial o administrativa, a excepción del consentimiento informado de la mujer o su representante legal., considerándose viable la interrupción del embarazo por en mayores supuestos: a) antes de las 14 semanas de gestación; b) en el caso de que el delito sea producto de un delito contra la integridad sexual, mientras sea inviable la vía del feto con independencia del cuerpo de la mujer; c) si existe peligro para la vida o la salud del cuerpo de la mujer- definición de la OMS- y no la mera ausencia de enfermedades ; y finalmente, d) si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de la vida extrauterina. Debe practicarlo un médico con el consentimiento expreso de la mujer y en caso de ser la mujer declarada incapaz en juicio o menor de 14 años, con el consentimiento de uno de sus representantes legales, previo a todo debe ser oída conforme a la Convención sobre Derechos del Niño. Las prestaciones necesarias para la práctica, serán incluidas en el Programa Médico Obligatorio y tendrán cobertura total y gratuita en todos los servicios de salud estatal, obras sociales y privado.

Con respecto al Artículo 85 del C.P., se modifica por el siguiente: “El que causare la interrupción del embarazo será reprimido 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 muerte de la mujer. Si la conducta reprimida en este artículo la realizaran médicos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte, sufrirán, además inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena”; también deroga los

artículos 86 y 88 del C.P.

Sobre las bases de este proyecto despenalizando el aborto y penalizando a quien obstaculice e impida a la mujer abortar en los supuestos establecidos como excepciones, se presentó en el año 2012 un nuevo proyecto.

En septiembre del año 2012, los legisladores porteños presentaron el proyecto de ley que reglamentará los casos de abortos no punibles del artículo 86 del Código Penal. Dicho proyecto admite como válido el consentimiento de una menor para acceder a un aborto no penado a partir de los 14 años, coincidiendo con el criterio adoptado por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en marzo de ese mismo año, dictaminó que las mujeres víctimas de una violación puedan realizarse un aborto sin autorización judicial. Aunque no fija un plazo máximo de semanas de gestación para la realización del aborto, establece un tope máximo de cinco días desde que se solicita el procedimiento para concretar la interrupción del embarazo. Prohíbe que se impongan obstáculos médicos, burocráticos o judiciales para acceder a la prestación de la conclusión del embarazo producto de una violación o de alto riesgo para la mujer gestante. En conclusión, bastaría la declaración jurada prestada de la mujer ante el profesional interviniente para poder acceder al aborto.

## **MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL**

### **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención o Convención Americana) es frecuentemente citada por cortes y juristas internacionales como el más explícito reconocimiento del derecho a la vida del no nacido existente en un tratado internacional<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> se entenderá por “niño no nacido” o “no nacido” el embrión, cigoto, feto o cualquier otro término utilizado para designar el producto de la concepción o fertilización.

Ello sin perjuicio de que otros tratados y declaraciones internacionales también protegen la vida y la salud del no nacido. Por ejemplo, el artículo 24 (2) (d) de la Convención sobre Derechos del Niño y el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño contemplan la atención pre-natal como parte del derecho del niño a la salud y al desarrollo. Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo VII de

Mediante la adopción y posterior ratificación de la Convención Americana, 24 Estados latinoamericanos y del Caribe<sup>6</sup> reconocieron que la vida comienza desde el momento de la concepción y otorgaron al niño no nacido protección como sujeto de derechos humanos en el artículo 4(1) de la Convención:

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

Asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración o Declaración Americana)<sup>8</sup>, en 1948, los Estados miembro de la O.E.A. reconocieron un derecho a la vida universal declarando que “todo ser humano tiene derecho a la vida [...]” en el artículo I, cuyos travaux préparatoires incluían específicamente un derecho a la vida “desde la concepción” a favor de “los que todavía no han nacido”

### **CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE ELIMINACIÓN DE LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. (CEDAW)**

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW o Comité) es el órgano establecido por la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) para “examinar los progresos realizados en la aplicación de la Convención” por los Estados partes de ella. De conformidad con el artículo 18 de dicho instrumento, los Estados tienen la obligación de someter para examen del Comité “un informe sobre las medidas legislativas, judiciales,

---

la Declaración Americana. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6 (5), otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas pueden encontrarse en el artículo 4(5) de la Convención Americana. Asimismo, los preámbulos de la Convención y Declaración de los Derechos del Niño, elementos esenciales de interpretación de los tratados mismos, de acuerdo al artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirman el deber de protección legal de los Estados respecto al niño no nacido, que por su vulnerabilidad “necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

<sup>8</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948). Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos1.htm>.

administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido”. El Comité examina internamente este informe y prepara una lista de preguntas sobre temas que le presentan dudas; las que luego son contestadas por el Estado en forma escrita. Para la elaboración del listado, a menudo los miembros del Comité reciben información de organizaciones no gubernamentales. Después de este intercambio de preguntas y respuestas el informe se analiza en una audiencia pública.

En el artículo 1 de la Convención se define la discriminación contra la mujer. En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no.

*La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce por la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de convenios específicos de derechos humanos, constituye discriminación, tal como se entiende en el artículo 1 de la Convención. Estos derechos y libertades comprenden, entre otros:*

- a) el derecho a la vida;<sup>2</sup>*
- b) el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;*
- c) el derecho a la protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno*
- d) el derecho a la libertad y la seguridad de las personas;*
- e) el derecho a la protección igual de la ley;*
- f) el derecho a la igualdad en la familia;*
- g) el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental;*
- h) el derecho a condiciones de empleo justas y favorables (Comité CEDAW, “La Violencia contra la Mujer”, Recomendación General N° 19)*

### **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (APROBADA POR LEY 23.949)**

En su art. 1, la Convención dice: "...Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años...".

Al firmar el tratado, la Argentina realizó una reserva, aclarando que respecto de este artículo que debía entenderse por niño "...todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad...". Asimismo, el art. 6, inc. 1; establece que "...los estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida".

Luego de analizar este artículo, y sobre todo la aclaración que reservó nuestro país, es resulta a todas luces los niños son personas desde la concepción y que merecen protección contra todo ataque o discriminación. La existencia de esta reserva expresa refuerza el criterio y hace caer la remota posibilidad de una interpretación en el sentido de que puedan existir excepciones.

Por otra parte, recuerda Javier Anzoátegui que en el preámbulo de la mencionada Convención puede leerse que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento..." (ED, 185-1108).

Esta convención, no sólo no admite excepciones ni en su letra ni en su eventual interpretación, mucho menos si la excepción fuese derivada de intento eugenésico, como se puede observar en los apartados anteriores y mucho menos cuando el presupuesto eugenésico no se da al encontrarse probado que la criatura por nacer es perfectamente sana.

### **LEGISLACIONES COMPARADAS EN AMÉRICA LATINA**

**BOLIVIA.** EL Código Penal de la República de Bolivia (Dto. Ley 10.426), En el art. 263, penaliza el aborto, y en los sucesivos, tipifica las distintas figuras estableciendo distintas las penas que les corresponden, agravándose (en caso de muerte) o atenuándose (como en el aborto culposo). En su art. 266, considera impune el aborto como consecuencia de una violación, estupro, incesto, raptó no seguido de matrimonio, o si el aborto se practicare para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este no puede ser evitado por otros medios. En estos casos el aborto debe ser practicado por un médico, con

el consentimiento de la mujer y autorización judicial.

La tentativa de la mujer, no es punible. Penaliza también la figura del que practicare el aborto habitualmente.

**BRASIL:** El aborto es reconocido por el Código Penal como delito contra la vida , pero se permite en caso de incesto, violación o que la vida de la madre esté en peligro. Desde 1988, hospitales de diferentes estados establecen la legalidad del aborto y los practican, incluidos Río de Janeiro y San Pablo.

La Constitución y una Ley de 1996 establece el acceso amplio y total de los métodos de planificación Familiar en el Sistema nacional de Salud, como un Derecho personal u que el Estado debe garantizar.

Desde el año 1998, existe una norma sobre prevención y tratamiento de las enfermedades derivadas de la violencia sexual contra la mujer, niñas y adolescentes y para asegurar la atención inmediata de estas mujeres y que desean un aborto. El Sistema Nacional de Salud, desde el año 2004, orienta sobre el derecho de la mujer, al cuidado y trato humano en las situaciones de aborto espontáneo o inseguro.

**COLOMBIA:** El Código Penal de Colombia tipifica como delito contra la vida y la integridad personal, al aborto provocado. Si el aborto practicado, es de un embarazo proveniente de acceso carnal violento, abusivo o por inseminación artificial no consentida, las penas se atenúan. En el año 2006, se aprueba una ley por sentencia C-355, con la disponibilidad del Misoprostasol en Tocoginecología y para la interrupción voluntaria del embarazo.

Esta Ley fue de aplicación inmediata, sin pasar por el Congreso., por considerar, la Corte Constitucional y su presidente que cumplen con los tratados y obligaciones internacionales sobre derechos humanos, donde se encuentran los reproductivos y sexuales.

En la normativa del Ministerio, se encuentra el aborto farmacológico, no así en el Plan Obligatorio de Salud., en el que realizan abortos instrumentales y también en las Instituciones Prestadoras de Servicio y Centros Privados. La anti concepción de urgencia está autorizada y legalizada desde el año 2000.

**COSTA RICA:** El Código penal de Costa Rica, también penaliza el aborto, y establece

en qué casos atenúa sus penas y en cuales las agrava. No es punible el aborto cuando se realiza para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer.

En 1999, en Costa Rica se declaró al 25 de julio como el día nacional de la vida por nacer, basada en “ protección de la vida desde la concepción”, y en el año 2000, se prohibió la reproducción asistida.

**CUBA:** El Código Penal, considera el aborto ilegal, cuando se realiza sin el consentimiento de la mujer, fuera de los servicios hospitalarios, cuando no lo realiza un médico o se cobra el acto médico.

La interrupción del embarazo es legal a pedido de la mujer y hasta las 12 semanas de gestación, a partir del año 1965.

**CHILE.** El aborto se prohibió absolutamente. En la década del 60 la Corte Suprema lo definió al aborto como la intención maliciosa del embarazo con el propósito de evitar el nacimiento del feto o detener el curso natural del embarazo. En 1931, una ley dispuso la legalización del aborto terapéutico, para salvar la vida o salud de la madre, pero en 1989, el dictador Pinochet la anuló en forma absoluta, y se tipificó “como delito contra el orden de la familia y la moralidad pública”. Existe un informe de la ONU que Chile no aceptó recomendaciones para actualizar su legislación en base a normas internacionales sobre derechos humanos para disminuir la mortalidad materna por aborto clandestino.

En el año 2011, una petición del aborto terapéutico por malformaciones graves fetales y el riesgo de no poder llevar una vida digna, produjo una situación grave, el presidente Piñeyra declaró abiertamente que no lo despenalizará. A pesar de ello, se ante el Congreso de dicho país varios proyectos de despenalización del aborto, pero ninguno fue aprobado.

**ECUADOR:** La Constitución de Ecuador, garantiza la vida desde la concepción, reconociendo personería jurídica al embrión. El aborto es un delito en el Código Penal y en la Ley General de Salud, el art. 30 dice” es obligatorio denunciar a una mujer que ha abortado incluso por sospecha de aborto clandestino”. Se permite el aborto cuando la vida o la salud de la embarazada están en peligro o el embarazo es producto de una violación a una mujer idiota o demente. El presidente Correa y la Asamblea Constituyente quieren establecer la despenalización del aborto. Se ha normalizado el uso del Misoprostol en tres

niveles de tocoginecología, en el Sistema Sanitario Ecuatoriano.

**GUATEMALA:** El Código Penal, penaliza el aborto en todas sus formas, con excepción de que lo practique un médico en casos de violación, o para salvar la vida de madre, cuando se hayan agotado todos los medios científicos y técnicos previos.

En este país claramente está demostrado que la penalización del aborto provocado, no ha descendido el número de los mismos, haciendo más peligroso el aborto clandestino., causando secuelas y muertes incluso de las gestantes.

**HAÍTÍ:** Sólo se permite el aborto cuando la vida de la mujer está en peligro. Este es el país más pobre de latino- América, mueren aproximadamente 550 mujeres cada 100.000 partos.

**HONDURAS:** “El aborto es la muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto...”, establece su Código Penal en el Art. 30. El código ético médico permite el aborto para salvaguardar la vida de la madre, siendo como requisitos el consentimiento de la mujer, del marido y consulta médica previa. En el año 2012, el Superior Tribunal de Justicia, apoya al veto del presidente Zelaya, declarando la Anti-concepción de Urgencia (ignorando a la O.M.S, pero escuchando al Vaticano), excusándose en la protección a la vida. Este es un país en que el gobierno en este tema se encuentra sometido a la Iglesia Católica, a pesar de existir diversidad de creencias en el mismo. Honduras recibe presiones internacionales (CEDAW, CIDH, HRW, etc.) en defensa de los Derechos Humanos y de la mujer para prevenir y evitar las muertes de mujeres provocadas por abortos clandestinos.

**MÉXICO:** La Asamblea Legislativa, en el año 2007, aprobó la despenalización del aborto en el Distrito Federal, no siendo delito hasta las 12 semanas, reformando así el Código Penal. En los casos de violación, riesgo de salud o vida de la mujer o malformaciones congénitas o graves en el feto, se autoriza el aborto después de las 12 semanas. En 32 Estados es No Punible por violación, en 27 si es para salvar la vida de la mujer, en 13 si el feto tiene una malformación y en 10 si se trata de proteger la Salud (OMS) de la mujer.

**NICARAGUA:** Desde octubre del año 2006, en Nicaragua la Asamblea Nacional

Legislativa, derogó el art. 165 del Código Penal que declaraba no punible el aborto terapéutico, debido al riesgo Psicológico por violación o riesgo en la salud de la mujer, con el fin de evitar los delitos que se cometían bajo el nombre abortos terapéuticos. Lo que demuestra un retroceso en los Derechos Humanos. Se penaliza el aborto a una menor violada, y se da supremacía al feto sobre la mujer embarazada. El estado encubre las muertes causados por abortos clandestinos como suicidios en las estadísticas.

**PANAMÁ:** El Código penal Panameño, establece al aborto “delito contra la vida y la integridad personal”. Cuando el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer 1- para provocar la destrucción del producto de la concepción como consecuencia de una violación carnal, debidamente acreditada en instrucción sumarial y el mismo debe practicarse dentro de los dos primeros meses de embarazo y 2- por causas graves de salud, que pongan en riesgo la vida de la madre, determinados por una comisión multidisciplinaria designada por el Ministerio de Salud, si lo autoriza, no se aplicarán penas. La Constitución no incorpora la defensa de la vida desde la concepción. En el año 2007 se intentó reformar el Código Penal para despenalizar el aborto pero la presión de la iglesia y los grupos pro-vida hicieron que los diputados no lo aprobaran.

**PARAGUAY:** En Paraguay su Constitución, en el art. 4 protege el derecho a la vida, considerarlo inherente de la persona humana. Su Código penaliza el aborto, y alcanza dicha penalización al hombre responsable de la concepción sólo como cómplice. Atenúa la pena para quien haya pretendido salvar la honra de la esposa, madre, hija o hermana; así mismo exime de culpa cuando se realizó para salvar la vida de la mujer.

Recibió este país una recomendación por parte de la Organización de las Naciones Unidas, luego de la participación en el Examen Periódico Universal (EPU) sobre el cumplimiento o no sobre una serie de iniciativas referentes generalmente a los Derechos Humanos, en este caso los llamados derechos sexuales y reproductivos. Una de ellas fue analizar el alcance de los abortos ilegales y poco seguros e introducir medidas de protección del derecho universal de la mujer a la vida y su salud. El gobierno de Paraguay sostuvo que no hay ningún compromiso del Estado con respecto a la despenalización del aborto.

**URUGUAY:** Este país posee una característica que lo hace único en Latino América

que es más laico, con una separación temprana de Estado y la Iglesia. Uruguay es el primer país de la región que, desde diciembre de 2012, implementa en el Sistema Nacional Integrado de Salud servicios de aborto seguro. Esta es una respuesta imperiosa, imprescindible y necesaria ante el requerimiento y demanda social frente a una práctica sanitaria que transcurrió históricamente por la clandestinidad, poniendo en riesgo la salud y la calidad de vida de las mujeres. La ley 18.987 en su art. 1º reza “EL Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana y promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda población”. La interrupción voluntaria del embarazo, no será penalizada cuando se realice dentro de las doce semanas de gravidez, y cumpla con los requisitos que establece la misma como ser que la mujer debe acudir a consulta médica ante una Institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, poniendo en conocimiento del médico en las circunstancias que sobrevino la concepción. Se dispondrá un equipo interdisciplinario que deberá informar a la mujer las características de la interrupción del embarazo y los riesgos inherentes a la misma; y brindarle apoyo psicológico y social a la mujer.

El médico ginecólogo y el equipo interdisciplinario, dejarán constancia de todo lo actuado en la historia clínica de la paciente. En el art. 6 de la misma norma, plantea las siguientes excepciones en las que podrá realizarse la interrupción del embarazo cuando: se verifique un proceso patológico, incompatible con la vida extrauterina, la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer, o fuere producto de una violación acreditada con constancia de denuncia penal, dentro de las catorce semanas de gestación.; y en todas. Considera acto médico a las interrupciones de embarazo que se practiquen según los términos de la ley. En el art. 11 está la cláusula de objeción de conciencia, según la cual los médicos ginecólogos y personal de salud deberán comunicar expresamente a las autoridades de la institución en la que se desempeñan la objeción de conciencia para intervenir en los procedimientos de la presente ley. Si los mismos no se expresaron, no podrán negarse practicarlos.

## **CAPÍTULO 3: RESEÑA JURISPRUDENCIAL**

### **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

#### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Si bien hay jueces de la CSJN que se han manifestado públicamente a favor de la despenalización del aborto y de la promoción del debate sobre la cuestión en la sociedad, la información disponible es demasiado escasa como para hacer un pronóstico. Los jueces en esta instancia actúan con suma cautela en un tema que es muy sensible políticamente a nivel nacional, y con opiniones muy divergentes en la sociedad. Así, la posibilidad de conformar una eventual mayoría que sentara una doctrina con suficiente solidez sigue siendo una incógnita. Ello es posible deducir de los dos recientes fallos que se comentan a continuación, en los cuales, la Corte no ha mantenido un criterio unánime, ni tampoco una postura que se mantenga a lo largo de la jurisprudencia, dependiendo de la relatividad de las particularidades del caso, y de las circunstancias sociales y políticas del momento en el que llegan a estudio del Címero Tribunal.

