

EL ABORTO Y SU IMPUNIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

Andres Benjamín Simkin

Legajo: VABG49391



Obra de la serie “La vida y el aborto” (s/f). Autor: Lesnaberes Mónica (recuperado de <http://www.farestaie.com/arte/para-mirar/1-pinturas/463-lesnaberes-monica/7609-obra-de-la-serie-la-vida-y-el-aborto/>)

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

Abogacía

2018



Agradecimientos

Quiero, antes de todo agradecer, a mi amada novia y futura esposa Valentina, quien llego a mi vida a revolucionarla, quien está ahí siempre para mi impulsándome a ser siempre mejor y superarme, quien me alienta siempre que quiero bajar los brazos a no hacerlo, quien me enseñó a amar la vida, quien me demostró que el amor verdadero existe, que con amor todo puede lograrse, que me lleno de momentos felices y eternamente duraderos en mi corazón. Ella estuvo a mi lado brindándome su amor incondicional en la última etapa de mi carrera y en la etapa quizás, más complicada de mi vida. Yo, hoy no sería el mismo, no me sentiría con la misma confianza para afrontar esta etapa de mi vida, si no fuera por ella, mi complemento, mi compañera, mi mejor amiga y mi confidente.

A mí amada familia por su incondicional apoyo a lo largo de toda mi carrera desde el inicio. Quiero agradecer a mi madre Cristina, quien desde el inicio y en cada momento a lo largo de mi carrera, me impulso a que yo intentara superarme día a día, nunca dejo que yo bajara los brazos y estuvo ahí siempre esforzándose para que yo pudiese seguir adelante. A mi padre Carlos, quien me brindo su cariño sin medidas y estuvo siempre a mi lado, apoyándome a su manera. A mis queridos hermanos, Lucas, Matías y Marcos, que estuvieron cada vez que los necesite a lo largo de mi carrera y de mi vida, brindándome su amor y depositando su fe en mí. Mi vida y mi carrera no hubiesen sido fáciles sin ellos.

A mis amigos y a mis compañeros que me acompañaron desde el inicio de la carrera, y que juntos transitamos todas las etapas de la misma y compartimos muchas vivencias. A la universidad, y a cada docente y profesional de esta por aportar a que el nivel de educación, sea cada día mejor, y por brindar no solo a mí, sino a miles de jóvenes, el espacio para que puedan desarrollarse como personas y profesionales.

Por último, sin embargo, no menos importante, a Dios por no permitir que me falte nunca nada y brindarme los recursos para que yo pueda llegar hasta aquí y así cumplir mi gran objetivo.

TITULO: “El aborto y su impunidad en el derecho argentino”

Resumen

El tema bajo análisis, es un tema sumamente complejo como delicado, además de ser un tema de alta relevancia y mucho peso en la actualidad. En lo que hace a la historia reciente, más precisamente desde la sanción del Código Penal hasta la actualidad, se ha debatido acerca de la cuestión no solo legal del aborto, sino también lo que tiene que ver con el aspecto moral y social que este conlleva, tanto la doctrina como la jurisprudencia en nuestra nación a lo largo de los años ha intentado interpretar el alcance de la norma y de los requisitos establecidos en el Código Penal acerca del aborto impune, es relevante destacar que ningún tratado internacional a los cuales nuestra nación adhiere hace referencia alguna con respecto al tema. Siguiendo con la cuestión en nuestro país, en general se ha fomentado a lo largo de los años por parte de los médicos y de los funcionarios judiciales, una práctica que va más allá de lo que la Ley exige con respecto al aborto en casos en los cuales es impune y debe practicarse tal como lo establece el Código Penal. Con respecto a todo lo mencionado anteriormente, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esclareciendo el panorama en lo que hace a la interrupción legal del embarazo en nuestro país. Asimismo, en la actualidad en nuestro país, es cada vez más relevante y difundida la cuestión del aborto legal, se puede visualizar a través de los medios de comunicación opiniones tanto a favor como en contra, lo cierto es que la posibilidad de despenalización del aborto es un tema cada vez más latente en la Argentina.

Abstract

The subject under analysis is an extremely complex and delicate issue, as well as being a subject of high relevance and weight in the present. With regard to recent history, more precisely since the enactment of the Criminal Code up to the present, there has been debate about the legal issue not only of abortion, but also with the moral and social aspect that this entails, both doctrine and the jurisprudence in our nation over the years, has tried to interpret the scope of the rule and the requirements established in the Penal Code about impunity with impunity, it is important to emphasize that no international treaty to which our nation adheres makes any reference with respect to the topic. Following the question in our country, in general, doctors and judicial officials have promoted over the years a practice that goes beyond what the Law requires with respect to abortion in cases in which which is unpunished and must be practiced as established by the Penal Code. With regard to all the aforementioned, the Supreme Court of Justice of the Nation has pronounced, clarifying the panorama in what it does to the legal interruption of the pregnancy in our country. Also, nowadays in our country, the issue of legal abortion is becoming more relevant and widespread, one can visualize through the media opinions both for and against, and the truth is that the possibility of decriminalization of abortion it is a theme that is increasingly latent in Argentina.

INDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCION	6
1. Origen, evolución y breve análisis del aborto como delito en el derecho argentino	10
1.2 El aborto desde el punto de vista médico y médico-legal.....	12
1.3 Regulación con respecto al aborto en nuestro país	13
2.1 El aborto terapéutico	23
2.2 El aborto eugenésico.....	26
2.2.1 El embarazo producto de un abuso sexual cometido sobre cualquier mujer	27
3.1 La constatación de los requisitos de no punibilidad establecidos en el Código Penal	34
3.1.2 El requerimiento de autorización judicial para la realización de la práctica abortiva	35
3.1.3 Procedimiento para llevar a cabo la interrupción legal del embarazo	37
3.2 El secreto profesional en contraposición con la obligación de denunciar el aborto.....	40
4.1 La posible despenalización del aborto en el derecho argentino	46
4.2 El aborto en el derecho internacional.....	50
4.2.1 El aborto en el derecho comparado	51
CONCLUSIONES FINALES	53
BIBLIOGRAFIA.....	57

INTRODUCCION

El aborto es un delito, el cual consiste en la interrupción del embarazo causando de esta forma la muerte del feto. Se considera aborto tanto la muerte causada dentro del claustro materno, como la muerte a causa de la expulsión prematura del feto. No constituye delito si a pesar de la expulsión prematura el feto continúa con vida (Soler, 1945).

La legislación de nuestro país penaliza la interrupción voluntaria del embarazo, también conocida como aborto, la regulación con respecto a este se mantiene intacta desde la sanción del Código Penal en el año 1921, a pesar de algunas reformas a lo largo del tiempo durante los gobiernos de facto estas reformas duraron poco y quedaron sin efecto, quedando nuevamente vigente así la redacción original del Código Penal en los arts. 85 a 88 del Código Penal, con dos casos de excepciones las cuales se hayan en el artículo 86, que son el llamado aborto terapéutico (inc.1º) y el llamado aborto eugenésico (inc. 2º). El aborto terapéutico se da cuando, se practica el aborto por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer, y se realiza el mismo con el fin de evitar un riesgo para la vida o salud de la madre y si no puede ser evitado el mismo por otros medios. Por su parte el aborto eugenésico se da cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, en este caso se requiere el consentimiento del representante legal.

La finalidad del presente trabajo será estudiar, analizar y esclarecer los supuestos de procedencia de la impunidad de la práctica del aborto y los inconvenientes que se pueden generar en base a la constatación de estos, puesto que aun cumpliéndose con los requisitos exigidos por la Ley sigue resultando hoy en día, por diversos motivos que serán también objeto de análisis en el presente, difícil para una mujer que cumple los requisitos exigidos por el Código Penal en su artículo 86 incisos primero y segundo, acceder a la práctica de un aborto de forma impune, segura y saludable. Concretamente este trabajo apunta principalmente, a tratar de establecer claramente en qué casos debe practicarse la interrupción de un embarazo de forma necesaria y/o a petición de la mujer gestante, y cuáles serían los obstáculos que pueden presentarse en los hechos a la hora de querer llevar a cabo la mentada interrupción. Se analizara así también, para complementar lo

desarrollado a lo largo del trabajo, la situación actual en el derecho argentino con respecto al aborto y a su posible despenalización/legalización. Se dejara en claro además que tan factible puede llegar a ser que se despenalice la conducta típica analizada y desde el punto de vista estrictamente jurídico se estudiara si un proyecto de Ley de tal característica se condice con todo el ordenamiento jurídico argentino.

El desarrollo del TFG consistirá en cuatro partes nucleares. La primera de estas es la que comprende el capítulo I, el cual tiene la finalidad de brindar una noción introductoria a lo que es el delito del aborto, como así también estudiar el origen de esta práctica, cuales son los fundamentos y las fuentes de los legisladores al momento de tipificar la conducta del delito en cuestión. Asimismo se procederá al análisis y al estudio específico de la regulación del Código Penal con respecto al aborto y a las excepciones a la punibilidad de este, el bien jurídico protegido en este caso, la evolución normativa que ha tenido la mentada regulación, la vinculación e importancia que posee la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos consagrados con jerarquía constitucional con respecto a esta.

En el capítulo II del presente se desarrollara en profundidad y de manera lo más acabadamente posible las dos excepciones a la punibilidad del aborto consagradas en el artículo 86 del CP analizando los requisitos de procedencia según el propio código, la doctrina y jurisprudencia existente hasta el momento con respecto a la temática.

La tercera parte del TFG la cual comprende el capítulo III, estará centrada en estudiar y profundizar específicamente cuales son los reales requisitos en la práctica, para que se practique un aborto de forma impune, tratar de esclarecer la cuestión con respecto a si es necesaria la autorización de un juez para la realización de este. Además de lo dicho estará orientada a analizar la responsabilidad del médico y el poder de decisión que este posee con respecto al análisis del cumplimiento de los requisitos y a la realización de la práctica. Asimismo se analizara el supuesto del secreto profesional, y el caso en el cual el medico tome conocimiento de la comisión de un aborto en ocasión de hallarse prestando sus servicios, y en base a este conocimiento realice la denuncia de los hechos, se analizara puntualmente que consecuencias jurídicas trae aparejadas esta denuncia.

Por último la cuarta parte del TFG es la correspondiente al capítulo IV, la cual estará centrada en estudiar y analizar la situación actual del derecho Argentino en cuanto al aborto, a analizar la posible despenalización de este en el derecho Argentino y si se adaptaría la eventual reforma al ordenamiento jurídico de nuestro país, como así también estudiar la despenalización de este en el derecho comparado.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto supra y todo lo desarrollado a lo largo de todos los capítulos del TFG, en la última parte de este se expondrán las conclusiones finales a las cuales se arriben, tomando siempre como base y fundamento todo el desarrollo del trabajo, esclareciendo así todo lo concerniente en cuanto al aborto y en especial a sus excepciones no punibles y a sus reales requisitos de procedencia, como así también dejando dilucidada la situación actual con respecto a la posibilidad de despenalización de la conducta típica.

En cuanto al marco metodológico, en el presente trabajo se adoptara un tipo de investigación descriptiva, ya que el propósito de este trabajo es analizar la impunidad del aborto, detallando cuales son los requisitos para que se practique un aborto de manera legal, como así también esclarecer la situación actual con respecto al aborto en Argentina y en el derecho comparado. La estrategia metodológica que se llevara a cabo en el presente será cualitativa, ya que se intentara brindar la mayor cantidad de información pertinente posible acerca de la temática bajo análisis. Para llevar a cabo la investigación se utilizaran fuentes de todo tipo, intentando lograr la recolección de datos mediante la observación documental.

CAPITULO I
Nociones introductorias
sobre el aborto

En este primer capítulo, se tratara de definir claramente que se entiende por aborto, se brindara las nociones introductorias para entender de forma acabada este tema, así como también se tratara de establecer el origen y evolución de la practica a lo largo de la historia, tanto a nivel nacional como internacional. Se analizara además de esto el concepto de aborto desde el punto de vista médico y médico legal. Por último se tratara de determinar todo el marco regulatorio concerniente a la figura estudiada en Argentina.

