



**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**Eduardo Ernesto Sosa**

**Los conflictos de derecho en  
relación con el aborto no punible**

2017

**Agradecimientos:**

*A mi madre: Irma del Carmen*

*A mis hijos: Alan, Mariela y Matías*

*A mi amor: Mariana Fasola*

## **Resumen.**

El Artículo 86 del Código Penal Argentino expresa que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre. Además si este peligro no puede ser evitado por otros medios o si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Un caso paradigmático como proceso de judicialización de un aborto no punible es el de “Fuentes, Aurora Luisa s/medida autosatisfactiva”, que condujo al histórico fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del 13 de Marzo de 2012.

El objetivo principal de este trabajo es analizar los conflictos subyacentes a la aplicación de la normativa vigente referida al aborto no punible en la Argentina en relación al derecho a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida. En segundo término reconstruir los conceptos y contenido del derecho al propio cuerpo, a la salud y derecho a la vida desde la teoría trialista del derecho. Se analizan los argumentos de la sentencia mencionada y de fallos judiciales anteriores y posteriores a la misma. Se concluye que si bien la sentencia de la CSJN favoreció la resolución favorable de casos de aborto no punible judicializados, la continuidad en la existencia de éstos evidencia la permanencia de conflictos en relación a los derechos a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida.

**Palabras clave:** aborto no punible; Teoría Trialista; Teoría de la Complejidad; conflictos entre derechos.

## **Abstract.**

Article 86 of the Argentine Criminal Code states that abortion performed by a qualified doctor with the consent of the pregnant woman is not punishable if it has been done in order to avoid a danger to the life or health of the mother. Also, if this danger can not be avoided by other means or if the pregnancy comes from a rape or an attack on modesty committed on an idiot or demented woman. A paradigmatic case as a process of judicialization of a non-punishable abortion is that of "Fuentes, Aurora Luisa s/medida autosatisfactiva", which led to the historic decision of the Supreme Court of Justice of the Nation (CSJN) of March 13, 2012.

The main objective of this work is to analyze the underlying conflicts to the application of the current regulations referring to non-punishable abortion in Argentina in relation to the right to decide and the health of women and the assumptions of the right to life. Secondly, to reconstruct the concepts and content of the right to one's own body, to health and the right to life from the trialist theory of law. The arguments of the aforementioned judgment and judicial decisions before and after it are analyzed. It is concluded that although the ruling of the CSJN favored the favorable resolution of cases of non-punishable abortion prosecuted, the continuity in the existence of these evidences the permanence of conflicts in relation to the rights to decide and the health of the woman and the assumptions of the right to life.

Keywords: non-punishable abortion; trialist theory; complexity theory; conflicts between rights

## Índice

<b>Introducción</b>	.....	<b>1</b>
<b>Capítulo 1</b>	Aspectos legislativos. Conflictos suscitados de las interpretaciones de la legislación. Teoría Trialista del Derecho.....	<b>6</b>
<b>Capítulo 2</b>	Actores involucrados en los casos judicializados de abortos no punibles.....	<b>19</b>
<b>Capítulo 3</b>	Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo.....	<b>30</b>
<b>Capítulo 4</b>	Análisis de contenidos de los argumentos incluidos en los fallos...	<b>49</b>
	4.1 Argumentos opuestos a la realización de la ILE/ANP.....	<b>49</b>
	4.2 Argumentos favorables a la realización de la ILE/ANP.....	<b>55</b>
	4.3 Argumentos utilizados tanto a favor como opuestos a la realización de la ILE/ANP .....	<b>63</b>
<b>Capítulo 5</b>	Antecedentes jurisprudenciales.....	<b>66</b>
	5.1 Caso FAL-AG.....	<b>66</b>
	5.2 Casos anteriores al fallo de la CSJN del 13 de marzo de 2012 en el caso FAL-AG .....	<b>78</b>
	5.2.1 LMR.....	<b>78</b>
	5.2.2 OMV.....	<b>87</b>
	5.2.3 RHY-MSA.....	<b>90</b>
	5.2.4 MP-JYO.....	<b>92</b>
	5.2.5 MH-TN - autos caratulados “N.,R.F. s/abuso sexual”	<b>96</b>
	5.3 Casos posteriores al fallo de la CSJN del 13 de marzo de 2012 en el caso FAL-AG. ....	<b>99</b>
	5.3.1 Asociación Civil para la Promoción y Defensa de la Familia s/acción declarativa. ....	<b>99</b>
	5.3.2 “Agustina” .....	<b>100</b>
	5.3.3 EMC-EC.....	<b>102</b>
<b>Conclusiones</b>	.....	<b>106</b>
<b>Bibliografía</b>	Doctrina.....	<b>112</b>