Como se verá, lo único destacable de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal es que ha sostenido la validez constitucional del art. 86, el cual fuera cuestionado numerosas veces por los sectores más conservadores que abogan por una prohibición absoluta e incondicional del aborto, sea cual fuere el origen o las circunstancias del embarazo; así como se ha pronunciado sobre la utilidad y necesidad de la conformación de un Protocolo de Acción que debe seguirse y respetarse cabalmente a fin de proteger la vida de la madre.

#### **CASO “PORTAL DE BELÉN”. 5/05/2002<sup>9</sup>**

La Asociación Civil s/ fines de lucro, “Portal de Belén”, promovió una acción de amparo con el objeto de que se revoque la autorización otorgada por el Ministerio de Salud y Acción Social a los Laboratorios GADOR S.A., para que fabrique, distribuya y

---

<sup>9</sup> CSJN "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", P.709.XXXVI, 5/III/02. Recuperado de:

[http://aica.org/aica/documentos\\_files/Otros\\_Documentos/Varios/2002\\_03\\_05\\_Sentencia\\_pildora.htm](http://aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/Varios/2002_03_05_Sentencia_pildora.htm)

comercialice la píldora abortiva “Inmediat”, más conocida como “la píldora del día después”.

La jueza de Primera Instancia Titular del Juzgado Federal Nro. 3 de la ciudad de Córdoba, hizo lugar a la acción de amparo incoada por entender que el fármaco atentaba contra la vida, entendida desde la concepción.

La demandada, Laboratorios Gador S.A., recurre la sentencia de Primera Instancia y el Tribunal de Alzada, la Sala B de la Cámara Federal de Córdoba, resuelve hacer lugar a la misma, por considerar que no procede el amparo pues no hay ilegalidad manifiesta de la conducta de la demandada y se trata de “cuestiones opinables, por resultar la pretensión ejercitada absolutamente ajena al ámbito de judiciabilidad del Poder Judicial de la Nación

La actora llega a la Corte por medio de un recurso extraordinario, y éste órgano resuelve revocar la autorización otorgada por el Ministerio de Salud y Acción Social a los Laboratorios GADOR S.A., por considerar que:

*[El] comienzo de la vida tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación” y que “tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo, (...) que el niño deba después desarrollarse en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación (...). “Que según surge del mismo prospecto del fármaco tiene los siguientes modos de acción: “...inhibir la fertilización, modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación. Que este último efecto señalado es una amenaza efectiva e inminente al Bien Jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior.*

*Que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la C.N. y por lo tanto se configura así una situación excepcional que revela la necesidad de ejercer la vía del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego. Aplicando así el Principio “pro homine”.*

Posteriormente ha precisado los alcances en torno a la figura de la interrupción del

embarazo proveniente de toda clase de violación, estableciendo que cualquier caso de aborto no punible no está supeditado a trámite judicial; y exhortó a implementar los protocolos hospitalarios al respecto, dando el puntapié inicial a una seguidilla de Protocolos y Guía de Acción a nivel nacional y provincial.

### **CASO F., A. L. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA. 13/03/2012**

En el caso “A. F. s/medida autosatisfactiva”, la Corte Suprema, 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, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que, en marzo de 2010, autorizara la realización de la práctica de aborto respecto de la joven A.G, de 15 años de edad, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro. De esta manera, rechazó el recurso extraordinario que, en representación del nasciturus, interpusiera el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut.

En su sentencia, la Corte consideró oportuno y necesario responder a los agravios que le habían sido traídos a discusión por el apelante, que radicaban en la supuesta incompatibilidad de la normativa constitucional y convencional con la interpretación amplia del permiso de aborto no punible en casos de violación, establecido en el art. 86.2 CP. Es decir, con la noción de que el inciso 2 del art. permite el aborto en todos los casos en que el embarazo es producto de una abuso sexual.

El Asesor General de la Provincia del Chubut se agravió por entender que, con la interpretación amplia del art. 86. 2 CP que había efectuado la Suprema Corte de Chubut — al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente— se desconoció el plexo constitucional y convencional que estipula la protección de la vida a partir de la concepción. El apelante se fundó en:

- La Constitución Nacional, art. 75, inciso 23: “Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”;
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 1: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”;
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 3: “Toda persona tiene

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

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y art. 6: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”;

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”;

- La Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, art. 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y art. 6: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” (considerando 3)

La Corte fundó la primera parte de la sentencia relativa a la constitucionalidad del art.86 CP —y de la interpretación amplia del inciso segundo de dicha norma— a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino aceptó a través de la ratificación de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento, responsabilidades internacional.

La Corte aclaró que, no obstante que el aborto ya se había realizado, se configuraba uno de los supuestos de excepción que, según su jurisprudencia, la autoriza a pronunciarse. Esto teniendo en cuenta: a) que el tiempo que implica el trámite judicial de cuestiones de esta naturaleza excede el que lleva su decurso natural, b) que era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para la solución de futuros casos análogos y c) estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

El voto mayoritario, firmando por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni sentó tres reglas claras.

1) La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos no

sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad.

De este modo, se puso fin a la incertidumbre relacionada con el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en tanto algunas instancias judiciales han entendido que éste sólo se aplica respecto de la víctima de una violación que poseyera alguna discapacidad mental, criterio que llevaba a que la cuestión se judicializara a lo largo del país con resultados adversos y, en algunos casos, con riesgo a la realización del aborto o a la salud de la madre.

2) Los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, debiendo practicarlos requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación.

3) Los jueces tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico.

Entre otros aspectos, en la decisión, se tuvieron en cuenta la posición de la Organización Mundial de la Salud en la materia y distintos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y del Comité de los Derechos del Niño, ambos de Naciones Unidas que marcaron la necesidad de garantizar el acceso seguro a los abortos no punibles en nuestro país y la eliminación de las barreras institucionales y judiciales que han impedido a las víctimas de una violación acceder a un derecho reconocido por la ley.

Finalmente, con el objeto de hacer efectivo lo decidido y asegurar los derechos de las víctimas de violencia sexual, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni exhortaron a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos y a disponer un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que

comprometan la atención de la requirente del servicio.

*[C]orresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual (considerando 29).*

Asimismo, atendiendo a la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, los mencionados jueces señalaron la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva y el asesoramiento legal del caso. También sostuvieron que se consideraba indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación y que se capacite, en este sentido, a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que brinden a toda víctima de violencia sexual la orientación del caso (considerando 30).

Por su parte, el juez Petracchi entendió que el recurrente no había justificado debidamente por qué sólo debía permitirse que se practicara esta clase de abortos a las víctimas de una violación que presentaban deficiencias psíquicas ya que, lo fundamental, era que, en este caso, la joven A.G. también había sido víctima de un ataque a su integridad sexual y consideró que éste tampoco había demostrado que fuera inconstitucional la solución adoptada por el legislador frente al conflicto de derechos entre la persona por nacer y quien resultó embarazada como consecuencia de una violación. En consecuencia, resolvió declarar inadmisibile el recurso interpuesto por el Asesor.

La jueza Argibay también sostuvo que el recurrente no había demostrado por qué era válido restringir el acceso al aborto no punible sólo a las víctimas de violación que presentaban deficiencias psíquicas ya que, lo fundamental, era que, en este caso, la joven A.G. también había sido víctima de un ataque a su integridad sexual. Además, consideró que no se había demostrado que fuera inconstitucional la solución adoptada por el legislador frente a este conflicto de derechos entre la persona por nacer y quien resultó embarazada como consecuencia de una violación. Por último, estableció que para el ejercicio del permiso jurídico sentado en la norma no debía requerirse autorización judicial sino únicamente que los médicos verifiquen que, respecto de quien peticiona el aborto, el embarazo es la consecuencia de una violación. En consecuencia, resolvió rechazar el recurso interpuesto por el Asesor y confirmó la sentencia apelada.

En síntesis, la Corte Suprema tuvo en cuenta que el artículo 86 inciso 2º del Código Penal establece que: *“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: ... 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”*. Así, atendiendo a esta disposición, y frente a una extendida práctica fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales y provinciales que ha restringido indebidamente el acceso a los abortos no punibles por parte de las víctimas de una violación, la Corte Suprema de Justicia reafirma, con este pronunciamiento, el imperio del principio de legalidad que prescribe que las leyes están para ser cumplidas, por lo que no puede impedirse a estas víctimas, sean normales o insanas, ejercer su derecho a interrumpir el embarazo conforme lo autoriza el Código Penal

en esta clase de casos, sin necesidad de autorización judicial previa ni temor a sufrir una posterior sanción penal.

### **Protocolos de Atención conforme el Criterio de la Corte**

Las únicas jurisdicciones cuyos protocolos de atención se ajustan más cabalmente a lo dispuesto por la Corte son la provincia de Chubut y la provincia de Santa Fe.

Técnicamente, el caso de la provincia de Chubut no debe pensarse como una reacción a la exhortación de la Corte, dado que Chubut cuenta, desde 2010, con un protocolo de atención a los abortos no punibles, coherente con los parámetros que luego estableció la Corte. Este protocolo, sancionado por la ley XV 14, regula el aborto para los casos contemplados por el art. 86.1 (causal salud/vida), establece el alcance amplio del art. 86.2 (causal violación) y remueve varias barreras de acceso en el sentido establecido por la Corte.

La ley tiene varios aciertos.

1) Se exige que la verificación de la causal la haga el profesional interviniente. La interconsulta procede únicamente en caso de necesidad; salvo que se trate de un aborto por peligro para la salud psíquica de la mujer, donde se requiere la interconsulta con un/a psicólogo/a. Especialmente en los casos de violación, la interconsulta no tiene fundamento dado que la causal se habilita con la mera declaración jurada sobre el abuso. Para el caso de peligro para la salud, la interconsulta no debería ser obligatoria, justificándose únicamente a instancias de la mujer o del profesional tratante.

En este sentido, y si bien es un acierto lo regulado para la causal abuso, no parece justificarse lo regulado para la causal salud psíquica.

2) No se requiere autorización judicial ni ningún otro requisito previo, sino sólo declaración jurada.

3) Se explicita que las mujeres mayores de 14 años pueden consentir la práctica, mientras que para las mujeres menores de 14 años debe consentir su representante legal. Si bien los límites etarios no son la manera recomendada por la Convención de Derechos del Niño para asegurar los derechos de niñas y adolescentes, el límite de 14 años resulta más razonable que el límite de 18 años que imponen otros protocolos. Además, se corresponde con lo establecido por la ley nacional 25.673/2003 de Salud Sexual y Procreación Responsable y su correspondiente decreto 1282/2003 que otorga competencia a los/ as

jóvenes a partir de los 14 años según lo establecido en el art. 921 del Código Civil en relación al discernimiento.

4) Se contempla que la objeción de conciencia debe ser siempre individual y previamente declarada; y que las autoridades del hospital deberán asegurar el acceso al aborto a través de algún profesional no objetor. En la práctica, en Chubut se registran abusos de la objeción de conciencia de parte de algunos/as profesionales. Si bien la ley, en teoría, regula la objeción adecuadamente, la enorme cantidad de médicos/as objetores/as ha dejado a la provincia con escasísimas profesionales no objetoras<sup>6</sup>. Las pocas profesionales dispuestas son quienes, en la medida de lo posible, han respondido a los pedidos de aborto no punible por vía institucional.

5) Se estipula responsabilidad profesional en caso de incumplimiento de la norma.

Esto es relevante dados los altos niveles de incumplimiento que se observan para el acceso a los abortos no punibles.

El procedimiento de Chubut tiene algunas omisiones que la Corte requirió expresamente. Por ejemplo, no se estipula procedimiento en casos de desacuerdo entre el profesional interviniente y la mujer respecto de la procedencia del aborto. Esto es problemático porque muchas veces el/la profesional se niega a realizar el aborto, y la usuaria queda sin instancia de revisión de tal decisión. El protocolo tampoco menciona la forma de conservación de la evidencia forense, en caso de que la mujer quiera denunciar el abuso posteriormente.

Por su parte, en abril de 2012, la provincia de Santa Fe, dictó la resolución 612 que adhiere a todo lo dispuesto en la Guía Técnica de Atención Integral a los Abortos No Punibles, en su versión actualizada de 2010, redactada por el Ministerio de Salud de la Nación. La resolución 612/2012 modifica la resolución 887/2009, por la que la provincia de Santa Fe adhería a la antigua Guía Técnica para la Atención Integral de Abortos no Punible del Ministerio de Salud de la Nación, de 2007. Además, y como parte de una política integral de accesibilidad a los derechos reproductivos, en 2010 Santa Fe dictó la resolución 843, a través de la cual se crea un registro de objetores de conciencia.

El protocolo de Santa Fe tiene algunos aciertos que el de Chubut no tiene. Primero, se estipula expresamente que la objeción de conciencia no puede alegarse cuando haya peligro inminente para la vida o la salud de la mujer ante la ausencia de profesionales no objetores

y que las usuarias deberán ser informadas sobre la objeción en la primera consulta que realicen. Segundo, se menciona la conservación de la evidencia forense.

En relación al consentimiento para casos de mujeres con discapacidad intelectual/mental, ambos protocolos establecen el consentimiento de su representante legal. Esta misma previsión se exige, además, en todos los protocolos de atención al aborto no punible de Argentina. Este es un requisito que contradice la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPCD) y la ley nacional concordante 26.378. Las personas con discapacidad gozan del derecho a ejercer su capacidad jurídica y a otorgar su consentimiento, en igualdad de condiciones con las demás; más aún cuando se trata de consentir un procedimiento médico que afecta su cuerpo, su vida, sus intereses y sus deseos. Incluso si tuvieran una declaración de insania, debería procurarse que sea la mujer con los “apoyos” que requiriese quien consienta el aborto. En consecuencia, no puede oponerse un representante legal a la práctica del aborto si la mujer manifiesta (con los apoyos que pudiera requerir) que quiere interrumpir su embarazo.

Según lo trascendido en algunos medios locales, la provincia de Santa Cruz también adhirió por resolución ministerial a la Guía Técnica de Nación, aunque, a la fecha de cierre de este artículo, no fue posible conocer el número de resolución, ni el contenido del protocolo.

La resolución 612/2012 de Santa Fe fue impugnada en mayo de 2012 por un miembro de la Junta Ejecutiva Federal de la Red Federal de Familias. A través de una acción de amparo se solicitó la inconstitucionalidad de la resolución y su suspensión. El expediente tramita ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito de la 1era Nominación de la Ciudad de Rosario. A la fecha de cierre de este artículo, no se le había notificado al Ministerio de Salud de Santa Fe sobre la impugnación.

Las jurisdicciones que obedecieron, en forma parcial, la exhortación de la Corte lo hicieron en diferentes grados: algunas ajustándose más y otras ajustándose menos a lo dispuesto por el Máximo Tribunal. Si bien ahora repasaremos cada normativa, vale aclarar que todas ellas regulan el acceso al aborto no punible en todos los casos de abuso sexual. Esto es un avance, en especial, considerando que todas estas jurisdicciones carecían de normas complementarias de atención del aborto no punible antes del dictado de la sentencia.

Sin embargo, dos de ellas regulan únicamente el procedimiento en casos de violación, excluyendo el supuesto de aborto no punible del art. 86.1 CP (causal salud/vida). Además, todas, de distintas forma, incorporaron requisitos que funcionan como barreras de acceso al aborto no punible<sup>10</sup>.

El protocolo que más se aleja de los estándares sentados por la Corte es el de la provincia de Salta. Este protocolo es producto de las declaraciones públicas del Gobernador salteño Juan Manuel Urtubey. A los pocos días de dictado el fallo, Urtubey manifestó que incumpliría la exhortación del Máximo Tribunal porque la sentencia operaba únicamente para el caso concreto<sup>11</sup>. Sin embargo, a los pocos días, el Gobernador volvió sobre sus pasos y dictó el decreto 1170/2012. Allí ordenó la creación de un protocolo sanitario de atención a los abortos no punibles, pero especificó, entre otras limitaciones, la obligatoriedad de que, en la declaración jurada por violación, interviniera el Ministerio Público, Defensor Oficial o Asesor de Menores, según el caso.

Luego de más de dos meses de dictado el decreto, el Ministerio de Salud de Salta aprobó, por resolución, un protocolo que sólo regula el acceso al aborto por la causal violación.

Los aciertos del protocolo son pocos. Primero, se establece que la verificación de la causal debe hacerla el profesional interviniente. Como ya se dijo, dado que el/la profesional no debe comprobar la existencia de una violación, sino sólo recibir la declaración jurada, la exigencia de más de un/a profesional tendría como único objetivo entorpecer el rápido acceso al aborto.

Segundo, la regulación del consentimiento en los casos de mujeres menores de 18 años es confusa. Leyendo el protocolo a su mejor luz, si bien se requiere que las jóvenes

---

<sup>10</sup> Existe abundante literatura sobre barreras de acceso a los abortos permitidos por ley. La Organización Mundial de la Salud las listó en 2003, en Aborto Sin Riesgos, disponible online en: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf). Esta guía fue actualizada en 2012 y está disponible online en inglés en: [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe\\_abortion/9789241548434/en/](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241548434/en/). International Planned Parenthood Federation también clasificó las distintas barreras para el acceso a los abortos permitidos en un estudio comparado de varios países del mundo, disponible online en: [http://www.ippfwhr.org/sites/default/files/Legal\\_Abortion.pdf](http://www.ippfwhr.org/sites/default/files/Legal_Abortion.pdf)

<sup>11</sup> <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-190183-2012-03-22.html>

asistan “acompañadas” por sus padres o tutores, podría entenderse que el consentimiento para la práctica les corresponde a ellas, dado que no se solicita expresamente el consentimiento de sus padres.