1. Origen, evolución y breve análisis del aborto como delito en el derecho argentino

Generalmente la práctica del aborto no era castigada en los pueblos en la antigüedad. En Roma durante los primeros siglos predominaba el principio según el cual el *nasciturus* era considerado parte de las entrañas de la madre (*estoico partus antequam edatur mulleris parts est vel viscerum*). El castigo hacia la práctica del aborto aparece conjuntamente con el cristianismo, quienes asimilaban al aborto con el homicidio. Durante el periodo de la Carolina se castigaba con pena de muerte la práctica abortiva, siempre y cuando el feto se hallare *a priori* con vida antes de realizarse la práctica. En España se siguió esta última tesis, manteniendo la pena de muerte para el caso de la realización del aborto, y por otra parte castigando de forma menos severa en caso de suministrarse sustancias que provoquen el aborto. Esto se mantuvo de esta manera hasta 1822 cuando se da la sanción del Código Penal, donde se establece una distinción entre aborto consentido y aborto no consentido. Esto no mutó sino hasta 1944, con la sanción de un nuevo Código Penal, que además de prohibir toda práctica de aborto, castigaba cualquier abastecimiento de métodos que previnieran o impidieran el embarazo de la mujer. En 1985 mediante Ley orgánica N° 9, se introdujo el artículo 417 bis del Código Penal de aquel País, el cual establecía la impunidad del aborto en caso de peligro para la vida o salud de la mujer, en caso de que la concepción haya sido el producto de una violación o incluso también en caso de que se presuma que el feto nacerá con graves defectos físicos o mentales. En la actualidad en el mentado País, mediante Ley Orgánica 2/2010 se establece una permisión del aborto dentro de las

14 primeras semanas de gestación, quedando instaurado así el aborto a libre petición y el aborto por causas médicas (Boumpadre, 2011).

En nuestro país, la práctica abortiva estuvo castigada, aunque sea de distintas maneras, en todos los antecedentes legislativos. El primer Código Penal de la Nación Argentina fue sancionado en el año 1886, por intermedio de la Ley 1920 del 07/12/1886, el cual tomo como base el proyecto desarrollado por Carlos Tejedor, y que entro en vigencia en el año 1887. Este Penalizaba el aborto en todos los casos. Con posterioridad el Poder Ejecutivo dispuso la revisión del Código de 1886 por una comisión formada al efecto, lo que dio como resultado un proyecto y la posterior sanción en el año 1921 por Ley 11.179, el cual en cuanto al delito de aborto se mantiene intacto desde entonces y hasta la actualidad, estableciendo la no punibilidad en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias en el art. 86 (Moreno, 1923). Según expone Bonnet la “Etimología del término. Proviene del latín *abortus*= no nacer, y también de *aborire*= nacer antes de tiempo (Bonnet, 1967, p. 403).

El aborto en todas sus formas, y por los más variados motivos, independientemente de su punibilidad o no, es una práctica que se desarrolla desde siglos atrás en la historia. En la actualidad en el marco del derecho argentino el aborto es un delito, más específicamente un delito contra la vida, no contra la vida de la mujer embarazada, sino contra la vida del feto. Según expone Nuñez “jurídicamente el aborto es la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o por un tercero, con o sin su expulsión del seno materno” (Núñez, 2008, p. 24).

El aborto es quitarle la vida a un feto, siempre y cuando esta acción sea llevada a cabo antes del comienzo del parto o del nacimiento natural del feto. La muerte del feto causada dentro del claustro materno tanto como la muerte a causa de la expulsión prematura son calificadas como aborto. No constituye delito de aborto, si a pesar de haber forzado el nacimiento prematuro, el feto continúa con vida. Tampoco habrá aborto en caso de que el feto careciera de vida con anterioridad a la acción, como así tampoco es considerada aborto la expulsión por el desarrollo anormal del feto. Cualquier acción luego del nacimiento prematuro con vida del feto, para quitarle la vida, no encuadra en la figura del aborto, sino en la de homicidio (Soler, 1945).

1.2 El aborto desde el punto de vista médico y médico-legal

En el uso cotidiano, la palabra aborto está relacionada con la interrupción del embarazo de forma voluntaria, sin embargo este puede darse también por otras causas de forma natural y sin la interrupción por parte de un tercero o de la propia madre para ocasionarlo. Se puede definir al aborto como la interrupción del embarazo o la expulsión del feto durante las 20 semanas de gestación o antes de que pese 500 gramos, todo esto desde un punto de vista médico (Cunningham, Leveno, Bloom, Hauth, Rouse, Spong, 2011). Por otra parte desde la perspectiva de la medicina legal, se puede definir al aborto como la interrupción del embarazo y la muerte del producto de la concepción, es decir el feto, sin importar que la interrupción sea en cualquier momento del periodo gestacional, siempre y cuando sea antes del comienzo del nacimiento de forma natural (Patito, 2000).

Siguiendo con la línea de la medicina legal, según las causas por las cuales se ocasiona el aborto, tenemos diferentes clases de este. Así tenemos el aborto espontáneo o patológico, el cual se da de forma natural sin ningún tipo de inducción, son diversos los motivos por los cuales puede acaecer, ya sea causas que tengan que ver con el feto tales como una malformación en este, o un exceso o cantidad anormal de cromosomas, entre otras, como así también puede darse por causas que tengan que ver con la madre tales como enfermedades, tabaquismo, consumo de drogas, consumo de alcohol, entre otras. Por otra parte se encuentra el llamado aborto inducido, dentro del cual existen diversos tipos, los cuales son: el aborto criminal, el cual se produce por la interrupción voluntaria del embarazo provocando la muerte del feto; el aborto preterintencional, el cual es causado por aplicar violencia sobre la mujer cuando no se tiene intención de causar este, y además se tiene conocimiento fehaciente del embarazo o este es evidente; el aborto terapéutico, el cual es el que se practica para evitar un riesgo en la salud o vida de la madre; el aborto jurídico, el cual se practica cuando la concepción es el producto de un abuso sexual; el aborto accidental, que como bien su nombre designa se da de una manera fortuita y no es previsto por el autor, este no es punible para el Derecho Penal, pero es resarcible a los fines del Derecho Civil por medio de una demanda de daños; el aborto por estado de necesidad, el cual es causado para evitar un mal mayor al cual el autor ha sido ajeno; por último tenemos lo que se ha dado

en llamar el aborto indirecto el cual consiste en la muerte del feto producto de una acción lícita, muerte que no es un resultado deseado o esperado (Patito, 2000).

1.3 Regulación con respecto al aborto en nuestro país

El delito en cuestión se encuentra regulado en el Código Penal de la Nación en el libro segundo, título I de los delitos contra las personas, capítulo I de los delitos contra la vida, desde el artículo 85 al artículo 88. Tal como señala Nuñez “lo que primordial y esencialmente señala la criminalidad del aborto es que lesiona el incuestionable derecho a la vida de un ser al que la propia legislación civil le reconoce la calidad de persona” (Nuñez, 2008, p. 23).

El bien jurídico amparado por las distintas figuras de aborto es la vida intrauterina es decir la vida del feto. La tutela de la vida y desarrollo del *nasciturus* surge no solo del texto del Código Penal, sino que también se encuentra receptada de forma expresa en la Constitución Nacional, la cual a partir de la reforma de 1994 introdujo en el artículo 75 inciso 22 un cumulo de tratados sobre derechos humanos, estableciéndose así el deber de protección de la vida a partir del momento de la concepción (Boumpadre, 2011).

El inconveniente se presenta cuando se trata de establecer a partir de qué momento estamos ante una vida humana que sea merecedora de protección penal. Para responder a este inconveniente, se han elaborado dos teorías, una de ellas es la teoría de la fecundación según la cual hay vida humana merecedora de protección penal a partir de que el ovulo es fecundado por el gameto masculino. Por otro lado se encuentra la teoría de la anidación, según la cual estamos en presencia de vida que sea objeto de protección penal a partir del momento en que el ovulo ya fecundado queda asentado en el útero materno -14 días aproximadamente, desde la fecundación- (Boumpadre, 2011).

Generalmente es aceptada la teoría de la anidación. Antes del momento de la anidación, aun no se ha iniciado el proceso de la gestación, por lo que sería incorrecto hablar de vida que sea objeto de protección penal antes de este momento. Aceptar el criterio que sostiene esta teoría, permite sustentar la

atipicidad en casos de embriones fecundados in vitro, como así también en los casos en los que el ovulo aún no ha sido implantado (Boumpadre, 2011).

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la cual como se expresó *ut supra* se encuentra consagrada con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, en su artículo 4. inciso 1 establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.¹

Por su parte el artículo 6 de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño, la cual igualmente se encuentra consagrada con jerarquía constitucional, establece: “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”.² Con relación a esto, el artículo 2 de la Ley 23.849 de ratificación de la mentada Convención establece que “se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.³ Asimismo, en el marco del ordenamiento jurídico argentino, el artículo 19 del Código Civil y Comercial expone “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.⁴

La vida es el primer don de la existencia humana. Ampararla y garantirla es la misión de la ley; el atentado contra ella, la supresión del ente jurídico, constituye el atentado contra todos los derechos.

De ahí que la ley proteja tanto la vida extrauterina, como la intrauterina; por eso, repito, el homicidio y el aborto son las dos formas clásicas de los atentados contra la vida (González, 1934, p. 158).

El aborto es un delito de lesión, instantáneo y de resultado material, cuya estructura exige la concurrencia de tres elementos que son comunes a todas las figuras previstas en el Código Penal: a) una mujer embarazada, b) existencia de un feto y c) la muerte del feto. Puede cometerse por acción o por omisión (impropia) (Boumpadre, 2011, p. 488).

¹ Artículo 4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

² Artículo 6 Convención Sobre Los Derechos Del Niño.

³ Artículo 2 Ley 23.849.

⁴ Artículo 19 Código Civil y Comercial.

El sujeto activo del delito de aborto puede ser cualquier persona que lleve a cabo la acción de quitarle la vida al feto. En cuanto al sujeto pasivo de este, solo puede predicarse esta calidad sobre el feto o embrión. El Código Penal no nos brinda una definición de lo que debe entenderse por aborto, como así tampoco brinda elementos que puedan acercarnos a una (Boumpadre, 2011). Sin embargo, como expresa el propio Boumpadre “desde un punto de vista jurídico se lo puede definir como “interrupción de proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto ocurrida con posterioridad a la anidación del ovulo” (Boumpadre, 2011, p. 489).

La acción típica del delito bajo estudio no es otra que la destrucción del producto de la concepción sea dentro del claustro materno o por la expulsión provocada de este, en cualquiera de las fases de su desarrollo, siempre y cuando sea luego de la anidación y con anterioridad al comienzo del parto natural. No encuadran en la figura estudiada cualquier acción que no implique la destrucción de forma voluntaria e innecesaria del feto, es decir cualquier acción en la cual no se destruya el producto de la concepción es lícita, como así tampoco encuadra en esta figura la expulsión de forma espontánea o natural. Con respecto al medio empleado para causar el aborto, la norma no hace alusión alguna a ningún medio en específico, por lo que se entiende que este puede ser ocasionado por cualquier medio, siempre y cuando con el empleo de estos se cause la muerte del feto (Boumpadre, 2011).

La figura del aborto tiene como una de sus exigencias la preexistencia de una mujer embarazada con anterioridad al acaecimiento de las maniobras abortivas, siendo irrelevante que se haya llegado al embarazo por medios naturales o por medios artificiales. El embarazo debe ser constatado mediante una prueba de peritos especialistas en la materia. Cuando el embarazo no sea real debe considerarse atípica la conducta por falta de objeto material del delito. Este delito, presupone la existencia de un feto que se encuentra con vida dentro del vientre materno y que es viable su desarrollo, independientemente de su viabilidad fuera del vientre. Si el feto se encuentra ya sin vida con anterioridad al comienzo de ejecución del hecho, este es un hecho atípico. Cualquier maniobra abortiva que se realice sobre una mujer que no está embarazada es atípica, independientemente de la responsabilidad penal que corresponda por lesiones en el cuerpo de esta. El

delito se encuentra consumado cuando se logra la destrucción del feto independientemente de su expulsión o no. El aborto es un delito compatible solo con el dolo directo, a excepción del artículo 87 del Código Penal sobre el que trataremos más adelante en este trabajo (Boumpadre, 2011).