Jurisprudencia.....	116
Legislación.....	118
Metodología.....	120
Otros .....	120

## **Introducción.**

El aborto es un tema delicado con opiniones y argumentos enfrentados. Cientos de mujeres mueren por abortos clandestinos, se afecta la salud de las mujeres, las libertades humanas, y los derechos humanos fundamentales.

Una situación que se da con frecuencia es el hábito de los médicos de remitir a la justicia las solicitudes de aborto, o requerir autorización judicial para realizarlos. Este hecho constituye una falta grave por delegación de la responsabilidad médica. Además implica el debilitamiento y la obstaculización del ejercicio de los derechos de la mujeres, en este caso el derecho a decidir por su propio cuerpo o aborto terapéutico como se lo quiera llamar (Donna, 1999, p. 89). Esto debe ser condenado como un caso de “mala praxis” profesional e incluso de abandono de persona (Galati, 2009, p. 61) en el caso de que de la denegación de la solicitud deriven daños para el paciente. Por ejemplo, ¿qué postura tomarán los profesionales ante un caso en el cual una madre de cinco hijos, cursa un embarazo con problemas de salud para ella? ¿Prevalecerá el derecho a la vida o el derecho a la salud? Es decir, la salud de la madre y sus cinco hijos cuya posible orfandad depende de la decisión de un médico.

La judicialización innecesaria de una práctica de salud pone una barrera inconstitucional al acceso a la salud integral. Durante decenas de años se cometieron arbitrariedades y abusos en la aplicación de la ley, en particular hacia las mujeres excluidas del sistema educativo, del sistema profesional, del sistema legal y del sistema político sin fiscalización del Estado. Doblemente grave en el caso del aborto porque solo las mujeres abortan. Solo ellas están expuestas a un abuso de poder que afecta el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad (Luna et al, 2006, p. 13-17) (Maffia, 2006, p. 5).

La aplicación de la legislación relativa al aborto no punible constituye un problema complejo. Se evidencian en forma constante conflictos suscitados por controversias que implican múltiples actores. Sus intervenciones y decisiones ineludiblemente siempre recaen

en una mujer que es víctima de una violación o que padece un problema de salud que genera un riesgo para su vida en caso de embarazo.

El Artículo 86 del Código Penal Argentino expresa que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre. Además si este peligro no puede ser evitado por otros medios o si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Esta última condición es motivo de constantes controversias, aun si está presente la misma, como en el caso LMR. Debido a los infructuosos procesos judiciales, organizaciones civiles en representación de la persona afectada recurrieron en el 2007 al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) por violación de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el 2011, el CDHNU consideró que la obstrucción del aborto permitido por el Código Penal constituyó una violación de los derechos humanos de la joven. Ordenó al país a proporcionarle medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada y a tomar medidas para evitar que se comenten violaciones similares en el futuro. Se le dio 180 días al Estado Argentino para cumplir con el dictamen (Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2011).

Un caso paradigmático como proceso de judicialización de un aborto no punible es el de “Fuentes, Aurora Luisa s/medida autosatisfactiva” (FAL-AG), que condujo a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del 13 de Marzo de 2012 (Fallos: 335:200). Éste constituye un punto de inflexión en la interpretación correcta de la regulación del aborto por causales en Argentina. Permite interpretar el artículo 86 del Código Penal Argentino a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Es además un avance en la identificación de los deberes del Estado y de los prestadores de salud para la garantizar el ejercicio de ese derecho. Sin embargo, los tribunales de justicia constituyen un espacio de debate de los derechos en juego, de las condiciones para su ejercicio y de las obligaciones del estado. En dicho debate, se encuentra presente en forma constante el conflicto existente entre los derechos que asiste a