Sin embargo, la mención al art. 61 del Código Civil en caso de desacuerdos entre los padres y la joven hace pensar que el acompañamiento es, en realidad, el consentimiento informado de los padres. Si, en efecto, se exige el consentimiento de los padres a toda menor de 18 años, el requisito vulnera la Convención de Derechos del Niño y la ley nacional 26.061 que recepta la Convención, en cuanto estipulan que las niñas y adolescentes son sujetos de derecho, que debe tenerse en consideración sus capacidades evolutivas según su propio grado de desarrollo, y que el “interés superior del niño” es el principio rector dirimente para todo lo que las involucre. La patria potestad establecida en el art. 264 del Código Civil se define como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral”; en este sentido, nunca podría ser esgrimida para obligar a una niña o adolescente a que lleve adelante un embarazo producto de una violación. Ello así porque desvirtuaría el objetivo de la patria potestad entendida como un medio para la protección y formación integral de los/as hijos/as, y no como un fin en sí misma. Los derechos personalísimos de las niñas y adolescentes —en este caso, derecho a la integridad física y sexual, y derecho a la autonomía reproductiva— sólo pueden ser ejercidos por ellas, desnaturalizándose su esencia al ser ejercidos por interpósita persona. Las nociones de capacidad jurídica tradicional se aplican al ámbito de los actos jurídicos, dado que tienen como finalidad el resguardo de la seguridad jurídica en el ámbito de los contratos; por el contrario, las nociones de competencia y discernimiento deben aplicarse al ámbito de ejercicio de los derechos personalísimos, dado que tienen como finalidad el resguardo de la autonomía y la libertad del individuo. La falta de reconocimiento de las capacidades evolutivas de niñas y adolescentes para ejercer sus derechos personalísimos implica la violación del derecho a la salud, a la integridad y a la igualdad de aquellas niñas cuyos progenitores no protegen sus derechos adecuadamente. El Estado no puede dejar librado al arbitrio de los padres la protección de los derechos y garantías constitucionales de uno de los sectores más vulnerables de su población.

Tercero, la responsabilidad profesional por provisión de información falsa o dilación

injustificada está contemplada. Como nos referimos en el análisis de la normativa de Chubut, la contemplación de sanciones es positiva para conseguir un mayor cumplimiento de la norma.

Cuarto, se provee de asistencia psicológica a la mujer. Si bien la asistencia psicológica fue requerida por la Corte, y es deseable que las mujeres abusadas tengan a su disposición ese servicio, nunca puede ser obligatoria como prerrequisito para el acceso al aborto permitido. Esto así porque se vulneraría la autonomía de la mujer, pero además porque la asistencia psicológica previa al aborto puede ser una instancia de disuasión y/o intimidación a la mujer o a su familia. Estas mismas consideraciones se aplican al resto de los protocolos que prescriben asesoramiento psicológico.

Los desaciertos del protocolo salteño son varios. Primero, el protocolo se aplica únicamente a los casos de aborto no punible por violación (es decir, no regula el acceso a los abortos en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer). Si bien la Corte, en su sentencia, se dedica mayormente a estudiar la interpretación del permiso en casos de abuso, la exhortación refiere a “los abortos no punibles” en general —que, técnicamente, corresponden tanto al inciso 1 como al inciso 2 del art. 86 CP. La falta de regulación del inciso 1 es preocupante, dado que deja sin normativa clara el proceso para el aborto terapéutico.

Segundo, se exige que la declaración jurada sea asistida por defensor oficial, organismo de asistencia a las víctimas del Ministerio Público, o asesor de menores e incapaces. Esto implica una forma de judicializar el procedimiento, circunstancia expresamente rechazada por la Corte en su sentencia. También se exige la fotocopia del DNI, que en la práctica funciona como un requisito extra.

Tercero, se contempla el supuesto de que el profesional se niegue a realizar la práctica, pero como un supuesto distinto a la objeción de conciencia, a la vez que no contempla procedimiento en casos de desacuerdos entre el profesional y la mujer respecto de la procedencia del aborto. Esta situación abre la puerta a una objeción de conciencia encubierta, que pareciera no regirse por los parámetros que regulan a los objetores.

Finalmente, se permite el aborto únicamente hasta las 12 semanas. La estipulación de límites gestacionales es un tema complejo que excede el objetivo de este artículo. Sin embargo, caben algunas consideraciones. Los límites gestacionales pueden presentar una

barrera de acceso al aborto permitido cuando las mujeres acuden al sistema sanitario con un embarazo que excede el límite regulatorio. Además, los límites gestacionales no son una exigencia de nuestro sistema jurídico, porque en Argentina el aborto se regula a través de un sistema de indicaciones o causales (esto es con “motivos”), y no a través de un sistema de plazos (que justificaría más el límite). No obstante, pueden existir razones que argumenten a favor de la estipulación de algún límite, especialmente para ampliar la cantidad de profesionales de la salud dispuestos a ofrecer los permisos. Es relevante conocer los motivos de Ministerio de Salud salteño para la imposición del límite gestacional, y monitorear que no funcione como una barrera, sino, por el contrario, como un facilitador al acceso al aborto.

La provincia de Córdoba aprobó un protocolo mediante resolución 93/12. También regula el aborto en los dos casos permitidos por el Código Penal (causal salud/vida y abuso).

El protocolo cordobés tiene algunos puntos fuertes. Primero, la intervención del equipo interdisciplinario es opcional. Segundo, se estipulan algunos supuestos de responsabilidad profesional. Tercero, se provee asistencia psicológica.

El protocolo cordobés exige requisitos que pueden obstruir el acceso al aborto. Primero, la regulación sobre el consentimiento informado en casos de menores de 18 años es confusa. Para que proceda el aborto por causal salud, primero se establece que en todos los casos de menores de 18 años se dará noticia a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. Luego se agrega que en todos esos casos, el consentimiento deberá darlo los padres o tutores. Y más tarde se estipula que aquellos casos de menores de 13 años, o si la niña está sola, se le debe intervención a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia.

Por lo que no queda clara la intervención de la Secretaría de Niñez. Al margen del rol de la Secretaría, lo que sí queda claro es que no se reconoce competencia a las menores de edad para decidir la interrupción del embarazo, que, en los casos permitidos por ley, es su derecho. Esto vulnera la Convención de Derechos del Niño, la ley nacional 26.061 y normas concordantes.

Segundo, se establece que el Director/a del hospital deberá asegurar la práctica en casos de objeción de conciencia. Sin embargo, se contempla que cuando una institución no cuenta con un médico no objetor, deberá dar intervención a la Secretaría de Atención

Medica del Ministerio de Salud de la provincia, quien deberá arbitrar los medios para garantizar el aborto no punible. Estas disposiciones contradictorias demuestran una aceptación implícita de que en los servicios todos los profesionales se declaren objetores. Esto da lugar a una práctica común, que es la de trasladar a las embarazadas a ciertos hospitales de Buenos Aires donde realizan abortos permitidos por la ley, porque no encuentran a un profesional dispuesto a hacerlo en su propia provincia.

El último protocolo sancionado fue el de la provincia de Buenos Aires, a través de resolución ministerial 3146/2012. El protocolo tiene varios aciertos.

Primero, regula el acceso al aborto no punible tanto bajo la causal salud/vida, como bajo la causal violación (que el texto considera como dos supuestos distintos: 1) violación, 2) atentado al pudor de mujer idiota demente). Segundo, acoge expresamente la definición de salud integral de la Organización Mundial de la Salud, lo que permitiría el aborto en caso de peligro al bienestar psíquico, físico y social de la mujer. Finalmente, el equipo interdisciplinario no se forma para verificar la existencia de la casual, o autorizar la práctica del aborto, sino para emitir un informe garantizando la integralidad de la atención, que será comunicado a la mujer y formará parte de la historia clínica.

No obstante, el protocolo tiene algunos requisitos que posiblemente actúen como barreras.

Primero, en los casos de mujeres menores de 18 años el consentimiento para la práctica debe darlo su representante legal, y ellas dar la confirmada. Y en caso de que concurra sin representante legal o este se oponga a la práctica, se deberá dar intervención a los Servicios Locales o Zonales de Promoción y Protección de Derechos, que deberá expedirse en un plazo de 48hs. Este requisito es problemáticos, porque, como vinimos diciendo, vulnera los derechos a la autonomía y confidencialidad de niñas y adolescentes.

Segundo, no estipula sanciones en caso de incumplimiento. Tercero, no estipula nada relativo a la conservación de la evidencia forense. Finalmente, para los casos de mujeres con discapacidad intelectual/psico-social, se requiere el consentimiento y la declaración jurada de su representante legal, además de la declaración de insania.

La decisión de la Corte en la sentencia “F.,A. L. s/medida autosatisfactiva” marcó un punto de inflexión en relación al reconocimiento del derecho de las mujeres al aborto no punible, vigente en el Código Penal desde hace más de noventa años. Por primera vez en la

historia de Argentina, uno de los máximos poderes del Estado asumió la responsabilidad de garante de los derechos constitucionales de las mujeres, y abordó la problemática de la inaccesibilidad del aborto permitido desde una perspectiva comprehensiva de derechos humanos.

### **CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL**

En la instancia jerárquicamente inferior –la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional- las opiniones judiciales recientes son divergentes y encontradas.

#### **CASO “NATIVIDAD FRIAS” 26/08/1966**

En el año 1966, Natividad Frías concurre a la asistencia médica como consecuencia de las lesiones sufridas por maniobras abortivas. En la desesperación, la mujer refiere el hecho al profesional que la asiste exponiéndose a la denuncia policial con la consiguiente condena criminal, su otra alternativa era resignarse a morir. La circunstancia llega a los estrados judiciales por intermedio del médico.

Se plantean aquí dos cuestiones: por un lado, la obligación del profesional de denunciar (el aborto es un delito perseguible de oficio según el artículo 71 del Código Penal); por el otro lado, el deber del médico de guardar secreto médico en los términos del artículo 156 del Código Penal, que determina que la excepción de revelar un secreto se ampara en la “justa causa”, que si existiera releva del secreto profesional.

Por otra parte, la mujer debería ser procesada e imputada por “aborto criminal”, según lo dispuesto por el artículo 88 del Código Penal.

Para resolver esta cuestión, la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió por mayoría (10 votos contra 7) que este artículo no se aplicara excepto a “...coautores, insti-gadores y cómplices”. Frías Caballero fundamentó su voto:

*La mujer urgida por la necesidad de asistencia médica a raíz de un aborto provocado por ella misma o por un tercero con su consentimiento, conforma una grave situación dilemática: o solicita el auxilio médico para conjurar el peligro en que se halla y entonces se expone a la denuncia del hecho (...) o resigna incluso a la posibilidad de perder la vida (...) Me refiero a la suprema garantía de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, estampada en el art. 18 de la Constitución*

*Nacional (...) La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación, puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida (...) Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo -según derecho vigente- menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable...”. (LL 123-842 - JA, 966-V-69)*

Los argumentos de “Natividad Frías”, que imponía el sobreseimiento automático de una mujer que habiendo practicado o dejado practicar el aborto de su hijo concurría a un centro de salud a fin de atenderse de alguna secuela de dicha práctica, se pueden resumir de la siguiente manera:

1) Que se estaría obligando a la mujer a declarar contra sí misma de utilizarse la asistencia médica como medio de imputación de un delito;

2) que el haber practicado el aborto queda dentro del marco de reserva del médico, por lo que su divulgación importaría la comisión del delito de violación del secreto profesional por parte del galeno;

3) que la declaración del médico, en caso de hacerla, no tiene validez y es nula de nulidad absoluta en aplicación de la teoría del “fruit of poisonous tree”<sup>12</sup>;

4) que se obliga a la mujer a elegir entre la disyuntiva “morir o ir a la cárcel”;

5) que el delito tiene sólo por finalidad criminalizar a las mujeres de una determinada clase social.

La doctrina emergente en aquel fallo plenario se mantiene vigente hasta hoy en los casos en los que está en juego el secreto profesional, y ha sido extendido en ocasiones a todos los intervinientes (la doctrina de “Natividad Frías” protegía sólo a la mujer). Sin embargo, tal precepto reconoce ciertamente disidencias, siendo la más notable quizás el fallo “Zambrana Daza”, de 1997, el cual, si bien no estaba relacionado con la cuestión del aborto, revocó los argumentos de Natividad Frías y ha ejercido influencia en cierta jurisprudencia.

---

<sup>12</sup> Teoría del fruto del árbol venenoso: la misma da cuenta de que un acto producido en un procedimiento viciado, es nulo, con total independencia de la utilidad de dicho acto.

**“GALLO, N., S/ SOBRESEIMIENTO. ABORTO”. 17/04/2007**

El primero de octubre de 2006, la imputada N. Gallo ingresó al Hospital General de Agudos Dr. Cosme Argerich, sito en el barrio de La Boca de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con un diagnóstico de aborto incompleto, presentando fiebre y dolor abdominal.

Dentro de ese cuadro, Gallo le refirió al facultativo que estaba encargado de su atención que a efectos de realizar una maniobra abortiva, dado que cursaba la undécima semana de gestación, se había colocado una sonda. En el citado nosocomio se le efectuó a la imputada un raspado evacuador, dispensándosele un tratamiento antibiótico y antitérmico, y se le dio intervención a la División Comando Radioeléctrico de la Policía Federal Argentina.

En el expediente caratulado “Gallo, N.” Sobreseimiento. Aborto. Inst. 33/170, los jueces anteriormente citados se despegaron de la doctrina dominante de la Cámara para dar su propia opinión judicial de la cuestión y refutar cada uno de los argumentos que sus colegas han seguido durante 41 años.

A diferencia de otros planteos jurídicos en los que se realiza una disquisición entre maximalistas y minimalistas penales, entre subjetivistas y objetivistas, entre funcionalistas sistémicos y agnósticos penales, los jueces en este caso crearon una refutación que es compatible con todos los axiomas de las teorías no abolicionistas actualmente existentes.

“Gallo N.” es una excepción al criterio de “Natividad Frías”, y reconoce su fuente directa en el fallo “Insaurrealde, Mirta” del STJ de la Provincia de Santa Fe. El fallo cobró notoriedad por la solidez de su argumentación en contra de lo dispuesto en “Natividad Frías”, aunque no faltaron –al igual que en “Insaurrealde”- referencias teológicas sobre el bien común según Tomás de Aquino. Los argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

1) Es necesario armonizar los derechos en juego. El derecho fundamental en el caso es el derecho a la vida del feto.

2) La intervención judicial respeta el derecho constitucional a la salud de los pacientes. No puede negarse la atención médica, con independencia de sus implicancias jurídicas.

3) La iniciación del sumario criminal no constituye una autoincriminación forzada, ya que tal conclusión supone una aplicación extensiva por analogía de la locución “declarar”. La concurrencia al médico y su consecuente atención se desarrollan cuando los mecanismos del estado no se han puesto en funcionamiento. Ergo, no puede haber “declaración”.

4) No es posible negar la existencia de justa causa. La licitud de la denuncia del médico está configurada por la defensa de los derechos de un tercero (feto), lo que hace inaceptable la defensa del derecho a la privacidad (art.19 CN)

5) La cuestión planteada es de naturaleza procesal. De existir una excusa absolutoria a favor de la imputada, deberá ser resuelta en su oportunidad por el juez.

Al nivel de la Cámara, los fallos comentados dan cuenta de la falta de unidad de criterio entre las salas. Cabe aclarar que incluso en los casos en los que la respuesta fue favorable, ésta provino en la forma de un remedio procesal (es decir, la aplicación de reglas de exclusión), sin entrar los jueces a considerar cuestiones de derecho sustantivo. Más allá del fallo “Gallo, N” y otros émulos, la doctrina dominante sigue siendo “Natividad Frías” la cual, por haber sido dictada por la Cámara en pleno, posee status de jurisprudencia vinculante para los tribunales inferiores y sus considerandos se proyectan hacia todos los tribunales del país. En varias oportunidades los entrevistados de las distintas provincias hicieron referencia a “Natividad Frías” y manifestaron desconocer aplicación alguna de la doctrina reciente de Gallo. Finalmente, cabe mencionar que en 2007, durante la gestión presidencial anterior, el Ministerio de Salud de la Nación aprobó finalmente un Protocolo de Abortos no Punibles que según profesores y miembros de ONG’s realiza una correcta interpretación del articulado del código penal sobre la materia. Lamentablemente, la gestión actual no ha publicado el documento hasta el momento.

### **SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Este tribunal se expidió en dos de las causas de mayor trascendencia de los últimos tiempos: “C.P.d.P.,A.K. s/autorización de aborto terapéutico” (2005) y “R., L.M.” (2006), cada uno versando sobre un inciso distinto del art. 86. De esta manera, los votos de los distintos jueces permiten conocer sus posturas ante dos hipótesis de justificación diferentes.

Asimismo, el dictamen de la Procuradora General constituye un excelente alegato sobre la interpretación amplia del art. 86 CP.

### **CASO “C.P.D.P.,A.K. S/ AUTORIZACIÓN”. 27/06/2005**

Este caso llegó a la Corte porteña luego de que la sentencia del Tribunal de Familia N°2 de Lomas de Zamora -que habilitaba la interrupción del embarazo de una mujer que sufría un severo riesgo para su vida (miocardiopatía severa, endocarditis bacteriana y arritmia crónica)- fue apelado por el Asesor de Incapaces.

En lo pertinente, el Dr. Roncoroni (voto de la mayoría) se mostró a favor de confirmar la sentencia permisiva, manifestando que en casos excepcionales no se exige de las personas un comportamiento heroico, sino que el derecho se hace eco de la debilidad humana y se abstiene de imponer castigos. Expresó también que en su inteligencia, el art. 86 inc.1 no requiere de autorización judicial (como sí lo sostiene cierta parte de la doctrina), y que es correcto que ello sea así puesto que lo contrario podría implicar la imposición de riesgos innecesarios, frente a la espera de una sentencia, dados los tiempos judiciales. En síntesis la mayoría se pronunció a favor de la constitucionalidad del artículo 86, segundo párrafo inc. 1° del Código Penal, luego de efectuar una completa revisión –de oficio- del plexo normativo vigente, sin perjuicio de la opinión de la minoría que otorgó primacía a los derechos del por nacer.