El código Penal en su art. 85 establece: “El que causare un aborto será reprimido:

1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de 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 elevara a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer”.⁵

El consentimiento de la mujer hace variar la pena aplicable al tercero que practique el aborto. La pena se agrava considerablemente en caso de no mediar consentimiento, ya que en tal caso la Ley no solo protege la vida del feto, sino que además protege la libertad y la maternidad de la mujer (Soler, 1945). Para que tal consentimiento sea válido, se toma en consideración la imputabilidad penal de la mujer, ya que debe hallarse en condiciones de responder penalmente por el delito que está consintiendo. En aquel caso en que la mujer sea inimputable o si su asentimiento se encontrare viciado, el aborto no será consentido, por lo que cabría responsabilidad penal solo para aquel que practicare el aborto en tales circunstancias (Núñez, 2008).

El máximo de la pena se elevara a quince años cuando no medie consentimiento y se causare la muerte de la mujer, y a seis años para el caso de que se cause la muerte y la mujer haya prestado su consentimiento para el aborto. “Para que el resultado muerte caiga dentro de una de las figuras descritas en el artículo 85, son necesarios dos requisitos: a) dolo de aborto y posibilidad de aborto; b) ausencia de dolo de homicidio. Mientras mueva a la acción el propósito de causar el aborto, es aplicable el artículo 85; si existe dolo de homicidio el resultado es

⁵ Artículo 85 Código Penal de la Nación.

imputable a título de homicidio simple o alevoso en su caso” (Fontan Balestra, s/f, p. 73).

El artículo 86, además de las penas establecidas en el artículo precedente, reprime con “inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena” a los “médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusen de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo”.⁶ Además de esto, establece dos excepciones a la punibilidad de la práctica del aborto, las cuales son, en caso de peligro en la vida o salud de la mujer y en caso de violación o atentado al pudor contra una mujer idiota o demente, sobre estas excepciones tratare y analizare en profundidad en el capítulo II del presente trabajo, por lo pronto me limitare a expresar que estas son las únicas excepciones a la punibilidad del aborto previstas actualmente en el marco del derecho argentino⁷. Con respecto al tipo penal de la primera parte de este artículo se trata del aborto profesional punible, en donde se hace una enumeración taxativa en cuanto al sujeto activo del delito, lo que infiere que no cabría encuadrar dentro de esta tipificación la conducta desplegada por un profesional que no sea de los que se encuentran expresamente enumerados en la norma (Boumpadre, 2011). Como expresamente lo manifiesta el autor citado “El delito es especial propio por cuanto, como ya lo dijéramos, exige una cualidad específica en el autor del hecho” (Boumpadre, 2011, p.502).

De acuerdo a lo que el código dispone en el mentado artículo, el autor de las maniobras abortivas debe realizarlas o cooperar en su realización abusando de su ciencia y arte. Existe este abuso cuando los conocimientos específicos sobre la materia que posee el profesional se usan en pos de la maniobra delictiva (Boumpadre, 2011).

El artículo 87 prevé el aborto preterintencional, estableciendo “será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”.⁸ Con respecto a esto expresa Nuñez “El embarazo es notorio si, por su exteriorización, la generalidad puede advertirlo sin esfuerzo. Al autor le consta el embarazo si tiene certeza de que la mujer ha

⁶ Artículo 86 Código Penal de la Nación.

⁷ Artículo 86 Código Penal de la Nación.

⁸ Artículo 87 Código Penal de la Nación.

concebido” (Núñez, 2008, p. 27). Se trata de una figura preterintencional que difiere de la del homicidio en cuanto a su significado, ya que aquí no se tiene en consideración el medio que haya empleado el autor del hecho, sino que la preterintencionalidad del tipo bajo análisis tiene que ver con que el autor, que aplica la violencia sobre la mujer, no persigue como resultado ni tiene como finalidad última causar el daño y la muerte del feto, si no que su violencia está dirigida en perjuicio de la mujer (Núñez, 2008).

Para terminar de aclarar esto, con respecto al homicidio preterintencional el Código Penal en su artículo 81 inciso b establece: “ Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte”.⁹

La figura del aborto culposo no se encuentra prevista en CP argentino, decir que el artículo 87 prevé este es un error, puesto que se trata de un delito preterintencional, toda vez que el estado de embarazo de la mujer, exige la norma, debe constarle o ser notorio para el autor de la violencia. Lo que exige la figura del mentado artículo es que se ejerza violencia sobre la mujer, pero sin el fin último de causar el aborto. Este hecho puede concurrir, en caso de resultar la muerte de la mujer, con la figura del homicidio preterintencional (Soler, 1945). No se trata de un aborto culposo, ya que el autor de la violencia tiene intención y actúa conscientemente con el objetivo de causar un daño a la salud de la mujer, por todo esto es incorrecto hablar de culpa, ya que el actuar culposo en derecho penal tiene que ver con un obrar negligente y descuidado (Nuñez, 2008).

Si el legislador hubiera querido configurar este tipo de aborto a título de culpa, lo hubiera así tipificado expresamente, como lo hizo con otras figuras culposas, más aun si no perdemos de vista el sistema de *numerus clausus* escogido por el Código Penal argentino para sancionar los tipos culposos. De otra manera, con un criterio tan amplio, podríamos considerar la posibilidad culposa frente a cualquier delito (Boumpadre, 2011, p. 543)

⁹ Artículo 81 Código Penal de la Nación.

Por otra parte existe la postura de que estamos ante una hipótesis de dolo eventual, teniendo en cuenta que el autor, al momento de emplear violencia sobre el cuerpo de la mujer, ejecuta el hecho siendo consciente del estado de embarazo de la mujer y previendo la posibilidad de que, mediante esa violencia, se ocasione la muerte de la mujer, por lo que queda equiparado a quererlo. El autor a pesar de conocer el posible resultado del aborto menosprecia este, prosigue con su accionar violento sin importarle la posibilidad del aborto (Boumpadre, 2011).

El artículo 88 por su parte establece que la mujer que causare su propio aborto o prestare consentimiento para que otro se lo cause será reprimida con uno a cuatro años de prisión. Establece además que la tentativa de la mujer no es punible. Se hallan contempladas en este artículo dos figuras, la de la mujer que causa su propio aborto, y la de la mujer que consiente en que otro se la practique. En el caso de la ejecución de las maniobras abortivas llevadas a cabo por la propia mujer, no son incompatibles con la participación o cooperación de terceros en el hecho, siguiéndose aquí lo establecido por los arts. 45 y 46 del Código Penal sobre participación criminal. El supuesto en el cual la mujer presta su consentimiento para que otro practique el aborto, debe interpretarse esta figura en consonancia y de manera conjunta con el artículo 85 inciso 2° del mismo cuerpo legal. En caso de que la mujer se retracte en su consentimiento, siempre y cuando lo haga de manera fehaciente y antes de la realización de la práctica, esta no será pasible de pena alguna, más el medico será pasible de la pena establecida en el 85 inciso 1° (Boumpadre, 2011).

La tentativa de aborto de la propia mujer no es punible, excusa absolutoria que no solo beneficia a la mujer sino que también puede extenderse a los cómplices. Esta excusa está fundamentada en que sería un escándalo innecesario llevar adelante un proceso judicial motivo de un hecho el cual queda reservado para la intimidad de la mujer y que carece de repercusión en la sociedad (Boumpadre, 2011).

Según expone Soler la tentativa de la mujer no es punible en cualquier forma, ya sea como delito imposible por no existir embarazo, o también porque se frustra el fin perseguido y el feto permanece con vida. Establece además el autor, que los cómplices de la mujer, en caso de tentativa, son también impunes, siempre

que estos actúen en calidad de cómplices y no de partícipes en la ejecución del hecho, en cuyo caso es punible la tentativa incluso para la mujer (Soler, 1945).

CONCLUSIONES PARCIALES

El presente capítulo ha brindado las nociones introductorias acerca del aborto, se ha establecido lo que se entiende por aborto, ya sea desde el punto de vista legal, como así también desde el punto de vista médico y médico-legal. Se ha dejado en claro que el aborto es un delito contra la vida del feto, además de haber definido claramente el aborto preterintencional y la diferencia con la preterintencionalidad en el homicidio, también se ha establecido en forma concreta que la tentativa de la mujer no es punible. Por otra parte se ha dejado en claro que la figura del aborto culposo no se encuentra tipificada en el Código Penal de la Nación.

A lo largo del presente capítulo hemos podido observar la diferencia del concepto de aborto desde el punto de vista médico con el punto de vista médico-legal, que más allá de coincidir ambas posturas en que el aborto es la extracción prematura del feto, se diferencian en que la primera establece un cierto periodo de tiempo o de peso del feto, mientras que la segunda postura no hace distinción alguna sobre el tiempo gestacional ni el peso de este. Además hemos percibido que el marco regulatorio argentino es claro y tajante en pos de proteger la vida del producto de la concepción, considerando a este como persona más precisamente como un niño, como así también hemos podido observar que diversos autores confluyen y concuerdan en cuanto al tema del aborto, en que es un atentado contra la vida y que el feto es digno de protección desde el momento mismo de la concepción. Por otra parte, solo en excepcionales casos se establece la no punibilidad de este delito, excepciones que se estudiarán en profundidad en el capítulo siguiente.

Por lo pronto, concluiremos en que todo el marco regulatorio argentino como el ámbito médico establece una indudable postura a favor del desarrollo y consecución del embarazo en la mujer, castigando a todo aquel que atente contra la

vida intrauterina, hallándose un gran marco de normas y principios que avalan esta postura, postura que solo cede ante taxativas excepciones a la punibilidad.

CAPITULO II

Supuestos de excepción a la punibilidad del aborto

En el presente capítulo se abordarán y se analizarán en profundidad las excepciones a la punibilidad del aborto que establece el Código Penal. Se precisará con la mayor exactitud posible la definición de lo que se entiende por aborto terapéutico y se profundizará sobre este tipo de aborto, como así también se determinará una definición de lo que se entiende por aborto eugenésico y se detallará lo más acabadamente posible acerca del mismo. Se intentará precisar todo lo concerniente a estas dos excepciones tratando de esclarecer a fondo de que se trata y como se da cada una de ellas.

2.1 El aborto terapéutico

El artículo 86 del Código Penal, en su inciso 1° establece “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.”¹⁰

Esto es lo que se conoce como aborto terapéutico. Incluso antes de que se sancione esta excepción, los médicos ya realizaban y practicaban el aborto terapéutico en casos en los cuales corriera peligro la salud de la mujer y eventualmente la vida, amparándose en su momento en el estado de necesidad, haciendo un mal para evitar uno mayor, lo cual se encuentra previsto en el artículo 34 inciso 3° del Código Penal (Rojas, 1936).

Según expresa Nuñez “Esta causa de justificación no requiere que concurran las condiciones de un estado de necesidad (CP art. 34, inc. 3°). Se trata de un aborto justificado porque es indispensable “para la salud o la vida de la madre” (Nuñez, 2008, pág. 29). Para terminar de dilucidar esta cuestión, el artículo 34 inciso 3° del Código Penal establece expresamente “No son punibles: ...3°. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”.¹¹

Lo que plantea en definitiva la hipótesis de la norma, es que ante el peligro grave e inminente de la salud o la vida de la madre, lo único que la ponga fuera de

¹⁰ Artículo 86 Código Penal de la Nación.

¹¹ Artículo 34 Código Penal de la Nación.

peligro sea la práctica del aborto, es decir que la única solución ante el problema que pueda presentar la mujer en su salud es la realización de un aborto, es decir cuando este peligro no pueda ser evitado por otros medios. En caso de que la mujer no prestare el mentado consentimiento ya sea por hallarse imposibilitada o por no querer prestarlo, el médico aún podría actuar de forma impune amparándose en el estado de necesidad establecido en el art. 34 inciso 3° del Código Penal (Boumpadre, 2011). Como expresamente expone patito “resulta esencial la existencia de un peligro cierto para la salud de la madre siendo el daño que se quiere evitar, una amenaza comprobable que justifique la práctica de la interrupción del embarazo” (Patito, 2000, p. 308).

Asimismo, la intervención prematura del embarazo, por la presencia de un feto que padece anencefalia (carece de cerebro) no encuadra en la figura del delito de aborto, puesto que la muerte del no nato no deviene como resultado de la interrupción del proceso de gestación, si no que por el contrario la causa de su deceso sería la inviabilidad de vida extrauterina y de desarrollo que posee por la afección que padece (Nuñez, 2008).