la mujer que se encuentra embarazada y los supuestos del derecho a la vida. En el mismo participan actores de diversa índole. En principio se encuentra la persona directamente afectada; luego aquellos que atienden su reclamo: médicos y responsables actuantes de instituciones de los sistemas sanitario y judicial, organizaciones civiles de la comunidad, algunas de las cuales participan en calidad de *Amicus Curiae*, unas en apoyo a la mujer afectada que defienden el derecho a la salud y a decidir y otras en favor del “*nasciturus*” que defienden el derecho a la vida.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2012), expresa que la judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada. La demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras. Dictaminó que los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos. Que deben practicarlos y solo requerir la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación. Si bien a partir del fallo de la CSJN se apreciaron cambios favorables en el sistema judicial, los conflictos subsisten al grado de determinar sanciones a jueces actuantes, continuas controversias entre los distintos actores, unos defensores y otros obstrutores de los derechos que se llevan a la justicia en relación a lo dictaminado por la CSJN.

En el trabajo se abordará el siguiente problema: ¿Cuáles son los conflictos subyacentes a la aplicación de la normativa vigente referida al aborto no punible en la Argentina en relación al derecho a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida?

Su objetivo principal es analizar los conflictos subyacentes a la aplicación de la normativa vigente referida al aborto no punible en la Argentina, en relación al derecho a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida. En segundo término reconstruir los conceptos y contenido del derecho al propio cuerpo, a la salud y derecho a la

vida desde la teoría trialista. A partir de la misma, analizar los argumentos de los fallos judiciales anteriores y posteriores a la sentencia mencionada de la CSJN y las resoluciones derivadas del mismo.

Se plantea la siguiente hipótesis: Si bien la sentencia de la CSJN favoreció la resolución favorable de casos de aborto no punible judicializados, la continuidad en la existencia de éstos evidencia la permanencia de conflictos en relación a los derechos a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida.

En este trabajo se realiza un abordaje cualitativo. El estudio es exploratorio descriptivo. Se realizó un análisis de contenidos (López Noguero, 2002) de sentencias y fallos de distintas instancias en los cuales se trataron casos de abortos no punibles. Para ello se tuvieron en cuenta las dimensiones del trialismo: cultural y jurídico-sociológica, normológica y dikelógica.

El desarrollo del TFG se estructura en cinco capítulos. En el primero, se realiza una reseña de los pactos internacionales y legislación nacional que se enuncian en los argumentos que fundamentan los fallos y sentencias correspondientes al aborto no punible. Se analizan las posiciones de los actores que refieren a ellos en defensa del *nasciturus* y de los que sostienen la no punibilidad del aborto, las que evidencian los conflictos subyacentes a su aplicación en relación al derecho a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida. En particular se señalan los argumentos contenidos en el caso FAL-AG vinculados a la legislación que se menciona. Se hace referencia a la visión del problema desde la Teoría Trialista del Derecho.

En el segundo capítulo se identifican los actores que forman parte del proceso judicial derivado de la judicialización de un requerimiento de aborto considerado no punible por el Código Penal Argentino.

En el tercer capítulo se analizan los contenidos del “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”. Se exponen las consideraciones de la Subcomisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría

(SAP) realizadas en el año 2015 a pedido de la Comisión Directiva de la SAP, luego de la publicación de la segunda edición del Protocolo.

En el cuarto capítulo se presentan los resultados del análisis de contenidos y las categorías que se obtuvieron del análisis de las sentencias y fallos en el caso FAL-AG.

En el quinto se presentan los antecedentes jurisprudenciales. En primer lugar se tienen en cuenta los argumentos de las sentencias y fallos correspondientes al caso FAL-AG, y luego los fallos anteriores y posteriores al pronunciamiento de la CSJN del 13 de marzo de 2012 en el caso mencionado.

## Capítulo 1.

### Aspectos legislativos. Conflictos suscitados de las interpretaciones de la legislación. Teoría trialista del Derecho.

En este capítulo se realiza una reseña de los pactos internacionales y legislación nacional que se enuncian en los argumentos que fundamentan los fallos y sentencias correspondientes al aborto no punible. Se analizan las posiciones de los actores que refieren a ellos en defensa del *nasciturus* y de los que sostienen la no punibilidad del aborto. Estas posiciones evidencian los conflictos subyacentes a su aplicación en relación al derecho a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida. En particular se señalan los argumentos contenidos en el caso FAL-AG vinculados a la legislación que se menciona. Se hace referencia a la visión del problema desde la Teoría Trialista del Derecho.

