

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN



ABORTO NO PUNIBLE POR VIOLACIÓN

- AUTOR: Juaneda Acosta Gonzalo Germán.
- CARRERA: Abogacía.
- AÑO: 2014.

RESUMEN

El aborto a partir de encuadrarse como delito contra la vida en el C.P., estableciendo sin duda que nuestro ordenamiento legal protege la misma desde el momento de la concepción. Podemos definir al *aborto* como la interrupción del embarazo de una mujer por la muerte del feto sea causada por la propia madre o por un tercero, dándose o no la expulsión del seno materno. De acuerdo al mismo nos centraremos precisamente en el Art. 86, inc. 2 del C.P.: *“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”*. Artículo de discordia por juristas como por sentencias judiciales en cuanto al alcance del mismo y la accesibilidad a practicar un aborto legal. Abriéndose dos tesis marcadas, una de ellas la *restrictiva* apoyando solo a las mujeres dementes o idiotas motivo de violación. Y por otro lado, la *amplia* afirmando la práctica de aborto legal hacia cualquier mujer violada. Resulta importante decir que el sistema jurídico argentino nada establece acerca del derecho a la vida del embrión de forma expresa, como si lo hace en referencia a una persona ya dada a luz que goza en plenitud de todos sus derechos. Dicha diferenciación en cuanto al reconocimiento y estatus jurídico del embrión con el de las personas que se hace a lo largo del sistema normativo en sus diferentes ramas. La problemática se plasma a la hora de practicar un aborto legal, más allá del paradigma social instalado en cuanto a la temática, dejando de manifiesto que la despenalización en determinadas circunstancias tal como es en caso de violación no ha resultado suficiente para garantizar el adecuado acceso a la atención pública de la salud reflejando una brecha entre lo que la norma dispone y su vigencia, es decir, que ni la prohibición legal inhibe la realización de los abortos, ni los permisos aseguran a la debida y oportuna atención médica a la mujer.

ABSTRACT

The abortion after being framed as a crime against life in the C.P., by setting undoubtedly that our legal system protects life since conception. Abortion can be defined as an interruption of a woman pregnancy by fetus death being caused by the mother herself or another person, regardless the expulsion of the fetus from the mother's body. We will focus precisely on Art. 86, inc. 2 from C.P., "if pregnancy comes from a violation or from an indecent assault committed on an "idiot" or mentally ill woman. In this case, legal representative consent's must be required for abortion. Article of discord by lawyers and by court about "it's limited in scope" and accessibility to a legal abortion. This opens two different thesis, on the one hand is the restrictive thesis, supporting only mentally ill or idiot woman that had been victim of violation. On the other hand is the wide thesis which is in favor of legal abortion for any raped woman. It is important to say that argentine legal system establishes specifically nothing about embryo's life right, but it does about a born person who enjoys all his rights. Problematic starts when you want to have a legal abortion, besides the social paradigm installed with the topic, being settled that decriminalization in determined circumstances such as rape has not been enough to guarantee the appropriate access to public health attention, showing that neither the legal prohibition inhibits the realization of abortions, nor permissions ensure the correct medical attention for the woman.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	8
1) Objetivos:.....	9
a. Generales:	9
b. Específicos:	9
2) Marco Metodológico.....	10
❖ Estrategia metodológica.....	11
❖ Fuentes de Investigación.....	11
❖ Técnicas de recolección de datos	13
CAPÍTULO II: NOCIONES GENERALES.....	13
1) Delitos contra la vida:	14
I. Delitos de homicidio:.....	14
II. Delitos de aborto:	15
2) Etiología - Definición de aborto:	15
3) Punibilidad – Derecho protegido:	16
4) Elementos del aborto.....	18
a. Embarazo de la mujer:	18
b. Muerte del feto causada por la madre o por un tercero:.....	19
c. Dolo del autor, sea la madre o el tercero:.....	19
5) Consumación y tentativa:.....	19
6) Tipos de abortos:.....	20
a. Aborto causado por un tercero:.....	20
b. Aborto preterintencional:	21
c. Aborto causado por la mujer:.....	22
d. Aborto profesional punible:	22
e. Aborto profesional impune:	23
CAPÍTULO III: MARCO LEGAL.....	24
1) Antecedentes:.....	24
a) Derecho Romano:	24
b) Derecho Indiano:.....	25
c) Derecho de la Iglesia Católica:	26
d) La Constitución Nacional antes de 1994:	27

2) Código Civil:.....	27
a) Fuente:.....	27
3) Código Penal:.....	30
a. Antecedentes:.....	30
b. El delito de aborto:.....	31
4) Posturas doctrinarias:.....	31
a) Tesis Restrictiva:.....	32
b) Tesis Amplia:.....	33
5) Juristas - Argumentos:.....	34
6) Debate sobre la constitucionalidad del inciso 2° del artículo 86:	39

CAPÍTULO IV: DERECHOS EN PUGNA..... 41

1) <i>Derecho a la vida</i>	41
a. Doctrina:	41
b. Constitución Nacional:.....	43
c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:.....	43
d. Convención de los Derechos del Niño:.....	44
e. Convención Americana sobre Derechos Humanos:.....	44
f. Tribunal Europeo de Derechos Humanos:	45
2) <i>Derechos de la mujer</i>	46
a. Derecho a la salud y a la atención médica:	46
b. Derecho a la no discriminación; derecho a la igualdad:	47
c. Derecho a la seguridad personal:	48
d. Derecho a la información:.....	48
e. Derecho a no ser sometido a trato cruel, inhumano y degradante:.....	49
f. Derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos:	49
g. Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico:.....	49
h. Derecho a la libertad religiosa y de conciencia:.....	50

CAPÍTULO IV: ABORTO NO PUNIBLE POR VIOLACIÓN..... 52

1) <i>Requisitos</i> :	52
a. Demencia:	52
b. Idiotez:	54
c. Violación:	54
d. Atentado al pudor:.....	59
2) Antecedentes:.....	59

a. Legislativo:	59
b. Jurisprudenciales:.....	61
3) C.S.J.N. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (2012):	68
a. Importancia:	68
b. Introducción al caso - Supuestos de hecho – Camino hacia la C.S.J.N.:	69
c. Violación y atentado al pudor:	71
d. Declaración jurada:	72
e. Improcedencia de la judicialización del caso:	73
f. Representación Legal:.....	76
g. Protocolos hospitalarios:	76
4) Acciones que deben realizar las partes intervinientes en el aborto:	77
a. Mujer:.....	77
b. Médico diplomado:	78
• La objeción de conciencia como una barrera al aborto:	79
• Decisiones de Tribunales Extranjeros/ Aborto. Secreto profesional. Derecho a la intimidad: ..	80
c. Estado:.....	80
 CAPÍTULO V: LA PROBLEMÁTICA DEL ABORTO.....	84
1) Efectos de las leyes penales y otras restricciones jurídicas en la salud sexual y reproductiva	84
a) Penalización del aborto y otras restricciones jurídicas conexas:	84
b) Anticoncepción y planificación de la familia:	86
c) Relación entre legalidad y acceso al aborto seguro:	88
d. Consecuencias psicológicas:	88
 • CONCLUSIÓN:	90
 • REFERENCIAS:	95
Doctrina:	96
Legislación.....	97
Jurisprudencia	98
 • ANEXO.....	98
Código Civil Argentino:	98
Código Penal Argentino:	98
Constitución Nacional:	101

<i>Convención Americana sobre Derechos Humanos:</i>	102
<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:</i>	104
<i>Convención de los Derechos del Niño:</i>	105
<i>Comisión Europea de Derechos Humanos:</i>	106
<i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:</i>	106
<i>Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:</i>	108
<i>Protocolo de San Salvador:</i>	108
<i>Proyecto de Ley de Despenalización del aborto</i>	109

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

El aborto en Argentina, constituye delito hace más de cien años. A partir de 1922 las disposiciones en el Código Penal, en referencia al aborto, fueron menos rígidas permitiendo así establecer tres excepciones de la regla sobre penalización del aborto: cuando la vida o la salud de la mujer embarazada corriese peligro; cuando el embarazo fuera el resultado de una violación; y cuando la mujer embarazada estuviera mentalmente discapacitada (idiota o demente).

En nuestro país ocurren aproximadamente 500.000 abortos ilegales al año, lo cual representa alrededor del 40% de los embarazos. Esta proporción tan alta de embarazos que terminan en abortos es una ilustración dramática de los efectos de la falta de acceso a información y servicios efectivos de planificación familiar¹.

La temática elegida refleja un grado de complejidad acentuado ya que se centra en puntos tales como: la integridad sexual, el derecho a la vida, la no discriminación, la libre disponibilidad de su cuerpo por parte de la mujer, derecho de igualdad; puntos de controversia doctrinal y jurídicamente hablando esto será lo central durante el desarrollo del trabajo, mas allá en cuanto a creencias, religiones e ideologías. La “distorsión de interpretación legal” ha tenido como consecuencia no solo la violación de derechos sobre la mujer sino altas tasas de mortalidad materna a nivel nacional siendo su principal causa el aborto.

Una vez delimitado el punto de partida para la presente investigación, resulta imprescindible plantear los objetivos propios del presente trabajo, entre ellos: describir concepto, etiología, marco jurídico argentino, elementos, clasificación, punibilidad, bien jurídico protegido, consumación y tentativa de la figura del aborto. Continuando con el marco

¹ Fuente: página web de diario La Nación (2007) Derechos de la mujer. Recuperado de: http://www.lanacion.com.ar/Archivo/nota.asp?nota_id=862996.

legal, fijar los derechos que se encuentran en pugna frente a una maniobra abortiva. Luego se analizará todo lo que conlleva la realización y desarrollo de un aborto del tipo nombrado (declaración jurada, improcedencia de la judicialización del caso, acciones de las partes intervinientes); antecedentes jurisprudenciales y legislativos; y análisis del mencionado fallo de la C.S.J.N. y por último penalización del aborto y otras restricciones jurídicas conexas a la salud sexual en relación al aborto seguro y consecuencias psicológicas que potencialmente podrían producirse.

Luego de haber delimitado los puntos a desarrollar a lo largo del actual documento, se expondrá: una conclusión personal acerca del problema de investigación junto a recomendaciones en cada punto que consideramos importante resaltar; establecer referencia utilizada a lo largo del trabajo, y por último fijar un anexo con la respectiva normativa relacionada a la temática.

1) Objetivos:

a. Generales:

- Describir los derechos que se encuentran en pugna a la hora de abortar producto de una violación.
- Analizar los cambios y consecuencias jurídicas que introdujo el fallo histórico “*F. A. L. s/ medida autosatisfactiva*” de la Corte Suprema de Justicia Nacional (2012) en referencia a *aborto no punible por violación* (Art. 86, Inc. 2, Código Penal Argentino).
- Determinar los efectos de las leyes penales en la salud sexual y reproductiva frente a un aborto seguro.

b. Específicos:

- Determinar qué tipos de abortos se encuentran penalizados y cuáles no por nuestro régimen (marco jurídico argentino).
- Describir qué derechos se encontrarían en pugna, a la hora de realizar un aborto, analizando tratados internacionales de derechos humanos junto a la legislación nacional.
- Identificar la interpretación que ha tenido la C.S.J.N. en lo referente al Art. 86, inc. 2 del C.P. en los autos “*F. A. L. s/ medida autosatisfactiva*”.
- Describir los cambios en las condiciones y requisitos que debe cumplir la mujer (declaración jurada, autorización judicial) para realizar de forma legal el aborto por causa de violación luego del fallo de la C.S.J.N. (2012).
- Analizar los efectos de las leyes penales sobre la práctica de los abortos no punibles.

2) Marco Metodológico:

Aquí se desarrollará lo relacionado a la metodología utilizada, cuáles son las técnicas y los procedimientos para llevar a cabo el presente trabajo de investigación.

El trabajo se iniciará definiendo el tipo de investigación que se llevará a cabo:

- ❖ Descriptivo: Son exigencias propias de los estudios descriptivos:
 - Saber con precisión que características o atributos del objeto van a ser medidos.
 - Haber definido la población y la muestra adecuada a los objetivos del estudio: qué y quienes van a ser medidos.
 - Elaborar o definir las técnicas de recolección y análisis de los datos. (Rut Vieytes, 2004, pág. 94).

El tipo de estudio descriptivo es el más adecuado en cuanto que se pretende describir en profundidad los cambios que trajo aparejado del fallo “*F., A. L. s/ medida*”

autosatisfactiva” – C.S.J.N. (2012) en nuestro sistema judicial, en referencia a “aborto no punible por violación”.

❖ En cuanto a la estrategia metodológica:

Se utilizará el método cualitativo: “por lo común, se utiliza primero para descubrir y refinar preguntas de investigación. A veces, pero no necesariamente, se prueban hipótesis. Con frecuencia se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones” (Hernández, 2003).

Se considera que este método es el más adecuado ya que se aspira a conocer en profundidad un fenómeno de naturaleza social y sus consecuencias, como es el aborto no punible por violación que conlleva gran confusión tanto en materia jurisprudencial y doctrinaria nutriendo de incertidumbre a la sociedad por completo.

❖ En relación a la Fuentes de Investigación ha utilizar:

- Primarias: contienen información original no abreviada ni traducida: tesis, libros, monografías, artículos de revista, manuscritos. Se les llama también fuentes de información de primera mano (Bounocore, 1980). En lo jurídico se traduciría en: legislación - Código Penal - y sentencias - C.S.J.N. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (2012) -.
- Secundarias: contienen datos o informaciones reelaborados o sintetizados (Bounocore, 1980). En lo jurídico esto significaría los comentarios a fallos y las elaboraciones de doctrina contenidas en libros y revistas especializadas. Caballero Severo (1981), *Aborto*. Revista jurídica argentina: La Ley. Volumen 41, página 1239.

○ Terciarias: Son guías físicas o virtuales que contienen información sobre las fuentes secundarias. Forman parte de la colección de referencia de la biblioteca. Facilitan el control y el acceso a toda gama de repertorios de referencia, como las guías de obras de referencia o a un solo tipo, como las bibliografías (Silvestrini Ruiz, 2008).

- Buompadre J. E. (2000), *Derecho penal - parte especial - tomo I*. Argentina: Nave.
- Creus C. (1992), *Derecho penal - parte especial*, (3ª Ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Fontan Balestra Carlos (1998), *Derecho penal: parte especial*. (15ª Ed.) Actualizado por Ledesma Guillermo A. C. Argentina: Abeledo-Perrot.
- Nuñez R. C. (1999), *Manual de derecho penal – parte especial*, (2ª Ed.). Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Soler Sebastián (1945), *Derecho penal argentina*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Soler Sebastián (1945), *Derecho penal argentina*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Ortiz Millán G. (2009), *La moralidad del aborto*. México: Siglo XXI editores.
- Finnis J. (1983), *Debate sobre el aborto: cinco ensayos de filosofía moral*. Madrid: Cátedra.
- Faundes A. y Barzelatto J. (2011), *El drama del aborto – En busca de un consenso*. Chile: Paidós.

- Giraudo Jofre G. (2009), Argumentos contemporáneos sobre el derecho a la vida del niño por nacer en la República Argentina. Argentina: Advocatus.

❖ En cuanto a las técnicas de recolección de datos:

La técnica utilizada en nuestra investigación será la de Observación Documental: A partir de la observación documental, como punto de partida en el análisis de las fuentes en papel, mediante una lectura general de los textos, se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para esta investigación, asistiendo a bibliotecas jurídicas tales como la biblioteca "Profesor Ricardo C. Nuñez" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Esta lectura inicial, será seguida de varias lecturas más detenidas y rigurosas de los textos, a fin de captar sus planteamientos esenciales y aspectos lógicos de sus contenidos y propuestas, a propósito de extraer los datos bibliográficos útiles para el estudio que se está realizando (Balestrini, 2002). Enfocando nuestro trabajo de investigación en la lectura de jurisprudencia nacional anterior al año 2012, textos doctrinarios referidos al aborto, legislación nacional y tratados internacionales de derechos humanos. Para luego adjuntar los datos de más utilidad para resolver el problema de investigación.

CAPÍTULO II: NOCIONES GENERALES

Este segundo capítulo plantea las generalidades referentes al aborto: concepto, etiología, punibilidad-derecho protegido, elementos, consumación, tentativa, y por último los diferentes tipos de aborto.

1) Delitos contra la vida:

Es importante considerar que *“el Código Penal coloca las distintas figuras de aborto dentro de los delitos contra la vida, pues lo que protegen es la vida del feto, cualesquiera que fueren los motivos por los que el legislador dispone esa protección (religiosos, demográficos, morales, etcétera)”* (Creus, 1992, pág. 61).

Según el derecho penal la vida humana no solo es protegida una vez producido el nacimiento hasta su fallecimiento, sino desde el momento en que se produjo la concepción. Ahora bien, en relación a los efectos de la definición y determinación de la cuantía de la pena, no le es indiferente al derecho penal definir el momento que la vida humana finaliza. Si esto ocurre desde el momento en que la mujer ha concebido hasta el nacimiento mismo, se tipifica como delito por aborto con sus escalas penales correspondiente. En caso de que la muerte tome se produzca posteriormente al “dar a luz” se configura el delito por homicidio (Nuñez, 1999).

Se podría realizar una clasificación de los delitos contra la vida humana de la siguiente manera: por un lado, se encuentra el delito de homicidio en sus diferentes grados, y como ya se ha dicho, se produce luego de dado el nacimiento (vida humana independiente), con penas más severas. Y por el otro lado, están los delitos de aborto, es decir, producida la muerte durante la vida humana en periodo de formación, con penas más leves (Buompadre, 2000).