Sobre esta cuestión, el 29 de Mayo de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado un fallo trascendental y sin precedentes en la materia. Como ya se dijo a principios de 2013, B.¹² una mujer del estado de El Salvador de 22 años de edad, que se encontraba en estado de preñez, padece de lupus sistémico eritematoso, la cual es una enfermedad en la que el sistema inmune confunde ataques al cuerpo con tejido interno, y además padece de nefritis lúpica, que consiste en un desorden del riñón y además es una complicación al lupus sistémico eritematoso. Además de esto los médicos habían diagnosticado una anencefalia del feto, lo cual quiere decir que el feto carece de cerebro, lo que conlleva a la inviabilidad de la vida extrauterina. Por todo ello es que los doctores, dado el estado de salud de B. y dadas las condiciones del feto, habrían recomendado que se intervenga lo antes posible el embarazo puesto que se agrava la situación a medida que avanza el periodo gestacional y podría correr peligro no solo la salud de la paciente sino también podría darse un resultado letal para esta (Mollman, 2014).

¹² Letra utilizada para proteger la identidad de la peticionaria.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, le requirió al estado de El Salvador que llevara a cabo el procedimiento médico recomendado por los profesionales, a lo que el estado requerido se negó aduciendo que no era necesaria la interrupción del embarazo y que el estado de salud de B. era estable. Por esto es que la Comisión elevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un pedido de medidas provisionales a favor de B. Con respecto a esto la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 63 inciso 2 establece expresamente “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que este conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”¹³. Lo anterior además, se encuentra plasmado en el artículo 27 del Reglamento de la Corte IDH.

La Corte IDH, en virtud de las facultades que le confieren el artículo 63 inciso 2 y el artículo 27 del Reglamento de esta, resolvió previa verificación del cumplimiento de los requisitos del artículo 63.2 (Gravedad, urgencia y posible daño irreparable) acerca de las medidas provisionales, requiriendo al estado de El Salvador que adopte de manera urgente todas las medidas necesarias para garantizar, que el grupo médico que se encuentra tratando a B. pueda, sin ningún tipo de injerencia, llevar a cabo todas las medidas que considere necesarias a fin de resguardar el derecho a la vida y a la integridad personal consagrados en los artículos 4 y 5 respectivamente de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, para de esta forma prevenir daños irreparables que pudiesen ocasionarse de no llevarse a cabo el procedimiento considerado idóneo¹⁴.

La importancia del fallo citado precedentemente radica en que fue la primera vez que la Corte IDH se pronunció acerca de la materia, inclinándose por la interrupción del embarazo en caso de que la prosecución de este la cause un perjuicio para la vida o la salud de la madre, teniendo en cuenta además, que la cuestión del aborto no es objeto de tratamiento expreso en la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹³ Artículo 63 Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

¹⁴ CIDH “Resolución de Medidas Provisionales Respecto de El Salvador, Asunto B” 29 de Mayo de 2013.

2.2 El aborto eugenésico

El Código Penal en su artículo 86 inciso segundo establece expresamente que el aborto será impune “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”¹⁵. Esto es lo que ha dado en llamarse aborto eugenésico.

La norma regula el supuesto en que una mujer idiota o demente haya quedado embarazada producto de una violación o de un atentado al pudor, y conforme al sistema de *numerus clausus*, puede inferirse que no se incluyen otro tipo de delitos sexuales. Cabe aclarar aquí, que mediante la reforma instaurada por Ley 25087, estos delitos ya no son denominados violación o atentado al pudor, siendo estos actualmente considerados como abusos sexuales. Ahora bien, el artículo 120 del Código Penal establece el abuso sexual mediante el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, en este caso surge el interrogante sobre la posibilidad de practicar un aborto eugenésico dadas estas condiciones, en principio debe responderse negativamente, ya que la norma del artículo 86 es taxativa al respecto. Tampoco se encuentra receptado en este precepto legal el caso de un abuso sexual cometido sobre una mujer que no es idiota o demente, incluso en caso de que el feto padezca algún tipo de enfermedad física o mental (Boumpadre, 2011). Sobre este punto Patito expone que “hay que destacar, que la legislación actual no autoriza la práctica del aborto en caso de violación en mujeres normales. Solamente lo autoriza en caso de que el delito de violación o atentado al pudor -hoy “abuso sexual”- hubiere sido cometido en una “mujer idiota o demente” de resultas del cual la mujer queda embarazada” (Patito, 2000, p. 308).

Por otra parte Soler establece que la impunidad que la norma establece, debe entenderse extendida a cualquier caso de violación, no solamente al de la mujer demente o idiota, siendo necesario en este último caso además el consentimiento del representante legal de esta (Soler, 1945).

¹⁵ Artículo 86 Código Penal de la Nación.

La mujer debió haber sido abusada sexualmente mientras se encontraba en estado de idiotez o demencia, no bastando que la demencia o idiotez sea un acaecimiento posterior al hecho delictivo. Más allá de que pueda preexistir, no es necesaria la declaración mediante un proceso judicial del estado de demencia o idiotez, quedando al criterio del profesional médico fundándose en su conocimiento científico en la materia (Nuñez, 2008). Con respecto a esto Patito expresa que “dentro de la “idiocia” se incluye el retraso mental moderado y grave, excluyéndose a la “débil mental” o sea el retraso mental leve” (Patito, 2000, p. 308).

2.2.1 El embarazo producto de un abuso sexual cometido sobre cualquier mujer

Sobre la interpretación y el alcance del artículo 86 inciso segundo del Código Penal, se han establecido diferentes posiciones doctrinarias al respecto, hay quienes, como es el caso de Boumpadre y Patito consideran que la norma del artículo 86 inciso segundo solo comprende a las mujeres idiotas o dementes, y hay quienes, como es la postura de Soler, consideran que este precepto legal incluye también a cualquier mujer que no necesariamente padezca de demencia o idiotez.

Para poner fin a las especulaciones, el 13 de Marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado un fallo trascendental en la materia marcando un antes y un después con respecto a las controversias que genera la interpretación al artículo 86 inciso segundo del Código Penal. Con respecto a los hechos que motivaron el fallo, el 14 de Enero de 2010 A.F¹⁶, solicito, en favor de su hija A.G de 15 años de edad, a la justicia penal de Chubut, ante quienes se instruía una causa por abuso sexual en contra de O.C esposo de A.F, que se autorizara la realización de un aborto, tomando como base lo dispuesto por el Código Penal en su artículo 86 incisos primero y segundo. En aquella ocasión A.F señalo que el día 3 de Diciembre de 2009, había realizado la denuncia ante el Ministerio Publico por la violación cometida por su esposo en perjuicio de su hija. El día 23 del mismo mes mediante un certificado médico se expuso que la niña

¹⁶ Siglas utilizadas para proteger la identidad.

cursaba la octava semana de su embarazo. Ante la petición el Juez se declaró incompetente para adoptar medidas como la peticionada, ordenando el pase de actuaciones a la Fiscalía la cual siguió el mismo rumbo declarando su incompetencia.¹⁷

El 22 de enero del año 2010, la peticionaria reitero su pedido, acerca de la autorización para abortar en favor de su hija, ante la justicia de familia la cual rechazo la petición, pese a que los informes del equipo interdisciplinario habrían expuesto que A.G. manifestaba signos de depresión y tendencia suicida, y que vivía el embarazo como algo extraño y ajeno a ella misma por la forma en la que se produjo este, manifestando además el equipo que la continuidad del embarazo era perjudicial para su salud no solo mental, sino también física, existiendo incluso riesgo de vida. Posteriormente el 8 de Marzo de aquel año, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Chubut, revoco la decisión tomada en la instancia precedente, admitiendo y autorizando la petición realizada por A.F., acordando el Tribunal entre otras cosas que el caso encuadraba con la figura del artículo 86 inciso segundo. Por todo lo expuesto, es que el 11 de Marzo del mismo año, se llevó a cabo la interrupción del embarazo de A.G. en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew¹⁸.

El fallo emitido por el Tribunal fue recurrido mediante un recurso extraordinario, interpuesto por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor *Ad-litem* y Asesor de familia e incapaces, quien como agravio planteo la vulneración del derecho a la vida del feto garantizado en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos a los cuales nuestra nación se encuentra adherida, recurso que fue concedido por tratarse de una cuestión de gravedad institucional. Radicada la causa ante esta instancia, se le confiere traslado a la Defensora General de la Nación, quien actuaba en representación de A.G., esta manifestó que debía confirmarse la sentencia apelada, ya que entendía que en todos los casos de violación debe ser de aplicación el artículo 86 inciso segundo del Código Penal, por consiguiente debe ser impune la realización de una práctica abortiva en tales casos, y no solo en caso de que se trate de una mujer idiota o demente. Por otra parte, se corrió traslado a la Defensora

¹⁷ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” del 13 de Marzo del 2012.

¹⁸ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” del 13 de Marzo del 2012.

Publica de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del nasciturus y requirió que se revocara la sentencia recurrida. Ulteriormente se remitió la causa al Procurador Fiscal, quien manifestó que se trataba aquí de una cuestión abstracta. Al respecto la CSJN manifestó entre otras cosas, que “para el ejercicio de su jurisdicción no resultan obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. en el Centro Materno Infantil de Trelew.”¹⁹. Además de ello el tribunal manifestó que teniendo en cuenta la celeridad con que se desenvuelven las situaciones como la expuesta en autos, resulta casi imposible que llegada esta instancia la causa no haya devenido en abstracta. Concluyendo sobre este punto que “se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro”²⁰.

La Corte en concordancia con los principios de igualdad y de prohibición de todo tipo de discriminación, considera que debe realizarse una interpretación amplia de la norma del artículo 86 inciso segundo del Código Penal, debiendo considerarse impune la práctica abortiva, no solo en mujeres idiotas o dementes, sino también en cualquier caso en que una mujer que haya sido víctima de un abuso sexual y que el producto de este sea un embarazo.

En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos solo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida²¹.

¹⁹ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” considerando 5º, 13 de Marzo del 2012.

²⁰ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” considerando 5º, 13 de Marzo del 2012.

²¹ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” considerando 15, 13 de Marzo del 2012.

Además de lo expuesto supra, siguiendo la misma línea argumentativa, la corte expresa que de la sola lectura del inciso segundo del mentado artículo, puede inferirse que la intención del legislador fue incluir a todas las mujeres, puesto que expresamente dejó establecido "... si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente", quedando en evidencia su intención de prever dos supuestos distintos al utilizar una conjunción disyuntiva (o)²².

Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exegesis en sentido contrario- que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental- amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.²³

Por todo lo expuesto supra, entre otras cosas, la Corte fallo declarando procedente el recurso y confirmando la sentencia apelada. Además de esto, exhortó a las autoridades de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que sean competentes en la materia, para que mediante el mecanismo más idóneo, se fijen protocolos hospitalarios para la atención de los abortos en casos no punibles y para atención integral en los casos de personas víctimas de abuso sexual. Por último, la Corte fallo exhortando al Poder Judicial nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a abstenerse de judicializar los casos de abortos no punibles previstos en la Ley²⁴. Como exponen Sansone y Artabe "si bien desde la sanción del Código Penal existía el aborto legal, por los motivos señalados, la imposibilidad de su acceso se ha traducido en años de violación del derecho existente" (Sansone y Artabe, pág. 280, s.f). Este fallo fue realmente bisagra en la materia, puesto que con anterioridad al mismo existían más dudas que certezas con respecto a la interpretación que debía asignarse a la norma

²² CSJN autos caratulados "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" del 13 de Marzo del 2012.

²³ CSJN autos caratulados "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" considerando 17, 13 de Marzo del 2012.

²⁴ CSJN autos caratulados "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" del 13 de Marzo del 2012.

del artículo 86 inciso segundo, y con posterioridad a este fallo el panorama parece haberse aclarado y las dudas con respecto a la interpretación han quedado disueltas.

CONCLUSIONES PARCIALES

En el presente capítulo se han desarrollado y estudiado en profundidad, las únicas dos excepciones a la punibilidad del aborto instauradas en el Código Penal desde su sanción. Se ha definido lo que se entiende por aborto terapéutico y que es lo que establece el código con respecto a este y las diferentes posturas doctrinarias existentes acerca de esta excepción. Por otra parte se ha analizado el supuesto contemplado en el inciso segundo del artículo 86 del Código, también conocido este supuesto normativo como aborto eugenésico, analizando además las posturas doctrinarias disidentes que existen con respecto a este precepto legal no existiendo un acuerdo ni una postura unánime.