*7. La negativa de los galenos de realizar el aborto terapéutico sin contar con autorización judicial provocó la correlativa afectación concreta al derecho a la salud de la actora, constitucionalmente amparado (artículos 33, 75 incisos 19, 22, 23, y concordantes CN; 3 y 8, Declaración Universal de Derechos Humanos; 3, 4, 5, 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 12, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6.1 y 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 36 inciso 8, Constitución Provincial), y puso en mayor peligro a su vida. Del voto del Dr. Soria.*

*8. Una vez que se encuentran cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el artículo 86, inciso 1°, CP, es decir, cuando se halle acreditado el riesgo para la vida o la salud de la madre, habiendo prestado esta última su consentimiento debidamente informado, sólo puede concluirse que la actuación de los profesionales de la salud*

*autorizados debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de requerimiento de autorización judicial (SCBA, sent. del 27/06/2005, Ac. N° 95.464)*

El Dr. Pettigiani –en una posición conservadora- se inclinó a favor de la procedencia del recurso de apelación al considerar que la protección de la vida en el ordenamiento jurídico argentino comienza desde la concepción; que todos los organismos humanos individuales gozan de esta protección; y que en la causa, los peritos determinaron que el peligro para la vida era “probable pero no seguro”, en virtud de lo cual la vida de la persona por nacer debía prevalecer.

El Dr. De Lázari sostuvo que el art. 86 inc. 1 no era de aplicación en el caso puesto que lo que se solicitaba era una autorización “ex ante”, y el Código Penal regula conductas “ex-post”. Al respecto, propuso una “regla-test” que, basada en el art. 86 inc. 1 y otras fuentes jurisprudenciales y bioéticas, habilita la autorización cuando concurrieran:

1. Peligro para la vida o la salud de la madre
2. Imposibilidad de recurrir a otros medios menos lesivos

En la causa, el juez consideró que ambos extremos estuvieron satisfechos, y desestimó el recurso.

El Dr. Soria adhirió (con matices) a lo expresado por Roncoroni y De Lázari, agregando también que la reforma constitucional de 1994 -que dio jerarquía supralegal a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos- protege a la vida “en general”, siendo el art. 86 en sus incisos 1° y 2° una razonable (válida) reglamentación de tal derecho.

*[N]o parece constitucionalmente objetable que, en un trance crítico como el enjuiciado, la ley disponga que la vida o la salud de la madre prevalece sobre la de la persona en gestación, para evitar el aleatorio resultado al que conduciría el supeditar el conflicto al naturalismo extremo”, advirtiendo que “Está, desde luego, fuera de disputa que nuestro ordenamiento jurídico, muy tempranamente, confirió tutela a los derechos de las personas «por nacer»”...“Es de todos modos indudable que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), incorporada por la ley 23.054 (B.O. 27-III-1984) marca un punto saliente en la evolución del sistema jurídico en esta materia. Su artículo 4.1° prescribe: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, agregando que tal derecho “... estará*

*protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”... “Adviértase que el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción en el seno materno recibe un marco de protección en general. Carente de contenido absoluto, admite entonces cierta modulación normativa razonable (arg. Art. 29, CIDH)... “Además, la juridicidad no llega a imponer al ciudadano una conducta altruista o heroica que lo lleve, sin importar las circunstancias, a optar por la vida o los intereses del prójimo frente a los suyos. De tal suerte, tampoco exige semejante actitud a la madre, cuando su vida o su salud se enfrenta a la supervivencia de la persona «por nacer». En eso estriba el fundamento del «aborto terapéutico», figura que de ninguna manera enerva la valoración realzada de la vida humana de la persona por nacer; solo que ante a una puntual contraposición de bienes jurídicos, el legislador ha prefigurado la resolución del conflicto dando preeminencia a la vida o la salud de la gestante.”*

Finalmente, en un voto que no deja de llamar la atención por las referencias emocionales e injustificadas en las que incurre, el Dr. Negri acogió el recurso sosteniendo, sin mayor fundamento que del art. 86 inc. 1 no infería una regla que lo autorizase a “acabar con una vida”.

Asimismo, la Suprema Corte bonaerense, se pronunció por la constitucionalidad del art. 86, segundo párrafo, inciso 2º del Código Penal en la causa “R.L.M., `NN Persona por Nacer. Protección. Denuncia”<sup>5</sup>, en alusión a la hipótesis del aborto terapéutico.

#### **CASO R., L. M., ‘NN PERSONA POR NACER. PROTECCIÓN. S/ DENUNCIA. 31/07/2006.**

El presente fallo, que ha conmocionado a todo el país, se ha originado en la denuncia de violación de una menor de 19 años, que resultó embarazada luego de ese hecho delictivo, aparentemente perpetrado por parte de su tío. La menor embarazada es débil mental, aparentemente como consecuencia de hipoxemia y complicaciones al nacer y tiene dificultades para dirigir su persona, para comprender y se la calificó (por los profesionales) con una edad mental de ocho años. A pesar de eso, cabe resaltar que se encuentra probado en el caso que la menor hablaba por celular, enviaba mensajes de texto y su desfloración era de antigua data, según los peritajes.

En el momento de realizar la denuncia de violación, la madre de la menor expresó lo siguiente "...Yo sólo quiero saber si es posible interrumpir este embarazo, dado que mi hija por la discapacidad que padece, no se encuentra en condiciones de traer a un hijo al mundo, y tampoco podemos junto a mi otra hija hacernos cargo del bebe que está por nacer" (Punto 1.b. del voto a la primera cuestión del doctor Soria).

El caso se presenta ante el Juzgado de Menores de turno con carácter urgente, espontáneamente por parte de la titular de la Unidad Funcional de Instrucción N° 5, doctora Sonia Leila Aguilar, por considerar que no se habían comprobado los requisitos de la permisión del art. 86 del CP, de "dudosa constitucionalidad". Mientras tanto, por otro lado, otros profesionales derivan a la menor al Hospital San Martín para realizar el aborto; pero la jueza de menores ordena medidas de prueba y luego dicta su fallo en contra de la realización del aborto. Su fallo es apelado ante la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, siguiendo este tribunal por la negativa a la práctica del aborto y finalmente, llega a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

El fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires se ha pronunciado a del aborto (seis votos contra tres), pero de un modo peculiar: la mayoría no ha autorizado ni ordenado expresamente el aborto, sino que ha dicho que no hace falta autorización, por tratarse de un acto permitido por la ley y de un acto médico sobre el cual el tribunal no tiene que expedirse.

Pero es necesario destacar que en los argumentos de la mayoría se apoya la práctica abortiva, se la reputa legítima y permitida y se ensalza la protección de los derechos de la menor.

Luego de conocer este fallo, los profesionales del Hospital San Martín de La Plata dictaminan, haciéndolo conocer a la familia y a la prensa que no intervendrían a la menor, por el avanzado estado gestacional que presentaba la paciente, siendo absolutamente imposible realizar la práctica abortiva (el embarazo correspondía a 20-21 semanas de gestación).

Lo destacable del fallo en cuestión gira en torno a la interpretación del aborto eugenésico, a través de la exigibilidad de ciertos requisitos que son destacados en el mismo texto del fallo.

**1.** La primera es la no exigencia de comprobación efectiva del delito de violación.

Tampoco haría falta siquiera la denuncia sino que bastaría con la invocación seria.

2. El segundo tema que llama la atención del fallo, es que se ha evaluado (aun sin necesidad, puesto que la menor presuntamente violada sufría de una discapacidad mental) la tesis amplia del instituto, que sostiene que en cualquier caso de violación (discapacitada o no la madre) es permitido el aborto, ya que no resultaría punible. Este argumento se edifica sobre la inexistencia de una coma, luego de la palabra violación y de otros argumentos a los que ha dedicado largas consideraciones la Dra. Kogan.

Las dos observaciones apuntadas en los dos párrafos anteriores, presentan sumadas, el peligro de que forzando la interpretación del artículo, cualquier mujer (aun sana), que simplemente invoque "seriamente" (puesto que no haría falta la denuncia), pueda cometer un aborto sin ser punible penalmente el delito.

Esto ampliaría sospechosa y enormemente el ámbito de aplicación del instituto y constituiría una interpretación absolutamente contradictoria con el resto de las normas penales que reprimen el aborto.

Corresponde detenerse, sin embargo, sobre el asunto de la tesis amplia (referida a todo caso de violación) que sostienen algunos autores y que algunos de los ministros traen a colación sin que sea necesario en el caso.

Soler dice que el precepto debe entenderse como que alcanza a todo caso de violación y no sólo al de la mujer idiota o demente, en base a que no podría haber un atentado al pudor sin acceso carnal que tuviera por fruto un embarazo. Por eso, o la repetición del mismo término no tendría sentido, o bien, abarcaría toda violación.

Pero esto no parece lógico si se recuerdan dos aspectos fundamentales de la redacción de la norma en cuestión, que su fuente es un proyecto de Código Suizo que no fue puesto en vigencia, y la finalidad del aborto eugenésico en su misma esencia.

3. Por último, tampoco exige la Suprema Corte el consentimiento de los representantes de la menor violada, o sea sus padres, ya que dan por cumplido el consentimiento por la aceptación de la madre solamente. Esto notoriamente contradice las normas vigentes sobre patria potestad, en las que se exige el consentimiento de ambos padres para actos de mucha menor importancia, como por ejemplo salir del país (cosa que se respeta y nadie discute), en cambio cuando se trata, como en el caso, de la supervivencia o no de una persona por nacer, que según todas las normas nacionales es persona, pareciera

que el consentimiento no tiene valor alguno, o puede ser incompleto (Voto del Dr. Domínguez, pto. II).

El caso fue llevado al Comité de Derechos Humanos de Naciones<sup>13</sup>, el que por Dictamen de fecha 29 de marzo de 2011 ha expresado su preocupación por la situación en la Argentina en orden a la figura del aborto no punible.

Sostuvo que:

*El Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda su Observación General N° 20<sup>14</sup> en la que señala que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral”.*

En consecuencia, recomendó al Estado que

*"adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas (...) que enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal.*

---

<sup>13</sup> Comité de Derechos Humanos - 101° período de sesiones - 14 de marzo a 1 de abril de 2011. Comunicación No 1608/2007 en virtud de la presentación efectuada por V. D. A. (representada por las organizaciones INSGENAR, CLADEM y ACDD) en “L.M.R. vs. Argentina”.

<sup>14</sup> Observación General N° 20: Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), 10 de marzo de 1992, párrafo 5.

## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

Los casos que se reseñan a continuación, son fallos emitidos por distintos tribunales internacionales en el marco de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos, sean a nivel universal, o regional. Específicamente se ha centrado el foco de atención en el Sistema Interamericano, dada la trascendencia de la cosmovisión que dichos órganos han sentado respecto a la responsabilidad de los Estados en la materia en estudio.

De la lectura de los mismos, se podrá deducir que la posición respecto al derecho a la vida es única, pero la interpretación que cada Tribunal otorga a dicho derecho no es pacífica, y por ende se relativizan los efectos de su protección en cada situación en particular. Por esta razón, al no tener una línea uniforme de aplicación y de estudio, se adoptó a los fines de este trabajo, una metodología de exposición cronológica desde el Sistema Universal al Regional.

Y por último se analizarán una serie de fallos emitidos por Tribunales Extranjeros, los cuales, si bien carecen de carácter vinculante a nuestro país, su trascendencia radica en la influencia de la perspectiva de interpretación del aborto no punible, y el impacto diferenciado que éstos han tenido en el resto del mundo.

## **SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN**

### **COMITÉ CEDAW**

#### **SOLICITUD DE T. P. F. (REPRESENTADA POR EL CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y EL CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS) EN “L. C. VS. PERÚ”. 17 DE OCTUBRE DE 2011<sup>15</sup>**

L. C. reside en el distrito de Ventanilla, provincia del Callao. Cuando tenía 11 años, J. C. R., de aproximadamente 34 años, comenzó a abusar sexualmente de ella. Como consecuencia, a los 13 años quedó embarazada y, aquejada de depresión, intentó suicidarse el 31 de marzo de 2007 arrojándose desde un edificio. Trasladada al hospital público Daniel Alcides Carrión, se le diagnosticó "traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa", con "riesgo de discapacidad permanente" y "riesgo de

---

<sup>15</sup> Comunicación N° 22/2009 Dictamen aprobado por el Comité en su 50° período de sesiones, celebrado del 3 al 21 de octubre de 2011

deterioro de la integridad cutánea resultante de la inmovilidad física".

Los daños producidos en la columna vertebral causaron, entre otros problemas médicos, una paraplejía de los miembros inferiores y superiores que requería una intervención quirúrgica urgente.

El día programado para la intervención quirúrgica se informó a la progenitora de la menor que la operación había sido suspendida y se le informó que la cirugía había sido suspendida debido al embarazo de L. C. Asimismo, se diagnosticó que la niña sufría un síndrome ansioso depresivo de grado moderado, para el que no se le proporcionó ningún tratamiento, por estar contraindicado durante el embarazo.

El 18 de abril de 2007, la madre de la niña embarazada, solicitó a la dirección del hospital que se practicara una interrupción legal del embarazo conforme al artículo 119 del Código Penal. Alegó que el embarazo ponía en peligro de manera grave y permanente la vida, la salud física y psicológica y la integridad personal de L. C., y que la intervención quirúrgica de columna no se realizaría si el embarazo continuaba.

Ante la excesiva demora de las autoridades hospitalarias en responder a la solicitud, buscó la asesoría de la organización no gubernamental Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), que el 15 de mayo de 2007 puso el caso en conocimiento de la Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer, de la Defensoría del Pueblo. El 30 de mayo de 2007, 42 días después de presentada la solicitud de aborto terapéutico, la Junta Médica del hospital desestimó la petición por considerar que la vida de la paciente no estaba en peligro.

La Defensora Adjunta solicitó un informe médico a la Comisión de Alto Nivel de Salud Reproductiva del Colegio Médico de Perú. Tras describir las lesiones que la menor presentaba, en un informe de fecha 7 de mayo de 2007 la Comisión indicó, entre otras cosas, que debido a la edad y la lesión neurológica de L. C. eran de prever complicaciones en el parto. La Comisión concluyó: "hay argumentos suficientes para afirmar que, de continuar el embarazo, la salud física y mental de la niña está en grave riesgo, por lo que se justificaría un aborto terapéutico si este es solicitado por la parte interesada".

El 7 de junio de 2007, cuando L. C. estaba embarazada de 16 semanas, la progenitora presentó un recurso de reconsideración de opinión ante la Junta Médica del hospital respecto de la interrupción de la gestación, al que se adjuntó el informe del Colegio Médico

y en el que se enfatizó el grave e inminente riesgo en que se encontraba la salud de la menor, tanto física como mental, únicos requisitos establecidos por el Código Penal para permitir la interrupción legal del embarazo.

El 16 de junio de 2007, L. C. sufrió un aborto espontáneo. El 27 de junio de 2007, el director del hospital dio respuesta a la solicitud de reconsideración de la decisión de no interrumpir el embarazo presentada por la autora, señalando que "no se admite reconsideración ya que son decisiones tomadas por los diversos especialistas que evaluaron a la menor".

El 11 de julio de 2007, L. C. fue operada de sus lesiones de columna, casi tres meses y medio después de que se decidiera la necesidad de la intervención. El 31 de julio de 2007 fue dada de alta. El informe médico correspondiente señalaba que L. C. requería terapia física y rehabilitación intensiva en el Instituto Nacional de Medicina Física y Rehabilitación. Sin embargo, dicha terapia no comenzó hasta el 10 de diciembre de 2007, por lo que pasaron cuatro meses desde la operación hasta que se inició el proceso de rehabilitación física y ayuda psicológica o psiquiátrica que necesitaba.

En el dictamen emitido por el Comité CEDAW, se soluciona la controversia planteada por el hecho que tuvo lugar en el año 2007 cuando se le negó el servicio de aborto legal a LC, una niña de 13 años que necesitaba interrumpir su embarazo para que se le realizara una intervención quirúrgica que evitara la consolidación de su diagnóstico de "traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa" con "riesgo de discapacidad permanente", producto del intento de suicidio que había tenido al saberse embarazada a causa de sucesivas violaciones sexuales. La petición fue presentada el 18 de junio de 2009.

El Comité no deja espacio a la duda jurídica en la presente comunicación y se hace consciente de que en este caso se violó el derecho a acceder a servicios de atención médica en condiciones de igualdad con los hombres. La víctima, debido a su condición de mujer embarazada, pudo demostrar que no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que permitiese la realización de la operación de columna y al aborto terapéutico que requería su estado de salud física y mental. La situación se agrava si se toma en cuenta que era una menor, víctima de abuso sexual y que como resultado de ello intentó suicidarse, demostrando el grado de sufrimiento mental por el que pasó. Es objetivo que el Estado no

cumplió con su obligación de tomar las medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales que legitimaron la discriminación, pues la decisión de aplazar la operación estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre. Finalmente, se llega a la conclusión de que el Estado no protegió efectivamente los derechos de LC, ni adoptó las medidas adecuadas para derogar usos y práctica que constituía la citada discriminación, pues estaban ausentes regulaciones legislativas y reglamentarias de acceso al aborto terapéutico.

Recordó por otra parte que si el Estado decide legalizar el aborto terapéutico, debe establecer un marco jurídico apropiado que garantice la necesaria seguridad jurídica para quienes recurren al aborto así como para los profesionales de salud que deben realizarlo; siendo esencial que se contemple un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer, que la opinión de ésta sea tenida en cuenta, que la decisión sea debidamente motivada y que haya derecho a apelación.

Finalmente, se recomendó al Estado proporcionar medidas de reparación que incluyan una indemnización y medidas de rehabilitación a LC. Además le recomendó la revisión de su normatividad y el establecimiento de un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico, la adopción de directrices o protocolos que garanticen la disponibilidad de los servicios de salud, examinar la revisión de la interpretación restringida de este tipo de aborto y adoptar medidas para que los derechos reproductivos sean conocidos y respetados en todos los centros sanitarios. El comité termina recomendando la despenalización del aborto por violación.