Buompadre (2000, pág. 64) expone el siguiente cuadro clasificatorio:

I. Delitos de homicidio:

a) *Homicidio simple doloso (art. 79).*

- b) *Homicidio agravado (art. 80)*
- c) *Formas atenuadas (art. 81, inc. 1, a): homicidio en estado de emoción violenta.*
- d) *Homicidio culposo (art.84)*
- e) *Delitos secundarios: homicidio preterintencional (art. 81, inc. 1, b); homicidio en riña o agresión (art. 95); instigación o ayuda al suicidio (art. 83).*

II. Delitos de aborto:

a. *Abortos dolosos:*

- i. *Aborto doloso simple (art. 85): Causado por un tercero; con o sin el consentimiento de la mujer; agravante por el resultado de muerte de la mujer.*
- ii. *Aborto profesional (art. 86): punible (art. 85, inc. 1); impune (art. 86, inc. 2) terapéutico (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) o eugenésico (si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente).*
- iii. *Aborto tentado impune (art. 88).*

b. *Aborto preterintencional (art. 87).*

2) Etiología - Definición de aborto:

Etimológicamente la palabra aborto deriva del latín *abortus*, *ab* que implica “privación o partícula privativa” y *ortus*, que significa “nacimiento”. Es decir que significa “sin nacimiento”.

Aborto desde el punto de vista jurídico se conceptualiza como: la interrupción del embarazo de una mujer por la muerte del feto ya sea causada por la propia madre o por un tercero, dándose o no la expulsión del seno materno (Barbero Santos, 2001).

La materialidad del aborto consiste en la interrupción del embarazo, sumado a la muerte del feto fruto de la concepción. Al presente instituto le es totalmente indiferente que al estado de embarazo se llegue por fecundación material o por inseminación artificial (Fontán Balestra 1998).

La fecundación in vitro al ser producida por la mezcla de gametos masculinos con femeninos dentro de probetas, no cuentan con la protección jurídica penal brindada hacia la figura del aborto por la simple razón de que la eliminación de esos óvulos no se ha operado en el seno materno, ni expulsado de él prematuramente. Una interpretación contraria se opondría al principio de reserva penal (Nuñez, 1999).

Según sostienen Soler (1945), Vázquez Iruzubieta (1988), Fontán Balestra (1998) y Nuñez (1999) es de suma importancia que en el momento de que se produzca el aborto, el feto se halle con vida, aunque eventualmente no pudiera nacer; nacer muerto o muriera la madre según un juicio de probabilidad.

3) Punibilidad – Derecho protegido:

La punibilidad del aborto no solo se vincula a los intereses económicos, demográficos, sociales, por lo menos en alguna medida, sino que además se debe afirmar que estos mismos factores afectan al momento de determinar y evaluar todo tipo de delito contra la integridad personal y vida humana. Lo que sí es primordial y esencialmente señalar en la criminalidad del aborto es que lesiona el derecho a la vida humana. No solo el Código Penal hace

referencia al derecho de vida, como bien jurídico del aborto, sino que Código Civil también posee concepción propia.

No existe aborto si se impide la fecundación o se destruye una mola (huevo patológico o degenerado). La maniobra abortiva practicada en una mujer que no está embarazada sea porque no había concebido o porque el feto habría muerto con anterioridad, configura un delito imposible por inidoneidad del objeto (Nuñez, 1999).

El objeto de protección penal en la figura del aborto es la vida del feto, siendo concebido pero no nacido; una esperanza de la vida humana, que se convertirá en tal al finalizar el proceso de gestación y luego del nacimiento (Fontán Balestra, 1998). Tutelando la vida del feto de forma independiente en relación a la madre.

Según la concepción de Nuñez (1999) las *razones dadas a favor de no la punición del aborto son:*

a) La impunidad se funda en el derecho que se le reconoce a la madre de disponer de su propio cuerpo.

b) En que el producto de la concepción no es un bien jurídico individualmente integralmente considerado, sino un interés de la comunidad que solo en ciertos casos debe ser protegido. Ya que como antes se ha mencionado, la licitud o punibilidad varía según la zona demográfica, cultura, entre otros factores característicos de una sociedad.

c) En la impotencia de la ley penal para evitar la mortalidad materna.

d) En que la ley represiva del aborto es una ley de excepción contra el proletariado, porque atenta contra su situación económica, dificultando en gran medida la accesibilidad al adecuado tratamiento del aborto.

e) En que la represión del aborto atenta contra la salud o la vida de la embarazada al disminuir las posibilidades de realizarlo con una libre y buena atención médica.

El aborto posee un *castigo atenuado* en comparación al homicidio, ya que en el primero se produce la eliminación de un germen, siendo una esperanza de vida y no una vida definitivamente adquirida (Nuñez, 1999).

Luego de lo expuesto, se puede destacar que el Código Penal también realiza diferenciación entre la existencia humana produciendo eliminación probable de vida (feto) y la muerte posterior al parto (vida adquirida en forma absoluta), a partir de los delitos de aborto, donde sus penas son más leves, y la figura del homicidio con un castigo superior.

4) Elementos del aborto

a. Embarazo de la mujer:

La presencia del feto existe desde que el semen viril fecunda el óvulo femenino, es decir, que una mujer se encuentra en calidad de embarazo desde la concepción y no únicamente considerando desde que pasa el periodo embrionario, que dura hasta fines del tercer mes de embarazo (Creus, 1992).

La muerte debe estar en relación causal con el aborto o su tentativa, es decir, que son necesarias maniobras abortivas, con o sin muerte del feto, pero con feto vivo; para lo cual, es presupuesto indispensable la existencia del embarazo (Fontan Balestra, 1998).

Si no se ha producido el embarazo es imposible que se configure un aborto, ya que la vida del feto es una esperanza de vida más allá de la vida adquirida definitivamente de la madre.

b. Muerte del feto causada por la madre o por un tercero:

El actor puede emplear un medio físico o puede administrarle a la mujer un medio químico. Incluso se puede causar el aborto a la mujer valiéndose de una influencia síquica. Lo que es determinante es que el medio usado haya producido el aborto, es decir, la muerte del feto. Es posible la comisión del aborto por omisión de la mujer o de un tercero. Por ejemplo: la no administración intencional de un medicamento; o la omisión intencional del debido reposo (Nuñez, 1999).

La naturaleza del medio empleado por el autor para causar el aborto es indiferente, ya que lo exigible es la extinción de la vida del feto.

c. Dolo del autor, sea la madre o el tercero:

Se requiere que el actor actúe con dolo ya sea la propia madre o un tercero, es decir, con la intención de causar el aborto. Si la mujer acciona sin intención directa de provocar el aborto, no es punible aunque cause su propio aborto. Por otro lado, el tercero no es punible a título de aborto provocado, pero lo puede ser bajo el título de aborto preterintencional (Nuñez, 1999).

5) Consumación y tentativa:

El aborto se *consume* solo cuando la muerte es provocada por la expulsión prematura consecuente a la interrupción del embarazo. Si el ser nace con vida aunque sea precaria, la muerte se causa durante el nacimiento o por un acto posterior a él, esa muerte es un homicidio, como ya se lo ha expuesto.

En cuanto a la *tentativa* del aborto, quien con el propósito de destruir esa vida, comienza la ejecución de un aborto, sin que este llegue a consumarse por causas ajenas a su voluntad. Las

maniobras abortivas en el aborto no consumado, fácilmente puede causar en el feto lesiones de cualquier gravedad, como por ejemplo la pérdida de un órgano o la de un miembro; dichas consecuencias quedan penalizadas por la tentativa, es decir, impune desde el punto de vista mismo hacia las lesiones que se podrían denominar como de calidad secundarias e irrelevante en estos casos (Fontán Balestra, 1998).

En definitiva, la consumación del aborto se da necesariamente con el resultado de muerte, y por otro lado, solo el aborto de propósito causado por un tercero admite tentativa punible. El causado por la propia mujer la admite, pero no es punible quedando en la intimidad de la mujer y de su ámbito; también quedan excepto de penalidad los cómplices de la tentativa de la mujer². Si es punible, en cambio, la mujer que consiente que un tercero intente hacerla abortar, aunque no tenga éxito. Por el contrario, no son punibles los cómplices de la tentativa de la mujer.

6) Tipos de abortos:

a. Aborto causado por un tercero:

Si la mujer consentidora es inimputable por ser inmadura o incapaz de querer o entender o su consentimiento fue logrado por violencia o fraude, el aborto se considera no consentido. Pero la creencia del tercero sobre la existencia del consentimiento lo favorece, porque subjetivamente su menor criminalidad reside en el hecho de que obra creyendo que no viola el derecho de la madre o la incolumidad del fruto de su concepción. Por el contrario, la ignorancia por el autor del consentimiento dado por la mujer no agrava el delito, porque objetivamente no existe el tipo del aborto no consentido. La muerte de la mujer es un resultado preterintencional de las maniobras abortivas, si estas tuvieran por finalidad producir la muerte de la paciente, el hecho es un homicidio (Nuñez, 1999).

² Art. 88, Cód. Pen.

Este consentimiento solo es válido cuando es bajo la forma expresa y tácita, no admitiéndose de forma presunta (Caballero Severo, 1981).

El tercero puede causar el aborto de la mujer con o sin el consentimiento de ella, se agrava si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer, aumentándose el máximo de la pena. El aumento es mayor si el aborto no ha sido consentido. La validez de ese consentimiento no requiere la capacidad para realizar negocios civiles, sino que basta que la mujer sea penalmente imputable, es decir, contar con 16 años de edad.

Al respecto, Fontán Balestra (1998) señala que el consentimiento de la mujer puede ser retractada hasta el momento de la consumación del aborto, y su desistimiento espontaneo, manifestado antes de ese lapso, transforma su acción impune³ y de continuar los terceros ejecutando el hecho, se transforma para ellos en aborto sin consentimiento, agravando el presente delito como ya lo hemos desarrollado anteriormente.

La mujer consiente su propio aborto si expresa o tácitamente acepta ser sometida a maniobras abortivas por el tercero. La mujer consentidora está sometida a la misma escala penal que a la mujer que causa su propio aborto.

b. Aborto preterintencional:

Solo puede ser autor de un aborto preterintencional un tercero. “Lo es cuando con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuera notorio o le constare”⁴.

La violencia es el despliegue de una energía física contra la mujer aunque no obre encima de su cuerpo. Tanto implica una violencia golpear a la mujer como utilizar en su

³ Por aplicación del Art. 43 del Cód. Pen.

⁴ Art. 87, Cód. Pen.

contra vías de hecho que no la alcanzan. También importa “el uso de medios hipnóticos o narcóticos”⁵.

La preterintencionalidad no tiene el mismo significado en el aborto que en el homicidio, debido a que su concepto no se atiende ni a la naturaleza del medio empleado por el autor, ni está limitado por la posibilidad de este de prever el resultado ultraintencional. Este concepto referido al aborto únicamente significa que la muerte del feto no está en propósito del autor de la violencia. Comprende, por el contrario, la muerte del feto que al autor se le presente como algo eventual. El embarazo es de carácter notorio cuando por su exteriorización, la generalidad de las personas puede advertirlo sin esfuerzo alguno o por el simple hecho que tiene certeza acerca de que la mujer ha concebido (Nuñez, 1999).

c. Aborto causado por la mujer:

El Código Penal lo reprime con pena menor que la del aborto causado por un tercero sin consentimiento de la mujer y con la misma pena que el consentido por ella.⁶

La mujer causa su propio aborto si ejecuta actos consumativos productores de la muerte del feto. La participación de un tercero como coautor de esos actos convierte el hecho en un aborto consentido por la mujer.

Subjetivamente el aborto causado por la propia mujer requiere el propósito de causarlo. La mujer no responde al título de aborto preterintencional. Cualquier acto de la mujer, como es la tentativa de suicidio, que sin intención de causarlo provoca el aborto, no es punible a este título (Nuñez, 1999).

d. Aborto profesional punible:

El carácter malicioso de la intervención, que hemos requerido, unido a la exigencia de que los profesionales actúen abusando de su ciencia o arte, permite dar aquí a la palabra

⁵ Art. 78, Cód. Pen.

⁶ Art. 88, Cód. Pen.

cooperar o ayudar un significado de todo obrar psíquico, o físico destinado a causar un aborto con conciencia de su ilicitud. Las indicaciones sobre el modo de proceder o sobre la utilización de determinada sustancia, se reflejan aquí como causales propias a partir de su conocimiento profesional, y vinculadas al hecho por lo malicioso de la conducta (Fontán Balestra, 1998).

“Los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que, abusando de su ciencia o arte, causaren un aborto o cooperaren en cualquier medida a causarlo, son punibles como el autor de un aborto provocado, consentido o no consentido por la mujer, peor además deberá sufrir inhabilitación por el doble tiempo que el de la condena”⁷.

El profesional abusa de su ciencia o arte, cuando sin necesidad o finalidad terapéutica, causa o ayuda a producir el aborto. La inhabilitación fundada en la violación del deber profesional de curar, a la vez que constituye un castigo por el abuso cometido, representa un resguardo ante posibles reiteraciones. La disposición no es aplicable a la mujer profesional que causa su propio aborto pues se refiere a los casos de “tercería profesional” (Nuñez, 1999).

e. Aborto profesional impune:

Con arreglo al Código Penal, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta no es punible:

i. Si fue practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, si este peligro no pudo ser evitado por otros medios menos dañosos. Es el aborto necesario o terapéutico, tratándose de una interrupción justificada porque es indispensable para la salud o la vida de la madre.

⁷ Art. 86, Cód. Pen.

El aborto terapéutico no ofrece mayores dificultades de interpretación si bien ha sido objetos de críticas por parte de algunos comentaristas quienes lo juzga una inútil repetición, porque consideran que el aborto terapéutico no es un caso sino del estado de necesidad, comprendido en la norma general del art. 34, inc. 3 del C.P. (Fontán Balestra, 1998).

ii. Si proviniendo el embarazo de una violación o de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente, el aborto fue practicado con el consentimiento del representante del incapaz.

Es el aborto eugenésico, es decir, el practicado teniendo como finalidad primaria: el perfeccionamiento de la raza humana fruto de las discapacidades intelectuales que padece la madre progenitora (Nuñez, 1999).

El aborto eugenésico y sentimental importa una verdadera innovación en la legislación criminal, porque es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una idiota o enajenada o de un incesto, nazca un anormal o degenerado (Fontán Balestra, 1998).

CAPÍTULO III: MARCO LEGAL

1) Antecedentes:

a) Derecho Romano:

Como relata Gil Dominguez (2000) el derecho romano protegía severamente, en su vida y en sus derechos patrimoniales y familiares, al niño por nacer. Cuando se lo consideraba como ya nacido, se le brindaba una protección actual e inmediata. Cuando se lo consideraba como parte de la mujer, se reconocía su absoluta dependencia de esta, así como la dignidad de la mujer embarazada. Cuando se lo consideraba como inexistente, se resolvía

con certeza una cuestión patrimonial o jurídica, evitando la especulación de terceros y resguardando la integridad del niño por nacer. Su vida estaba amparada por leyes penales y normas policiales que ordenaban abrir el vientre de la mujer muerta para salvar la criatura o diferir hasta el parto la aplicación de la pena de muerte o del tormento a la mujer encinta. Pero antes de eso las leyes civiles hacían más efectiva la protección mediante el *curator ventris* que cuidaba la vida y la salud del niño por nacer, el bien de la mujer, y el bien común de la República y la expectativa de prole del padre y su familia.

b) Derecho Indiano:

El derecho penal aplicado en la Argentina antes de su independencia (1816) se componía por la legislación vigente en España, las disposiciones de la corona respecto a América y algunas disposiciones de los virreyes y gobernadores. Esta legislación continuó en vigor después de la independencia, en la medida que no fuera abrogada, hasta la promulgación del Código Penal. Como la recopilación novísima no llegó a aplicarse, las leyes españolas tenían por base la nueva recopilación (1567) de Felipe Segundo, que había dejado subsistentes las legislaciones anteriores. Entre ellas se destacaron Las 7 Partidas, de Alfonso X “el sabio”. El orden de observancia de las leyes al momento de la independencia Argentina, era el siguiente:

- i) La Recopilación de Indias.
- ii) La Nueva Recopilación.
- iii) El Fuero Real.
- iv) Las 7 Partidas.

La Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación y el Fuero Penal no legislaron nada sobre el aborto. Si lo hizo Alfonso X en Las Partidas, en la 7ª (donde está la materia penal). Su criterio principal es la asimilación del aborto doloso al homicidio, con

pena de muerte tanto para la madre como para otro que se lo provoque por fuerza. Pero si el niño por nacer no es aún animado, la pena será de 5 años de exilio en una isla. El delito culposo del marido se castiga con los 5 años de exilio, pero para los demás, el delito culposo se asimila al doloso, dependiendo la pena de la animación o no de la criatura.

c) Derecho de la Iglesia Católica:

En todo el mundo se reconoce el protagonismo de los cristianos católicos que han tenido y tienen en la defensa del derecho a la vida de los niños por nacer, al punto que algunos la señalan como parte de la fé católica, concluyendo que la defensa pública y jurídica de los niños por nacer es un intento de imponer a los demás los dogmas católicos. Sin descartar que a veces la acusación sea hecha sinceramente, bastan dos testimonios para entender porque es necesario que conozcamos la postura de la Iglesia Católica en nuestra temática: a) En la campaña política para liberalizar el aborto en EEUU, sus promotores buscaron un enemigo concreto, un esperpento de la autoridad contra quien pelear, y eligieron la Iglesia Católica. b) En Argentina, uno de los principales promotores intelectuales del aborto legal, Andrés Gil Dominguez (2000) afirma: “Durante el período comprendido entre la Edad Antigua y el siglo II después de Cristo, que incluye civilizaciones tan destacadas como la griega y la romana, el aborto voluntario no constituyó, en ningún caso, objeto de penalización; la incriminación plena del aborto es obra de la ideología del cristianismo”.