Lo cierto con respecto al mentado artículo, es que se presta para que se realicen las más variadas interpretaciones acerca del mismo, por otra parte se halla desactualizado, puntualmente el inciso segundo de este artículo puesto que hace una distinción innecesaria acerca de las mujeres que son víctimas de un abuso sexual y producto de él quedan embarazadas, generando así que se vulnere el derecho de muchas mujeres que han sido víctimas de este delito, a la práctica de un aborto en condiciones legales. Acerca de esto se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejando establecido que interpretar este precepto de forma restrictiva y no amplia, es caer en un acto discriminatorio y en una diferenciación innecesaria, por ello la importancia del fallo “F.A.L”, este fallo claramente despejó todo el panorama y lo aclaró.

Por lo pronto concluiré que el artículo 86 necesita una reforma lo más pronto posible, para poder adaptarse al contexto social y jurídico actual, más allá de que la Corte haya sentado un precedente importante despejando todo tipo de controversias y dudas, se hace necesario que el Poder Legislativo en este caso,

establezca una norma que sea autosuficiente y que no deje el camino libre a las confusiones, teniendo en cuenta los derechos que hay en juego.

CAPITULO III

**Cuestiones fácticas acerca
de la práctica impune del
aborto**

En el presente capítulo se abordara todo lo concerniente a las cuestiones prácticas acerca de la realización de un aborto bajo los preceptos legales establecidos en el Código Penal. Puntualmente se analizara quien es en primera instancia quien debe constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y decidir llevar a cabo la práctica abortiva. Por otra parte se analizara si es necesaria la autorización judicial para la realización del aborto impune. Por último se analizara la cuestión del secreto médico y la posibilidad de incriminar a una mujer por la denuncia realizada por un profesional de la medicina.

3.1 La constatación de los requisitos de no punibilidad establecidos en el Código Penal

En el año 2003 se creó, mediante la sanción de la Ley 25.673, el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación (Arcuri, 2012). Producto de este programa, entre otras cosas, y del fallo “F.A.L.” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se crea en el año 2016 el Protocolo Para la Atención Integral de las Personas Con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo.

Según establece el Protocolo “El actor clave para el acceso sin discriminación de todas las personas a sus derechos sexuales y reproductivos es el equipo de salud, integrado por médicos/as, psicólogos/as, trabajadores/as sociales, enfermeras/os y demás personas que reciban y/o intervengan en la atención de ILEs²⁵. También son actores importantes el personal administrativo y de seguridad de los establecimientos”²⁶. Además de esto el protocolo indica que simplemente es necesaria la intervención de un solo médico para la constatación de los requisitos de no punibilidad previo a la realización de la practica abortiva en la situación concreta, quedando implícito así que quien es el primer responsable en la constatación del cumplimiento de los requisitos establecidos por el Código Penal es el medico interviniente²⁷.

²⁵ Siglas que significan interrupción legal del embarazo.

²⁶ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, página 19, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

²⁷ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

3.1.2 El requerimiento de autorización judicial para la realización de la práctica abortiva

En los supuestos que encuadren, ya sea en la figura del inciso primero, o en la del segundo del artículo 86 del Código Penal, no es necesario el requerimiento de autorización judicial por parte del médico interviniente, quedando a su criterio y responsabilidad decidir si la mujer cumple con los requisitos establecidos en la norma y en caso de ser así llevar a cabo la interrupción del embarazo (Nuñez, 2008). Coincidiendo con esto, acerca de la práctica del aborto constatadas las condiciones y los requisitos por el médico, Patito expresamente dice que “Es necesario destacar que para efectuarlo es necesario contar con el consentimiento de la mujer embarazada y que no hace falta solicitar la autorización judicial para realizarlo ni tampoco informar que se ha practicado” (Patito, 2000, p. 308).

El Código Penal no contiene ninguna disposición que haga referencia al tema en cuestión. La práctica del aborto en las circunstancias del art. 86 solo requiere la concurrencia de las condiciones exigidas por la norma, esto es, dadas las circunstancias para el aborto terapéutico o eugenésico, es necesario que lo practique un médico diplomado, con el consentimiento de la embarazada(o del representante legal, en el caso). La autorización judicial no es necesaria como condición previa para el aborto, ni el juez está obligado intervenir frente a una petición expresa en tal sentido. El juez, sea del fuero penal o civil, carece de competencia para decidir una cuestión de esta naturaleza. La decisión para abortar, en estos casos, pertenece al ámbito privado del individuo, sin que ello importe compromiso alguno para el orden público ni para los derechos de terceros (Boumpadre, 2011, p. 506).

En sendos sentidos se expresó el máximo Tribunal de la Nación, en el fallo “F.A.L” tratado en el capítulo anterior. La Corte, entre otras cosas, argumentó que una persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 86 inciso primero o segundo del Código Penal, no está obligada a solicitar la autorización judicial, partiendo de la base del artículo 19 de la Constitución Nacional que

expresamente reza “Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Teniendo en cuenta ello y que el artículo 86 no establece como requisito la autorización judicial, debe inferirse, que no es un requisito para la realización de la práctica abortiva la mentada autorización²⁸.

Además de lo expuesto supra, la Corte considera que a pesar de estar establecidos los supuestos en los cuales el aborto es impune en el Código Penal hace más de 90 años, se sigue sosteniendo hasta hoy en día una práctica que va más allá de lo que la Ley establece y que se ha transformado en una verdadera costumbre que está por encima del derecho, la cual se encuentra fomentada por los médicos y los distintos operarios del Poder Judicial de las distintas jurisdicciones, exigiéndose requisitos que no se hayan estipulados en la norma, tales como la autorización judicial para llevar a cabo la práctica²⁹.

[...] 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 médico³⁰. Que hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el Judicial, cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2°, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido³¹.

²⁸ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” del 13 de Marzo del 2012.

²⁹ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” considerando 19, del 13 de Marzo del 2012.

³⁰ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” considerando 22, del 13 de Marzo del 2012.

³¹ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” considerando 23, del 13 de Marzo del 2012.

3.1.3 Procedimiento para llevar a cabo la interrupción legal del embarazo

Toda persona tiene derecho a la interrupción del embarazo, cuando se encuentre dentro de las causales previstas en el artículo 86 del Código Penal. Teniendo en cuenta que las personas que se encuentran en estado de preñez y que se hayan bajo las condiciones establecidas en el mentado artículo (embarazo producto de una violación, o peligro en la salud o vida de la madre), probablemente atraviesen por un momento de sensibilidad y muy delicado, es que se hace necesaria una atención que sea integral. Lo que quiere decir, entre otras cosas, es que es recomendable para el establecimiento que debe llevar a cabo el abordaje y la práctica, que cuente con un conjunto de profesionales de distintas áreas, no solo del área de la medicina³². Hay que aclarar aquí, que tal como lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el medico puede ejercer su derecho de objeción de conciencia, lo que no debe dilatar el proceso de atención a la persona con derecho a la interrupción legal del embarazo, exigiéndose que la persona que haga la mentada objeción la realice al momento de ingresar al establecimiento de salud³³. La objeción de conciencia permite el incumplimiento de un deber legal basándose en motivos morales y personales de cada persona. Si bien no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución Nacional, la mentada objeción de conciencia se desprende del artículo 14 de este cuerpo legal, el cual establece la libertad de conciencia y de culto, igualmente se desprende del artículo 19 que establece el derecho a la autonomía (Navarrete, s/f, pág. 25).

Son múltiples las maneras en que una persona con derecho a un aborto legal entra en contacto con el sistema de salud, ya sea que la propia mujer se acerque al establecimiento conociendo su derecho y requiriendo que se la practique el aborto, o ya sea que los médicos detecten que una mujer se encuentra en condiciones de solicitar la interrupción legal del embarazo. El protocolo expresamente establece que “En estos casos, el profesional interviniente debe ofrecer a la mujer una consejería o derivarla donde pueda realizarla, para que ella pueda decidir

³² Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

³³ CSJN autos caratulados “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” del 13 de Marzo del 2012.

informada y autónomamente, si desea continuar o no con el embarazo. Asimismo, si ella lo decide, se debe disponer la realización de la ILE lo antes posible”³⁴.

Los médicos y profesionales de la salud cumplen un papel muy importante, ya que son ellos los que deben brindarle información a la mujer con derecho a un aborto legal. En caso de que el medico detecte a una mujer que está embarazada, pero no se haya bajo ninguna de las causales de no punibilidad expresadas en la norma, debe derivarla a una consejería para evitar que ella misma exponga su salud de cualquier forma por interrumpir su embarazo³⁵.

Como lo establece expresamente el protocolo “La consejería es un espacio de información que tiene el objetivo de que la persona pueda tomar decisiones autónomas”³⁶. Es crucial que se le brinde toda la información posible a la persona, para que esta tenga la posibilidad de decidir cuál es la mejor opción. Se debe informar cuales son los requisitos para acceder a una interrupción del embarazo de forma legal, en caso de que peligre la salud de la mujer debe informarse sobre los riesgos que acarrea la práctica, y en caso de que el embarazo sea producto de un abuso sexual debe hacerse conocer que puede denunciar el hecho, pero que no es un requisito para la realización de la práctica abortiva. Debe dejarse en claro que todo lo que se diga a lo largo del proceso es confidencial, y que no sea realizada ningún tipo de maniobra si no es con el consentimiento de la mujer o del representante legal en su caso. Además de todo ello debe informarse a la mujer que se respetaran los tiempos de su decisión, pero sin embargo se le hará saber que mientras más avance la gestación, mayores son los riesgos de llevar a cabo la práctica³⁷.

En la historia clínica de la paciente debe constar todos los pasos realizados a través del proceso, además de ello debe encontrarse adjunta la documentación requerida para acceder a la práctica, es decir el consentimiento informado, y la declaración jurada para los casos de violación, hay que aclarar que en estos últimos no es necesario ni debe indagarse acerca del hecho si es que la mujer no quiere

³⁴ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, pagina 23, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

³⁵ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

³⁶ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, pagina 25, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

³⁷ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

brindar detalles. El consentimiento informado implica que la persona ha recibido toda la información que necesita y en base a esta ha tomado la decisión libre y autónoma de interrumpir su embarazo, manifestando este consentimiento mediante un documento firmado por la mujer a quien se le practicará el aborto. En caso de que se trate de una menor de 14 años el consentimiento debe ser expresado además por su representante legal, como así también en el caso de una mujer incapaz. Cuando la mujer manifieste que el embarazo haya sido producto de una violación el médico debe solicitarle que realice una declaración jurada en la cual exprese que ha sido víctima de un abuso sexual. El consentimiento informado y la declaración jurada en su caso, son los únicos requisitos que se deben exigir para realizar una interrupción de un embarazo legal³⁸. No es requisito en caso de violación, la denuncia sobre el hecho como ya se expresó con anterioridad en este trabajo.

En caso de que la mujer decida llevar a cabo la interrupción del embarazo, el médico/a que se encuentre tratando a esta, debe decidir cuál es el método más adecuado para llevar a cabo la interrupción. Se deben efectuar una serie de exámenes a la mujer, se debe estimar la edad gestacional, los antecedentes médicos y quirúrgicos que sean oportunos y pertinentes, los antecedentes ginecológicos y obstétricos, y por último tratar de dilucidar cuál es su situación psicológica y emocional. Además de ello el médico debe efectuar los exámenes físicos ya sea generales y ginecológicos. Incluso pueden llevarse a cabo estudios complementarios tales como estudios de laboratorio y ecografías³⁹.

Una vez que se ha llevado a cabo todos los exámenes mencionados supra, se debe llevar a cabo la práctica abortiva mediante el procedimiento considerado más idóneo para el caso y brindando a la mujer la posibilidad de elegir el procedimiento por el cual quiere abortar. El procedimiento puede ser llevado a cabo mediante la administración de medicamentos o llevándose a cabo una práctica instrumental. En cuanto al procedimiento mediante medicamentos el Protocolo establece expresamente “La medicación de elección recomendada por la OMS⁴⁰ es misoprostol combinado con mifepristona, ya que este último medicamento aumenta considerablemente la efectividad del tratamiento, disminuye el tiempo de

³⁸ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

³⁹ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

⁴⁰ Organización Mundial de la Salud.

respuesta y el dolor”⁴¹. Más allá de lo expresado puede implementarse el tratamiento solo con misoprostol, ya que es posible que no se consiga la mifepristona, destacando aquí que el método del misoprostol sumado a la mifepristona es más efectivo⁴².