## **SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN**

### **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

#### **CASO “BABY BOY”**

#### **OPINIÓN CONSULTIVA NO. 23/81**

#### **CASO 2141**

#### **ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 6/03/1981**

El 19 de enero de 1977, Christian S. White y Gary K. Potter (Presidente de Catholics for Christian Political Action) interpusieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición contra los Estados Unidos de América y el Estado de Massachusetts para los fines establecidos en el Estatuto y Reglamento de la Comisión.

La demanda se motivó por un aborto realizado en 1973 (con posterioridad a la legalización del aborto en Estados Unidos) por un médico de la ciudad de Boston a una joven de 17 años con el consentimiento de ésta y de su madre. Los peticionantes alegaban que se habían violado los derechos de la vida, la igualdad y la salud del embrión.

La Comisión, luego de examinar los antecedentes que dieron lugar a la aprobación del texto definitivo en 1969, concluyó en que las decisiones de la Corte Suprema Estadounidense que habían reconocido un derecho irrestricto al aborto temprano (“Roe vs. Wade”) no eran incompatibles con la Convención.

En ese sentido, por medio de la resolución 2141, la Comisión se pronunció por primera vez respecto a la legalización del aborto, declarando que el aborto provocado de Baby Boy (un feto masculino, saludable, de aproximadamente 6 meses de gestación), permitido por la ley en Estados Unidos, no constituía una violación de la Declaración Americana.

Por otra parte, la Comisión aceptó al no nacido como sujeto de derechos, aceptando implícitamente competencia *ratione personae* sobre la víctima, nominada como “Baby Boy”<sup>16</sup>. A pesar de su opinión a favor de la legalización del aborto en Estados Unidos, no

---

<sup>16</sup> Dinah Shelton, actual miembro de la CIDH, comentando Baby Boy, indicó que la admisión de la petición contra Estados Unidos implicaba una aceptación del feto como “persona”, abriendo la posibilidad de que otros casos de muerte o lesión fetal puedan ser presentados en base a esta resolución. 1981, pág. 312.

llegó a afirmar la existencia de un derecho al aborto, ni indicó una obligación positiva de legalizar o subsidiar dicha práctica. Además, indicó que “un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el artículo 4”.

Dada la particular naturaleza de las peticiones contra Estados Unidos, que no ha ratificado la Convención Americana, la Comisión no emitió informe de admisibilidad ni de fondo, sino una resolución de menor formalidad, relevante únicamente en cuanto al cumplimiento de la Declaración Americana, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 53–57 del Reglamento de la CIDH de 1960 (vigente en aquel momento) y en el artículo 24 del Estatuto de la Comisión.

### **CASO PAULINA DEL CARMEN RAMÍREZ JACINTO**

#### **VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

#### **INFORME DE SOLUCIÓN AMISTOSA. 9/03/2007<sup>17</sup>.**

El 8 de marzo de 2002, la CIDH recibió una petición en la que se alegaba la responsabilidad de los Estados Unidos Mexicanos por violación de derechos humanos en perjuicio de la menor Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, quien alegadamente fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada, siendo obstaculizada por las autoridades estatales para ejercer su derecho a interrumpir dicho embarazo según lo establece la ley mexicana.

El 31 de julio de 1999, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, de 14 años de edad en ese entonces, fue víctima de una violación sexual perpetrada en su domicilio; como consecuencia de ella, la menor resultó embarazada.

Este hecho fue denunciado inmediatamente ante la agencia del Ministerio Público (MP) especializada en delitos sexuales y violencia intrafamiliar. Este Ministerio no le informó a la víctima, ni a su madre, sobre la existencia y posibilidad de la anticoncepción oral de emergencia. Adicionalmente, en la legislación penal del Estado de Baja California, específicamente en el artículo 136, se establece el derecho a un aborto legal con previa autorización del MP; cuando se trata de una violación sexual, esta constituye una de las excepciones para que el aborto no sea penalizado, estableciendo un término para practicarse y la obtención de la autorización del MP con la comprobación de los hechos.

<sup>17</sup> No. 21/07. Petición No. 161-02.

Una vez que la menor obtuvo la información y consiguió la autorización del MP, el 3 de septiembre de 1999, acudió a un hospital del sector público. La menor permaneció en ese hospital hasta el 8 de octubre, sin que le hubiesen practicado el aborto. El personal de salud, durante ese tiempo, manifestó diversas excusas tanto a Paulina del Carmen como a su familia, para no realizar el aborto. Por tanto, la menor acudió nuevamente al MP y reingresó al hospital; sin embargo, se le persuadió para que no llevara a cabo el aborto, mediante charlas, videos y opiniones médicas y de carácter religioso. Finalmente la madre de Paulina, quien también fue persuadida de la misma manera, solicitó a los médicos que no procedieran con el aborto.

Considerando lo anterior, las peticionarias destacan que el caso de Paulina “es representativo de un sin número de niñas y mujeres que se han visto obligadas a ser madres como consecuencia de una violación sexual, debido a que han sido obstaculizadas por parte de autoridades estatales de ejercer un derecho legítimo reconocido en la legislación mexicana.” Y agregan que: “al no existir en la legislación interna una reglamentación que permita a las víctimas de violación sexual ejercer su derecho a interrumpir un embarazo, se les impone la continuación y culminación de un embarazo forzado, que en el caso de niñas constituye un embarazo de alto riesgo”.

El 8 de marzo de 2006, durante el 124º período ordinario de sesiones de la CIDH, el Estado mexicano y las peticionarias suscribieron un acuerdo de solución amistosa, de conformidad con el art. 49 CADH.

El acuerdo suscrito por las partes, contempla aspectos en los que el Estado ya había procedido, así como otros adicionales:

- Indemnización pecuniaria por concepto de daño emergente, que contempla los gastos judiciales por trámite y seguimiento del caso, así como gastos médicos derivados.
- El Estado entregó a Paulina del Carmen en el 2001, una indemnización pecuniaria como apoyo para gastos de manutención, de primera necesidad y para útiles escolares de su hijo. También entregó en el 2006, una computadora e impresora.
- El Estado entregó a Paulina del Carmen en el 2001, una indemnización pecuniaria como apoyo para vivienda.
- El Estado se compromete a otorgar servicios de salud para Paulina del

Carmen y su hijo, así como atención psicológica a ambos.

- El Estado deberá proporcionar útiles escolares, cuotas de inscripción y libros de texto hasta preparatoria, para el hijo de Paulina del Carmen. Dado el caso en que él decida cursar estudios superiores o universitarios, de la misma manera recibirá apoyo en una institución educativa pública.

- El Estado entregó una cantidad por concepto de reparación única por daño moral a favor de Paulina del Carmen.

- El Estado realizó un reconocimiento público de responsabilidad, mismo que fue publicado en diarios de circulación nacional y local.

- El Estado dará una aportación para que Paulina del Carmen desarrolle una micro empresa

- El Estado presentará e impulsará ante el Congreso estadual las propuestas legislativas presentadas por las peticionarias y acordadas con el gobierno local, respecto a violencia sexual y familiar.

- El Estado por medio de la Secretaría de Salud, se compromete a realizar una encuesta nacional con representatividad estatal para evaluar la aplicación de la NOM 190-SSA1-1999 relativa a la atención médica a la violencia familiar, así como el avance en la instrumentación del Programa Nacional de Prevención y Atención a la Violencia Familiar, Sexual y contra las Mujeres.

- El Estado por medio del Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva realizará una revisión de libros, artículos científicos indexados, tesis de postgrado e informes documentados de gobierno y organizaciones civiles sobre el tema del aborto en México, a efecto de lograr un diagnóstico de la información existente y detectar los vacíos de información.

**CASO GRETTEL ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA (ANTERIORMENTE ANA VICTORIA SANCHEZ VILLALOBOS VS. COSTA RICA Y PETICIÓN 12.361) Y DANIEL GERARDO GOMEZ, AÍDA MARCELA GARITA Y OTROS VS. COSTA RICA<sup>18</sup>**

En ambas peticiones, un grupo de parejas infértiles alegan violación de sus derechos humanos por parte del Estado de Costa Rica, cuya Corte Suprema prohibió la práctica de la fertilización in vitro (FIV) desde el año 2000, debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento.

En el 2008, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla, la pareja representativa de las víctimas de la prohibición de la FIV, se retiraron de la petición, indicando que se habían informado sobre el procedimiento y habían comprendido que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción y que la FIV violenta su derecho a la vida recomendando a otras parejas infértiles adoptar en lugar de producir nuevas vidas humanas en tubos de ensayo.

En el 2004 y 2010 respectivamente, la Comisión declaró ambas peticiones admisibles respecto a los siguientes artículos de la Convención Americana: 5(1) (derecho a la integridad personal), 11 (2) (derecho a la privacidad), 17 (protección a la familia) y 24 (igualdad ante la Ley), entre otros; e inadmisibles en relación a los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (2) (tratos crueles, inhumanos o degradantes) y artículo 8 (garantías judiciales), *inter alia*.

En agosto del 2010, la CIDH emitió un informe de fondo sobre la petición 12.361 (no publicado hasta octubre del 2011) y, un año después, en agosto del 2011, remitió el caso ante la Corte Interamericana, alegando que la prohibición constitucional contra la fertilización in vitro en Costa Rica constituiría una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia al igual que una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, cuyo efecto tuvo un impacto desproporcionado en las mujeres.

Previo a la emisión del informe, la CIDH había recomendado a Costa Rica legalizar y subsidiar la práctica de la FIV a pesar de la protección a la vida del embrión contenida en la

---

<sup>18</sup> CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º. de noviembre (2010).

Convención Americana. De acuerdo a la prensa nacional, la CIDH estableció varios plazos límite para aprobar que el Congreso costarricense aprobara una ley que legalizara la FIV y otras técnicas de reproducción artificial y proveyera fondos públicos para la práctica de la misma, con los cuales este habría incumplido.

El caso, presenta un ataque frontal al derecho a la vida desde el momento de la concepción en los Estados parte de la Convención Americana. Si la Corte Interamericana decidiera, tal como solicita la Comisión, crear un derecho humano a las técnicas de reproducción artificial que resultan en destrucción embrionaria, Costa Rica y todos los Estados parte de la Convención Americana estarían obligados a legalizar y subsidiar dichas técnicas y se verían en la imposibilidad de limitar o regular el uso de dichas tecnologías por parte de su población. Asimismo, sería la primera ocasión en que un tribunal internacional en el mundo afirmaría la existencia de tal derecho, pues incluso el Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos, que generalmente aplica un estándar de protección mucho más bajo a la protección de la vida del no nacido, negó recientemente la existencia de un derecho humano a la fertilización in vitro en *S.H. y otros vs. Austria*.

### **MC 43–10 “AMELIA” (NICARAGUA)**

Aunque la Comisión ha sugerido en los informes anteriormente mencionados que la legalización del aborto es compatible con la Convención Americana; en otras instancias, como en el caso de Amelia, se ha negado a crear un supuesto derecho al aborto. Recientemente, varias ONG por la legalización del aborto en Nicaragua (entre ellas, Católicas por el Derecho a Decidir) solicitaron a la Comisión otorgar medidas cautelares que ordenaran un aborto para Amelia (pseudónimo), una mujer nicaragüense de 27 años que sufriría de un cáncer metastático, cuyos médicos se negarían a proporcionarle quimioterapia debido a su estado de embarazo.

La Comisión, sin embargo, se negó a ordenar el aborto solicitado y emitió medidas cautelares limitadas al tratamiento médico de la supuesta víctima, solicitando al Estado de Nicaragua “que adopte las medidas necesarias para asegurar que la beneficiaria tenga acceso al tratamiento médico que necesite para tratar su cáncer metastático”. Así, la Comisión evitó dar reconocimiento a un supuesto derecho al aborto “terapéutico”,

resolviendo que la supuesta víctima se encontraba en necesidad de tratamiento médico, no de un aborto.

El Estado de Nicaragua cumplió con las medidas dentro del plazo de 5 días otorgado para responder a la CIDH, brindando quimioterapia a Amelia, lo cual le produjo la muerte de su niño no nacido en el vientre materno. Posteriormente, insatisfechas con el resultado de las medidas, las organizaciones involucradas en la petición condenaron como “inhumano” el hecho de que Amelia había llevado su embarazo a término, alegando que el niño no nacido había sido para ella “una carga que, además de inviable, le quitaba energías para luchar contra su enfermedad”.

Además de esta solicitud de medidas cautelares, existen otros informes en los que la CIDH ha condenado algunas formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario, al igual que otros actos de violencia a mujeres embarazadas y niños no nacidos, refiriéndose al aborto como violación de derechos humanos. Por ejemplo, en su informe anual de 1971, la Comisión expresó que “el uso del aborto para ayudar a resolver los problemas económicos y de subsistencia derivados de la explosión demográfica constituiría patente y grave violación de los derechos humanos”<sup>19</sup>. Asimismo, en 1995 se refirió al aborto forzado como una forma de tortura, refiriéndose a “golpes en los pechos y el vientre, frecuentemente infligidos a mujeres embarazadas con la intención de causar un aborto o de deteriorar la capacidad de engendrar” como una forma de “tortura sexual”<sup>20</sup>.

## **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Hasta el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no había emitido ninguna sentencia ni opinión consultiva sobre el derecho a la vida desde el momento de la concepción, establecido en el artículo 4.1 de la Convención.

---

<sup>19</sup> Ver CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de acuerdo con lo prescrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS/Ser.L/V/II/27, Doc. 11 rev., 6 marzo 1972, Parte II, párr. 1. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/71sp/parte2.htm>.

<sup>20</sup> Ver CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo IV: la Situación de los Derechos Humanos en Haití, párr. 123. Disponible en <http://www.cidh.org/women/haiti95mujer.htm>

Por ahora, sin embargo, la Corte se ha referido a niños no nacidos como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés” en al menos 3 casos: Caso de los Hermanos Gómez–Paquiyauri vs. Perú, donde la Corte otorgó reparaciones a la hermana de una de las víctimas por la pérdida de su hijo no nacido, Jorge Javier, Caso del Penal Miguel Castro–Castro vs. Perú y Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.

Asimismo, la Corte se refirió a los abortos inducidos como “actos de barbarie” en el Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala<sup>21</sup>. Además, en el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay<sup>22</sup>, la Corte observó que el “derecho a la vida de los niños (...) no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas” y reiteró la obligación de los Estados parte de la Convención de garantizar el acceso a la salud pre–natal.

En el año 2012, con el Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica ratificó, pues, que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente, pero fue más allá, ya que al analizar el art. 4.1 de la Convención y la naturaleza del embrión, ingresó en un terreno sensible y necesario para América Latina, como es la interrupción del embarazo.

En líneas generales resolvió lo siguiente:

1. Expresó enfáticamente que los derechos reproductivos integran los derechos humanos: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear.

2. Interpretó el término «concepción», contenido en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo asimiló a «anidación». Reconoció que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un «ser humano»; pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado. «Concepción» presupone, pues, existencia dentro del cuerpo de una mujer. Prueba de esta conclusión es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se produce una hormona detectable únicamente en una mujer que

---

<sup>21</sup> Ver Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 139.

<sup>22</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

tiene un embrión anidado. En definitiva, elocuentemente, la Corte afirma que el término «concepción» al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que se produce la anidación.

Esta afirmación es importante no solo en el campo de la reproducción humana asistida sino también en el de los derechos sexuales y reproductivos, ya que legitima los métodos anticonceptivos, en especial, los hormonales de emergencia, tales como la pastilla del día después. La sentencia permite afirmar que tales métodos no atentan contra el derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos ni son abortivos, debido a que no hay embarazo mientras no hay anidación, proceso que esos métodos impiden.

**3.** Afirmó que un embrión no implantado, o sea, un embrión in vitro, no es persona y agregó que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. El embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. Es decir, la protección del derecho a la vida «desde la concepción», mencionado en el art. 4 de la Convención, se vincula al mayor o menor desarrollo de ese embrión.

Esta afirmación es crucial, atento a que, al reconocer condicionalidad, relatividad y gradualidad a la protección del embrión y del feto, las leyes que regulan la interrupción del embarazo tienen que ser coherentes con la regla de que el embrión no tiene derechos absolutos; de allí que una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo que no atendiese a otros derechos en conflicto violaría la Convención. Así, por ejemplo, Nicaragua, con apoyo de los sectores más conservadores de la sociedad latinoamericana, eliminó del Código Penal la eximente de «grave riesgo para la vida o la salud de la madre»; o sea, en Nicaragua, de acuerdo a la legislación vigente, estaría penado el aborto practicado por el médico, aun para salvar la vida de la madre, con su consentimiento. Semejante absurdo no es tolerado por la Convención, conforme la sentencia que se analiza.

**4.** Enfatizó la necesidad de proteger los derechos humanos, en especial, los derechos de las mujeres y, por eso, el legislador debe permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Al respecto, la Corte recurre a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida

prenatal, pero en los que se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre. Entre las decisiones judiciales citadas, la Corte destaca lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina, que ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias (C.S.J.N., “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, considerando 10.).

Por lo tanto, la Corte Interamericana concluye que el objeto y fin de la cláusula «en general» del art. 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Por eso, no puede alegarse la protección absoluta del embrión, anulando otros derechos, en especial, los derechos de la mujer.

Esta afirmación también es de suma relevancia en tanto pone énfasis en el respeto y la consideración de los derechos de la mujer, que también son privilegiados. En suma, una prohibición del aborto que no respete los derechos de las mujeres violaría la Convención.

Por primera vez, la Corte Interamericana se enfrenta a un tema por demás sensible, como es la naturaleza jurídica del embrión y su clara incidencia en dos temas que hacen a los derechos sexuales y reproductivos: (a) el derecho a procrear y a no procrear; más precisamente, el derecho a la reproducción humana asistida in vitro y (b) la interrupción del embarazo. La Corte ha dado pasos gigantes, ya que no solo ha legitimado la reproducción humana asistida, sino que también ha avanzado hacia una ampliación en el acceso a anticonceptivos y al aborto. Puede pensarse, entonces, que la máxima instancia judicial en la región ha dado luz verde para legalizar la interrupción del embarazo en América en un abanico mucho más amplio de casos.