Para entender la actitud de la Iglesia Católica y su derecho, es necesario hacer un repaso sumario de su doctrina y magisterio en nuestro tema, ya que este constituye la promulgación de la ley moral que, aun hoy, constituye el fondo cultural del pueblo argentino.

La argumentación contra el aborto giró entorno al homicidio o a la voluntad contraria a la vida, así como a la lujuria radicalizada que el aborto podía manifestar. Por diversas circunstancias, en los últimos tiempos se desarrolla más el argumento (moral y jurídico) de la

maldad de todo atentado contra la vida humana desde el momento de la concepción. Se atiende principalmente a la falta de justicia, dejando en segundo otras razones.

d) La Constitución Nacional antes de 1994:

El texto vigente hasta 1994 no tenía una declaración formal del derecho a la vida y tampoco consideraba el periodo pre-natal de ésta. Pero la convención de 1853 había sido procedida por diversos intentos de organizar institucionalmente la nación y en ellos, de manera unánime, se expresó el derecho a la vida como el primero de los derechos de los habitantes de la nueva nación (Barra, 1996). El derecho a la vida era un supuesto en el sentido común y el lenguaje jurídico del momento. De allí que la doctrina y la jurisprudencia interpretaron unánimemente que el derecho a la vida, como todos los derechos naturales y humanos, está implícito en su articulado⁸. El derecho a la vida no emana de la soberanía popular, según la mente del legislador el artículo antes nombrado contiene todos los derechos propios de la naturaleza humana, entre los cuales el primero y fundamental, en tanto base para todos los demás, es el derecho a la vida. La C.S.J.N. así lo sostuvo siempre y lo declaró “preexistente a todo ordenamiento positivo”, “primer derecho natural de la persona humana”. Este reconocimiento, según la misma Corte, se extiende al niño por nacer.

2) Código Civil:

a) Fuente:

Los conceptos sustanciales recogidos en su articulado, además de las referencias y las citas que el autor del código civil, Dalmacio Vélez Sarsfield, hace en sus notas, reconocen su fuente profunda en el derecho romano. También es aceptado por Vélez el influjo doctrinal preponderante en el libro del jurista A. T. De Freitas con su proyecto de Código Civil para el

⁸ Art. 33 Cons. Nac.: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Imperio de Brasil. La nota de dicho autor al art. 221 de su esbozo, comparando las posiciones romanas que niegan la personalidad con aquellas que la reconocen, aclara: “La proposición del texto, en su forma exterior, diverge de la redacción que los códigos y los autores han empleado hasta hoy para designar la existencia antes del nacimiento. Esta existencia es real, sus efectos jurídicos no dan lugar a duda, sobre ellos no hay divergencia alguna, pero se ha imitado al Derecho Romano, las palabras han sido infieles al pensamiento y aquello que es verdad se dice que es una ficción”.

Por la contraposición de textos, alguna doctrina argentina ha interpretado que, para los romanos, el niño por nacer no era persona, sino parte de las vísceras maternas (Parma, 1999). Por otro lado, Velez Sarfield piensa que, a los textos divergentes, “Savigny los explica perfectamente, demostrando que no hay contradicción entre ellos” (Si los que deben nacer son representados dándoseles Curador al vientre, es forzoso concluir que existen ya y que son personas, pues la nada no se representa). A esto algunos responden diciendo que el sujeto de derechos es ficticio o imperfecto, que la personalidad comienza con el nacimiento.

La personalidad Jurídica del niño por nacer: dentro del Código Civil en el libro I, 1ª sección (de las personas en general), título II (de las personas de existencia visible, arts. 51-62), III (de las personas por nacer, arts. 63-69) y IV (de la existencia de las personas antes del nacimiento, arts. 70-78), aunque se complementa con artículos de otros títulos.

Todo el tratamiento que el código hace de la “persona por nacer” es coherente y no deja lugar a dudas sobre la personalidad humana, jurídica, su dignidad y derechos reconocidos, como lo entendió la doctrina civilista argentina de manera unánime” (Barra, 2007).

Respecto a su capacidad, la equipara totalmente (entre los absolutamente incapaces) con los impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito⁹.

⁹ Art. 54, Cód. Civ.

Lo que no significa que no tengan derechos, por el contrario, al igual que todas las personas de existencia visible, “les son permitidos todos los actos y derechos que no le fuesen expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política”¹⁰, pero solo “pueden... adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley”¹¹. Es decir que los incapaces tienen todos los derechos inherentes a la persona humana, pero sólo pueden adquirir nuevos derechos por medio de sus representantes. Los representantes de las personas por nacer son sus padres, o a falta o incapacidad de estos, los curadores que se les nombre¹². La solidez del reconocimiento la muestra también el art. 264 que regulando la patria potestad¹³. Aunque el art. 63 y 70 nos hablen de concebidos, el art. 51 nos lo señala desde la etapa previa¹⁴, con lo que queda afirmada la personalidad del niño por nacer extrauterino. La pregunta sería: ¿tiene el embrión signos característicos de humanidad?

En opinión de Jofré Giraud (2009) no se trata de signos visibles sino de signos característicos, reconocidos ciertamente por la ciencia moderna con el análisis de ADN, por el cual se puede constatar que cada célula del niño por nacer es específicamente humana y diversa de la madre y del padre. En Argentina, gracias a Velez Sarfield, quedó totalmente superada la consideración del niño por nacer como parte de las viseras de la madre. También las técnicas modernas, al concebirlo “in vitro” y gestarlo unos días allí, muestra que es una persona distinta a la madre.

Código Civil:

¹⁰ Art. 53, Cód. Civ.

¹¹ Art. 56, Cód. Civ.

¹² Art. 57, Cód. Civ.

¹³ “Conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, desde la concepción de estos, mientras sean menores de edad y no emancipados”.

¹⁴ “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad que sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

En definitiva podemos decir que el Código Civil establece la existencia de vida a partir de la concepción, pero también determina que todos los derechos que se puedan adquirir están sujetos al nacimiento. Lo dice textualmente el artículo 70. Esto se traduciría a que si el feto nace con vida tiene derechos, si no, es como si no hubiera existido; presente en el articulado¹⁵.

No siempre que decimos que hay vida quiere decir que hay una persona. Por ejemplo, en mi dedo puedo decir que hay vida, pero si se me desprende el dedo no puedo decir que es una persona. Mi dedo no existe sin mí.

3) Código Penal:

a. Antecedentes:

Los precedentes legislativos argentinos del Código Penal siempre condenaron el aborto, no previendo formas de impunidad o excepciones a la regla. El proyecto de 1917 tampoco la imaginó y recién el despacho final de la Comisión del Senado, en 1919, introdujo formas de impunidad en la figura del aborto tomándolas del art. 112 del anteproyecto del Código Penal suizo - aunque con errores de redacción que dieron hasta en la actualidad, un lugar para la discusión doctrinaria sobre su alcance- finalmente fue sancionado por el Congreso Nacional por Ley N° 11.179 y cuya vigencia comenzó el 29 de Abril de 1922.

¹⁵- Art. 63: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

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

- Art. 74: “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si nunca hubiesen existido”.

El texto actual del delito de aborto es el original del Código de 1922¹⁶. Excepto un solo artículo, el número 86 tuvo desde entonces 4 reformas en su redacción:

La primera reforma data de 1968; la cuál expresaba sobre el inc. 1. "si se ha hecho con el fin de evitar un *grave* peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios".

El inc. 2. "si el embarazo *proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada*. Cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal".

Esta reforma tuvo vigencia hasta 1973, que retoma al texto original de 1922; posteriormente vuelve a ser reincorporadas en 1976, y finalmente vuelven a ser derogadas por la Ley 23.077 del año 1984, que reimpone la redacción original del Código Penal.

b. El delito de aborto:

El delito de aborto es tratado en el Código Penal en el "Libro segundo: de los delitos" "Título I: delitos contra las personas", Capítulo I de "delitos contra la vida". En los artículos 85 al 88, el Código enumera las distintas figuras del delito de aborto.

Como ya se ha mencionado el Artículo 86 refiere al aborto profesional y a las figuras impunes: abortos terapéuticos, eugenésicos y sentimentales, por los cuales se suspende la gestación originada por una violación.

4) Posturas doctrinarias:

¹⁶ Art. 85, Cód. Pen.

Aquí podemos encontrar tesis amplia y restrictiva en relación al alcance del inciso 2° del artículo 86 producto de la ambigüedad que presenta la norma, se considera necesario transcribir el artículo a los fines de analizar sus posibles interpretaciones. El artículo dispone *“...El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”*

La doctrina se encuentra dividida en este sentido, pudiendo encontrarse autores que sostienen la tesis amplia incluyendo dos supuestos: a) el aborto de cualquier mujer que ha sido violada, b) el que permite interrumpir el embarazo cuando se trata de mujeres con discapacidades mentales, y autores/as que entienden que se trata de sólo uno, el último de los mencionados. Y los que apoyan la restrictiva: solo en mujeres con discapacidad mental. Ahora pasaremos a desarrollar cada una de ellas.

a) Tesis Restrictiva:

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

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

Este argumento sobre la necesidad de la "coma" tiene su sustento en que si estaba incluida en el Proyecto del Código Suizo que ha sido utilizado como modelo para nuestro ordenamiento y que pretendía establecer el aborto en casos de violación en general, y en los supuestos de atentado al pudor cometidos contra mujeres con discapacidad mental, el hecho

de que el legislador al redactar nuestra norma haya decidido sacar la "coma" deja ver su intención de incorporar sólo un supuesto de no punibilidad.

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

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

b) Tesis Amplia:

Dentro de la esfera de esta teoría los autores sostienen que el inc. segundo hace referencia a dos supuestos:

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

Para sostener la presente postura entienden que el argumento a favor de la no inclusión de la "coma" no revela la intención del legislador de suplir un supuesto, sino que el proyecto en cuestión preveía tres supuestos unidos por la disyunción "o" y que la "coma" se encuentra incorporada previamente, pero sólo a los fines de separar dos de los tres casos mencionados. La exclusión de la coma no responde a la intención de incluir sólo un modelo, que es aquel que permitía el aborto cuando el embarazo fuera producto de un incesto. Como nuestro Código Civil omite el tercer caso, la "coma" es innecesaria. Además sostienen que no es necesaria gramaticalmente dicho signo de puntuación toda vez que la disyunción marcada por la "o" en el lenguaje común generalmente no va antecedida de una "coma".

Una cuestión gramatical adicional abona la tesis amplia. Ésta se basa en la utilización de la palabra "cometido" en singular. "Cometido" sobre una mujer idiota o demente califica únicamente al embarazo proveniente de atentado al pudor y no al que se genere a partir de una violación. Si se hubiera querido calificar a las dos acciones, se tendría que haber utilizado el plural¹⁷.

Finalmente, a favor de esta última tesis se alega que la exigencia de consentimiento de la mujer encinta que se incluye al comienzo del artículo respecto de los dos incisos en él incorporados, implica que se tratan de dos supuestos. Uno, el caso de la violación, para el cual es necesario el consentimiento de la mujer previsto al comienzo de la norma, el segundo, el del abuso de la mujer discapacitada, respecto de la cual el consentimiento requerido está establecido al final del inciso 2. Si fuera un único supuesto, sería absurdo que la norma requiera el consentimiento de la mujer para ambos incisos, dado que la mujer con discapacidad mental no puede prestarlo¹⁸.

De lo expuesto surge que, si bien la redacción del Código es ambigua, hay importantes razones para considerar que se incluyen los dos supuestos; la violación en general, y el atentado al pudor cometido contra una mujer con discapacidad mental.

5) Juristas - Argumentos:

* Dr. Domínguez por su parte dice que: haciéndose eco que en la opinión pública se pretende instalar que el debate tiene por eje un tema religioso debe señalar que esto no es así.

¹⁷ El Proyecto de Código Suizo disponía "Si el embarazo proviene de una violación, o de un atentado al pudor cometido en una mujer incapaz de resistencia o de un incesto. Si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

¹⁸ Ernesto Ghione (1961), "El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino", en La Ley, t. 104, sección "Doctrina".

Se trata de un tema de supervivencia de la especie humana. Se ha dicho que salvar una vida significa salvar a toda la humanidad.

* Dr. Ferrante (2007) sostiene que la diferencia en el estatus jurídico de una persona y de un embrión también se observa en las diferentes penas previstas para aborto y para homicidio, en la inexistencia del delito de lesiones al embrión y en el reconocimiento condicional de los derechos patrimoniales del embrión¹⁹.

* Dr. Monterisi alega a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que sólo otorga venia al legislador para admitir la procedencia del aborto en la medida en que se lo establezca bajo condiciones muy restringidas y precisas, como serían los casos del denominado aborto terapéutico o necesario (provocado para salvar la vida o la salud de la madre), o del aborto llamado sentimental o ético (practicado sobre la víctima de una violación), y del aborto eugénico o eugenésico (practicado sobre la mujer idiota o demente) y que declara impunes nuestro C.P. en el artículo 86, incisos 1° y 2°.

* Dr. Loustaunau argumenta que la protección normativa de la persona por nacer se encuentra diferenciada con relación a la que el ordenamiento brinda a la persona nacida y, consecuentemente, la igualdad y protección absolutas que se pregonan no son tales. El supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del artículo 86, inciso 1°, CP, por lo que el encuadre en dicha premisa general tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso 2°, en tanto el embarazo es producto de una violación.

¹⁹ C. Corr. Crim. Mar del Plata, “O., M. V., rta” (2007).

* Dra. Zampini (2007) apoya firmemente que no son punibles los abortos cuando el embarazo proviene: a) de una violación, b) de un atentado al pudor a una mujer idiota o demente; o bien, c) 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. Respecto de la colisión entre la vida humana en formación y la libertad sexual de la mujer, comparte lo sostenido por Andrés Gil Domínguez cuando sostiene que "si el embarazo es producto de una violación, y se produce una colisión contra la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación"²⁰.

* Dra. Peremeteu fundamenta que si bien en el ordenamiento nacional vigente la decisión de interrumpir el proceso de gestación esté fundamentalmente vedada, ello no lleva consigo que el *nasciturus* sea receptor o centro de una protección jurídica totalmente idéntica a la de la persona ya nacida o titular de un derecho absoluto que pueda ser impuesto siempre en desmedro de la vida, la salud o la dignidad de la mujer embarazada.

El artículo en cuestión está dirigido exclusiva y excluyentemente a los galenos y a la representación legal de la incapaz. No hay ningún indicio en la norma que nos permita inferir que hace falta autorización judicial.

* Dr. Carbo (2006) infiere que si se considerase derogado dicho artículo por los tratados internacionales elevados a rango constitucional en la reforma de 1994, todo tipo de aborto quedaría encuadrado en el artículo 85 C.P., dándose una "retipificación" más gravosa

²⁰ Cám. Civ. y Com. 2º Paraná, Sala II, Defensora de P. y M. N° 2 (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar (de protección de persona), rta. (2007).

y sui generis por reenvío a normas generales y, aunque éstas sean constitucionales, parece cuanto menos ilógico, absurdo e improcedente incriminar una conducta que no lo estaba²¹.

* Dr. Zaffaroni (2006) razona que la justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico”. El autor continúa afirmando que “Es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones en el feto”²².

* Dr. Soria sostiene que el argumento de la discriminación entraría a jugar con el fin de perfilar acabadamente el sentido interpretativo que cabe conferir al artículo 86, inciso 2º, evitando una desigualdad en el tratamiento dispensado a las mujeres. Cabría justificar, desde esa óptica, sin lugar a mayores distinguos, la situación de la mujer abusada sexualmente y por ello embarazada demente o idiota, con la de la mujer violada y por ello embarazada que no padece de ese tipo de afecciones. La juridicidad no llega a imponer al ciudadano una conducta extremadamente altruista o heroica que lo lleve siempre, sin importar las circunstancias, a optar por la vida del prójimo frente a la realización de sus propios derechos. El bloque de constitucionalidad no brinda pauta alguna para afirmar que el feto deba ser equiparado en su protección jurídica a una persona nacida.

En caso de embarazo como resultado de acceso carnal, acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, debe

²¹ S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. (2006).

²² S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006

considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del *nasciturus* supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y, en esa medida, resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

* Fraisse (2001) por su lado afirma que la conquista del derecho a abortar constituye, el habeas corpus de las mujeres, la inscripción, en el orden simbólico, de la diferencia entre sexualidad y reproducción y del derecho de las mujeres a disponer libremente de su cuerpo, como sujetas autónomas y ciudadanas libres.

* Cook y Dughman (2010) sostienen que “la criminalización del aborto implica la utilización del poder coercitivo del Estado para imponer a las mujeres que, a través de sus cuerpos, sirvan a intereses distintos de los propios. Esto implica una violación a su autonomía y a su derecho a la integridad física y moral”.