Por otra parte, se encuentra el procedimiento instrumental, el cual puede ser llevado a cabo mediante aspiración de vacío, o mediante un raspado o legrado uterino. Se recomienda llevar a cabo la práctica mediante aspiración de vacío, puesto que es un procedimiento más sencillo y menos doloroso. La técnica de aspiración de vacío “consiste en la evacuación del contenido uterino a través de una cánula plástica unida a una fuente de vacío”⁴³.

3.2 El secreto profesional en contraposición con la obligación de denunciar el aborto

Con respecto al secreto profesional el artículo 156 del Código Penal establece expresamente “Sera reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”⁴⁴.

Sin embargo, por otra parte, el artículo 177 inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación establece que “Tienen obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: [...]2°) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”⁴⁵. Asimismo el artículo 277 del Código Penal tipifica el delito de encubrimiento, estableciendo particularmente en su inciso 1 d “ Sera reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en

⁴¹ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, página 33, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

⁴² Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

⁴³ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, página 41, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016.

⁴⁴ Artículo 156 Código Penal de la Nación.

⁴⁵ Artículo 177 Código Procesal Penal de la Nación.

el que no hubiera participado:[...] d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole”⁴⁶.

La cuestión de la revelación del secreto profesional para denunciar un delito de aborto que ha sido conocido mediante una relación paciente-medico, en la cual la paciente confía en el medico y le revela el hecho delictivo, ha generado diversas controversias y posturas a favor como en contra de la revelación de dicho secreto. Más allá de si el médico debe o no denunciar a su paciente habiendo tomado conocimiento del hecho con motivo de su atención, hay un cierto consenso en la práctica, tendiente a la protección de la privacidad y confidencialidad, ponderándose el secreto profesional establecido en el artículo 156 del Código Penal (Patito, 2000).

En sendos sentidos se pronunció la Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, estableciendo que “no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no-, pero si corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices”⁴⁷.

Entre los argumentos a favor de la postura expuesta supra, se expresó entre otras cosas, que la justa causa de revelar un secreto, a la que hace referencia el art. 156 del Código Penal, es una causa exclusivamente legal, por lo que únicamente puede ser una ley la que exima al profesional de no guardar secreto de lo que tomare conocimiento en ocasión de ejercer su función. Asimismo se expresó que si la intención de los legisladores fuera imponer la obligación de denunciar y revelar un secreto en cualquier caso, esta intención ya se habría visto plasmada en la legislación vigente. Además de esto se adujo expresamente que “El artículo 18 de la Constitución Nacional dice que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí

⁴⁶ Artículo 277 Código Penal de la Nación.

⁴⁷ Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional “Frías Natividad s/ Aborto” del 26 de agosto de 1966.

mismo”, y una forma larvada, cruel e innoble de conculcar el precepto es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito”⁴⁸.

Siguiendo con los argumentos a favor de la decisión tomada por el Tribunal, se hizo hincapié en que la persona que recurre a pedir auxilio de un médico, por una lesión provocada por si misma aunque esta sea delictuosa, encuentra resguardo en el secreto profesional. Distinto es aquel caso en el cual es un extraño el que provoco las lesiones, en cuyo caso la acción delictuosa es ajena a la relación que existe entre el paciente y el médico, debiendo el profesional, en este caso, denunciar el hecho ejecutado por terceros, exceptuándose esta obligación en aquellos delitos en los que la acción depende de instancia privada. Asimismo como el Código Procesal Penal de la Nación establece que no pueden ser admitidos como testigos los médicos en aquellos hechos que hayan llegado a su conocimiento en ejercicio de su profesión, pudiendo ser librados de la obligación de no prestar declaración únicamente por el interesado, debe inferirse que tampoco deben denunciar esos hechos ya que la *ratio legis* es la misma⁴⁹.

En su voto el Doctor Frías Caballero expresamente dijo, entre otras cosas, que “ la mujer urgida por la necesidad de asistencia médica a raíz de un aborto provocado por ella misma o por un tercero con su consentimiento, confronta incuestionablemente (como se ha señalado en votos anteriores) una grave situación dilemática: o solicita el auxilio médico para conjurar el peligro en que se halla y entonces se expone a la denuncia del hecho, al proceso y a la condena criminal, o se resigna incluso a la posibilidad de perder la vida”⁵⁰.

Por todo lo expuesto precedentemente, entre otras cuestiones, es que el Tribunal por mayoría de votos (10 a 7) falló determinando que no puede procesarse a una mujer tomando como base la denuncia efectuada por un profesional de la medicina que tomo conocimiento del hecho en ocasión de sus funciones⁵¹.

⁴⁸ Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, plenario “Frías Natividad s/ Aborto” del voto del Doctor José M. Lejarza, del 26 de agosto de 1966.

⁴⁹ Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, plenario “Frías Natividad s/ Aborto” del voto del Doctor Roberto A. Amallo, del 26 de agosto de 1966.

⁵⁰ Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, plenario “Frías Natividad s/ Aborto” del voto del Doctor Jorge Frías Caballero, del 26 de agosto de 1966.

⁵¹ Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, plenario “Frías Natividad s/ Aborto” del voto del Doctor Roberto A. Amallo, del 26 de agosto de 1966.

CONCLUSIONES PARCIALES

En el presente capítulo se han desarrollado todas las cuestiones prácticas que tienen que ver con la interrupción legal de un embarazo. Ha quedado claro, que el actor principal en decidir llevar a cabo la práctica abortiva, y quien debe constatar los requisitos exigidos por la norma del artículo 86 del Código Penal es el médico, en conjunto y de manera informada con la mujer encinta y con su representante legal en caso de que sea menor de 14 años o sea incapaz mentalmente.

El derecho a la interrupción de forma legal del embarazo, a una mujer que se encuentra en condiciones y cumple con los requisitos de la norma, se ha visto cercenado muchas veces por parte de los médicos y los distintos operadores de justicia por una práctica que va en contra de lo que exige la Ley tal como lo expreso la Corte en el fallo “F.A.L”.

Por otra parte se ha dilucidado la cuestión de la autorización judicial, la cual no es requerida tal como lo estableció la CSJN en el fallo antes mencionado, tema en el cual la doctrina es coincidente, por lo que requerir tal autorización es dilatar el proceso de forma innecesaria e imponer un obstáculo inexistente a un derecho que le asiste a la mujer.

Por último, se ha dejado establecido y esclarecido que, el profesional de la salud debe guardar secreto en caso de conocer, en ocasión de sus funciones, la comisión de un aborto por parte de la mujer, solo para el caso de la mujer, debiendo denunciar a los cómplices, coautores e instigadores, puesto que con estos no existe la relación de paciente-medico.

Debo concluir por lo pronto que los principales encargados de que se cumpla con los preceptos del artículo 86 del Código Penal y de que se lleve a cabo una interrupción legal de un embarazo, son la mujer que decide interrumpir su embarazo y que cumple con los requisitos y el medico quien debe llevar a cabo la práctica lo antes posible sin dilaciones, exigiendo solo los requisitos que están en la norma, excepto que haya realizado la objeción de conciencia, en cuyo caso debe derivar a la mujer con otro profesional de la medicina de forma expedita para no entorpecer el proceso y de esta forma no ocasionar un perjuicio. Quedando fuera de

esta decisión todo juez o tribunal de cualquier nivel a lo largo de la nación, siendo competencia exclusiva del médico y decisión libre e informada de su paciente que cumple con los requisitos previamente establecidos por el legislador en la norma, llevar a cabo la interrupción.

CAPITULO IV

La situación actual con respecto al aborto en el derecho argentino

En el presente capítulo se desarrollara todo lo concerniente al aborto y su situación actual en el derecho argentino. Se tratara acerca de la posibilidad de despenalización del delito de aborto en la Argentina, tratando entre otras cosas los distintos proyectos de reforma al Código Penal que no tuvieron éxito. Por último se tratara de establecer cuál es la situación con respecto al aborto en el derecho comparado y las distintas posturas que toman los estados con respecto a este.

4.1 La posible despenalización del aborto en el derecho argentino

La cuestión del aborto voluntario es ampliamente debatida y controvertida en el ámbito del derecho penal. Este problema no es algo que sea nuevo y ha generado en el ámbito legal, doctrinal y jurisprudencial, las más variadas opiniones y posiciones, argumentándose muchas veces a favor y muchas otras en contra de la desincriminación total de esta conducta típica. Estas distintas posiciones encuentran muchas veces su base en cuestiones de índole moral, religiosa, política, científica y cultural (Suarez, s/f).

En la actualidad esta discusión ha llegado a un punto muy intenso y crítico. Se han presentado en el último tiempo muchos proyectos de reforma acerca del delito de aborto. Básicamente la discusión se centra en la despenalización o no del mencionado delito y el alcance de esta (Suarez, s/f).

Actualmente el Código Penal conmina con una pena considerablemente menor a aquel que comete un aborto, de aquel que comete el delito de homicidio, lo cual significa que se le asigna distintos valores a la vida por nacer que a la vida ya constituida, por lo que nuestro derecho trata de formas distintas al feto y a la persona que ya ha nacido (Arcuri, 2012).

Ahora bien pasando a la cuestión parlamentaria, en general la mayoría de los proyectos de reforma presentados a lo largo de la historia, apuntan básicamente a la derogación del inciso segundo del artículo 85, artículos 86 y 88 del Código Penal. Estos Proyectos apuntan básicamente a permitir la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 12/14 de gestación (Arcuri, 2012).

Hasta la fecha existieron varios proyectos de reforma de la legislación con respecto al aborto. Podemos resaltar aquí la presentada en el año 2012 por el diputado Sabbatella Martin expediente de diputados N° 1218-D-2012⁵², que proponía la total despenalización de la práctica del aborto, proponiendo que sea un derecho de la mujer poder acceder libremente a la práctica de este. “Esta práctica estaría habilitada en cualquiera de estas circunstancias: a) antes de las 14 semanas de gestación; b) en el caso de que el embarazo sea producto de un delito contra la integridad sexual, mientras sea inviable la vida del feto con independencia del cuerpo de la mujer; c) si existe peligro para la vida o la salud de la mujer -definición de la OMS- y no la mera ausencia de enfermedades; y finalmente, d) si se ha diagnosticado medicamente la inviabilidad de la vida extrauterina –vgr. Anencefalia- (Arcuri, 2012, p. 18).

Asimismo, sin ir más lejos, dada la situación actual del aborto en el derecho argentino, este año (2018) más precisamente en el día 5 del mes de abril se ha presentado un proyecto, para realizar una convocatoria a consulta sobre la opinión acerca de la interrupción voluntaria del embarazo y despenalización del aborto, para que en el plazo no mayor a sesenta días desde esa fecha, y durante cinco días consecutivos, las mujeres integrantes del padrón femenino del cuerpo electoral de la Nación brinden sus opiniones, a través de un sistema informático para dispositivos móviles creado al efecto, acerca de estas cuestiones y que respondan si es que están de acuerdo con que la ley reprima la interrupción del embarazo y si están de acuerdo o no con la despenalización del aborto⁵³.

El último proyecto presentado sobre la despenalización del aborto, fue presentado el día 9 de abril de 2018, por los diputados Lipovetzky y Acerenza ambos pertenecientes al oficialismo. Este proyecto plantea, entre otras cosas, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo hasta las 14 semanas de gestación, debiendo priorizarse la realización del procedimiento mediante la administración de medicamentos. Por otra parte establece que luego de la semana 15 de gestación pueda practicarse el aborto solo en caso de peligro para la salud o vida de la mujer, en caso de que el embarazo provenga de una violación, y por

⁵² Proyecto Disponible para su lectura en <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1218-D-2012&tipo=LEY>.

⁵³ Proyecto a convocatoria presentado por Lacoste Jorge Enrique diputado perteneciente a la Unión Cívica Radical, expediente 1723-D-2018, disponible para su consulta en <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1723-D-2018&tipo=LEY>.