## **CASOS DE TRIBUNALES EXTRANJEROS DE RELEVANCIA INTERNACIONAL**

### **ROE V. WADE. 22/01/1973**

En 1970, las abogadas recién graduadas de la Facultad de Leyes (Derecho) de la Universidad de Texas, Linda Coffee y Sarah Weddington, presentaron una demanda en Texas representando a Norma L. Mc Corvey ("Jane Roe").

Mc Corvey sostenía que su embarazo había sido producto de una violación. El Fiscal de distrito del Condado de Dallas, Texas, Henry Wade, representaba al Estado de Texas, que se oponía al aborto. El Tribunal del distrito falló a favor de Jane Roe, pero rehusó establecer una restricción en contra de las leyes sobre aborto.

El caso fue apelado en reiteradas oportunidades hasta que finalmente llegó a la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, la que finalmente en 1973 decidió que la mujer, amparada en el derecho a la privacidad -bajo la “cláusula del debido proceso” de la “décimo cuarta enmienda”- podía elegir si continuaba o no con el embarazo, ese derecho a la privacidad se consideraba un derecho fundamental bajo la protección de la Constitución de los EEUU y por lo tanto no podía legislarse en su contra por ningún estado.

"Jane Roe" dio a luz a su hija mientras el caso aún no se había decidido, la misma fue dada en adopción. Roe v. Wade, (1973) fue decidido finalmente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, dando lugar a una decisión histórica en materia de aborto. Según esta decisión, la mayoría de las leyes contra el aborto en los Estados Unidos violaban el “derecho constitucional a la privacidad bajo la “cláusula del debido proceso” de la “décimo cuarta enmienda” de la Constitución. La decisión obligó a modificar todas las leyes federales y estatales que proscribían o que restringían el aborto y que eran contrarias con la nueva decisión. Esta decisión de la Corte fue interpretada como la despenalización del aborto para los 50 estados de la Unión.

El contenido central de Roe v. Wade es que el aborto debe ser permitido a la mujer, por cualquier razón, hasta el momento en que el feto se transforme en “viable”, es decir, sea potencialmente capaz de vivir fuera del útero materno, sin ayuda artificial. La viabilidad se coloca cerca de los siete meses (28 semanas) pero puede ocurrir antes, incluso en las 24 semanas. Antes de esta “línea de la viabilidad”, la Corte sostuvo que el aborto debe estar disponible cuando sea necesario para proteger la salud de la mujer, que la Corte definió ampliamente en el caso Doe v. Bolton.

El caso *Roe v. Wade* es el caso emblemático sobre el aborto, hasta la actualidad, por las cuestiones que plantea. Entre ellas: Cuándo y en qué medida el aborto debe ser considerado ilegal; quién debe decidir si el aborto es o no ilegal; qué métodos debe usar el Tribunal Supremo al momento de adjudicar derechos constitucionales; y qué papel pueden cumplir los enfoques religiosos o morales particulares en la esfera política. *Roe v. Wade* transformó la política nacional, dividiendo al país en pro-*Roe* (pro-elección) y anti-*Roe* (pro-vida), inspirando un fuerte activismo de ambos lados.

Los críticos de *Roe* sostienen que la decisión es ilegítima porque se desvía del texto y de la historia de la Constitución, imponiendo la misma política de posibilidad del aborto en todos los estados. Otra crítica argumenta que la opinión de la mayoría de la Corte no reconoció los derechos de la vida humana fetal, desde la concepción hacia adelante. Los partidarios, en cambio, describen *Roe v. Wade* como vital para la preservación de los derechos de la mujer, de su privacidad y su libertad personal.

#### **DOE V. BOLTON. 22/01/1973**

En este caso, la Corte Suprema de Estados Unidos anuló una ley del estado de Georgia que permitía el aborto únicamente en casos de violación, malformación severa del feto o riesgo mortal o grave para la salud de la madre. Entre otras restricciones, el procedimiento debía ser autorizado por escrito por tres médicos y por un comité especial del personal del hospital correspondiente. Además, la ley preveía únicamente la realización de abortos a las residentes en Georgia; en ningún caso podía practicarse un aborto a una ciudadana no residente en el estado.

La demandante, una mujer embarazada que adoptó el pseudónimo de "Mary Doe" para proteger su identidad, demandó al fiscal general de Georgia, Arthur K. Bolton, como responsable de aplicar la ley. La demandante anónima fue posteriormente identificada como Sandra Cano, una mujer de 22 años, madre de tres hijos, embarazada de nueve semanas en el momento de la demanda.

La sentencia fue aprobada con la misma mayoría 7-2 (con los votos contrarios de los Justices Byron White y William Rehnquist) que derogó la ley sobre el aborto de Tejas en el caso *Roe contra Wade*, e invalidó el resto de restricciones establecidas en la ley de Georgia, incluyendo la necesidad de aprobación médica y los requisitos de residencia.

Conjuntamente, Roe y Doe declararon el aborto como un derecho constitucional de los Estados Unidos, lo que supuso la derogación de la mayor parte de las leyes contrarias al aborto, aprobadas en otros estados.

La decisión de la Corte Suprema en el caso Doe contra Bolton estableció que una mujer puede practicar un aborto tras el límite de viabilidad del feto si ello es necesario para proteger su salud. El Tribunal definió salud como sigue:

*El determinar si, en términos de la ley de Georgia, "un aborto es necesario", es una valoración profesional que un médico de Georgia deberá realizar de manera rutinaria. Coincidimos con la Corte del Distrito, 319 F. Supp., en 1058, en que la valoración médica deberá ser realizada a la luz de todos los factores --físicos, emocionales, psicológicos, familiares, así como la edad de la madre-- relevantes para el bienestar de la paciente. Todos estos factores están relacionados con la salud.*

## **CAPÍTULO 4: DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO**

### **EL DERECHO A LA VIDA**

¿Se puede concebir a la persona humana sin la vida? La vida no sólo es propiedad fundamental de la persona sino que es la misma naturaleza, sustancia o esencia; por ello los sistemas jurídicos reconocen el derecho a la vida como un derecho esencialísimo de la persona humana.

Algún civilista sostiene que el derecho a la vida es un derecho innato en cuanto hace el individuo humano por el simple hecho de estar munido de ella en el instante del nacimiento (DE CUPIS, A., pág 103). Esta afirmación -sea cual fuere su aceptación- nos previene que este problema desborda los aspectos simples del derecho a la vida. Porque ello implica que no puede limitárselo en el tiempo. ¿Qué es ese ente antes del nacimiento?; ¿No es, acaso al seguir su desarrollo, un ser que nace, se desarrolla y muere?; ¿Quién osa colocar límites entre el nacer y no nacer, entre el nacer y desarrollarse íntegramente? Si ese ente es una persona, ¿en nombre de qué derecho, quién puede fijar esos límites? ¿En nombre de qué derecho la persona ya concebida puede ser privada de su nacimiento, al interrumpirse su vida ya comenzada? ¿Acaso la persona no tiene derecho conservar la vida, toda la vida?

En abstracto, los derechos no son absolutos, requieren de una reglamentación razonable para alcanzar los fines legítimos propuestos. Se plantea así el problema en cuestión, si bajo determinadas circunstancias y conforme a la ley Fundamental, es posible la legalización del aborto, como acto jurídico por el cual se le priva de la vida a una persona por nacer, que desde su concepción tiene existencia biológica y jurídica.

La imposibilidad de armonizar el derecho a la vida de la persona por nacer y los derechos subjetivos que vulnerarían la concepción y el nacimiento de ellas impone el deber de preferir a una de las mismas, no desde un punto de vista moral o religioso, sino en consideración a la trascendencia de la Constitución y las libertades antagónicas en un caso concreto. (BADENI, Gregorio et al. pág. 29 y sub)

En ese sentido, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>23</sup> establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, *en general*, a partir del momento de la concepción” (el énfasis remarcado es propio).

Dicha norma ha generado controversia porque se considera que la Convención reconoce un derecho a la vida del embrión desde el momento de la concepción. Sin embargo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.), en el caso conocido como “Baby Boy” aclaró cualquier duda interpretativa cuando afirmó que dicha cláusula no se dirige a prohibir el aborto en sí, sino que se refiere a formas de protección de la salud materno-infantil desde el momento de la concepción.

Al respecto se postuló una interpretación no restrictiva del derecho a la vida La Corte ha expresado reiteradamente que el derecho a la vida es universal, inalienable, no-derogable y esencial para el ejercicio de cualquier otro derecho humano, reiterando que cualquier enfoque restrictivo del mismo es inadmisibles<sup>24</sup>.

Como derecho universal, el derecho a la vida pertenece a toda persona a partir del momento de su concepción, de acuerdo al artículo 4 de la Convención. Por lo tanto, no puede ser otorgado exclusivamente a ciertas categorías de personas: a los nacidos pero no a los no nacidos, a los niños deseados pero no a los no deseados, a los sanos pero no a los que

---

<sup>23</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (C.A.D.H.), suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. En nuestro país tiene rango constitucional conforme el artículo 75. inc. 22 C.N..

<sup>24</sup> Ver Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 60; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 150; Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82–83; Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 82.

están afectados por enfermedades congénitas. Tales distinciones claramente constituirían líneas arbitrarias y discriminatorias en la protección del derecho a la vida, y la arbitrariedad en la privación de este derecho se encuentra específicamente prohibida por el artículo 4(1).

Como derecho inalienable y reconocido en la Convención Americana, el derecho del no nacido a la vida desde el momento de la concepción, no le puede ser arrebatado o suspendido, su reconocimiento no puede ser revertido por los órganos del Sistema Interamericano, de acuerdo a las normas de interpretación de la Convención Americana que establecen que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” ni de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”.

El artículo 27(2) de la Convención establece que el derecho a la vida no es derogable, ni lo son tampoco las garantías judiciales para su protección. Al respecto, la Corte ha interpretado este artículo expresando que el derecho a la vida es inderogable pues no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados parte. La derogación de la vida del niño no nacido autorizando su muerte o destrucción por simple acto de voluntad de sus padres sería por lo tanto, una violación de este principio. Igualmente, la derogación del derecho a la vida desde la concepción en base a cálculos de proporcionalidad entre la vida del no nacido y el supuesto derecho a la privacidad o derecho a la integridad personal de la mujer atentaría contra la Convención pues, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos”, razón por la cual prevalece sobre otros intereses menores.

Esta interpretación fue retomada por la Corte Suprema de Justicia Argentina en el fallo “F.,A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, donde hizo referencia al citado precedente y concluyó en que el artículo mencionado “no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste [nasciturus]” (considerando 10).

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Buenos Aires ha señalado que “(...) *la expresión contenida en dicho artículo que establece que el derecho a la vida `estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción`, no tuvo otra*

*finalidad que permitir la ratificación del instrumento por parte de numerosos Estados que como el nuestro habían despenalizado distintos supuestos del aborto” (S.C.B.A., sent. del 31/07/2.006, en “R., L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia)*

Finalmente, al analizar el status de persona del embrión y su titularidad -¿potencial?- del derecho a la vida derivado de la Declaración Universal de Derechos Humanos (D.U.D.H.), la misma Corte Suprema en el fallo precitado “F.,A.L.” estableció que el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, consagrados en los artículos 3 y 6 de la D.U.D.H., deben analizarse en conjunto con lo dispuesto por el artículo 1 de la misma Declaración, a la luz del cual “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Según el Máximo Tribunal, “atento los claros términos en que está formulado este enunciado, resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas” (considerando 11). Planteado de esta forma, parece que el Cíbero Tribunal está afirmando que los derechos a la vida y la personalidad jurídica consagrados deberían ser garantizados a los seres humanos sólo a partir de su nacimiento.

Asimismo cabe señalar que el derecho a vivir no se encuentra expresamente enunciado en la Constitución Nacional Argentina, en el art. 33 está incluido implícitamente, pues sin vida no existe el hombre, ni la libertad y la dignidad que garantiza la Ley Fundamental, basada en un sistema democrático constitucional; en donde el individuo constituya la causa y fin de toda organización política; en coincidencia con los arts. 14 bis, 16, 43, 75 inc.19, 22 y 23, estos últimos que remiten sin duda alguna a la Convención Americana descrita.

La jurisprudencia nacional ha sostenido inveteradamente que es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad (Fallos, 302:1284, 310:112). En abstracto, los derechos no son absolutos, requieren de una reglamentación razonable para alcanzar los fines legítimos propuestos. Se plantea así el problema en cuestión, si bajo determinadas circunstancias y conforme a la ley Fundamental, es posible la legalización del aborto, acto por el que se priva de la vida a una persona por nacer, que desde su concepción tiene existencia biológica y jurídica.

En consecuencia, por considerarse que el centro teleológico de toda política criminal

es la tutela de la persona humana, el Derecho Penal debe castigar las conductas abortivas con el fin de proteger eficazmente a la persona por nacer, tipificando el delito en el Código Penal en sus artículos 85, 87 y 88, en los cuales estableció las penas, sus atenuantes y agravantes.

La persona por nacer no puede defenderse por si misma absolutamente, por la que el Estado que protege el derecho a la vida, no puede substraerse de castigar el aborto, ya que el castigo representa el medio real de protección.

Ello así desde que

*El derecho a la vida no significa vivir solamente hoy, vivir un período determinado, sino toda la vida, desde la concepción hasta la muerte. El derecho a la vida implica fundamentalmente, el derecho a la continuidad de la vida. Incluye el derecho a oponerse a la interrupción de ella en cualquiera de sus extremos y en cualquier segmento. ¿Qué fundamentos podemos esgrimir para la cercenar ese derecho, para limitarlo? ¿Hay, acaso, otro derecho más importante que pueda sustentar legítimamente su interrupción? En ese caso, ¿cuál es? El problema no es fácil, es más bien profundo (GHIRARDI, Olsen A. 1991) y supera a toda política criminal.*

La imposibilidad de armonizar el derecho a la vida de la persona por nacer y los derechos subjetivos que vulnerarían la concepción y el nacimiento de ellas impone el deber de preferir a una de las mismas, no desde un punto de vista moral o religioso, sino en consideración a la trascendencia de la Constitución y las libertades antagónicas en un caso concreto.

En todo caso, una interpretación no restrictiva del artículo 4.1 aplicaría principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, como el principio pro homine<sup>25</sup>, llamado también principio pro personae, codificado en el artículo 29(b) de la Convención, y aplicado repetidamente por la Comisión y la Corte Interamericana<sup>68</sup>. La

---

<sup>25</sup> Ver Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 11; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 12. Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 283; Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 143.

Comisión ha reconocido que este principio, que establece que, en caso de duda, prevalecerá la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos humanos del individuo, “rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general en el Derecho de los derechos humanos”. La Corte ha señalado, al respecto, que “el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”. Igualmente, la Comisión ha declarado que, para evitar que las excepciones a los derechos humanos se conviertan en regla, toda limitación a los derechos humanos debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine. Por lo tanto, cualquier limitación al derecho a la vida del no nacido supuestamente contenida en la expresión “en general” debería ser sumamente restringida, prevaleciendo aquella interpretación que otorgue mayor y mejor protección de la vida desde la concepción sobre aquellas que intenten limitarla o condicionarla.

### **EL DERECHO A LA SALUD FÍSICA Y PSICOLÓGICA**

Por sus diferencias biológicas, las mujeres en relación a su salud, tienen necesidades específicas, muy distintas de las de los hombres.

Concretamente, la prevalencia de la pobreza y la dependencia económica que sufren en relación a los hombres, el bagaje social, político, étnico y religioso, disminuyen el poder de las mujeres para negociar su sexualidad y otros asuntos que conciernen a sus vidas, lo que eventualmente impacta de forma negativa en su salud.

Restringir el acceso al aborto, en lugar de buscar reparar los factores que determinan e influyen la decisión reproductiva del aborto, impone los costos de la reproducción sólo a las mujeres y refuerza el estereotipo negativo que entiende a las mujeres como medios para la reproducción humana y, por lo tanto, únicas y últimas responsables de la reproducción.

La penalización del aborto vulnera el derecho a la salud únicamente de las mujeres, dado que se trata de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan y utilizan. Al respecto, la Corte Suprema de la Nación reconoce el derecho específico a la salud de las mujeres<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> C.S.J.N. sent. del 1/06/2.000, en “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional”

La Organización Mundial de la Salud manifestó que los derechos a la no discriminación y equidad en relación al derecho a la salud implican que los Estados reconozcan las diferencias entre las necesidades de los distintos grupos y provean los servicios de salud de acuerdo a esas diferencias.

La penalización de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan constituye una violación al artículo 2 f) de la C.E.D.A.W., en cuanto a la obligación de los Estados Partes de *“adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”*.

En consecuencia, el Comité CEDAW ha recomendado a los Estados partes que aseguren que se tomen medidas para (...) que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad<sup>27</sup>, por lo que, bajo estos términos, el Estado Argentino se encontraría en flagrante violación.

### **EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

El principio de autonomía de la voluntad se encuentra contenido en el art. 19 (primera parte) de la Constitución Nacional, que reza “Las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. El Estado no puede imponer una moral (puede reconocer un ámbito de libertad) y las penas no pueden recaer sobre las conductas de la autonomía moral que la Constitución Nacional garantiza, sino sobre aquellas que afectan el ejercicio de esa autonomía ética. Esa elección queda reservada a su conciencia (moral o no). Para que una conducta sea considerada delito debe estar tipificada en el Código Penal, que es el conjunto de normas que protegen los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Dentro de la autonomía de la voluntad, se encuentra comprendido el derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad puede ser calificado como condición esencial a la

---

<sup>27</sup> Comité CEDAW, Recomendación General N° 19: “Violencia contra la Mujer”, U.N. Doc A/47/38 (1992), párr. 24 “m”.

persona, con la misma valoración que el derecho al honor, la vida, la libertad.

En teoría, el orden público constituye el límite insuperable por la voluntad individual. Cuando una norma se eleva a la categoría de orden público, los juristas lo hacen con el fin de asegurar el cumplimiento de una conducta trascendente para la sociedad. Como consecuencia de la reglamentación de derechos de orden público, se limita la autonomía de la voluntad, por cuanto importa la imperatividad de la norma de orden público y la irrenunciabilidad de los derechos incluidos en la norma de orden público y declarar la ineficacia de los actos contrarios a las normativas de orden público.