* Bidart Campos afirma con respecto al Pacto de San José de Costa Rica, decía que este “en general” implica; no siempre estamos hablando desde el momento de la concepción. Este artículo plantea que hay que proteger a la embarazada, teniendo en vistas que quiere estar embarazada, que tiene ese proyecto de vida de tener un hijo; si la protejo a ella estoy protegiendo a ese ser que va a llegar a ser persona cuando nazca.

* Kamelmajer deduce que se puede decir que la vida humana en formación está protegida constitucionalmente y también se puede decir que es constitucional un sistema que despenalice el aborto porque atiende a otro tipo de valores existentes en la sociedad como, por ejemplo, que la realidad sociológica demuestra que los efectos de la penalización del aborto llevan a la destrucción de vidas de mujeres”. Quiere decir que no se oponen a la despenalización legislaciones cuyas constituciones protegen la vida humana en formación²³.

Vale decir que dichos argumentos se han tomado no solo de lo que reflejan sus libros como autores si no en su función jurisdiccional en casos que debieron resolver fundamentando sus posiciones; se refleja la tendencia doctrinaria preferente de acepción hacia el aborto fruto de una violación²⁴.

6) Debate sobre la constitucionalidad del inciso 2° del artículo 86:

El Dr. Pettigiani argumenta apoyando la inconstitucionalidad de este inciso en el caso "R., L. M.". Al respecto, sostiene que "Hoy, cuando los derechos humanos y particularmente el derecho a la vida son situados, como siempre debieron haberlo sido, en el pináculo de la estimativa social y jurídica, estos fundamentos aparecen debilitados como justificativo para la aniquilación deliberada de una vida humana. Ninguna razón eugenésica, social, económica o moral puede fundar tamaño acto de suprema violencia que trunca una vida naciente en pleno desarrollo de sus potencialidades, agravado por la utilización de métodos inusitadamente crueles".

En la relación al aborto eugenésico, considera que implica dos tipos de violaciones al derecho a la igualdad. Por un lado genera una grave discriminación situando a los hijos de mujeres violadas dementes en una categoría despreciable, y, por otra parte, discrimina a la

²³ Miembro del TSJ de Mendoza.

²⁴ La Ley – Soporte digital.

"mujer idiota o demente" a quien se le impone por un tercero una intervención traumática sobre su cuerpo impidiéndole la maternidad y su ejercicio. Estableciendo que en estos casos estamos frente a una colisión de derechos que sin duda son acreedores de adecuada y eficaz tutela jurídica, debiendo procurarse en primer lugar su armonización y, eventualmente, no resultando posible arribar a este resultado, por la inevitabilidad de la confrontación, debe otorgarse prioridad a la salvaguarda del de mayor jerarquía, aunque ello conlleve como secuela necesaria el sacrificio del alternativo. Concluye reafirmando que en esta temática es nuestra Constitución la suprema juridicidad por lo que sin duda intentar reinstaurar la vigencia de un artículo que como el 86 inc. 2 contraría su letra y espíritu, implica lisa y llanamente desconocerla" ²⁵.

En sentido contrario, a favor de la constitucionalidad de la norma se argumenta la afectación a las mujeres que causa obligarlas a llevar adelante un embarazo no deseado cuando fueron víctimas de violación. Esta imposición implica una vulneración a los derechos fundamentales de las mujeres tales como la libertad sexual y reproductiva, la dignidad, la salud, la igualdad y la autonomía, entre otros²⁶.

En otro de los casos la sentencia de primera instancia hizo lugar a una petición de interrupción de embarazo producto de violación cometido sobre una mujer con discapacidad mental. La jueza, asumiendo la posición aquí descripta, afirma que resulta contrario a la dignidad personal de la joven obligarla a soportar las consecuencias de un hecho de tal naturaleza, es decir, imponerle soportar un embarazo derivado de una violación. Al prescindir de su consentimiento, esta conducta impuesta implicaría considerarla como un mero instrumento.

²⁵ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "R., L.M., 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia" (2006).

²⁶ Tribunal del Menores de Mar del Plata, "O., M.V s/ víctima de abuso sexual", Sentencia dictada por la Jueza Silvina Darmandrail, (2007).

Siguiendo esta posición, la obligatoriedad de continuar el embarazo cuando la mujer es víctima de violación implica exigir actos heroicos que el derecho, ni la moral pueden imponer.

Como ya fue expresado, una visión a favor de la constitucionalidad de esta norma afirma que, tratándose de conflicto de valores, el legislador optó por dar prioridad a la libertad sexual y reproductiva de la mujer y respetar sus derechos por sobre la vida del feto. En este caso también, la intervención del Poder Judicial declarando la inconstitucionalidad del artículo 86 vulnera el artículo 18 de la Constitución Nacional.

CAPÍTULO IV: DERECHOS EN PUGNA

Aquí se plasmarán los distintos derechos vulnerados a la hora de realizar un aborto a causa de violación, planteando dos lineamientos generales (derechos del niño por nacer y derecho de la mujer) tanto desde legislación argentina, doctrina y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

1) Derecho a la vida

a. Doctrina:

La tutela penal está dirigida al resguardo de la persona física, frente a las conductas que puedan afectarla en su salud, en su vida, o en su integridad corporal, sea por destrucción, daño o exposición a peligro efectivo o presumido. Otros aspectos de la persona física serán objetos de protección en títulos siguientes bajo el epígrafe de delitos contra el honor, delitos contra la integridad sexual, delitos contra el estado civil y delitos contra la libertad (Fontan Balestra 1998).

Existe vida humana, siempre que natural o artificialmente la persona mantenga su funcionamiento orgánico. No lo es un órgano separado del cuerpo al que pertenecía aun cuando sea viable (Nuñez, 1999).

Según Creus (1992) antes del nacimiento, la vida humana obtenida artificialmente (concebida in vitro) debe haber sido implantada en el cuerpo de una mujer, para que su destrucción configure un delito contra la vida.

Reinaldi (citado en Nuñez, 1999) refleja que el matar a otro es despojarlo de su vida; hacerlo pasar de la vida a la muerte, lo cual supone que el sujeto pasivo debe ser otra persona distinta al autor, tiene que haber nacido o haber comenzado su nacimiento y encontrarse con vida, sin que importe su condición ni las posibilidades de subsistencia. Se puede matar mediante una acción directa o indirecta, o con una omisión, pero una u otra deben ser causalmente determinantes de la muerte de la víctima²⁷.

Buompadre (2000) considera que el inicio de la vida humana, es el momento en que se produce la anidación del ovulo fecundado en el útero de la mujer, pues a partir de dicho momento – como entiende la más moderna doctrina – que se tiene mayor certeza en el desarrollo de la vida humana. La muerte de la persona “durante el nacimiento” da lugar a un delito de homicidio (infanticidio), mientras que con anticipación a dicho momento solo podrá hablarse de aborto.

En el aborto se discute si el marco de protección penal debe partir desde que se produce el fenómeno de la fecundación del óvulo -teoría de la fecundación- o desde la implantación del óvulo ya fecundado en el útero de la mujer -teoría de la anidación-, siendo materia que excede nuestra materia de análisis de carácter jurídico.

En definitiva, el bien jurídico protegido en los delitos contra la vida es la vida humana misma, la tutela jurídico – penal de la vida no aparece aquí como una cuestión exenta de

²⁷ Art. 34, Cód. Pen.

dificultades, ya que aún en la actualidad continua el debate acerca de cuál debe ser; no solo la línea divisoria entre el aborto y el homicidio, sino también la determinación precisa del comienzo de la vida.

Como es de suponer la adopción de una u otra teoría habrá de producir consecuencias prácticas muy diferentes en orden a la tipificación del delito. En el homicidio, en cambio, la materia de discusión gira alrededor de la determinación del momento del nacimiento del ser humano.

b. Constitución Nacional:

La vida de la persona carecía en nuestro país antes de la reforma en 1994 – al menos en forma expresa – de reconocimiento constitucional. Sin embargo, la opinión común de nuestra doctrina entendía que la vida constituye el bien jurídico de mayor importancia, no solo porque el atentado contra ella es irreparable, sino también porque es la condición absolutamente necesaria para sentir su grandeza y disfrutar de los restantes bienes.

En la actualidad y por imperio de la reforma del año 1994, el derecho a la vida tiene consagración constitucional a través de la incorporación de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos al texto fundamental, los cuales, según se establece expresamente en el art. 75, inc. 22, gozando de jerarquía constitucional, es decir, de rango superior a las leyes. De este modo, el constituyente argentino ha otorgado jerarquía constitucional a un número cerrado de tratados sobre derechos humanos (nueve en total), siguiendo los pasos de otras constituciones de países latinoamericanos, como por ejemplo Colombia y Perú, derecho supranacional que garantiza el derecho a la vida de toda persona, en general, a partir de la concepción, que se desarrollaran a continuación (Buompadre, 2000).

c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 6 que: “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”.

d. Convención de los Derechos del Niño:

El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que:

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

e. Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica en su artículo 4 que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Más allá de todo lo dicho, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha explicado que la expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas.

Sin embargo, dicha entidad ha expresado su preocupación por la interrelación entre las legislaciones restrictivas en materia de aborto, los abortos realizados en condiciones de clandestinidad, y el riesgo para la vida de las mujeres²⁸.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales también ha expresado su preocupación por la interrelación entre los altos niveles de mortalidad materna y la

²⁸ Comité de Derechos Humanos (1982), “*Observación General N° 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida*,” UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 5.

penalización del aborto en docenas de sus observaciones finales. En algunos casos, ha notando explícitamente que estas muertes indican que los gobiernos no estarían respetando plenamente el derecho de las mujeres a la vida, solicitando a determinados Estados partes la legalización del aborto, sobre todo cuando el embarazo suponga un riesgo para la vida de la mujer, o cuando sea resultado violación o incesto²⁹.

f. Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

El derecho a la vida garantizado por el art. 2 de la Comisión Europea de Derechos Humanos es un derecho inderogable que no admite renuncia, y el Estado debe realizar la persecución penal de los casos violatorios (caso *McCann y otros c. Reino Unido*)³⁰. No existe un consenso europeo sobre la determinación de cuando existe vida, junto a esta cuestión y al no precisar el convenio que se entiende por vida. Por otra parte, entre las intervenciones estatales con resultado de muerte que no se consideran violación del derecho a la vida, expresamente enumeradas en el art. 2, no aparece mencionado el aborto, lo que condujo a la Comisión en su momento a plantearse si dicho silencio podía interpretarse como una protección absoluta a la vida del feto³¹.

Dicha posibilidad fue rechazada porque una protección a la vida del feto sin admitir ningún tipo de excepciones resultaría incompatible con la protección que merece la vida de la madre en aplicación del propio art. 2³².

En conclusión se deduce que el aborto practicado cuando se encuentre en riesgo la vida de la madre o cuando del nacimiento de un feto perjudique la salud física o psíquica de la mujer, no sería punible dicha acción. Ya que a la hora de analizar la cuestión no solo se

²⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2004), “*observaciones finales sobre Chile*”, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.105.

³⁰ E.C.H.R. (1995), *McCann and Others C/ The United Kingdom*.

³¹ E.C.H.R. (2004), *Vo. C/ Francia*.

³² Ruiz (2011), *El derecho a la vida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

debe tener en cuenta la dispensa del art. 2, sino también otros derechos e intereses en juego que precisan ser protegidos y limitados de manera proporcional garantizando a los mismos.

2) *Derechos de la mujer*

a. Derecho a la salud y a la atención médica:

El derecho a la salud y a la atención médica está reconocido en un gran número de tratados internacionales. Entre ellos:

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica en su artículo 12 que los Estados Partes reconocen *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*.

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) también hace referencia³³. El Comité de la presente entidad explica que *“el acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza con obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones”*. Asimismo, señala que en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos³⁴.

Por otro lado, el Comité de los Derechos del Niño ha solicitado a los gobiernos que revisen las leyes que prohíben el aborto en aquellos casos en que los abortos inseguros contribuyen a generar altas tasas de mortalidad materna, solicitando, en algunos casos, que se realicen estudios para analizar el impacto negativo que presentan los abortos ilegales³⁵.

³³ CEDAW, art. 12: *los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”*.

³⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1999), *“Recomendación general N° 24, La mujer y la salud (artículo 12)”* UN. Doc. A/54/38/Rev.1, párrafo 14 y 21.

³⁵ Comité de los Derechos del Niño (1999), *“Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad”* U.N. Doc. CRC/C/15/Add.107, párrafo 30.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que los Estados Partes 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 natalidad³⁶.

b. Derecho a la no discriminación; derecho a la igualdad:

Aquí todas las disposiciones referidas a la temática se caracterizan por tener como finalidad: lograr una igualdad real y no solamente una igualdad formal. Como lo explica el Comité de la Convención para Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado³⁷.

El acceso a servicios de aborto legal y seguro resulta esencial para proteger los derechos de las mujeres a la no discriminación y a la igualdad sustantiva. El Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha dejado implícito en su Recomendación General sobre Mujer y Salud que la denegación de procedimientos clínicos requeridos sólo por las mujeres es una forma de discriminación en su contra.

En su Observación General sobre el derecho al disfrute de los derechos políticos y civiles en pie de igualdad, el Comité de Derechos Humanos pidió a los gobiernos que incluyan información en sus informes periódicos sobre el acceso al aborto seguro para

³⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1992), *Recomendación General N° 19, Violencia contra la mujer, 11 período de sesiones.*

³⁷ Comité de la CEDAW (2004), “*Recomendación general N°25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*” U.N. Doc. No. CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1, párrafo 8.

mujeres que queden embarazadas producto de una violación, considerándose esta información relevante para la evaluación del ejercicio y goce de este derecho³⁸.

c. Derecho a la seguridad personal:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su artículo 9 estipula: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. (...) Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) también protege la seguridad personal en su artículo 5: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*. Y en el artículo 7: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”*.

El Comité de Derechos Humanos ha declarado que cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos, puede ocurrir que los Estados no respeten la vida privada de la mujer³⁹.

d. Derecho a la información:

El derecho a la información de los derechos humanos además reconoce el derecho a la no discriminación en el acceso a la información y a los servicios de salud, así como en todos los demás servicios. Las mujeres se ven desproporcionadamente afectadas cuando la información sobre los servicios seguros de aborto se encuentra restringida o es denegada⁴⁰.

³⁸ Comité de Derechos Humanos (2000), *“Observación general N°28: Artículo 3, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres”* U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párrafo 11.

³⁹ Comité de Derechos Humanos (2000), *“Observación general N° 28: Artículo 3, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres”* U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párrafo 20.

⁴⁰ (S.d.) *“El derecho a saber: Los derechos humanos el acceso a la información de salud reproductiva”*, (1995) pág. 39 y 61-72. [Versión electrónica]. Filadelfia: Universidad de Pensilvania.

e. Derecho a no ser sometido a trato cruel, inhumano y degradante:

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) estipula:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

La denegación del acceso al aborto, o el trato abusivo en conexión con el aborto, también pueden constituir una violación del derecho a no ser sometido a trato cruel, inhumano o degradante. El Comité contra la Tortura de la ONU, que supervisa la implementación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), también ha expresado recientemente su preocupación por las situaciones en que la atención médica post aborto se condiciona a que la mujer testifique en su contra en el marco de causas penales, señalando que la penalización del aborto puede llevar a situaciones incompatibles con el derecho a no ser sometido a torturas⁴¹.

f. Derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos:

Siguiendo la letra del art. 6 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se ha enfatizado en repetidas oportunidades que el aborto en ninguna circunstancia debe ser utilizado como método de planificación familiar. Al mismo tiempo, al reconocer la necesidad de la despenalización del aborto, el Comité ha reconocido implícitamente que el aborto, en ciertas circunstancias, puede constituir la única manera en que una mujer ejercite su derecho a decidir de manera independiente sobre el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, en particular si quedó embarazada como resultado de violación o incesto, o si su vida o salud corren peligro⁴².

g. Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico:

⁴¹ Comité contra la Tortura (2004), *“Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura”* U.N. Doc. CAT/C/CR/32/5, párrafo 6.

⁴² Comité de la CEDAW (1992), *“Recomendación General 21, Igualdad en el Matrimonio y en la Relaciones Familiares”*, párrafo 21.

El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece que *“Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”*. El artículo 14 del Protocolo de San Salvador estipula de forma idéntica que la anterior norma.

El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico aplica a los derechos reproductivos, por ejemplo cuando a las mujeres se les deniega el acceso a medicamentos efectivos para el aborto no quirúrgico (por ejemplo, el misoprostol o el RU 486).

En definitiva no es posible encontrar noticias de que este asunto haya sido debatido por ningún órgano de supervisión de tratados, siendo este uno de los temas en donde se ve reflejado que la legislación ha quedado muy por detrás frente a los avances tecnológicos y progresos científicos⁴³.

h. Derecho a la libertad religiosa y de conciencia:

El artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”*. El artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula en igual tenor.

En lo que respecta al aborto, no se debería obligar a las mujeres a cumplir con leyes basadas exclusiva o principalmente en doctrinas de fe. Éste es el caso de muchas de las leyes que restringen el aborto.

La libertad religiosa y de conciencia muchas veces es invocada por médicos y otros profesionales de la salud que se oponen al aborto. De hecho, quienes se oponen al derecho al aborto cada vez más emplean este argumento para denegar el acceso al aborto, haciendo lobby a favor de una “protección de conciencia” jurídica a nivel mundial.