último en caso de que se diagnostique y compruebe que es inviable la vida extrauterina del feto. Se propone como único requisito el requerimiento del consentimiento informado del paciente para la realización de la práctica, debiéndose garantizar la atención de manera ágil y sin dilaciones de la mujer embarazada, planteándose que la interrupción deberá realizarse dentro de los 5 días corridos siguientes a que se haya prestado el consentimiento informado. Además de ello se plantea algo sumamente interesante e innovador con respecto al resto de los proyectos, y esto es la posibilidad de aplicar una multa en dinero e inhabilitación para ejercer la profesión y hasta incluso en algunos casos la clausura total o parcial del establecimiento de salud, en caso de que los profesionales de la salud y el equipo interdisciplinario dilaten la interrupción de forma injustificada, suministren información falsa, se nieguen a practicar la interrupción sin haber hecho la objeción de conciencia de forma oportuna, realicen la interrupción en un caso no previsto por esta ley, hayan incumplido con los plazos establecidos en la misma o hayan violado el deber de confidencialidad⁵⁴.

Más allá de lo expuesto supra, podemos decir que estamos asistiendo a un momento histórico del derecho argentino respecto del aborto, sin ir más lejos llego a tratarse y a votarse un proyecto de despenalización del aborto por primera vez en toda la historia, consiguiendo media sanción en la cámara de Diputados, en sesión llevada a cabo el 13 de junio de 2018, con un total de 129 votos a favor contra 125 votos en contra y una abstención⁵⁵.

Concretamente el proyecto antes mencionado tiene como punto saliente establecer el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo hasta la semana catorce de gestación, más allá de aquel plazo establece que podrá practicarse el aborto en caso de violación requiriéndose solo el consentimiento en conjunto con la declaración jurada, en caso de riesgo en la vida o la salud física, psíquica o social de la mujer y en caso de inviabilidad de vida extrauterina, cuando no se cumplan con tales condiciones la pena para la mujer como para el que causare el aborto será de tres meses a un año. Por otro lado, el proyecto fija la pena de prisión

⁵⁴ Proyecto presentado bajo el expediente 1817-D-2018, por los diputados Lipovetzky, Daniel Andres y Acerenza, Samanta Maria Celeste pertenecientes al PRO, disponible para su lectura en <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1817-D-2018&tipo=LEY> .

⁵⁵ Shaw M. (2018), “La cámara de Diputados aprobó el aborto legal y ahora define el Senado”, Infobae, recuperado de: <https://www.infobae.com/politica/2018/06/14/la-camara-de-diputados-aprobo-la-despenalizacion-del-aborto-y-ahora-define-el-senado/>.

de tres meses a un año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a aquel establecimiento o profesional de la salud que dilatare de forma injustificada o se negare a practicar un aborto, elevando tal pena de uno a tres años en caso de que se produjere un daño en la salud de la mujer a causa de tal dilación o negación excepto en el caso de que en forma previa haya realizado la objeción de conciencia, prohibiéndose la objeción institucional⁵⁶.

Lo cierto es que, más allá de todo lo expuesto supra y de los proyectos que puedan haberse tratado o estén por tratarse en el Congreso de la Nación, por lo pronto la despenalización del aborto no es más que una posibilidad, ciertamente cada día más latente, pero por el momento no es una realidad.

Ahora bien con respecto a si un proyecto de tales características se condice con la normativa Argentina, desde el punto de vista estrictamente jurídico y tomando en consideración y como base nuestro ordenamiento jurídico considerado en su integralidad, podemos afirmar que una Ley de tal tesitura no iría por el mismo camino que aquel. Esto es así ya que partiendo de nuestra Carta Magna, está consagra una serie de Tratados de Derechos Humanos con jerarquía Constitucional en su artículo 75 inciso 22, entre ellos la Convención Americana Sobre Derechos Humanos la cual establece en su artículo 4.1 el derecho de toda persona a que se respete su vida desde el momento de la concepción, por otra parte se encuentra además la Convención Sobre los Derechos del Niño que en su artículo 6 inciso primero establece el derecho intrínseco a la vida de todo niño y en su inciso segundo establece que los estados deberán garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño. Asimismo el artículo 2 de la Ley 23849 establece que por niño debe entenderse a toda persona desde la concepción y hasta los 18 años de edad. Igualmente el artículo 75 inciso 23 segunda parte, de la Constitución Nacional establece expresamente el deber del congreso de “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”⁵⁷.

⁵⁶ Proyecto de Ley Interrupción Voluntaria del Embarazo (s/f), Recuperado de: http://www.parlamentario.com/db/000/000638_dictamen_consenso_ive.pdf

⁵⁷ Artículo 75 inciso 23 Constitución Nacional.

Por otro lado, pero siguiendo la misma línea, se encauza el Código Civil y Comercial de la Nación al establecer en su artículo 19 el comienzo de la existencia de la persona desde la concepción⁵⁸. Asimismo el Código Penal tipifica al aborto dentro de la sección correspondiente a los delitos contra la vida correspondiente al Libro Segundo Título I Capítulo primero, si bien es cierto que se conmina con una escala penal mayor al homicidio que al aborto, asignándose mayor protección como bien jurídico a la vida ya nacida y desarrollada respecto de la vida que se encuentra en gestación y próxima a nacer, lo cierto es que ambas figuras son las únicas que se ubican dentro del capítulo antes mencionado⁵⁹.

4.2 El aborto en el derecho internacional

En cuanto al derecho internacional, este ha sido prácticamente ajeno a la cuestión del aborto y no ha tomado postura alguna respecto de este, la principal razón de ello es la contradicción que puede generarse puesto que existen diversas posturas al respecto. Con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos, que se encuentran consagrados con jerarquía constitucional, no hacen declaración expresa alguna al respecto del tema, ni establecen ninguna normativa que haga referencia a la posibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo de las mujeres. En lo concerniente a la temática analizada, La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en su artículo 12.1, hace referencia implícita con respecto a esta, estableciendo la igualdad entre hombres y mujeres en todos los aspectos, y puntualmente con respecto al derecho a acceder a la salud inclusive a la asistencia médica concerniente a la planificación de la familia. Asimismo el artículo 16 párrafo e) establece que los estados que formen parte de la convención deben garantizar la libertad de la decisión acerca del número de hijos y el intervalo entre los nacimientos de estos. Los artículos mencionados son los únicos que han sido interpretados en concordancia con el derecho de las mujeres a decidir la interrupción de su embarazo. El único instrumento de derechos humanos que hace referencia expresa acerca del aborto es el Protocolo Sobre los Derechos de la Mujer en África que ordena que se autorice

⁵⁸ Artículo 19 Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁹ Código Penal de la Nación.

el aborto en casos de abusos sexuales, incesto y en caso de que exista peligro para la vida o salud tanto física como mental de la madre⁶⁰.

4.2.1 El aborto en el derecho comparado

Pasando al plano del derecho comparado, en lo que hace a legislaciones que se asemejan a la nuestra en cuanto a la tipificación del aborto, pueden mencionarse, entre otras, la legislación del estado de Bolivia que según Ley 1768 de modificaciones al Código Penal conmina el delito de aborto consentido, no consentido, el preterintencional y además establece el aborto *honoris causa*, que es aquel practicado para salvar el honor de la mujer, el aborto culposo y la pena para el caso de aquella persona que se dedique habitualmente a la práctica del aborto, asimismo la legislación de aquel país establece que el aborto no es punible en caso de que existe peligro para la salud o vida de la mujer y además en caso de violación, requiriéndose en este último caso -diferiendo en este punto con nuestra legislación- que la acción penal haya sido iniciada, siendo además en ambos casos necesaria la autorización judicial, siendo esta otra diferencia sustancial con nuestro sistema, además del consentimiento de la mujer y de la practica llevada a cabo por un médico. Semejante es la situación del Código Penal de Costa Rica, diferenciándose de aquel ordenamiento en que la única excepción a la punibilidad de la práctica abortiva es en caso de peligro para la salud o vida de la madre, no haciéndose referencia alguna acerca del requerimiento de autorización judicial, en sendos sentidos se enmarca el estado de Guatemala. En una postura muy similar a la de nuestro ordenamiento jurídico se enmarca el Código Penal de Ecuador, que conmina el aborto consentido, el no consentido, el preterintencional y establece como excepciones a la punibilidad a la práctica abortiva en el caso de que sea practicado con el consentimiento de la mujer o su familia y que exista un peligro para la salud o la vida de la mujer o que el embarazo sea producto de una violación cometido sobre una mujer idiota o demente⁶¹.

⁶⁰ VIII Congreso de Relaciones Internacionales, El aborto en América Latina: entre el derecho y el poder, por Federico Larsen, Universidad Nacional de La Plata, 2016.

⁶¹ Licenciada Alma Arámbula Reyes investigadora parlamentaria, Cándida Bustos Cervantes auxiliar de investigación, “Legislación Internacional y Derecho Comparado Sobre el Aborto”, Centro de

Por otro lado, entre los países que difieren de nuestro ordenamiento y en los cuales el aborto es una práctica legal podemos mencionar, entre otros, el caso de Uruguay en donde conforme la Ley N° 18.987 se permite la interrupción voluntaria del embarazo hasta las primeras doce semanas de gestación, siendo luego de este periodo solo permitido en caso de que exista peligro para la salud o vida de la madre, en caso de que el embarazo sea producto de una violación acreditada con la constancia de denuncia judicial, y el caso en que se compruebe la inviabilidad de vida extrauterina. Asimismo se enmarcan en posturas similares países tales como Estados Unidos, Canadá, México, España, Rusia, Francia, Alemania, Italia, Sudáfrica, China, Australia, entre otros⁶².

Asimismo, puede inferirse que son países de primer mundo en su mayoría, aquellos en los cuales la interrupción voluntaria del embarazo se encuentra permitida. Un caso muy particular es el de Holanda, en donde el aborto es legal incluso hasta las 24 semanas del embarazo, siendo este el país con el plazo más extenso, seguido de Suecia que permite la práctica abortiva hasta la semana 18 de gestación. Según lo manifiesta la OMS (Organización Mundial de la Salud), quienes además lo consideran un tema de salud pública y derechos humanos, se practican alrededor de 22 millones de abortos de forma insegura, lo cual provoca 47.000 muertes y 5 millones de discapacidades, estas muertes, según manifiesta la organización, podrían haberse evitado con una adecuada educación sexual y el acceso de forma legal a un aborto, entre otras cuestiones, agregando además que en la mayoría de los países desarrollados se ofrece la posibilidad de abortar en forma legal y segura⁶³.

Documentación, Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Sub Dirección de política Exterior, Cámara de Diputados, México, 2008.

⁶² Información recuperada el 01/05/2018 de: <http://worldabortionlaws.com/>.

⁶³ Kirschbaum R. (2018), “*Aborto en el Mundo: en qué países es legal la interrupción del embarazo*”, Diario Clarín, recuperado de: https://www.clarin.com/sociedad/aborto-mundo-paises-legal-interrupcion-embarazo_0_BJI2iJ15M.html.

CONCLUSIONES FINALES

La cuestión del aborto y su impunidad establecida legalmente es el tema que ha sido escogido para este Trabajo Final de Grado, dada su relevancia en la actualidad en nuestro país, ya que es ampliamente conocido, gracias a los medios de comunicación entre otros, que hay muchas personas y figuras de diferentes ámbitos que se han expresado acerca de esta temática, argumentando tanto a favor de la total despenalización del aborto, como así también hay quienes están en contra de esta situación defendiendo la vida del feto, lo cierto es que en el presente estamos ante un gran debate que plantea la sociedad acerca del tema en cuestión, debate que se ve alimentado por los medios de comunicación principalmente, mediante los cuales podemos conocer las distintas posturas que toman los estados alrededor del mundo, generándose muchas veces la necesidad de imitar las posturas que puedan tomar aquellos.

Lo cierto es que, nuestro Código Penal, desde el momento de su sanción hasta el día de hoy prohíbe el aborto, estableciendo expresamente solo dos excepciones a la punibilidad del mismo, excepciones estas que han traído aparejadas a lo largo de la historia las más diversas interpretaciones tanto doctrinarias como jurisprudenciales, y se ha generado mucha confusión en cuanto a la temática del aborto impune, ya sea tanto en el caso del aborto terapéutico (inciso 1, art. 86 Código Penal) , como así también en el caso del aborto eugenésico(inciso 2, art. 86 Código Penal).

Concretamente se ha generado en los hechos una verdadera práctica que va en contra de lo que establece y requiere la norma al respecto, producto entre otras cosas, de la incertidumbre que ha dejado planteada el legislador en la norma mentada, y además también producto de la ignorancia que poseen las personas y los profesionales de la medicina sobre la cuestión, vulnerándose muchas veces el derecho de las mujeres que cumplían con los requisitos establecidos en la Ley.