Con lo manifestado anteriormente, es posible afirmar que existe una función inversamente proporcional entre los conceptos de orden público y autonomía de la voluntad.

Bajo esta perspectiva, la penalización del aborto implicaría una intromisión en las decisiones autónomas de las mujeres sobre sus propios cuerpos. Como la violación y el acoso sexual, la criminalización del aborto refleja y refuerza actitudes que minimizan la autonomía y la personalidad de las mujeres. Mientras la violación las reduce a objetos sexuales, el embarazo forzado las reduce a su función reproductiva. Ambas prácticas negarían la capacidad de decisión de las mismas, decisiones sobre su propio cuerpo e instrumentalizan sus cuerpos para conseguir objetivos ulteriores valiosos para personas distintas de la mujer. Por lo tanto, la criminalización del aborto, supedita la adopción del procedimiento, costos y consecuencias –que soporta únicamente la mujer- a la aprobación de terceras personas (NINO, Carlos, 2005, pág. 236-249).

En este sentido, se entiende que la política criminal dirigida a penalizar los abortos, implica utilizar el poder coercitivo del Estado –bajo el velo del orden público- para imponer a las mujeres que, a través de sus cuerpos, sirvan a intereses distintos de los propios. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que “el legislador, al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”<sup>28</sup>.

Por su parte, en “F.A.L”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación enfatizó que “de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (...), se desprende

<sup>28</sup> Corte Constitucional de Colombia, C-355/2006.

el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente y que la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar” (considerando 10). Este argumento es relevante para el debate sobre legalización del aborto porque la penalización de esta práctica, incluso con causales de excepción, implica afirmar un valor instrumental de las mujeres, principalmente, en su función reproductiva que también debería proibirse.

Por su parte, la Corte I.D.H. sostuvo que el derecho a la vida privada reconocido en el art. 11 de la C.A.D.H. se relaciona con “i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (...) Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho de controlar su fecundidad. Así, la protección de la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos” (Corte IDH, Caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica s/ Fecundación In vitro” parágrafo 146)

Por lo tanto, es posible afirmar que, “en algún momento entre la concepción y el nacimiento, la autonomía sexual y reproductiva de la mujer tiene más valor que el embrión. Después de ese límite gestacional, cuando la autonomía deja de ser suficiente para permitir un aborto, otros derechos deben estar en juego para que el aborto no sea punible, y esos son el derecho a la salud, vida e integridad física y moral de la mujer para los casos de aborto terapéutico, y el derecho a la autonomía de la mujer para los casos de abusos y malformaciones.



## **CAPÍTULO 5: PROBLEMAS DE IMPLEMENTACIÓN**

Pese a que nuestro CPN, desde hace casi noventa años, prevé supuestos de despenalización del aborto, aún hoy las mujeres encuentran obstáculos para acceder a esta práctica de manera segura. Esto surge claramente de los casos que tomaron estado público en el último tiempo, en los que mujeres que se encontraban en algunas de las circunstancias del artículo 86 tuvieron que enfrentar diversas barreras prácticas, médicas, y jurídicas para obtener la interrupción del embarazo.

Las barreras de acceso al aborto no punible adquieren diversas modalidades y actúan desde diferentes niveles. Entre las barreras jurídicas, cabe mencionar la exigencia de una autorización judicial; la intervención de comités de ética, equipos interdisciplinarios o autoridades hospitalarias; el requerimiento de comprobaciones médicas innecesarias; la solicitud de denuncia y/o la prueba de la violación, entre otras, donde el factor tiempo es el principal peligro a su salud.

En los casos que han llegado a los medios de comunicación desde 2005, actores del sistema sanitario y/u operadores jurídicos han generado la judicialización del pedido de un aborto legal, en diversas situaciones encuadrables en el artículo 86, llegando incluso a denegarse la autorización en alguna de las instancias<sup>29</sup>.

El escenario de incertidumbre creado por estos casos de judicialización y por ambiguas prácticas sanitarias, como las que provocaron el rechazo de la solicitud del aborto

---

<sup>29</sup> En la causa “R., L. M.” reseñada, tanto el tribunal de primera como de segunda instancia rechazaron el pedido de autorización para efectuar el aborto no punible. En forma similar, una jueza de Entre Ríos –en la causa “Defensora de P Y.M N°– decretó una medida cautelar para suspender la interrupción del embarazo de una adolescente con discapacidad mental, decisión que luego fue revocada por el tribunal que revisó la causa. En Mendoza, a mediados de 2008, un juez de familia rechazó el pedido para terminar con el embarazo cursado por una niña violada por su padrastro. Juzg. N° 1 de Familia Mendoza, “B., L. A.”, 16/9/2008, Lexis Nexis, N° 7004790. Ese mismo año, en Bahía Blanca, un magistrado hizo lugar al pedido de una familia para que se impidiera la interrupción del embarazo de una adolescente discapacitada mental. El tribunal de alzada dejó sin efecto la sentencia, y resolvió a favor del pedido del aborto no punible. Trib. de Familia de Bahía Blanca, “S.G.N s/situación”, 1/10/2008, Causa 30.790.

en las graves circunstancias en las que se encontraba Ana María Acevedo<sup>30</sup>, ha promovido, en algunas jurisdicciones, la presentación de proyectos legislativos de reglamentación del acceso a los abortos no punibles según se comentó en el capítulo 3.

Con idéntica preocupación, en algunas provincias las autoridades sanitarias han aprobado los protocolos de atención del aborto permitido que han sido reseñados precedentemente. En el ámbito nacional, está pendiente la implementación de la Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles (en adelante, la “Guía”) en el marco del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud, publicado en octubre de 2007<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Ana María Acevedo tenía veinte años de edad, era de un pueblo de Santa Fe, madre de tres hijas/os, y falleció en mayo de 2007. Tenía cáncer maxilar y un embarazo de tres o cuatro semanas cuando ella y su familia solicitaron un aborto terapéutico, que fue denegado por las/os profesionales del Hospital Iturraspe. Cuando el parto finalmente se llevó a cabo, Ana María entró en coma farmacológico y días después murió. El bebé tampoco sobrevivió. Como resultado de la denuncia promovida por la familia Acevedo junto con las abogadas de la organización “Multisectorial de Mujeres de Santa Fe”, se abrió un proceso penal que derivó en el procesamiento del ex director del Hospital Iturraspe, los jefes de servicio de ginecología y de oncología, por los delitos de lesiones culposas e incumplimiento de los deberes de funcionario público.

<sup>31</sup> ISBN 978-950-38-0089-8. A enero de 2009 el Programa del Ministerio ha cambiado, desde la actual gestión, dos veces su dirección sin haberse impulsado, en ninguna oportunidad, acciones destinadas a la implementación de la Guía. La Guía es una revisión y actualización del documento elaborado por el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSyPR) durante el año 2007 basado en cuatro fuentes principales; “El aborto sin riesgos; Guía técnica y de políticas para sistemas de salud”, Organización Mundial de la Salud (Ginebra, 2003); “Norma Técnica para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), Ministerio de Protección Social (Bogotá, 2006); “Norma Técnica: Atençaõ Humanizada ao Abortamento”, Ministerio de Saúde (Brasilia, 2005); y “Aborto Legal: Regulaciones Sanitarias Comparadas”, de Ana Cristina González Vélez, Giselle Carino y Juana Durán, IPPF/WHR (Montevideo, 2007). Los procedimientos previstos por la Guía son de aplicación establecida por Resolución Ministerial Nro. 1184 del 12 de julio del 2010. Ministerio de Salud de la Nación. En la mencionada Guía se establecieron las pautas de intervención médica en los abortos no punibles y se determinó que las mujeres que se encuentran en cualquiera de los supuestos enunciados anteriormente gozan del derecho a acceder a un aborto. Sus puntos más salientes son los siguientes: •El hospital y la/el médico tratante tienen la obligación legal de practicar la intervención, siempre que exista consentimiento informado de la mujer. •No deben ni están obligados a requerir la intervención y/o la autorización judicial. •La práctica del aborto no punible se realizará previa constatación por parte de una/un sola/o médica/o de la existencia de alguna de las causales y deberá utilizarse el método más seguro de interrupción del embarazo. Cuando el embarazo sea producto de una violación, la/el

Tanto los proyectos legislativos que han logrado discusión parlamentaria en forma reciente como los protocolos de atención del aborto no punible vigentes ofrecen distintas alternativas regulatorias para garantizar el acceso a los casos de interrupción del embarazo del artículo 86 del CPN, sin embargo, la cuestión legislativa encuentra problemas de implementación práctica.

Entre las cuestiones más importantes consideradas por iniciativas regulatorias como la Guía, los proyectos y protocolos, cabe citar:

**a. Improcedencia de la judicialización:** La jurisprudencia de los más altos tribunales de justicia del país, los proyectos legislativos y los protocolos vigentes, establecen que la comprobación de los casos de aborto permitidos en el CPN no debe ser judicializada.

Es decir, todas estas decisiones y proyectos de ley coinciden en la improcedencia de la intervención judicial. En efecto, al prever que la determinación de una causal de no punibilidad del aborto estará a cargo de una/un médico/a y no de las/os jueces, la Guía y los proyectos legislativos discutidos en el último tiempo ratifican la resolución de diversos

---

médico/a tratante deberá solicitar a la mujer constancia de denuncia de la violación o en su caso declaración jurada de la mujer y, cuando sea producto de un atentado al pudor de una mujer con discapacidad mental con o sin declaración judicial, debe solicitar a quien la represente constancia de la denuncia del atentado al pudor o en su caso declaración jurada de su representante. • Se debe solicitar a la mujer el consentimiento informado para proceder a la interrupción del embarazo y en caso de que sea una mujer con enfermedad o discapacidad mental se lo debe exigir a su representante legal. En el caso de las niñas y adolescentes menores de 14 años, se requerirá la asistencia de los padres, tutores o encargados para acceder a la práctica del aborto. • Toda/o profesional de la salud tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia con respecto a la práctica del aborto no punible. Sin embargo la objeción de conciencia es siempre individual y no puede ser institucional, por lo que toda institución a la que recurra para la práctica de un aborto no punible deberá en cualquier caso garantizar su realización. • La evacuación de las medidas necesarias para la determinación de una causal de aborto no punible y para su realización (consentimiento informado, estudios médicos, estudios psicológicos, recursos técnicos, humanos y farmacológicos, constancia de denuncia, objeción de conciencia y/o cualquier otra medida pertinente), no debería insumir un plazo mayor de 10 (diez) días siguientes a la solicitud de la mujer o quien estuviera autorizado a solicitarlo. Los profesionales de la salud podrán ser responsables penal, civil y/o administrativamente por el incumplimiento de sus obligaciones en el ejercicio de la medicina o la psicología, cuando injustificadamente no se constate la existencia de alguna de las causales previstas en el Código Penal de la Nación, cuando existan maniobras dilatorias en el proceso de constatación, cuando se suministre información falsa y/o cuando exista negativa injustificada en practicar el aborto.

tribunales en todos los casos en los que han tenido que pronunciarse: no corresponde que los jueces autoricen los abortos legales, por varias razones<sup>32</sup>.

**A)** Porque según surge del texto del artículo 86 el legislador resolvió que si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, la mujer junto con el profesional de la salud es quien debe decidir.

**B)** Porque se trata de una cuestión para la que los jueces carecen de capacidad técnica y que escapa a las facultades de la tarea judicial.

Es tarea de las/os profesionales de la salud constatar las situaciones que dan lugar a la permisión del aborto. Todos los protocolos sanitarios existentes en el país hasta el momento, los proyectos legislativos que han recibido algún debate el último año y las recientes sentencias sobre la materia han sido contundentes en este sentido. Lo contrario sería exigir al Poder Judicial interponer una barrera adicional, ya que cualquier juez llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad deberá dar intervención a las/os profesionales de la salud, que son quienes efectivamente pueden y deben determinar la existencia de un peligro para la salud o la vida y, adicionalmente, supondría supeditar el ejercicio del derecho de la mujer, reconocido por el artículo 86, a un trámite innecesario y desprovisto de sentido.

**b. Constatación por un solo médico:** Tanto la Guía como varios de los proyectos legislativos mencionados establecen que la constatación de las causales de no punibilidad estará a cargo de un solo médico. El mismo CPN se refiere al aborto no punible como aquel practicado por “un médico con el consentimiento de la mujer encinta” (artículo 86). Por otra parte, la exigencia de más de un médico representaría una barrera de acceso incompatible con los derechos en juego en esta permisión, tal como lo han expresado las Cortes Supremas de países como los Estados Unidos, Colombia o Canadá al considerar los mecanismos para hacer accesibles los abortos legales.

Al respecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que el derecho a la

---

<sup>32</sup> SCBA, “C. P. d. P., A.K. s/autorización”, 27/6/2005, LLBA, julio de 2005, 629.; SCBA “R., L. M.”, 31/7/2006, LLBA, agosto de 2006, 895; Sala 1ª SCJ de Mendoza, “C., S. M. y otros c/sin demandado p/Ac. de amparo s/per saltum”, 22/8/2006, LL, 2006-E, 171; Sala II CCCom. de Mar del Plata, “O., M. V. s/víctima de abuso sexual”, 21/2/2007, LL On Line; S.T. Entre Ríos, “Defensora de P.Y.M N° (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona”, 20/9/2007, LLLitoral, noviembre de 2007, 1069.

salud de la mujer es preservado por la/ el médico tratante, y que la exigencia de dictámenes de otras/ os profesionales es un requisito carente de sentido, sin ninguna conexión racional con las necesidades de la mujer.

El requerimiento de varios médicas/os viola el derecho a la igualdad y a la equidad, a la vez que supone, por parte del Estado, un ejercicio abusivo en su facultad de regulación. Las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes restringen indebidamente los derechos de las mujeres. Estos requisitos se traducen en procesos burocráticos que dilatan el acceso a la interrupción legal del embarazo y que incluso pueden derivar en una prohibición implícita del aborto.

En igual sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado “[...] tampoco se pueden establecer por el legislador o el ejecutivo requisitos o barreras adicionales. Son a título de ejemplo barreras legales o administrativas que imposibilitan un aborto legal y seguro, como indica la Organización Mundial de la Salud (OMS): a) Requisito de autorización de varios médicos (o a veces de comisiones). Evitar firmas múltiples o la aprobación por parte de un comité; Permite a la mujer decidir. b) [...] Eliminar los períodos de espera que no son médicamente necesarios. Los períodos de espera retrasan innecesariamente la atención y disminuyen la seguridad. Tal como se halla configurado actualmente el funcionamiento de los equipos multidisciplinarios, constituyen un trámite desproporcionado a los derechos que se quiere proteger (salud, vida, no discriminación, dignidad y autonomía de la mujer) y una carga indebida en la medida en que afecta sustancial e injustificadamente los derechos de la mujer” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, pág. 340).

El Estado, como garante de la administración de la salud pública, tiene la obligación de asegurar el acceso a los servicios de salud de todas/os las/os habitantes sin más restricciones que las que impone la ley de manera razonable. Cuando concurren las circunstancias que habilitan a solicitar un aborto no punible, el Estado tiene el deber de poner a disposición de las mujeres las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera accesible y segura<sup>33</sup>.<sup>39</sup> Además, debe tenerse en cuenta que en

---

<sup>33</sup> “No es lo mismo aborto legal que aborto seguro, ya que es posible que el aborto no esté penalizado y sin embargo sea inseguro, por ejemplo, cuando se establecen barreras legales o administrativas que

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

**c. Constatación de la violación:** Para acceder al aborto permitido en el inciso 2 del artículo 86 del CPN la norma penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación, tampoco su determinación judicial. A juzgar por la ausencia de reglas específicas, para obtener la interrupción del embarazo en caso de violación sólo es necesario que la mujer o su representante declaren frente al profesional tratante que ha sido violada. La imposición de otro trámite no es procedente, pues significaría incorporar un requerimiento adicional a los estrictamente previstos en el CPN, que al regular el delito de violación deja a la mujer la decisión de efectuar la denuncia. Es decir, de acuerdo con el esquema vigente del CPN, la violación pertenece a la clase de delitos dependientes de instancia privada en los cuales la víctima es quien decide activar el aparato judicial a través de la denuncia. Por lo tanto, no sería legítimo obligar a la mujer que sufrió una violación a presentar una denuncia, como condición previa para acceder a una práctica médica, permitida, en este caso, por la ley penal.

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

En conclusión, la exigencia de la denuncia policial o judicial, además de representar una modificación de las pautas de trato del delito de violación en el CPN, muchas veces responde a la innecesaria demanda de garantía, por parte del profesional médico, que los

---

imposibilitan el aborto éste puede ser legal, pero inseguro” Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/06, pág. 339.

proyectos de regulación en el área legislativa han comenzado a prohibir<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> En el Congreso de la Nación: Proyecto 5223-D-2008 de Silvestre Begnis, Di Tullio y Cesar. En la Legislatura de Buenos Aires: Alegre (1305-d-2008) y Maffía (1306-d-2008). En la Legislatura de Santa Fe: el proyecto de Aranda.



## CONCLUSIÓN

Partiendo del enfoque amplio del derecho a la vida, no hay duda alguna de que es imposible separar el concepto de vida del concepto de libertad. Libertad de vivir, libertad de permitir la vida, libertad de elegir. Porque sin vida no es posible considerar o ejercer los demás derechos naturales que la ley le reconoce a la persona.

En consecuencia, su interpretación y aplicación responde a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos; a la indivisibilidad e interdependencia de la norma respecto de la realidad.

Desde esta perspectiva, tal como ha sido expuesta en la introducción, este trabajo se propuso establecer si tanto los términos utilizados por las normas que tipifican al aborto y su aplicación judicial que de ellos hacen los operadores jurídicos constituyen métodos efectivos de protección de la vida de las personas por nacer.

A partir de esta concepción se inició el fructífero camino de estudio y análisis de normas nacionales e internacionales, y el impacto diferencial que dichas normas han tenido en la realidad existencial de las sociedades a las que pertenecen, conforme la jurisprudencia reseñada.