⁴³ Cook, Dickens y Fathalla (2003), *Salud reproductiva y derechos humanos: Integración de la medicina, la ética, y el derecho*, pág. 184.

Si bien el marco de derechos humanos contempla la posibilidad de un derecho a la objeción de conciencia, dicho derecho no reviste carácter absoluto. Por ejemplo, la conciencia no justifica la negativa a llevar a cabo un aborto que permitiría salvar una vida cuando no existen otras alternativas viables para que la mujer obtenga el aborto en cuestión. Los gobiernos tienen la obligación de asegurar que las mujeres tengan acceso a la asistencia médica necesaria y que existan alternativas razonables cuando un médico se niega a proveer un servicio alegando problemas de conciencia⁴⁴.

Cabe recordar que en el Artículo 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional se encuentran consagrados los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, gozando estos de rango constitucional. Sin dejar de considerar los Arts. 16 (Principio de Igualdad) y 19 (Principio de Autonomía y Privacidad) de la Constitución Nacional que también apoyan dicha postura de defensa de los derechos de la mujer, creciente desde todo aspecto. Debido a lo expuesto, se ha tomado lo consagrado y establecido tanto a nivel nacional como a nivel internacional, considerando en definitiva que nuestra legislación constituye un importante avance respecto a la establecida en años anteriores. Sin embargo, como analizamos anteriormente, estos avances son menos significativos si se tiene en cuenta la legislación comparada, el contexto regional, el desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial de los organismos internacionales de Derechos Humanos, fundamentalmente aquellos que se refieren específicamente a los derechos de la mujer.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha condenado enérgicamente las leyes que restringen el aborto, especialmente las que prohíben y penalizan el aborto en todas las circunstancias. También ha confirmado que ese tipo de legislación no impide que las mujeres recurran a abortos ilegales practicados en condiciones peligrosas, y ha

⁴⁴ Fuente: página web de *Proyecto para la Protección de la Conciencia (2013)*. Recuperado de: <http://www.consciencelaws.org>.

calificado las leyes que restringen el aborto de violación de los derechos a la vida, la salud y la información.

Al Comité de los Derechos del Niño le preocupa también los efectos de las leyes que restringen severamente el aborto en el derecho a la salud de las niñas adolescentes.

El Comité contra la Tortura también ha afirmado que las leyes que penalizan el aborto deberían volver a evaluarse, ya que dan lugar a violaciones del derecho de la mujer a no verse sometida a tratos inhumanos y degradantes. El Comité de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que la igualdad entre hombres y mujeres exigía la igualdad de trato en el ámbito de la salud y la eliminación de la discriminación en el suministro de bienes y servicios, e hizo hincapié en la necesidad de examinar la legislación relativa al aborto para evitar que se violasen los derechos de la mujer.

CAPÍTULO IV: ABORTO NO PUNIBLE POR VIOLACIÓN

En el presente capítulo se desarrolla el problema de investigación desde todas sus aristas, comenzando por el desarrollo de los requisitos que conlleva el aborto no punible por violación (art. 86, inc. 2, C.P.); antecedentes legislativos y jurisprudenciales de mayor entidad, y por último destacar el emblemático fallo de la C.S.J.N. “*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*” (2012) como máxima autoridad de justicia a nivel nacional, marcando un antes y un después en la problemática, junto con todas las aclaraciones, recomendaciones y cambios introducidos que posteriormente se ampliará detalladamente.

1) Requisitos:

a. Demencia:

Demencia significa trastorno de la capacidad intelectual. El proceso se distingue del retraso mental, en el cual la capacidad intelectual subnormal ha existido durante toda la vida y puede haber sido producida por una lesión cerebral, afasia, entre otras. Demencia es una entidad clínica, cualquier proceso patológico que afecte los hemisferios cerebrales puede originar un trastorno de la capacidad intelectual. La extensión de la lesión cerebral, no la localización de la misma ni la naturaleza de la neuropatología, es la que establece su gravedad (Beeson y Mcdermott, 1972, pág. 109).

Se lo podría *conceptualizar* como la pérdida progresiva de las funciones cognitivas, debido a daños o desórdenes cerebrales. *Etimológicamente* deviene del latín de "alejado" + mens "mente". Esta alteración cognitiva se caracteriza por provocar incapacidad para la realización de las actividades de la vida diaria. Los déficits cognitivos pueden afectar a cualquiera de las funciones cerebrales particularmente las áreas de la memoria, el lenguaje, la atención, las habilidades visuoespaciales y las funciones ejecutivas como la resolución de problemas o la inhibición de respuestas. Durante la evolución de la enfermedad se puede observar pérdida de orientación tanto espacio-temporal como de identidad. La demencia puede ser reversible o irreversible según el origen etiológico del desorden. Dentro de los síntomas conductuales los primeros hallazgos consisten en cambios de personalidad o de conducta leves, que posteriormente se hacen más evidentes con cuadros de delirio o alucinaciones. La demencia puede afectar el lenguaje, la comprensión, habilidades motoras, memoria de corto plazo, la capacidad de identificar elementos de uso cotidiano, el tiempo de reacción, rasgos de la personalidad y funciones ejecutivas⁴⁵.

Independientemente de la etiología, la demencia no es parte del envejecimiento normal y siempre se considera parte de un proceso patológico. No hay que confundir la demencia con el deterioro de la memoria asociado a la edad en la que se observan fallos

⁴⁵ Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/Demencia>, 2013.

graduales de la memoria, tiene una evolución gradualmente lenta, hay una evidencia de funcionamiento intelectual global adecuado y no hay signos evidentes de demencia como cambios en el comportamiento o defectos espaciales.

La principal enfermedad degenerativa cortical es la enfermedad de Alzheimer (demencia temporoparietal) aunque existen muchas otras causas de demencia incluyendo las diversas formas de demencia frontotemporal o complejo Pick, la enfermedad vascular, la demencia con cuerpo de Lewy, la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob y la neurosífilis (Paño Lalana, 2012, pág. 8).

b. Idiotez:

La idiotez es una enfermedad mental, en términos médicos equivalente al retraso mental profundo, que consiste en la ausencia casi total en una persona de facultades psíquicas o intelectuales. Etimológicamente idiota es una palabra derivada del griego *idios* (privado, uno mismo).

En cuanto a sus síntomas podemos decir que la idiotez es el retardo mental más agudo. Su detección es muy temprana, los individuos poseen una edad mental inferior a los tres años y su cociente intelectual de 0 a 24 (adulto con 2 años mentales).

La retentiva memorística es inexistente, la respuesta a estímulos está disminuida en alto grado, y es frecuente el enanismo, considerada incurable, sus efectos resultan difíciles de amortiguar. Sus causas en gran parte de los casos es una enfermedad de nacimiento, bien por causas hereditarias, o por trastornos durante la gestación. Los otros casos son provocados por accidentes cerebrales: golpes, ausencia de oxígeno en el cerebro, lobotomía⁴⁶.

c. Violación:

⁴⁶ Recuperado de: <http://es.wikipedia.org/wiki/Idiotez>, 2013.

El término “violación” fue derogado por la ley 25.087⁴⁷, y hoy es correcto hablar de “abuso sexual con acceso carnal”. Se encuentra dentro de la figura Abuso Sexual como género (ya que la violación es un agravante respecto a la figura básica de abuso sexual denominada vulgarmente como “toqueteo”) ubicado en el Título III: Delitos contra la integridad sexual, Capítulo 2, Art. 119, Código Penal. Aquí la ley penal protege a la integridad, privacidad e intimidad de las personas, y más concretamente a la autodeterminación sexual y a la libertad sexual, entendida como la parte de la libertad vinculada al ejercicio de la propia sexualidad y a la disposición del propio cuerpo de las personas.

○ Artículo 119: Abuso sexual

- Figura simple: Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

- Sometimiento sexual gravemente ultrajante: La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

- Abuso sexual con acceso carnal (violación): La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

- Agravantes: En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;

⁴⁷ Art. 119 Código Penal sustituido por Art. 2 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/99 (delitos contra la integridad sexual, modificación al Código penal).

b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;

c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;

d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;

e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

- En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)."

Núñez ha sostenido que (1999, pág. 104):

“El abuso sexual, como ocurría en la figura del “abuso deshonesto” contemplada por el Código antes de la reforma en el art. 127, consiste en un atentado a la reserva sexual de la víctima sin consumir o intentar la realización del acceso carnal. Su materialización puede consistir en usar impúdicamente su cuerpo:

- *Sea mediante actos subjetivamente impúdicos de desahogo sexual distintos de la cópula (actos libidinosos).*

- *Sea mediante actos objetivamente impúdicos por violar la reserva de sus partes pudendas, cualquier que sea la finalidad perseguida por el autor.*

El abuso exige tocamientos o contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima. No puede cometerse a distancia ni de palabra. La materialidad del acto no demuestra siempre la su carácter impúdico o inocente, sino que, a veces, ello depende del ánimo del autor, determinable, a su vez, por las circunstancias, como sucede con el beso, el

abrazo y la palpación, cuya imprudencia o inocencia depende del ánimo impúdico o inocente del autor. Es un delito doloso. Cuando el corpus del abuso tiene como sustento material una conducta susceptible de una significación no abusiva, el delito exige un dolo específico, representado por la finalidad impúdica del autor. Basta el dolo común, por el contrario, cuando el corpus del abuso está constituido por una conducta material cuya significación es impúdica. En este caso, el hecho es compatible con el dolo eventual.

Sujetos activos y pasivos de este delito pueden ser tanto una mujer como un varón. El delito puede cometerse con aprovechamiento de la condición de la víctima o mediante modos que dobleguen su voluntad”.

La violación, en definitiva, consiste en tener acceso carnal con una persona, contra la voluntad de ésta. Reflejándose así, que en el hecho previsto en el primer párrafo del art. 119 (abuso sexual en su figura simple conocida vulgarmente también como “toqueteo”) resulta castigado con una escala penal más severa cuando se tuviera acceso carnal. Dispone expresamente el tercer párrafo de ese artículo: *“La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía”.*

Según Nuñez (1999, pág. 107) *“comete violación el varón que, sin derecho a exigirlo, accede carnalmente a otra persona de uno u otro sexo, abusando de su inmadurez, estado mental o indefensión o usando violencia (art. 119, C.P.). Y agregaba: el varón accede carnalmente a la otra persona cuando introduce, aunque sea parcialmente y sin eyacular, su órgano sexual en el cuerpo de la víctima; sea según natura, por vía vaginal; sea contra natura, por vía rectal. La introducción por vía bucal (fellatio in ore) no constituye acceso carnal en el sentido del art. 119, sino que, realizada violenta o fraudulentamente, es un abuso deshonesto, previsto en el art. 127 C.P. (derogado por ley 25.087⁴⁸) y castigado con*

⁴⁸ Art. 119 Cód. Pen. sustituido por Art. 8 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/99 (delitos contra la integridad sexual, modificación al Código penal).

pena de prisión de seis meses a cuatro años. La boca, a diferencia del ano, carece de glándulas de evolución y proyección erógenas, y por esto en su contacto con el órgano masculino, no cumple una función sexual semejante a la boca”.

Los elementos de la violación son:

i) el acceso carnal;

ii) el uso de violencia por parte del autor, o la imposibilidad real o presunta de la víctima para resistirse.

Otra posición más amplia de la doctrina, establece que la acción típica consiste en tener acceso carnal, produciéndose cuando el órgano genital masculino se introduce en el cuerpo de la víctima por vía normal (vagina) o anormal (ano, boca), de modo tal que sea posible el coito o un equivalente anormal de éste, ya que el artículo dice: “acceso carnal *por cualquier vía*”. Ejemplo: sexo oral. Bastando con el hecho de la penetración carnal.

Según Soler (1945) no existe violación en el matrimonio por el débito conyugal, salvo en la circunstancia en donde se trate de penetrar contra natura o cuando media resistencia para evitar el contagio de algún mal.

Sujeto activo: sólo puede serlo el hombre, porque sólo él, en virtud de la conformación de sus órganos genitales, puede realizar la penetración en qué consiste el acceso carnal. Esta es la regla general, pues en casos especiales se ha admitido jurisprudencialmente que lo sea la mujer (violación inversa).

Sujeto pasivo: Puede serlo cualquier persona de cualquier sexo y aunque sea deshonesto (una prostituta puede ser violada, porque lo que se viola no es la honestidad sino la posibilidad de disponer de su sexo). Si se trata de una mujer, no se requiere que ella sea honesta: hay violación aun cuando la víctima sea una prostituta, dado que la ley, en este caso, más que la honestidad, protege la libertad sexual de la víctima (Nuñez, 1999).

d. Atentado al pudor:

El atentado contra el pudor es un delito de tipo sexual que protege el pudor de los individuos y que se configura cuando una persona realiza actos de tipo sexual en el cuerpo de otra, sin que ésta haya prestado su consentimiento para ello. Se distingue de la violación según el caso, la legislación y las distintas épocas. Se distingue entre atentado al pudor simple y atentado al pudor con violencia. El delito se configura cuando una persona obliga a otra a realizar actos de naturaleza sexual (Lacub, 2002).

2) Antecedentes:

a. Legislativo:

Cuando el Código Penal entró en vigor a fines de 1880, el aborto fue incluido como un delito sin excepciones en efectos de castigo. En 1922 las disposiciones del Código Penal sobre aborto fueron enmendadas para permitir tres excepciones a la penalización: en tanto que el aborto continuaba siendo ilegal en toda circunstancia, se exoneraba de punición cuando la vida o la salud de la mujer embarazada corriese peligro; cuando el embarazo fuera el resultado de una violación; y cuando la mujer embarazada estuviera mentalmente discapacitada (idiota o demente). Durante la época de dictadura (1976-1983), el Código Penal fue cambiado para incluir nuevas restricciones al aborto, requiriendo peligro “grave” a la salud o vida de las mujeres y, en los casos de violación, el inicio de un proceso penal, analizando caso por caso.

En 1984 (luego del regreso a la democracia en Argentina) las disposiciones sobre aborto fueron retocadas nuevamente para retomar la letra de 1922, con una leve pero sustancial modificación: se eliminó una coma entre la segunda y tercera excepciones a la penalización. El resultado de este cambio fue que aquellas mujeres cuyos embarazos fueran el resultado de una violación, después de este trascendente y último cambio, ya no podrían

acceder a un aborto no punible a menos que fueran declaradas mentalmente discapacitadas. En consecuencia, el actual Código Penal contempla sólo dos excepciones a la penalización del aborto: cuando la salud o vida de la mujer corran peligro, o cuando el embarazo sea el resultado de la violación de una mujer mentalmente discapacitada. En el 2004 varios proyectos de ley estaban a la espera de ser considerados por el Congreso, los cuales buscan corregir las actuales disposiciones del código penal para ampliar o limitar las situaciones que exoneran la pena por práctica de aborto.

El debate sobre el aborto fue avivado, entre otras cosas, porque el gobierno en el 2004 nombró a la jueza Carmen Argibay en la Corte Suprema, quien expresó públicamente su apoyo a la despenalización del aborto (Marité de Rosario, 2004).

En el año 2007, el Ministerio de salud de la Nación, creó la denominada “*Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*” por medio del Programa de salud sexual y reproductiva, producto a la gran preocupación por la mortalidad materna en Argentina a consecuencia de complicaciones de abortos inseguros principalmente morían (80 mujeres por año promedio, estipulados por la referente entidad). Tiene como propósito promover la igualdad de derechos, la equidad y la justicia social así como contribuir a mejorar la estructura de oportunidades en el campo de la salud sexual y reproductiva y, en particular, "definir medidas para reducir y eliminar las barreras para el acceso al aborto permitido por la ley".

Las cuatro excepciones de punibilidad sobre aborto que toma esta guía son:

- En casos de peligro para la vida de la mujer.
- En los casos de peligro para la salud de la mujer.
- Cuando el embarazo sea producto de una violación.
- Cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre una mujer sin

sus capacidades mentales plenas.

En el año 2010 fue actualizada dicha Guía. En esta nueva edición se estableció que, en los casos de abortos por violación, si no existe denuncia, es suficiente con presentar una declaración jurada. Y estableció como principales finalidades:

- Favorecer las condiciones en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, en todos los aspectos relacionados con los abortos no punibles;
- Definir medidas tendientes a reducir y eliminar las barreras en el acceso a los abortos no punibles, en todos los niveles de atención;
- Minimizar los riesgos para la salud y favorecer un enfoque integral y con calidad en la atención de los abortos no punibles.

Es importante destacar que esta guía no es de adhesión legalmente obligatoria por parte de las Provincias, sino como “guía referencial”.

b. Jurisprudenciales:

En la Argentina se encuentra la regla de que el aborto es un delito. Únicamente se suspende su penalización cuando se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre (artículo 86, inciso 1) y cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2), dicha regulación data del año 1922.

Los supuestos de aborto no punibles previstos por el Código Penal rara vez fueron avalados por el Poder Judicial. Esta situación responde, entre otras causas, a concepciones religiosas arraigadas y a una aplicación sesgada de tratados internacionales que protegen expresamente el derecho a la vida desde la concepción.