La Ley N° 1920 fue sancionada el 25 de Noviembre de 1886 y promulgada el 7 de diciembre del mismo año y puesta en vigencia el 1° de marzo de 1887. En la misma se castigaba a la madre que abortaba, como a quien le daba asistencia. Este código fue calificado por los muchos jurisconsultos como antiguo y aberrante. Por ello se designó una comisión conformada por Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Matienzo para que realicen un proyecto de modificación del Código Penal. En 1891 la mencionada comisión presentó un proyecto de reforma del Código Penal basado en lo último sobre materia de legislación penal para la época. Más allá de esos avances, el proyecto no prosperó en la Cámara de Diputados y aunque la comisión de Códigos de esa Cámara insistiera en su aprobación, el proyecto no se trató. La Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados encargó la modificación de la Ley 1920 que dio lugar en el año 1903 a la ley N° 4189, conocida como la Ley de Reformas. Este nuevo Código fortaleció las penas de todos los delitos, inclusive las del aborto. En lo que respecta a la madre, expresa en uno de los artículos la no punibilidad en el caso de tentativa (Soria, 2009).

El art. 86 del Código Penal Argentino expresa:

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

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

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

La redacción de estos incisos del art. 86 es interpretada por los distintos actores que tienen responsabilidad de decidir en los casos de aborto no punible en forma diversa.

En el dictamen de la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (2010), en el caso FAL-AG, la juez Melero refirió a la doctrina respecto al caso del inc. 1° del art.86 del Código Penal: "La salud puede ser tanto física como psíquica, de modo que es correcto que el Código no distinga y, por ello, puede considerarse el aborto practicado en el caso de embarazo proveniente de una violación como una hipótesis más de riesgo para la salud de la gestante" (Zaffaroni, 2000, p. 483 N° 9). Agregó que "La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no solo en el caso del aborto terapéutico, sino también del sentimental o ético, y del eugenésico... es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada". (Zaffaroni, 2000, p. 612 N° 10). Luego citó a Gil Domínguez (2000, p. 137) e indicó que "la impunidad sancionada en el artículo 86, alcanza a todo tipo de violación, y no solo al de la mujer idiota o demente. Por lo tanto, según la norma legal citada no es punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación en cualquiera de las formas previstas por la ley en el artículo 119 del código penal...".

El inc. 2° es interpretado por distintos actores en forma restrictiva o amplia. En la primera, la redacción es interpretada como que refiere a dos situaciones "una violación o de un atentado al pudor", cometido sobre una mujer idiota o demente. Esta interpretación impone que para que la mujer tenga acceso a un aborto no punible en caso de violación, sea

idiota o demente. En el fallo de marzo de 2012, la CSJN refirió al amplio debate sobre el derecho a la vida a que se generó en la última sesión la Convención Constituyente de 1994. Expresó que en ninguna oportunidad quedó plasmada la voluntad de limitar el alcance del art. 86, inc. 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente. Indicó que los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Una exégesis 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. Asimismo, la CSJN refirió que al examinar la situación particular de nuestro país, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal (Fallos: 335:212, Considerando 17º).

Ciuro Caldani (2001), en base a una concepción tridimensional del Derecho, expresó que la teoría tripartita del mundo jurídico plantea una lógica de las normas referida a los hechos de reparto de potencia e impotencia, o sea, a los repartos de lo que favorece o perjudica a la vida y al "ser". Citó a Goldschmidt e indicó que "La norma contiene la captación lógica de un reparto proyectado de parte de un tercero". Refirió que para manifestar de manera más expresa la integración, no sólo normo-sociológica sino también axiológica, habría que expresar: "La norma contiene la captación lógica de un reparto proyectado de parte de un tercero, en la cual, como en el reparto, deben realizarse los valores" (p. 93).

La CSJN (2012) hizo referencia a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, como ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional. Estos principios tienen una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, que conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma. Reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo 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. Máxime cuando está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos, en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (Fallos: 335:211, Considerando 15°).