Recién en el año 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación vino a poner fin a tantos años de incertidumbre acerca de la interpretación que debía asignarse al artículo 86 del Código Penal, paliando aunque sea de manera parcial la necesidad de reforma de aquel artículo. A través del fallo “F.A.L”, la Corte ha sentado realmente un fallo trascendental e histórico en la materia, despejando todo tipo de

oscuridad y ambigüedad en lo que respecta al tema. Se dejó establecido, entre otras cosas, que la interpretación que debía hacerse acerca del inciso segundo del artículo 86 del Código, era una interpretación amplia, no restringiendo de esta forma el derecho a practicarse un aborto solo a las mujeres que padezcan idiocia o demencia. Además de ello el máximo Tribunal, dejó sentado que no es requisito la autorización judicial en ninguno de los dos casos de excepción a la punibilidad, ya sea que corra peligro la salud de la mujer o su vida o que el embarazo haya sido producto de un delito sexual, sentando además en este último caso que no es requisito que se denuncie el hecho de violación para poder acceder a la práctica. Lo más relevante de aquel fallo, es que delegó el poder de decisión de llevar a cabo la práctica en manos de los médicos en conjunto y con el consentimiento de la mujer encinta, excluyendo de tal decisión y competencia, a todo funcionario judicial de cualquier jurisdicción y nivel a lo largo de todo el país.

Producto de aquel fallo, y en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación, surge en el año 2016 el Protocolo Para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo, el cual aclaró aún más el panorama acerca de la interrupción impune del embarazo, estableciendo que queda en manos del médico, siempre y cuando no haya realizado la objeción de conciencia de forma oportuna, llevar a cabo la interrupción del embarazo, previo consentimiento informado de la mujer acerca de esta, coadyuvado por un equipo interdisciplinario de profesionales de distintas áreas, permitiendo que se contenga a la mujer que se encuentra en cualquiera de las situaciones mencionadas en el Código, ya sea que padezca un problema de salud o corra peligro su vida, o que haya sido víctima de un abuso sexual y producto de este haya quedado embarazada, además de ello dejando en claro cuáles son los reales requisitos de procedencia para poder llevar a cabo la práctica abortiva, los cuales son el consentimiento informado de la mujer en ambos casos, añadiéndose en caso de que la mujer sea víctima de abuso sexual, una declaración jurada al respecto del hecho en donde manifieste simplemente que ha sido víctima de aquel delito y producto de este es que ha quedado embarazada, sin requerirse en este último caso que individualice al autor del hecho ni que brinde detalle acerca de este. Asimismo el Protocolo dejó establecido que no debe requerirse ningún otro requisito adicional y que bajo ninguna

circunstancia debe dilatarse el proceso de manera injustificada, teniendo en cuenta los derechos que hay en juego.

Todo lo expuesto supra, además de lo desarrollado a lo largo del presente trabajo, deja en claro y dilucidado que los reales requisitos de procedencia de la práctica legal del aborto, en el marco del ordenamiento jurídico de nuestro país, son el consentimiento informado de la mujer o del representante legal en caso de una mujer demente o una menor de 14 años, además de ello que exista peligro en la salud o en la vida de la madre o que el embarazo sea producto de una violación, siendo en este último caso necesario además, prestar declaración jurada acerca de haber sido víctima de este delito.

Por otra parte, en lo que respecta al conocimiento que un profesional de la medicina tenga acerca de la comisión de un aborto por parte de una mujer en ocasión de sus funciones, se ha dejado en claro que en la práctica en general se encuentra aceptado el hecho de guardar secreto acerca de estos hechos amparándose justamente en el secreto profesional, no debiendo denunciar a la mujer pero si a los coparticipes o cómplices de esta, tal como lo expreso la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el plenario “Frías Natividad s/ Aborto”, dejando dilucidado además que no debe instruirse sumario criminal en contra de la mujer que sea denunciada por un médico que haya tenido conocimiento de los hechos prestando sus servicios, y quedando en claro que la única causa justificada para develar el secreto profesional establecido en el artículo 156 es la propia Ley.

Ahora en lo que respecta a la posible despenalización de la práctica abortiva en el marco del derecho argentino, ha quedado en claro que, más allá de ser una posibilidad cada vez más latente, lo cierto es que por el momento no es más que eso y no una realidad, y que hasta el momento no se ha aprobado ninguna ley que reforme el Código Penal y que despenalice la conducta típica, por lo que en los únicos casos en que la práctica abortiva es legal es en los casos expresamente establecidos en la norma y tratados ampliamente en este trabajo. Más allá de todo ello ha quedado dilucidado que un proyecto de reforma de tal tesitura no se condice en forma alguna con el ordenamiento jurídico argentino considerado en su integralidad, por lo que se infiere que podría llegar a ser utópico que una conducta tipificada como delito contra la vida en el Código Penal se convierta en un derecho subjetivo.

Yendo al ámbito del derecho comparado, ha quedado en claro que son los países más desarrollados en el mundo aquellos que permiten el acceso al aborto de forma voluntaria y legal. Además de ello quedo de manifiesto la importancia de la opinión de la OMS (Organización Mundial de la Salud) al respecto, que dejo establecido que se trata de una cuestión de salud pública y de derechos humanos, y que las muertes y lesiones en mujeres a causa de abortos de forma insegura se verían reducidas en caso de que se les brinde una adecuada educación sexual y el libre acceso de forma segura y legal a un aborto, algo que los estados podrían tomar en consideración.

BIBLIOGRAFIA

ARTICULOS PERIODISTICOS

- Kirschbaum R. (2018), *Aborto en el Mundo: en qué países es legal la interrupción del embarazo*, Diario Clarín, recuperado de: https://www.clarin.com/sociedad/aborto-mundo-paises-legal-interrupcion-embarazo_0_BJI2iJ15M.html .
- Shaw M. (2018), “*La cámara de Diputados aprobó el aborto legal y ahora define el Senado*”, Infobae, recuperado de: <https://www.infobae.com/politica/2018/06/14/la-camara-de-diputados-aprobo-la-despenalizacion-del-aborto-y-ahora-define-el-senado/>.

DOCTRINA

- Arcuri, Daniela. (2012) *¿Despenalización del Aborto o Interrupción Voluntaria del Embarazo?* Revista Derecho Penal. Año I, N° 2. Ediciones Infojus. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/daniela-arcuri-despenalizacion-aborto-interrupcion-voluntaria-embarazo-dacf120118-2012/123456789-0abc-defg8110-21fcanirtcod?q=tema%3Aaborto&o=25&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=42>
- Bonnet, Emilio Federico Pablo (1967), *Medicina Legal*, Buenos Aires, López Libreros Editores S.R.L.
- Boumpadre Jorge E. (2011), Carlos A. Chiara director, *Código Penal y Normas Complementarias Comentado, Concordado y Anotado*, Tomo III, Editorial Nova Tesis, Rosario, Santa Fe.
- Cunningham, Leveno, Bloom, Hauth, Rouse, Spong, (2011), *Williams Obstetricia 23° Edición*, Mc Graw Hill editorial, México. Recuperado de: <http://booksmedicos.org/williams-obstetrica-23a-edicion/> .

- Fontan Balestra, Carlos (s.f.), *Derecho Penal Parte Especial*, 4ta edición, Buenos Aires Argentina, Editorial Abeledo Perrot.
- Gonzalez, Juan F. (1934), *El Código Penal y La Jurisprudencia*, Tomo I, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Emilio Perrot.
- Larsen Federico, VIII Congreso de Relaciones Internacionales, *El aborto en América Latina: entre el derecho y el poder*, Universidad Nacional de La Plata, 2016. Recuperado de: <http://congresos.unlp.edu.ar/index.php/CRRII/CRRII-VIII/paper/viewFile/3491/898> .
- Mollman, Marianne (2014), *Derecho a la Vida de una Mujer Embarazada*. Revista Derechos Humanos. Año III. N° 5 pág. 185. Ediciones Infojus. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/marianne-mollmann-derecho-vida-una-mujer-embarazada-aborto-dacf140318-2014-04/123456789-0abc-defg8130-41fcanirtcod?q=tema%3Aaborto&o=10&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=42> .
- Moreno (Hijo), Rodolfo (1923), *El código Penal y Sus Antecedentes*, Tomo III, HA Tomassi editorial, Buenos Aires, Argentina.
- Navarrete Sonia A. (S.f), *Resistencias al Aborto (No Punible): La Objeción de Conciencia*, Revista Derecho Penal, Año II, Ediciones Infojus. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/sonia-ariza-navarrete-resistencias-al-acceso-al-aborto-punible-objecion-conciencia-dacf120189/123456789-0abc-defg9810-21fcanirtcod?q=moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesaur%2C%20provincia%2C%20tribunal%2C%20organismo%2C%20autor%2C%20texto%5E0.5%29%3ASonia%20Ariza%20Navarrete&o=0&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B>

[5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=4](#)

- Nuñez Ricardo C. (2008), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 3º Edición actualizada por Víctor Félix Reinaldi, Editora Lerner S.R.L, Córdoba, Argentina. Recuperado de: <https://kupdf.com/downloadFile/59df52b508bbc57410e65bea> .
- Patitó José Ángel (2000), *Medicina Legal*, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: http://escuelasuperior.com.ar/wp-content/uploads/2016/03/patito_jose_medicina_legal.pdf .
- Reyes Alma Arámbula investigadora parlamentaria, Cándida Bustos Cervantes auxiliar de investigación (2008), *Legislación Internacional y Derecho Comparado Sobre el Aborto*, Centro de Documentación, Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Sub Dirección de política Exterior, Camara de Diputados, México.
- Rojas, Nerio, (1936), *Medicina Legal*, Tomo I, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, Argentina.
- Sansone V. y Artabe E. (S.f), *Algunas Reflexiones Acerca del Sistema de Permisos Para el Aborto en Argentina a Propósito del fallo “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”*, Revista Derecho Penal, Año I, N° 2, Ediciones Infojus. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/virginia-sansone-algunas-reflexiones-acerca-sistema-permisos-para-aborto-argentina-proposito-fallo-medida-autosatisfactiva-dacf120166/123456789-0abc-defg6610-21fcanirtcod?q=tema%3Aaborto&o=0&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=42> .
- Soler, Sebastián (1945), *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

JURISPRUDENCIA

- Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional “Frías Natividad s/ Aborto” del 26 de agosto de 1966. Recuperado de:

<http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-frias-natividad-aborto-fa66060000-1966-08-26/123456789-000-0606-6ots-eupmocsollaf> .

- Corte Interamericana de Derechos Humanos “Resolución de Medidas Provisionales Respecto de El Salvador, Asunto B” 29 de Mayo de 2013. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación “F.A.L s/ medida autosatisfactiva” del 13 de marzo de 2012, pág. 14, recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--medida-autosatisfactiva-fa12000021-2012-03-13/123456789-120-0002-1ots-eupmocsollaf?&o=8&f=Total%7CFecha/2012/03%7CEstado%20de%20Viencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal/CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20DE%20LA%20NACION%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia&t=21>.

LEGISLACION

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Penal de la República Argentina.
- Código Penal de Bolivia.
- Código Penal de Costa Rica.
- Código Penal de Ecuador.
- Código Penal de Guatemala.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada a nivel nacional bajo la Ley 23504, sancionada el 13 de Mayo de 1987.
- Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada a nivel nacional bajo la Ley 23849, sancionada el 23 de Septiembre de 1990.
- Constitución Nacional.
- Ley 18.987 sobre la interrupción voluntaria del embarazo en el estado de Uruguay.

- Ley 23.849.
- Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Buenos Aires 2016. Recuperado de:http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000875cnt-protocolo_ile_octubre%202016.pdf .
- Protocolo Sobre los Derechos de la Mujer en África.

SITIOS WEB CONSULTADOS

- <http://booksmedicos.org/williams-obstetrica-23a-edicion/>
- www.clarin.com
- <http://www.corteidh.or.cr/>
- <http://congresos.unlp.edu.ar/index.php/CRRII/CRRII-VIII/paper/viewFile/3491/898>
- content/uploads/2016/03/patito_jose_medicina_legal.pdf
- <http://escuelasuperior.com.ar/wp->
- www.infobae.com
- <https://kupdf.com/downloadFile/59df52b508bbc57410e65bea>
- http://www.parlamentario.com/db/000/000638_dictamen_consenso_ive.pdf
- <http://worldabortionlaws.com/>