En líneas generales, las decisiones judiciales se han centrado fundamentalmente en proteger el “derecho a la vida” del feto. El derecho a la vida y a la salud de las mujeres, a la privacidad, a la no discriminación, a la autodeterminación reproductiva, a una vida libre de

violencia y al no sometimiento a tratos crueles, inhumanos y degradantes, reconocidos por la Constitución argentina y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, si bien son elementos relevantes dentro de la discusión y contrapesan las afirmaciones tradicionales, han tenido hasta el momento muy poca relevancia en la jurisprudencia nacional.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo se expidió sobre el aborto en dos ocasiones: en el año 2001, avalando la realización de una “inducción del parto” en un caso de Anencefalia (destacando expresamente que no se trataba de un aborto), y en el año 2002, prohibiendo la comercialización de la anticoncepción de emergencia (pastilla del día después) por considerarla abortiva.

En el año 2006 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”⁴⁹.

Una vez dicho esto y siguiendo el trabajo realizado por las Doctoras Derdoy Malena y Pujó Soledad (2007) en el Anuario de Derecho Humanos de dicho año, será oportuno analizar lo referido a “abortos no punibles por violación en la jurisprudencia argentina”, haciendo crónica principalmente en dos casos, destacados por su relevancia, resuelto por el Tribunal Supremo de la Provincia de Buenos Aires (TSJ de la provincia. de Buenos Aires, “*R., L.M., NN Persona por nacer, Protección. Denuncia*”, Causa Ac. 98.830, año 2006) y por la Corte de Mendoza (Suprema Corte de la provincia de Mendoza, “*Gazzoli Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y ots. c/ sin demandado p/ ac. De amparo s/ Per saltum*”, Causa 5236, año 2006) respectivamente:

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, (2006) C-355.

- En primer lugar, estos fallos judiciales abordan la discusión alrededor de la constitucionalidad de las excepciones que el Código Penal argentino contempla, así como su compatibilidad con instrumentos internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), En otras palabras, si efectivamente la protección del nonato desde la concepción no admite el aborto en ningún supuesto. Recordemos que dicha normativa se expuso en el anterior capítulo del presente trabajo.

- En segundo lugar, analizan el alcance de las disposiciones de los incisos 1° y 2° del artículo 86 del Código Penal. Así, se refleja la competencia entre interpretaciones restrictivas y amplias del inciso 1° que asocian el peligro para la vida o la salud de la madre exclusivamente con el riesgo de muerte o, en otro sentido, con posiciones más integrales sobre los conceptos de “vida” y “salud”, que incluyen nociones sobre autonomía, salud física y psíquica-emocional, intimidad y desarrollo de las personas. A su vez, se discuten los alcances del inciso 2°, que aparentemente no deja claro si permite el aborto ante cualquier caso de violación o sólo frente a aquellos cometidos contra una mujer “idiota o demente”.

- Y por tercer precepto, dichas decisiones judiciales analizadas ponen de manifiesto la discusión en torno a la necesidad o no de obtener una orden judicial que controle la existencia de los supuestos del artículo 86 y que autorice al personal médico a realizar la intervención.

- En el primer supuesto de jurisprudencia que se presentó frente al Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires: trató del caso de una mujer de 19 años con discapacidad mental y embarazada como consecuencia de una violación; llegó a la Corte Suprema de Buenos Aires luego de que el pedido de autorización para realizar un aborto fuera rechazado en las dos instancias anteriores. En dichas instancias, el argumento central fue fundado en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención de los Derechos del Niño y en las constituciones nacional y provincial: “todo niño tiene derecho

intrínseco a la vida desde la concepción”. Curiosamente sin llegar a declarar la inconstitucionalidad de la norma, estos tribunales inferiores sostuvieron que el artículo 86 del Código Penal no es compatible con la obligación de proteger la vida del nonato. Aún más, la jueza de menores de primera instancia afirmó que: “Ante actitudes que importan un lamentable retroceso en la protección de los derechos humanos, sostenemos el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del *nasciturus* desde el momento de la concepción, invocando como ultima ratio, frente a toda situación de duda la aplicación del principio in dubio pro vida (...) teniendo en cuenta que todo acto que atente contra la vida del mismo importa un caso extremo de violencia familiar respecto del ser más indefenso, y haciendo aplicación de otro principio fundamental del derecho de familia: el del superior interés del menor”⁵⁰. Al mismo tiempo, como medida de protección en favor del nonato, obligó a la mujer embarazada y a su madre –representante legal– a concurrir mensualmente al juzgado con una constancia médica de control del embarazo, a la vez que solicitó a la Subsecretaría de Minoridad de la provincia que “arbitre los medios necesarios para proteger la salud física y psíquica” de la mujer abusada y del feto. Ambas medidas fueron luego ratificadas por el fallo de la Cámara de Apelaciones.

Sin embargo, frente a esto, la Corte Suprema de Buenos Aires abordó el caso desde una diferente perspectiva. Frente a la idea de conflicto entre la obligación de proteger la vida del nonato y el derecho de la mujer violada, los votos de mayoría destacaron el carácter relativo del primero y sostuvieron que el mismo ordenamiento internacional que define la obligación de proteger la vida desde la concepción también reconoce el derecho a la vida de las mujeres; a la libertad y seguridad personales; a la preservación de la salud y bienestar; al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y moral; a la prohibición de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; a la no injerencia arbitraria o

⁵⁰ Tribunal de Menores Nº 5 de La Plata fallo de primera instancia (2010).

ilegal en la vida privada, la familia, la honra y la reputación; a la no discriminación respecto de la atención médica; a la adopción de medidas adecuadas y no discriminatorias en el campo de las relaciones familiares; al aseguramiento de condiciones igualitarias con los hombres para decidir libre y responsablemente el número e intervalo de los hijos, y finalmente al acceso a la información, educación y medios que permitan ejercer estos derechos. Es decir, frente a casos como éste, la Corte se encargó de mostrar claramente el grado de complejidad de la discusión y los diferentes derechos que deben cotejarse, articularse y ponderarse.

A su vez, algunos votos señalaron específicamente que esta obligación de proteger la vida desde la concepción no implica necesariamente la criminalización del aborto. En definitiva, cualquiera sea la impronta que tome el debate alrededor de diferentes tipos de aborto, no existe una obligación constitucional –menos aún internacional– que obligue al Estado argentino a tipificar y establecer sanciones penales frente a ningún caso. Es decir, aun si se reconociera que existe una obligación de proteger la vida del nonato, de dicho reconocimiento no necesariamente se sigue la utilización de la herramienta punitiva.

En vigor a la discusión de los alcances del art. 86, inc. 2 del Código Penal, fue introducida por el Dictamen de la Procuradora General de la provincia, quien afirmó que permitir el aborto sólo en los casos en los que la mujer es mentalmente discapacitada y no hacerlo respecto de las mujeres que han sufrido el mismo tipo de abuso implica una discriminación que nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad no podría tolerar, del mismo modo que no podría tolerar el aborto por el sólo hecho de que el feto presente signos de insania. En este sentido, la Procuradora afirmó que: *“a la luz de los nuevos valores receptados tanto por nuestra Constitución como por los tratados internacionales, entiendo necesario reinterpretar el artículo, me veo inclinada a sostener que el artículo 86, inciso 2, exime de pena a cualquier mujer que desea no continuar con un embarazo producto de un ataque a su integridad sexual”*.

En la misma línea se expidió la Dra. Kogan en su voto: *“el legislador ha resuelto, en casos como el que nos ocupa, no exigir actos heroicos a la mujer, una vez verificados los recaudos apropiados. De tal modo, no se advierte en la elección legislativa examinada la pretendida irracionalidad”*. A su vez, integró en su decisión la concepción amplia sobre el inciso 1º del artículo 86, exponiendo que: *“(…) es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones en el feto (…)* la ley vigente (por lo general mal interpretada) es mucho más clara que otras y evita los problemas que han planteado textos menos inteligente”.

- Sobre la necesidad de contar con una orden judicial en casos de aborto no punible: La mayoría de la Corte Suprema de Buenos Aires expresamente dictaminó que, como ya había sostenido en fallos anteriores, no es necesario solicitar autorización judicial para los supuestos no punibles conforme el art. 86 del Código Penal. El fallo afirma en palabras más claras: *“lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir”*. Asimismo, en este mismo punto, el voto de la mayoría hizo expresa alusión a una recomendación, en la misma línea, realizada por el Comité de Derechos Humanos a la Argentina⁵¹.

En idéntico sentido resolvió el fallo de la Corte Suprema de Mendoza: *“la aplicación del art. 86, inc. 1 y 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma, a criterio*

⁵¹ TSJ de Buenos Aires, “R., L.M., NN Persona por nacer, Protección. Denuncia”, Causa Ac. 98.830 (2006).

de los médicos que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar”.

- El segundo caso consignado, Suprema Corte de la provincia de Mendoza, “*Gazzoli Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y ots. c/ sin demandado p/ ac. De amparo s/ Per saltum*” (2006): la Corte mendocina reforzó aún más, en el marco de la particular situación analizada por la Corte de Buenos Aires, basándose en el argumento de la libertad sexual y autonomía de las mujeres: *“es evidente que, frente a la colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos –vida humana vs. libertad sexual-autodeterminación–, en el caso de la concepción producida por violación –abuso sexual con acceso carnal–, la ley hace prevalecer al segundo sobre el primero”.*

Por otro lado, introdujo un argumento que podría resultar extensivo a casos a los que exceden los supuestos de aborto no punible previstos por el Código Penal. Dice el máximo tribunal mendocino: el artículo 19 de Nuestra Constitución Nacional, al establecer que: *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...), contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad, resultando, sobre todo el primero, esencial para diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos”*⁵².

El caso de Mendoza es paradigmático desde el punto de vista del “valor real” de la no judicialización del caso frente a las instituciones médicas que ahora se desarrollará: En esta causa la autorización judicial se requirió frente a la negativa del hospital público de realizar un aborto no punible y fue concedida por el juez de primera instancia. No obstante, el

⁵² Suprema Corte de la provincia de Mendoza, “*Gazzoli Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y ots. c/ sin demandado p/ ac. De amparo s/ Per saltum*” (2006).

personal médico insistió en su posición original. Ya en un nuevo hospital, el aborto volvió a frustrarse a partir de la acción judicial de una asociación civil católica que cautelarmente suspendió la intervención. Así fue como la Corte de Mendoza habilitó un mecanismo poco usual llamado “per saltum” y fundada en razones de urgencia y gravedad institucional se abocó a intervenir en el caso antes de agotar las demás instancias.

El “recurso del paso del tiempo”, inherente a la judicialización, juega un papel central en la estrategia de obstaculización del acceso al aborto en los casos permitidos por la ley. Respecto de este mismo punto, ya existía el antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre anencefalia (ya mencionado anteriormente, que tuvo lugar en el año 2001). En ese caso, cuando la autorización de la inducción del parto se hizo efectiva, la mujer demandante se encontraba en el octavo mes de embarazo y el procedimiento nunca pudo llevarse a cabo. A su vez, aquí la acción de amparo había sido presentada por la mujer a las 19 semanas de embarazo y, pese a su grave afectación psicológica, tuvo que sortear un conflicto de competencia y tres instancias antes de llegar a la Corte Suprema de la Nación para acceder a la interrupción de un embarazo intrínsecamente inviable, y aún así nunca pudo satisfacer su requerimiento (Derdoy Malena y Pujó Soledad, 2007).

3) C.S.J.N. “*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*” (2012):

a. Importancia:

Debemos recordar en primer término que hasta antes del presente fallo, las decisiones judiciales anteriores por su lado si despejaron dudas respecto del alcance de las normas penales frente a situaciones específicas, es decir, frente al caso en concreto, pero aún así no lograron determinar de forma integral y clara el contenido del artículo 86 del C.P.

Aquí la Corte en su sentencia sienta importante jurisprudencia en un tema que genera constantes debates como ya se ha referido. Resolviendo, por unanimidad, que las mujeres

violadas (sean normales o insanas) podrán practicarse un aborto sin necesidad de autorización judicial previa, ni temor a sufrir una posterior sanción penal. También estará exento de castigo el médico diplomado que practique la intervención con el consentimiento de la gestante.

b. Introducción al caso - Supuestos de hecho – Camino hacia la C.S.J.N.:

A.F., en representación de A.G. (su hija de 15 años de edad), el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut (ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G.) que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación. No obstante informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., “presentaba síntomas depresivos, ideas suicidas persistentes” y que “el embarazo era vivido como un evento extraño, invasivo. En su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre” por lo que se estimó que “la continuidad de este embarazo contrala voluntad de la niña implicaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida”.

Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. (madre de la niña “A.G.”). La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew.

Aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del *nasciturus*, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” F. 259. XLVI. No obstante de haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica médica, actuó con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravió por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción.

Radicada la causa ante esta instancia, se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, quien asumió la representación de la niña A.G. y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado —víctimas de violaciones— debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante. Asimismo, se le confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del *nasciturus* y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida.

Que así las cosas, esta Corte considera que para el ejercicio de su jurisdicción no resulta obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. En esta misma corriente, los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva (C.S.J.N.), toda vez que se plantea que el tribunal superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía al interpretar el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal. Asimismo, el tratamiento

del tema resulta pertinente por esta vía puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible. Por último, que dada, por una parte, la esencia de los agravios traídos a discusión, la cual radica en última instancia en la interpretación de normativa constitucional y convencional y visto el carácter federal que reviste el planteo, esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado.

Dicho todo esto, se analizará en profundidad lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia Nacional, discriminando en puntos esenciales y claros de lo que devino en definitiva su decisión unánime hacia la no penalización del aborto a causa de violación⁵³.

c. Violación y atentado al pudor:

C.S.J.N.: El artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiota o demente”. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el “atentado al pudor” no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mental es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice “violación” también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, este último término se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no “idiotas ni

⁵³ C.S.J.N. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” F259. XLVI (2012).

dementes". Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia).

Es por ello que en los casos en que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación, basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor y a la intimidad personal. Sin importar si ha sido por atentado al pudor o violación (propia o impropia), obligándola a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente injustificable.

d. Declaración jurada:

C.S.J.N.: En referencia a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación. Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal. En efecto, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones

policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos requisitos, diseñados para “identificar casos fabricados”, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado.

La declaración jurada es un instrumento público que garantiza la asistencia oportuna y protege legalmente tanto a la mujer como al médico. Su falsedad configura un delito contemplado en el Código Penal.

Para ser concretos, dicha declaración es el acto que debe cumplir la mujer y ser constatada por el médico (prueba de que el embarazo es producto de una violación). La suscripción por parte de la mujer o del representante legal de la niña y adolescente de una declaración jurada ante el profesional de la salud guarda la formalidad jurídica y la seriedad necesarias para inscribir el aborto no punible descrito en el Código Penal. Siempre y cuando la misma comprobación de los hechos declarados en ella no aparezcan dificultades por parte de la autoridad que traspasen los límites ni vulnere aún más los derechos de la mujer a la hora de abortar causándole mayor sufrimiento o actuando como impedimento inmediato a concretar la acción requerida.

e. Improcedencia de la judicialización del caso:

C.S.J.N.: *La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del*

embarazo en condiciones seguras. Llegado a este punto, la Corte considera ineludible destacar que, a pesar de que el Código Penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión (artículo 86, inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica “contra legem”, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación.

Que es debido a ello que *este Tribunal se ve forzado a tener que recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.* Se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descritas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible en atención a lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida. Por la otra, recuerda a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que, *según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, lo que previó*

el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico. Por otra parte, las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita (y por tanto contra legem) del aborto autorizado por el legislador penal. Si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados”, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, (que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal) no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

La comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas.

En cuanto a la exigencia de iniciar actuaciones judiciales para tener por configurada o no la violación van en sentido contrario a la finalidad de la práctica, ya que entre lo que es la intervención del órgano jurisdiccional y el derecho a abortar poseen caminos distintos. Dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales, entraría en colisión con la misma práctica. Por lo tanto, el aborto debería resultar igualmente impune cuando se invoque con seriedad la existencia del hecho ilícito, aun cuando éste no se hubiese investigado en un proceso especial o cuando las maniobras abortivas hayan tenido lugar antes de iniciado ese proceso mediante el instamiento de la persona habilitada para producirlo. Diciendo en pocas

palabras que la judicialización del caso significaría una vulneración de derecho a la mujer embarazada a causa de violación.

Lamentablemente la realidad es otra, ya que luego de haber consultado a varios médicos especializados actúan en único caso por autorización judicial por temor a caer bajo figura penal o padecer cualquier otro tipo de inconveniente por realizar el aborto.

f. Representación Legal:

La violación, en nuestro ordenamiento, es un delito de instancia privada. Desde los 18 años, la iniciativa de la acción penal debe partir de la víctima, por contrario para las menores de edad y personas con deficiencias mentales la decisión de realizar la denuncia les compete a sus representantes legales.

No obstante de esto último, la obligación de denunciar no puede constituir impedimento para la debida asistencia a la niña u adolescente embarazada fruto de una violación según lo justificado por la Corte.

El consentimiento exigido y conferido al representante legal de la víctima incapaz debe entenderse, en orden a lo dispuesto⁵⁴, corresponde al progenitor que en ejercicio de la patria potestad ostenta la guarda.

g. Protocolos hospitalarios:

C.S.J.N.: *Corresponde 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

⁵⁴ Art. 264, inc. 5, Cód. Civ.

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. Dichos protocolos deben adecuarse a las disposiciones fijadas por la Corte, que sostiene que es necesario tan sólo “que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito (en caso de violación) es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal”.