El lenguaje utilizado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así como el de Nuestra Constitución Nacional, por derivación lógica del art. 75 inc. 22, es aparentemente claro en esta cuestión. En efecto, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son coherentes con la protección de la vida de la persona por nacer.

En ese sentido, el conjunto de normas nacionales e internacionales, hacen referencia tanto implícita como explícitamente a que todo ser humano tiene derecho a una vida “digna” desde su concepción.

Ahora bien, con total prescindencia de subjetividad, interrogantes tales como ¿Qué bien jurídico protege el aborto punible? ¿Cuál es la verdadera finalidad de su prohibición?, ¿Acaso los métodos previstos por las legislaciones que reconocen el aborto tienen como única finalidad la protección de la vida?, ¿Qué es vida?, ¿Qué vida se protege? surgieron

durante el proceso de investigación, a medida que se estudiaban las distintas cosmovisiones que impregnan a las normas citadas.

A primera vista, a partir del desarrollo histórico y legal descrito a lo largo de los primeros capítulos, es claro que la vida es un valor absoluto, un derecho inherente al ser humano, y como tal, inalienable, inalterable, indivisible.

Sin embargo, en la aplicación práctica la norma pierde cualquier atisbo de claridad en el caso en particular, se confunde la finalidad de la norma con la eficacia práctica de la misma, tal como surge del análisis de la jurisprudencia citada y comentada en el capítulo tercero. Ello desde que es fácil comprender que esos interrogantes se convierten en cuestionamientos básicos, en dilemas existenciales de toda sociedad, cuando los casos de abortos se materializan en la realidad, y no hay solución justa que respete las posiciones de todos.

Como se colige del estudio de los capítulos tercero y cuarto, la ambigüedad y vaguedad que caracteriza al Derecho afectan la eficacia de la penalización, y el bien jurídico protegido por la misma, parece quedar en último lugar de observancia. La eficacia se pierde ante la manipulación del lenguaje en cada caso.

El enriquecimiento del concepto a partir del tratamiento de los derechos humanos como consecuencia de una constante dinámica –tanto política como normativa-, ha contribuido a agregar circunstancias y características que lo sitúan en un nivel conceptual cada vez más integral y universal, cada vez más ambiguo y obtuso, ha consolidado un concepto teórico de vida, desde la problemática del aborto, “centrando la atención en la necesidad de proteger a las personas por encima de cualquier otra consideración”.

Y esa protección no surge de manera directa de la norma, surge de las circunstancias en las que cada persona se encuentra. Circunstancias que ubican a la mujer embarazada, a la persona por nacer, y a toda la sociedad en las que se encuentran insertas en la necesidad de actuar. En la posibilidad de elegir a partir de la libertad.

Pero la libertad se constriñe a las necesidades básicas, cuya satisfacción dota de contenido socioeconómico al concepto de vida “digna”. Entonces, se ha instalado en cada sociedad un debate enfocado a legitimar la legalización del aborto, cuando los progenitores no se encuentran en condiciones de dotar a ese ser humano concebido y en gestación de las condiciones de desarrollo calificado como “digno”.

Y esas posiciones responden interrogantes parcializados, visiones alejadas de ese fin último al que toda norma aspira.

No hay que perder el foco de atención, el objeto de protección, el aborto es la interrupción de la vida, en forma deliberada, de un ser inocente en gestación, de un ser indefenso.

En ese orden de razonamiento, el derecho penal constituye el medio de control social formalizado que inhibe la comisión de delitos. En este caso, el derecho penal inhibe la muerte de la persona por nacer. Y ante eventuales circunstancias, se la justifica en pos de otros bienes jurídicos protegidos.

El objetivo de este trabajo no fue abrogar por la despenalización, sino establecer que la prohibición, bajo los términos en que es plasmada, diluye su eficacia práctica ante determinados casos particulares.

Las normas, los protocolos, y el resto del bagaje jurídico elaborado por la comunidad internacional, ha decantado en lo mismo: el deber ser no da respuesta satisfactoria a los problemas de la humanidad, es sólo un “deber ser” que en modo alguno llega rápido al “ser” cotidiano.

Se advierte en consecuencia, que existe una particular brecha entre lo que las normas disponen y su vigencia: ni la prohibición legal inhibe la realización de los abortos, ni los permisos aseguran el acceso a la interrupción del embarazo en el servicio de salud pública. En la práctica, estas situaciones se traducen en una mayor desprotección de las mujeres provenientes de los sectores socioeconómicos más postergados. Este efecto diferenciado por razón de la posición económica implica un trato discriminatorio hacia las mujeres de escasos recursos que en varias ocasiones fue señalado por la jurisprudencia.

La posibilidad de que las mujeres que se practicaron un aborto sean denunciadas si asisten a un hospital público; las dificultades para acceder a la interrupción del embarazo en los casos contemplados por el art. 86 CP; y el efecto diferenciado que tales prácticas tienen sobre las mujeres de los grupos socioeconómicos más desaventajados, desafían a la defensa pública a implementar defensas y estrategias que aseguren la plena vigencia de los derechos de las mujeres.

Los casos han evidenciado que la demora, la indecisión política, la obsecuencia jurídica, y el desgaste jurisdiccional no disminuyen los abortos. Las penas previstas por los

ordenamientos penales no tienen ese efecto ejemplificador que tienen sobre otros delitos.

Los abortos suceden, tanto a plena luz del día (como en los casos de abortos terapéuticos o eugenésicos), o en la oscuridad de la ilegalidad, pero suceden. Y ese derecho a la vida queda relegado a otros derechos, el derecho de la madre, el derecho del Estado, el derecho de la sociedad.

Entonces el fin último de la norma no es la vida, el fin último de la norma es proteger a sus ciudadanas, proteger a la sociedad de tasas altas de mortandad, proteger a la familia, al estado, a todos menos al verdadero sujeto de protección. El ser indefenso en gestación no se protege con la prohibición, se protege con la información, con la educación, con la seguridad.

Seguridad que no surge del control formal absoluto y utópico, sino de sostener la eficacia del ordenamiento jurídico en el derecho a la vida.

Es cierto que la casuística es variada, y es cierto que en determinadas circunstancias las madres no quieren continuar con el embarazo, ya sea porque su salud está en riesgo o porque no ha sido fruto de una relación consentida. Pero también es cierto que, en virtud de esa mentada interdependencia de derechos, la piedra angular de todo derecho humano es la vida.

Resulta claro que es de extrema necesidad hacer uso de esta herramienta con la que cuenta el Estado para sancionar a quien ejecute comportamientos que amenacen a los derechos de los habitantes, una herramienta de control social, formal, que tiene el fin de la protección de los bienes jurídicos, constituyendo el fin esencial y primario que justifica la presencia del Derecho Penal dentro de una sociedad, su eficacia instrumental para hacer efectivo ese derecho a la vida.

De esta forma, estimo prudente y relevante que la sociedad no procure tapar el sol con un dedo mediante la prohibición y penalización del aborto, sino que además proyecte la formulación de mecanismos integrales de prevención a partir de la elaboración de programas educativos y sanitarios, que brinden información adecuada al respecto.

No se trata de estar en contra o a favor de la penalización, se trata de la eficacia y suficiencia de la prohibición en la realidad práctica de nuestra sociedad Latinoamericana.

El proceso va más allá del ordenamiento, se debe poner el mayor cuidado y atención al derecho a la vida que sustenta todo el Derecho Penal, y es en este momento una de las

mayores probabilidades de poner fin a este suceso. Si bien es correcto apelar al recurso punitivo, si no se acude a un sistema generalizado de niveles e instancias que busquen prevenir a través de la información, no es posible gestionar la hipotética conflictividad, no se logrará zanjar el verdadero problema, no sólo porque una política contra el aborto demanda la adopción de medidas que se dirijan a un cambio de valores en la sociedad, sino también porque muchas veces los sujetos involucrados en el conflicto, y en particular las víctimas, no desean sólo una solución punitiva, sino también que se apliquen efectivas medidas de rehabilitación.

Soy también consciente que ésta no es una idea terminante y que este fenómeno tiene una fuerte conexión y raigambre cultural, histórica y política, en el cual si bien el Derecho es un factor muy influyente en la misma, no es absoluto, y existen numerosas prácticas a poner en marcha para arribar a la solución que toda la sociedad espera.

Confiar en que la educación de la sociedad en su conjunto, el pueblo y el Estado, permite proyectar eficazmente soluciones razonables a este problema, y permite redefinirnos como comunidad humana hacia una cultura de honradez, libertad, respeto e igualdad hacia la vida de toda la especie humana.

Sólo depende de nuestro compromiso por la vida, los instrumentos y mecanismos existen, su eficacia y suficiencia depende de nuestro compromiso como seres humanos de proteger a supervivencia humana. ¿Hasta dónde estamos dispuestos a proteger?



## BIBLIOGRAFÍA

- ACHAVAL, Alfredo. 2009. Medicina Legal. Derechos Civil y Penal. Edit. La Ley. T. II.
- BADENI, Gregorio y otros “El Derecho a nacer”, Abeledo Perrot.
- *Banco Interamericano de Desarrollo*. (2004) “Los Objetivos de Desarrollo del Milenio en América Latina y el Caribe. Retos, acciones y compromisos”. Washington: BID.
- BERGALLO, Paola y RAMÓN MICHEL, Agustina. (2009) “*El Aborto no punible en el Derecho Argentino*” Por la despenalización del aborto N° 09 / Abril.
- BUOMPADRE Jorge Eduardo, De la despenalización al aborto libre. La ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en España, Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE, N° 7, Número Extraordinario, Editorial Dunken, Bs. As., 2010; disponible también en Revista La Ley Penal y Procesal penal, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario), pags.283 y sig., sept./2010.
- BUOMPADRE Jorge Eduardo (2009). Tratado de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Editorial Astrea. Tercera Edición.
- BERGALLO, P. (2011). “Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado”. En Revista Jurídica Cuestión de Derechos, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), N°1, mes de Julio. Recuperado de: <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/04-abortojusticia-reproductiva-Paola-Bergallo.pdf>.
- D’ALESSIO, José Andrés. 2009. Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Editorial La Ley. 2ª Edición Actualizada y Ampliada. Tomo II. Parte Especial,

Buenos Aires.

- *Documento de la Asociación por los Derechos Civiles elaborado con ocasión del día por la despenalización del aborto en América Latina*. Septiembre 2013.

- CARABAJAL, Mariana. (2009) “El Aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente”. Editorial Paidós, Buenos Aires.

- DONNA, Edgardo Alberto. “El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia” 2a. Edición ampliada y actualizada Tomo II.

- FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo. 2003. Compendio de derecho penal, Parte Especial. Editorial R. Areces S.A. vol. I., Madrid.

- FELLINI, Zulita. (2003). “Interrupción del Embarazo”, en *Revista de Derecho Penal – Delitos contra las Personas II*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

- FIGARI, Rubén y BAILONE, Matías. (2006). “El Aborto y la Cuestión Penal”. Editorial Mediterránea, Córdoba, Octubre.

- GARCÍA MAAÑÓN, Basile. (1990). “Aborto e Infanticidio – Aspectos Jurídicos y médico. Editorial Universidad.

- GARRIDO CALDERÓN, José. (1995) “El Aborto en la Historia”. Vol. 17, No. 1 *Revista Acta Médica Dominicana*. Instituto Dominicano de Seguros Sociales, Santo Domingo R. D. Recuperado de <http://www.bvs.org.do/revistas/amd/1995/17/01/amd-1995-17-01-030-033.pdf.egales>” Editorial Universidad, Buenos Aires.

- GHIRARDI, Olsen A. (1991). “La Persona Humana antes del nacimiento”. Editorial El Copista.

- HERRERA JARAMILLO, Francisco J. (1995). “El derecho a la vida y el aborto”. Editorial Eunsa, Pamplona.

- JULIÁ, S. (2011). “L.M.R. vs. Estado Argentino’ patrón de violaciones” en L.M.R. contra Estado Argentino: Acceso a la Justicia en un caso de Aborto Legal, Estela Diaz, Cristina Zurutuza, Susana Chiarotti, Silvia Juliá y Marta Alanís, Católicas por el Derechos a Decidir, Insgenar, Cladem y Ministerio de Asuntos Exteriores de la Cooperación, Buenos Aires.
- LAURENZO COPELLO Patricia. (1997), Comentarios al Código Penal, parte especial, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (1996). “Derecho Penal: parte especial”. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- NINO, Carlos Santiago. (2005). “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires.
- POGGI, Carlos y POGGI, Victor. Cuadernos de Medicina Forense- AÑO 4 – N° 1. Recuperado de: [http://www.csjn.gov.ar/cmfcscuadernos/pdf/vol4\\_1\\_2005/Poggi.pdf](http://www.csjn.gov.ar/cmfcscuadernos/pdf/vol4_1_2005/Poggi.pdf)
- ROMERO VILLANUEVA, Horacio. 2008, Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotada con Jurisprudencia. Editorial Abeledo Perrot, 3ra Edición Ampliada y Actualizada, Buenos Aires.
- Revista de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – “*Derecho a la Salud*” – Secretaría de Jurisprudencia, Mayo 2.010.
- Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 51. “*Derecho de Familia*” Septiembre 2011.
- Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2011 Año I – N0 1 109. “La Convención Americana sobre Derechos Humanos: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe”, Ligia Mariela De Jesús Recuperado de:

www.revistaidh.org

- SAGRERA, Martín. (1996). “Sexo, población y política: hechos e ideologías”.

Editorial A-Z Editora - 3ª edición actualizada.

- SORIA, Eduardo. El Aborto Eugenesico en el Código Penal Argentino (1853-1922).

Recuperado de <http://www.ea-journal.com/art/El-aborto-eugenesisico-en-codigo-penal-argentino.pdf>.

- Vallejo Vidal, José A. “La Sociología Jurídica frente al aborto”. Recuperado de:

<http://www.redaccionpopular.com/content/la-sociolog%C3%AD-jur%C3%ADdica-frente-al-aborto>.

### **INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 1966.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948.
- Convención Americana de Derechos Humanos San José de Costa Rica, 1969.
- Convención de Derechos del Niño, Nueva York, 1989.

### **OTRAS FUENTES CONSULTADAS:**

- Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles, Ministerio de Salud de la Nación, 2010. Recuperado de: <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-web.pdf>.

- Organización Mundial de la Salud. (2008) Preguntas frecuentes acerca del aborto farmacológico. OMS, Ginebra. Recuperado de: <http://whqlibdoc>.

---

[who.int/publications/2008/9789243594842\\_spa.pdf](http://who.int/publications/2008/9789243594842_spa.pdf)

- Organización mundial de la salud, serie de informes técnicos, n°461, Aborto Espontaneo y Provocado.

- Informe de un Grupo Científico de la OMS. (1970) OMS, Ginebra. Recuperado de: [http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO\\_TRS\\_461\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_461_spa.pdf)

- Comité CEDAW, Recomendación General N° 19: “Violencia contra la Mujer”, U.N. Doc A/47/38 (1992), párr. 24 “m”.

- Comité de Derechos Humanos - 101° período de sesiones - 14 de marzo a 1 de abril de 2011. Comunicación No 1608/2007 en virtud de la presentación efectuada por V. D. A. (representada por las organizaciones INSGENAR, CLADEM y ACDD) en “L.M.R. vs. Argentina”.

- Comité de Derechos Humanos. Observación General n° 20: Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), 10 de marzo de 1992, párrafo 5.

- Organización Mundial de la Salud. “Aborto Sin Riesgos”, disponible online en: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf). Actualizada 2012:

[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe\\_abortion/9789241548434/en/](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241548434/en/) .

International Planned Parenthood Federation también clasificó las distintas barreras para el acceso a los abortos permitidos en un estudio comparado de varios países del mundo, disponible online en: [http://www.ippfwhr.org/sites/default/files/Legal\\_Abortion.pdf](http://www.ippfwhr.org/sites/default/files/Legal_Abortion.pdf)



## **JURISPRUDENCIA**

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Paulina del Carmen Jacinto Vs. México, Petición 161/02, Informe n° 21/07, Solución Amistosa. 9 de marzo de 2007. (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo IV: la Situación de los Derechos Humanos en Haití, párr. 123. Disponible en <http://www.cidh.org/women/haiti95mujer.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de acuerdo con lo prescrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS/Ser.L/V/II/27, Doc. 11 rev., 6 marzo 1972, Parte II, párr. 1. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/71sp/parte2.htm>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º. de noviembre (2010)
- Comité CEDAW. L.C v. Peru Comunicación N° 22/2009. CEDAW/C/50/D/22/2009. 25 de noviembre de 2011. ([http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_sp.pdf)).
- Comité de Derechos Humanos, Dictamen K.L. v. Perú. Comunicación 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 17 de noviembre de 2005.
- Comité de Derechos Humanos, Dictamen LMR v. Estado Argentino. Comunicación N° 1608/2007. CCPR/C/101/D/1608/2007. 28 de abril de 2011. (<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CCPR/C/101/D/1608/2007&Lang=S>)
- Corte IDH, sent. del 12/12/2012 en autos: “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica s/ Fecundación In vitro”.
- Corte IDH, sent. del 24/12/2009, en autos: “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 211, párr. 139.

- Corte IDH, sent. del 29/03/2006, en autos: “Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. C No. 146, párr. 177.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, sent. del 05/05/2002, en autos: "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", Recuperado de:  
[http://aica.org/aica/documentos\\_files/Otros\\_Documentos/Varios/2002\\_03\\_05\\_Sentencia\\_pildora.htm](http://aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/Varios/2002_03_05_Sentencia_pildora.htm)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 13/03/2012. En autos: “F.,A.L. s/medida autosatisfactiva,
- Corte Suprema de Justicia de La Nación. sent. del 1/06/2.000, en “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional”
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sent. del 26/08/1966, en “Frías Natividad s/ Sobreseimiento. Aborto”.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sent. del 17/04/2007 en “Gallo, N. s/ Sobreseimiento. Aborto”.
- Suprema Corte de Buenos Aires, sent. del 27/06/2005, en “C.P.D.P.,A.K. s/ Autorización”.
- Suprema Corte de Buenos Aires, sent. del 31/07/2.006, en autos: “R., L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia”.