4) Acciones que deben realizar las partes intervinientes en el aborto:

a. Mujer:

La petición del aborto debe realizarse por la propia mujer o por sus representantes legales (incapaces mentales), prestando consentimiento frente al médico diplomado. La declaración jurada será el documento en que conste que aquel ilícito (violación) es la causa del embarazo. Considerando que cualquier otra imposición de trámite (como administrativo

o judicial) no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.

b. Médico diplomado:

- Conflicto de valores: Los profesionales de la salud en general y los obstetras y ginecólogos en particular suelen tener una actitud ambivalente con respecto al problema del aborto, porque se enfrentan a valores profesionales y morales. Pese a ello, la gran mayoría termina por aceptar que los abortos son moralmente justificados en ciertas circunstancias, aunque muchos se niegan a decirlo en público y solo algunos están preparados para llevar a cabo la intervención. Un tema que no es menor y debemos hacer hincapié es en que la perspectiva del ginecólogo y obstetra es diferente y singular, al menos por dos razones. En primer lugar, porque su motivación profesional y rutina diaria consisten, en parte, a proteger al feto; en segundo lugar, porque son quienes deben llevar a cabo los abortos, con todas sus implicancias legales, sociales y psicológicas (Faúndes y Barzelatto, 2011).

Por otro lado, la legislación establece que: no serán punibles los abortos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, igualmente se admite el consentimiento supletorio por parte de sus representantes legales de la mujer, en condición de que la gestante se encontrare incapacitada mentalmente.

El médico tratante tiene la obligación legal de practicar la intervención, siempre que exista consentimiento informado de la mujer. No deben ni están obligados a requerir denuncia y/o la autorización judicial.

La insistencia de conductas en negación a realizar el aborto no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar.

Para que el profesional médico que intervenga pueda encuadrar sus acciones en el marco de la ley, tiene que tomar conocimiento de la violación. El acto para cumplir con la exigencia de que el aborto proviene de una violación es la declaración jurada ya desarrollada.

Son los médicos intervinientes quienes se encuentran capacitados para realizar las prácticas médicas que resulten más adecuadas, pues cotejadas las circunstancias de hecho que se requiere⁵⁵, así como la autorización informada de la representante de la mujer embarazada, deben adoptar las medidas aconsejadas de conformidad con las reglas del arte de curar, sin necesidad de autorización judicial previa.

- La objeción de conciencia como una barrera al aborto:

Dicha institución hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto.

Muchos profesionales de la salud no quieren practicar abortos legales porque consideran que dichas acciones son una trasgresión moral. Aunque se reconoce el derecho del prestador de servicios a negar esta atención médica por objeción de conciencia, por lo general tiene la obligación de referir a la mujer a un personal capacitado que le efectuará el aborto permitido por la ley. Más aún, las instituciones de salud en la mayoría de los países no gozan de la misma exención que un profesional de la salud que se basa en la objeción de conciencia; por tanto, están obligadas a garantizar que la paciente reciba toda la atención a la cual tenga derecho.

⁵⁵ Artículo 86, inciso 2°, Cód. Pen.

- Decisiones de Tribunales Extranjeros/ Aborto. Secreto profesional.

Derecho a la intimidad:

- La idea de que el médico está obligado a atender a todas las personas por igual, sin entrar en calificaciones acerca de su condición moral o legal, y de que la atención de la salud constituye un deber del facultativo, y simultáneamente un derecho, así como la admisión del secreto médico acerca de las revelaciones del paciente, vienen de tiempo atrás y se han asentado con firmeza en varios de los más notables instrumentos ético-jurídicos de esa profesión, que contemplan, entre otros extremos, las particularidades de la relación entre médico y paciente y las características de la lealtad que aquél debe a éste⁵⁶.

- El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y no se respetaría tal derecho cuando se lo obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto⁵⁷.

Aunque por lo apreciado en nuestra realidad el médico se reserva el derecho de rechazar la atención médica en caso de aborto sin autorización judicial, sobre todo en las instituciones provinciales, no cumpliéndose de manera satisfactoria la debida asistencia profesional⁵⁸.

c. Estado:

C.S.J.N.: Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible por violación, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derecho Humanos, *De la Cruz Flores vs. Perú, rta.*, Voto de Juez García Ramírez, (2004).

⁵⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia (2006), sentencia C-355.

⁵⁸ Dr. Nani – Ginecólogo (2014), entrevista personal, Clínica de la Familia.

Brindando asistencia rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogaren serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aún cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico–burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama. Cualquier acción u omisión cometida por profesionales de la salud, funcionarios o agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, tendiente a retardar, impedir u obstaculizar el acceso a un aborto no punible, deviene en violencia contra las mujeres, y ese actuar es merecedor de sanciones de índole administrativas, civiles y penales.

En las jurisdicciones en que la violación no puede alegarse como motivo de interrupción de un embarazo, las mujeres y las jóvenes que han quedado embarazadas a consecuencia de una violación y desean interrumpir su embarazo se ven obligadas a llevarlo a término o a recurrir a un aborto ilegal. Ambas opciones pueden ocasionar una profunda angustia. Al optar por una de ellas, la amenaza general de ser investigadas, juzgadas y sancionadas dentro del sistema de justicia penal tiene considerables efectos negativos para la salud emocional y el bienestar de las mujeres que deciden abortar y de las que no lo hacen.

El Comité de seguimiento de la 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 natalidad⁵⁹.

Las leyes restrictivas y el estigma que generan también dan lugar a que terceras partes, como docentes, editores o libreros, denieguen a las mujeres y las niñas el acceso a material necesario relacionado con la salud sexual y reproductiva. La obligación de los

⁵⁹ CEDAW, Recomendación General N° 19: “Violencia contra la Mujer”, U.N. Doc. A/47/38 (1992), párrafo, 24.

Estados de garantizar el derecho a la salud conlleva el deber de elaborar estrategias para que todo el mundo tenga acceso a educación e información exhaustivas en materia de salud sexual y reproductiva, especialmente las mujeres y las niñas.

La eliminación de factores que restringen la autonomía de las mujeres es una obligación que la Argentina contrajo⁶⁰, que exhorta a los Estados Partes a tomar “en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

Está demostrado que los Estados que restringen el acceso a la información sobre salud sexual y reproductiva mediante leyes penales o de otra índole limitando activamente la información disponible provoca mayor grado de incertidumbre en todas las esferas sociales obteniendo como consecuencia primaria mayor número de muerte por maternidad que podrían haberse evitado.

El fallo de la C.S.J.N. “*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*” F259. XLVI (2012) referente al mencionado artículo “Aborto no punible por violación”, caracterizándose de histórico ya que recuadro un lineamiento en cuanto a la correcta interpretación: requisitos con los que se deben cumplir (embarazo producto de una violación en cualquier mujer, declaración jurada prestando consentimiento frente a médico diplomado); recomendaciones a nivel nacional y provincial (como los protocolos hospitalarios); deberes de las partes intervinientes para la debida asistencia médica (médico diplomado, mujer y el Estado, como garantista de los derechos de esta última).

De la sentencia podemos recoger tres cuestiones fundamentales:

⁶⁰ Artículo 3 de la CEDAW.

1) Tanto la Constitución Nacional como los Tratados de Derechos Humanos no solo que no prohíben la realización de abortos de esta clase sino que, por el contrario, impiden penarlos respecto a toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, legalidad y de dignidad de las personas.

2) Su práctica en ningún caso requiere de autorización judicial, debiendo el profesional de la salud cumplir con sus responsabilidades profesionales frente a una situación fáctica como la de petición de aborto por parte de una mujer violada; requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que quede de manifiesto el embarazo es la consecuencia de una violación. Cualquier conducta contraria será considerada una barrera de acceso a los servicios, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales que pudiera traer aparejado su obrar.

3) Todo juez debe abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones médicas, esta decisión a abortar queda reservada a lo que decida la paciente (mujer violada) y su médico.

Es de considerar que teniendo como único instrumento de constatar que el embarazo de la mujer deviene de una violación por parte del médico diplomado, es la declaración jurada; impescindiendo de judicializar el caso en concreto ni solicitar denuncia, ha dado lugar a críticas por el potencial surgimiento de “casos fabricados”. Para esto la C.S.J.N. sabiamente ha previsto dicha circunstancia argumentando que se considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, (de forma hipotética y podría configurar, eventualmente, un ilícito penal), no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

CAPÍTULO V: LA PROBLEMÁTICA DEL ABORTO

1) Efectos de las leyes penales y otras restricciones jurídicas en la salud sexual y reproductiva

a) Penalización del aborto y otras restricciones jurídicas conexas:

Las leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud. Estas legislaciones atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer al restringir gravemente su libertad para adoptar decisiones que afecten a su salud sexual y reproductiva. Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas. La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud.

En los Estados en que está penalizado el aborto puede haber supuestos en que este no constituya delito. No obstante, en los casos más extremos el aborto está penalizado sin excepción (situación que solo existe en unos pocos países), o solo se autoriza cuando la vida de la mujer corre peligro. Aproximadamente el 25% de la población mundial vive en regímenes jurídicos que prohíben el aborto excepto en los casos de violación o incesto, y cuando es necesario para salvar la vida de la mujer. Algunos regímenes menos restrictivos permiten el aborto por motivos de salud física y mental y por motivos socioeconómicos, como la pobreza y el número de hijos. Por último, el aborto está totalmente despenalizado en 56 Estados, si bien siguen fijándose límites en función de las semanas de gestación⁶¹.

⁶¹ R. Boland (2010), "Second trimester abortion laws globally: actuality, trends and recommendations", *Reproductive Health Matters*, vol. 18, núm. 36, págs. 67 a 89.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha confirmado que los motivos jurídicos determinan en gran medida la trayectoria de una mujer con un embarazo no deseado hacia un aborto en condiciones seguras o peligrosas⁶².

Dado que las restricciones jurídicas influyen considerablemente en las condiciones en que se practica un aborto, es probable que en los regímenes más restrictivos se produzcan más abortos en condiciones peligrosas.

Se calcula que casi un 13% de las muertes derivadas de la maternidad registradas en todo el mundo obedece a abortos practicados en condiciones peligrosas. Otros 5 millones de mujeres y niñas sufren lesiones a corto y largo plazo debidas a abortos practicados en condiciones peligrosas, entre las que figuran hemorragias, septicemias, traumatismos de vagina, útero y órganos abdominales, desgarros en el cuello del útero, peritonitis, infecciones del sistema reproductor, enfermedad inflamatoria de la pelvis y dolor pélvico crónico, conmoción e infertilidad⁶³.

En los regímenes más liberales, las mujeres pueden recibir legalmente los servicios y el tratamiento de profesionales de la salud en circunstancias seguras y adecuadas desde el punto de vista médico.

Cuando el aborto solo está permitido en casos muy concretos, como cuando la vida de la mujer corre peligro, la penalización podría llegar a bloquear el acceso a la información sobre los servicios de aborto legales. Con frecuencia, las mujeres no conocen esas excepciones debido a que el estigma que rodea a la cuestión del aborto impide que una información tan necesaria como esa se difunda y reciba la debida consideración. La

⁶² OMS, *Unsafe Abortion* (2011): Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2008, 6ª ed. pág. 2.

⁶³ Lori Ashford (2002), "Hidden suffering: disabilities from pregnancy and childbirth in less developed countries". Washington D.C., EE.UU: Population Reference Bureau. Puede consultarse en: <http://www.prb.org/pdf/HiddenSufferingEng.pdf>.

existencia de restricciones jurídicas que limitan la disponibilidad de información relativa al aborto también se debe a que las leyes penales a menudo contienen disposiciones que prohíben explícitamente la producción y distribución de esa información.

b) Anticoncepción y planificación de la familia:

Las leyes penales y las restricciones jurídicas de otra índole que reducen o deniegan el acceso a bienes y servicios relacionados con la planificación de la familia o a determinados métodos anticonceptivos modernos, como los anticonceptivos de emergencia, constituyen una violación del derecho a la salud. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer exhorta a los Estados a garantizar el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia, así como a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exhorta a los Estados a adoptar medidas para “mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información”⁶⁴.

En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo se confirma que los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. También se insiste en la importancia

⁶⁴ CESCR, en su observación N° 14.

de la participación y se señala que los programas de planificación de la familia son más eficaces cuando las mujeres participan plenamente en el diseño, prestación, gestión y evaluación de los servicios. Se añade además que los gobiernos deberían eliminar los obstáculos jurídicos, médicos, clínicos y normativos innecesarios que entorpecen el acceso a la información y a los servicios y métodos de planificación de la familia. No obstante, en muchos Estados las leyes penales y otras restricciones jurídicas limitan gravemente el acceso a los bienes y servicios de planificación de la familia. En esas jurisdicciones, las mujeres y los hombres (especialmente los pobres) carecen de acceso a métodos anticonceptivos seguros y eficaces y se les niega la libertad de decidir si desean o no procrear⁶⁵.

Por ejemplo, algunos Estados tipifican como delito la distribución y el uso de métodos anticonceptivos de emergencia y alegan para justificar esas leyes que se trata de métodos abortivos. No obstante, la OMS ha confirmado la validez de la anticoncepción de emergencia. Un embarazo no deseado llevado a término a consecuencia de esas leyes también puede tener efectos adversos para la salud física y mental. Del mismo modo, las mujeres que carecen de acceso a métodos anticonceptivos de emergencia debido a la prohibición que pesa sobre ellos podrían a la larga verse obligadas a recurrir a abortos clandestinos, exponiéndose a los riesgos para la salud que estos conllevan.

La obligación de respetar el derecho a la salud exige que los Estados se abstengan de limitar el acceso a los anticonceptivos y otros métodos de protección de la salud sexual y reproductiva. Por consiguiente, los Estados deben eliminar las leyes penales y las restricciones jurídicas de otra índole, incluidas las leyes que exigen el consentimiento de los padres o la autorización de terceras partes, a fin de garantizar el acceso a bienes, servicios e información en relación con la planificación de la familia y los métodos anticonceptivos⁶⁶.

⁶⁵ CIPD, capítulo II, principio 8.

⁶⁶ OMS, Mental Health, pág. 55 (nota 21).

c) Relación entre legalidad y acceso al aborto seguro:

Sundstrom (1996) argumenta que las consecuencias del aborto para las mujeres y la sociedad dependerán de la situación legal y del acceso a un aborto seguro. En términos generales, la mortalidad relacionada con el aborto es más alta en los países donde este sufre restricciones legales y los servicios de salud reproductiva son insuficientes e inexistentes. En contraste, en un país donde el aborto es legal y los servicios son adecuados, ninguna mujer que decida abortar tiene que poner en riesgo su salud. La situación es muy similar en los países donde las leyes sobre el aborto son restrictivas pero permiten la interrupción del embarazo en algunos casos en específicos, por ejemplo, cuando hay un grave riesgo de vida hacia la mujer, si el embarazo es el resultado de una violación o si el feto presenta malformaciones graves.

Vilar (2000) afirma que la mayoría de las veces las mujeres que tienen acceso a abortar aun de acuerdo con esas limitadas condiciones carecen de acceso a una interrupción segura del embarazo y deben utilizar los servicios de un abortero en condiciones insalubres. Así ocurre en la mayoría de los países de América Latina y África, e incluso en algunos países europeos.

d. Consecuencias psicológicas:

En décadas recientes se han publicado varias revisiones de la literatura sobre las consecuencias psicológicas del aborto inducido (David et al., 1978; Rogers, Stoms y Phifer, 1989). Aunque sus hallazgos muestran algunas variaciones, todas las publicaciones coinciden en que las secuelas psicológicas adversas solo se producen en un pequeño porcentaje de las mujeres. En cambio, la frecuencia y gravedad de esas consecuencias son mucho más grande

entre las mujeres a quienes se niega un aborto, y los niños nacidos como resultado de esa imposibilidad de abortar también se ven afectados.

Zolese y Blacker (1992) consideran que además las presiones religiosas, sean de tipo cultural o confesional, que asignan una fuerte connotación negativa al aborto también se asocian a una mayor posibilidad de complicaciones emocionales.

El interesante estudio de Brewer (1977) comparó, la incidencia de la psicosis posparto y de la psicosis posterior al aborto inducido en una misma población, y comprobó que este problema era mucho más frecuente tras el nacimiento de un bebé que después del aborto.

Payne (1976) constató un incremento de las emociones positivas luego del aborto, en comparación con el periodo anterior a la intervención. Por otra parte no queda claro, si las posibilidades de perturbaciones psicológicas son más grandes entre las mujeres que han tenido o no han tenido un hijo anteriormente, ya que diferentes estudios plasman resultados contradictorios.

La principal conclusión según Adler (1989) es que la interrupción del embarazo *no tiene consecuencias psicológicas negativas para las mujeres que toman la decisión por cuenta propia y sin presiones externas*. Tal fue posteriormente la conclusión unánime de un panel de expertos convocados por la American Psychological Association para discutir el tema del aborto legal en Estados Unidos (1992).

Una revisión transnacional efectuada por David (1978) concluyó que la consecuencia psicológica más habitual del aborto era “el alivio”.

Además Furstenberg y Dagg (1991) afirman que también deben considerarse las consecuencias psicológicas de negar el aborto, dado que la continuación de un embarazo no deseado hasta el nacimiento de un bebé puede tener repercusiones aún más graves para la mujer y el niño. Entre los niños nacidos como consecuencia de esos embarazos, se describe un alto riesgo de sufrir diversas dificultades en sus relaciones sociales e interpersonales.

La necesidad de recurrir a servicios de salud ilegales y la intensa estigmatización del procedimiento del aborto y de las mujeres que se someten a él pueden tener efectos perniciosos para la salud mental de la mujer. La presión acumulada y el estigma asociado al aborto han llegado a empujar a algunas mujeres hasta el punto de suicidio.

- **CONCLUSIÓN:**

A lo largo del trabajo hemos desarrollado la temática aborto desde su definición como delito contra la vida, que no nos cabe duda que nuestro ordenamiento protege la misma desde la concepción, tanto por el Código Civil, Código Penal, Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁷ definiendo al aborto como *la interrupción del embarazo de una mujer por la muerte del feto ya sea causada por la propia madre o por un tercero, dándose o no la expulsión del seno materno*. Ahora bien es importante definir cuál es el momento donde comienza la vida diferenciando a una persona con un feto o embrión; el código penal las diferencia dentro de dos tipos delictivos: homicidio (contra persona ya nacida) y aborto. Por otro lado, cabe destacar que este último posee un castigo más atenuado, ya que se produce la eliminación de un germen, siendo una esperanza de vida y no una definitivamente adquirida pasible de ejercer todos sus derechos en forma plena.

Los subtipos del aborto son: el causado por un tercero; el preterintencional (cuando se causare sin haber tenido intenciones); el causado por la mujer; aborto profesional punible; y el impune, en el cual nos centraremos⁶⁸.

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 su arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

⁶⁷ En su art. 4 expresa: “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”.

⁶⁸ Art. 86, inc. 2, Cód. Pen.

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

Consideramos importante transcribir el artículo ya que este ha sido punto de discordia tanto por juristas como por sentencias judiciales, esto se da según la forma de interpretación del mismo, abriéndose dos perspectivas:

- Tesis restrictiva: esta posición entiende que para que sea posible sostener la existencia de dos supuestos de impunidad antes de la "o" debiera haber una "coma", apoyando solo a las mujeres dementes o idiotas.

- Tesis amplia: sostienen que no es necesaria gramaticalmente una "coma" toda vez que la disyunción marcada por la "o" en el lenguaje común generalmente no va antecedida de una "coma". Con referencia a la frase dentro del texto legal “en este caso” estaría advirtiendo la existencia de dos supuestos uno de los cuales requiere el consentimiento del representante legal, o sea que en el caso en el que se requiere el consentimiento de los representantes legales es aquel en el que la violencia sexual es cometida contra una mujer idiota o demente.

En definitiva se demuestra que se trata de dos supuestos, uno, el caso de violación, para el cual es necesario el consentimiento de la mujer previsto al comienzo de la norma⁶⁹, el otro, el del abuso de la mujer idiota o demente, respecto del cual el consentimiento requerido está establecido al final del Inc. 2.

Una vez habiendo determinado las nociones generales sobre la temática; establecido antecedentes legales, jurisdiccionales y doctrinarios; plasmando los derechos que se encontrarían controvertidos tanto desde la legislación nacional, como el sistema de derechos internacionales; el famoso fallo de nuestra emblemática C.S.J.N. junto a sus satisfactorios lineamientos jurídicos; y por último la problemática que significa el aborto en sí mismo,

⁶⁹ Art. 86 Cód. Pen. cuando reza “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible”.

empezaremos a sacar nuestras propias conclusiones destacando los puntos de conflicto y recomendaciones en la desarrollada institución:

1) Retomando a que nuestra legislación protege la vida desde la concepción, esto a priori significaría la prohibición absoluta del aborto ya que el embarazo de la mujer es uno de los elementos primordiales para que se presente la figura. En base a esto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷⁰, cerró esta disputa al afirmar que el artículo 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. También se ha podido observar que el sistema jurídico argentino nada establece acerca del derecho a la vida del embrión de forma expresa, como sí lo hace en referencia a una persona ya dada a luz que goza en plenitud de todos sus derechos. Sosteniendo que la protección del embrión como un mero interés en cabeza del Estado no se traduciría en que tenga el mismo valor ni que merezca la misma protección que la vida de una persona nacida. De hecho, esto es así por la diferenciación en cuanto al reconocimiento y estatus jurídico del embrión con el de las personas que se hace a lo largo del sistema normativo en sus diferentes ramas. Ejemplo de ello es el Código Penal permite la interrupción del embarazo cuando exista un peligro para la salud o la vida de la mujer⁷¹, dejando en evidencia que la vida de la mujer goza de mayor valor que la del feto.

Considerando que es de suma importancia recordar la no existencia de derechos absolutos, ya que implicaría la imposición de una perspectiva única, sin poder tener en cuenta y valorar casos en concreto que se puedan presentar, como puede ser el querer abortar producto de una violación, desde nuestro humilde entender.

2) Se ha podido observar que en la práctica se exigen requisitos no previstos por la propia ley, como por ejemplo, autorización judicial, esto nos lo ha expresado los propios médicos a los cuales se entrevisto fundamentando en que lo hacen por temor a enfrentar

⁷⁰ En el caso conocido como “Baby Boy”.

⁷¹ Art. 86 inc. 1, Cód. Pen.

problemas legales posteriores, esto trae como consecuencia inmediata la desolación a la mujer y reflejando una gran confusión en cuanto la norma, lo cual consideramos injustificable e obstaculiza el proceso. Por otro lado, debemos decir que el aborto en condiciones sanitarias aceptables es “privilegio” de algunas, las que gozan de buen pasar económico, aún cuando pese sobre la práctica el carácter clandestino, lo cual desde luego no es un asunto menor. Para las mujeres de sectores marginados se trata lisa y llanamente de correr un riesgo en el que se transita a menudo en el borde entre la vida y la muerte. Es precisamente este riesgo, traducido en hospitalización por abortos mal practicados, y el aumento de las muertes gestacionales, lo que ha colocado el debate en el terreno de la salud pública reintegrándolo de modo paradójico al campo de las políticas demográficas, y más específicamente al campo de la salud, experiencia relatada por Dra. Ginecóloga de la Clínica de la Familia de Córdoba Capital que trabaja en Dispensario de Villa Revol, Ciudad de Córdoba, relatando que habitualmente se presentan casos de mujeres deseando abortar de todo tipo, y nos transmitió su gran preocupación por la falta de educación e información en cuanto la reproducción sexual desde lo general y en lo particular al aborto. A nivel provincial es más acotado que el nacional en cuanto los servicios y protocolos hospitalarios. Por otro lado hemos podido percibir que importantes ONG's en contra del aborto dificultan el acceso al mismo, por su gran influencia social que poseen en nuestra ciudad, entre ellas podemos nombrar al Portal de Belén. Por todo ello consideremos importante la necesidad del dictado de cursos de capacitación a los profesionales de la salud para que conozcan que en estos casos la ley privilegia la preservación de la vida o de la salud (física y/o psíquica) de la gestante sobre la de la gestación en proceso, debido a que privilegia el interés en la vida o la salud de la mujer, el aborto legal, y su respectivo tratamiento. Enriqueciendo dicha práctica en instituciones públicas del Estado (nacional y provincial) garantizando la disponibilidad y accesibilidad de servicios seguros, fiables y de calidad para tratar el aborto y los cuidados posteriores.

3) Otra situación que suele presentarse es la famosa objeción de conciencia por parte del cuerpo médico⁷² tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico dicho instituto debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto. Esto en la práctica no es tan así ya que no siempre se garantiza la atención por parte de otro profesional de la salud. Hemos podido presenciar que existe una suerte de estigma frente al aborto con referencia a su penalización, generando un círculo vicioso tanto a los médicos negándose a intervenir y a las propias mujeres llegando hasta realizar abortos de carácter clandestinos. Para esto pensamos en que se debería asegurar que el alcance de las exenciones por objeción de conciencia esté bien definido y reglamentado; garantizar la derivación de pacientes y la prestación de servicios alternativos cuando un profesional de la salud formule su negación a realizar un aborto, para que así mismo no se vean vulnerados los derechos de la mujer al goce de la debida atención sanitaria.

4) De igual manera podemos ver que pese a estar despenalizado el aborto en determinadas circunstancias por parte del Código Penal no ha resultado suficiente para garantizar el acceso a la práctica en el ámbito de la atención pública de la salud reflejando una brecha entre lo que la norma dispone y su vigencia, es decir, que ni la prohibición legal inhibe la realización de los abortos, ni los permisos aseguran el acceso a una interrupción segura en el servicio de salud. Es por esto que consideremos sumamente importante reflejar la necesidad de fijar nuevas políticas, reformulación de la legislación que se encuentra desactualizada, recordando que la última modificación fue en el año 1922. Todo esto llevará a reducir la mortalidad materna argentina, que sin duda importa un gran problema social actual, que se tiene al aborto como su principal causa.

⁷² Como ya se ha dicho, es la convicción de carácter religioso debidamente fundamentada del médico, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión referente a si está o no de acuerdo con el aborto.

En definitiva junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con su dimensión moral, nuestra Constitución Nacional ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Dicho esto podemos decir que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad.

En pocas palabras la posición de igualdad de las mujeres (más allá de discapacidades mentales o no) con los hombres no significa ignorar las diferencias que los distinguen, sino tenerlas en cuenta y reglamentar la legislación de modo tal que esas distinciones no constituya una carga desigual e inequitativa y hasta injusta sobre todo en los casos de violación donde la inaccesibilidad y/o obstaculizaciones judiciales a un aborto seguro y legal significaría una doble pena. Lograr así reconocimiento de la dignidad hacia las mujeres con todo lo que ello conlleva, y que esto coincida con la reglamentación legislativa y sanitaria como herramientas garantes de sus derechos, obteniendo una sociedad más justa.

- **REFERENCIAS:**

Doctrina:

- ❖ (S.d.) “*El derecho a saber: Los derechos humanos el acceso a la información de salud reproductiva*”, (1995) pág. 39 y 61-72. [Versión electrónica]. Filadelfia: Universidad de Pensilvania.
- ❖ Barbero Santos Marino (2001), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam, volumen II*”, por Arroyo Zapatero y Gómez De La Torre. España: Salamanca.
- ❖ Beeson Paul B. y Mcdermott Walsh (1972), *Tratado de medicina interna de Cecil-Loeb, tomo I*, (13ª Ed.). México: Nueva Editorial Interamericana.
- ❖ Caballero Severo (1981), *Aborto*. Revista jurídica argentina: La Ley. Volumen 41. Página 1239.
- ❖ Creus Carlos (1992), *Derecho penal, parte especial, tomo I*. (3ª Ed.). Argentina: Astrea.
- ❖ Faúndes Aníbal y Barzelatto José (2011), *El drama del aborto, en busca de un consenso* (1ª Ed.). Argentina: Paidós.
- ❖ Derdoy Malena y Pujó Soledad (2007), “*Algunas Notas Críticas sobre el Tratamiento Judicial del Aborto en Argentina*”, *Anuario de Derechos Humanos*. [Versión electrónica]. Recuperado de: <http://www.anuariodh.uchile.cl>).
- ❖ Fontan Balestra Carlos (1998), *Derecho penal: parte especial*. (15ª Ed.) Actualizado por Ledesma Guillermo A. C. Argentina: Abeledo-Perrot.
- ❖ Lacub Marcela (2002). *Le sexe des imbeciles. Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*. París: Epel. [Versión electrónica]. Recuperado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Atentado_contra_el_pudor.
- ❖ Marité de Rosario (2004), *Aborto en Argentina-Síntesis de su historia legislativa*. [Versión electrónica] Recuperado de: <http://www.derechoalaborto.org.ar/artic/2004/100359.asp>.
- ❖ Nuñez Ricardo C. (1999) *Manual de derecho penal: parte especial*. (2ª Ed.) Actualizado por Víctor F. Reinaldi. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- ❖ Paño Lalana (2012), “*Análisis de las principales enfermedades neurodegenerativas: Demencia*”, *The Journal of feelsynapsis: Revista de divulgación científica*. [Versión

electrónica]. Recuperado de:

<http://feelsynapsis.com/jof/004/index.html?pageNumber=6>.

- ❖ Ruiz J. J. (2011), *El derecho a la vida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. [Versión electrónica]. Recuperado de: http://cudhd.ulpgc.es/ficheros/pdf_seccion_29.pdf).
- ❖ Soler Sebastián (1945), *Derecho penal argentina*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- ❖ Ortiz Millán G. (2009), *La moralidad del aborto*. México: Siglo XXI editores.
- ❖ Finnis J. (1983), *Debate sobre el aborto: cinco ensayos de filosofía moral*. Madrid: Cátedra.
- ❖ Faundes A. y Barzelatto J. (2011), *El drama del aborto – En busca de un consenso*. Chile: Paidós.
- ❖ Giraud Jofre G. (2009), *Argumentos contemporáneos sobre el derecho a la vida del niño por nacer en la República Argentina*. Argentina: Advocatus.

Legislación

- Código Civil de la Nación Argentina.
- Código Penal de la Nación Argentina.
- Comisión Europea de Derechos Humanos.
- Constitución Nacional Argentina.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Protocolo de San Salvador.

Jurisprudencia

- C.S.J.N. “*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*” F259. XLVI (2012).
- E.C.H.R., *McCann and Others C/ The United Kingdom* (1995), §161.
- E.C.H.R., *Vo. C/ Francia* (2004), 40 EHRR 12, §80.
- Suprema Corte de la provincia de Mendoza, “*Gazzoli Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y ots. c/ sin demandado p/ ac. De amparo s/ Per saltum*” (2006).
- TSJ de la Pcia. de Buenos Aires, “*R., L.M., NN Persona por nacer, Protección. Denuncia*”, Causa Ac. 98.830, (2006).

• **ANEXO**

Código Civil Argentino:

- Artículo 63: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

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

- Artículo 74: “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si nunca hubiesen existido”.

Código Penal Argentino:

- Art 85: El que causara un aborto será reprimido con:

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

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

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

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

- Art. 119:

Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a, b, d, e o f.

Constitución Nacional:

- Artículo 16: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley” (Principio de Igualdad).

-Artículo 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

- Artículo 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

- Artículo 75: “Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

- Artículo 4 (Derecho a la Vida): “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

- Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal):

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

- Artículo 7 (Derecho a la Libertad Personal):

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

- Artículo 12 (Libertad de Conciencia y de Religión):

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

- Artículo 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.

- Artículo 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

- Artículo 9:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

- Artículo 18:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Convención de los Derechos del Niño:

- Artículo 6:

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Comisión Europea de Derechos Humanos:

- Artículo 2 (Derecho a la vida):

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.

b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.

c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

- Artículo 12:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

- Artículo 15:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

- Artículo 6: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

- Artículo 12:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Protocolo de San Salvador:

- Artículo 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura):

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:
 - a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
 - b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
 - c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

Proyecto de Ley de Despenalización del aborto

Artículo 1º: Toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional.

Artículo 2º: Toda mujer tiene derecho a acceder a la realización de la práctica del aborto en los servicios del sistema de salud, en las condiciones que determina la presente ley.

Artículo 3º: Fuera del plazo establecido en el art 1º toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción del embarazo en los siguientes casos:

a) Si el embarazo fuera producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud.

b) Si estuviera en riesgo la salud o la vida de la mujer.

c) Si existieran malformaciones fetales graves.

Artículo 4º: Previamente a la realización del aborto en los casos previstos en la presente ley, se requerirá el consentimiento informado de la mujer expresado por escrito.

Artículo 5º: Los servicios de salud del sistema público garantizarán el acceso gratuito a las prestaciones mencionadas en los arts. 1º y 3º y los de la seguridad social de salud y de los sistemas privados las incorporarán a sus coberturas en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones.

Asimismo deberán garantizar en forma permanente las prestaciones enunciadas en la presente ley, incluyendo el personal de salud, instalaciones e insumos requeridos.

Artículo 6º: Aquellos médicos/as y demás personal de salud que manifiesten objeción de conciencia para intervenir en los actos médicos a que hace referencia esta ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de los establecimientos a los que pertenezcan dentro del plazo de treinta días corridos contados a partir de la promulgación de la presente ley. Quienes ingresen posteriormente podrán manifestar su objeción de conciencia en el momento en que comiencen a prestar servicio. Los/as profesionales que no hayan expresado objeción en los términos establecidos no podrán negarse a efectuar las intervenciones. En todos los casos la autoridad responsable del servicio de salud deberá garantizar la realización de la práctica.

Artículo 7º: Las prácticas profesionales establecidas en la presente ley se efectivizarán sin ninguna autorización judicial previa.

Artículo 8º: En caso de que la interrupción del embarazo deba practicarse a una mujer de menos de catorce años se requerirá el asentimiento de al menos uno de sus representantes legales, o en su ausencia o inexistencia de su guardador de hecho. En todos los casos la niña deberá ser oída y frente a cualquier otro interés se considerará primordial la satisfacción del interés superior de la niña en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849).

Artículo 9º: Si se tratara de una mujer declarada incapaz en juicio se requerirá el consentimiento informado de su representante legal.

Artículo 10º: Derogase el Art. 85 inc. 2 del Código Penal de la Nación.

Artículo 11º: Derogase los Arts. 86 y 88 del Código Penal de la Nación.

Artículo 12: De forma.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Juaneda Acosta Gonzalo Germán.
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	35.526.859
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Aborto no punible por violación. Problemática en la práctica del aborto legal.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	gonjuaneda@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	SI.
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.