Ciuro Caldani (2000) explicó que

Como se pretende mantener fuertemente vinculada a la norma con los hechos, en la interpretación trialista corresponde atender a la voluntad del repartidor (no sólo a lo que pensó –“intención”- sino al dar preferencia a lo que quiso -el “fin”-). Se parte de la interpretación literal, que expresa lo que entiende la comunidad donde la norma funciona (con bases gramaticales y lógicas); se pasa a la interpretación histórica, que se refiere a la auténtica voluntad del autor (con apoyos “auténticos” y en los elementos histórico y sistemático); se comparan las dos interpretaciones y en caso de haber discrepancia, o sea que la norma sea infiel, se abre una cuarta tarea interpretativa de adaptación de la versión literal a la histórica (por extensión, restricción o sustitución). A diferencia de la teoría “pura” -que se refiere a un marco de posibilidades interpretativas- en el trialismo existe gran interés en reconocer siempre el reparto, en este caso, en mantener en claro quién reparte (p. 16).

Para comprobar la realización de la verdad, la teoría trialista hoy cuenta con las nociones originarias de fidelidad, exactitud y de adecuación. La norma es fiel cuando describe con acierto el contenido de la voluntad de sus autores; es exacta si el cumplimiento descrito se produce y es adecuada cuando los conceptos empleados integran la realidad y sirven a los fines de sus autores, en cuanto a contenido y cumplimiento (Ciuro Caldani, 2001, p. 94). La CSJN manifestó en el fallo mencionado que, de la mera lectura del art. 86, inc. 2° del Código Penal, se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva, previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza (Fallos: 335:214, Considerando 18°).

En cambio, los jueces de primera y segunda instancia en el caso FAL-AG habían interpretado el inc. 2 en forma restrictiva. El Juez de Cámara Nahuelanca afirmó que la interpretación amplia o restrictiva no define en profundidad la amplitud de la fundamentación de la sentencia. Mencionó las garantías de la Constitución Nacional, Provincial y el Código Civil Argentino a la vida del *nasciturus* y el reconocimiento de su status jurídico de persona. Expresó que “lo relevante es que con tales antecedentes del derecho constitucional, resulta indiferente la interpretación adoptada respecto al art.86 C.P. y es evidente que el fundamento tutelar de rango constitucional es el que cierra la conclusión de la sentenciante” (Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 2010, p. 50).

Frente a este argumento, en la sentencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de la Provincia del Chubut (2010), el juez Pasutti consideró que el art. 86 no se contrapone al bloque constitucional consagrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales, en tanto la norma es consistente con la prohibición de desprotección legal arbitraria respecto al derecho a la vida del por nacer. De hecho parte de la base de considerar al aborto como una conducta antijurídica. El principio que protege la vida desde la concepción es una norma de carácter general que puede admitir excepciones, tales las consagradas por la norma en debate. El supuesto de no punibilidad consagrado normativamente compromete otros derechos fundamentales de rango análogo -v.gr. dignidad, salud e igualdad-, por lo que no puede calificarse ni de irracional ni de arbitraria a la decisión legislativa. Ésta aparece fundada en una causa grave y excepcional, sujeta al margen de valoración del legislador y compatible con la protección constitucional (p. 38).

Además refirió que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, por lo cual debe ser considerado como ratio final del orden público. Expresó que sólo la demostración de la irrazonabilidad de la ley en su relación con las características del caso en concreto, habilita a apartarse de lo dispuesto por el legislador y a declarar la inconstitucionalidad de una norma. Consideró los ya diferenciados roles que le competen al Poder Legislativo y al Poder Judicial. Sostuvo que



asumir la derogación tácita del art. 86 del C.P., implica en los hechos una enmienda judicial que le está vedada a los jueces, en tanto en virtud del principio de legalidad (art. 18, C.N.) la regulación en materia penal mediante normas de orden público está exclusivamente reservada al legislador. Expresó que el Poder Legislativo mantuvo la decisión asumida en cumplimiento de su rol institucional respecto del conflicto existente entre los distintos derechos involucrados. Ponderó los valores en juego, definió cómo deben prevalecer los distintos derechos comprometidos al incorporar una norma expresa en el Código Penal que contempla supuestos de abortos no punibles y mantuvo tal definición aún con posterioridad a la reforma constitucional. Indicó que el legislador ya optó, ante determinados supuestos, por la preeminencia de la vida de la persona que ya la goza en plenitud.

Expresó que el principio de legalidad que rige en materia penal exige interpretar los supuestos de no punibilidad previstos por el art. 86, inc. 2º, C.P., con la mayor amplitud posible. En tal sentido, consideró que la norma citada en el párrafo precedente consagra la no punibilidad del aborto de cualquier mujer que ha sido violada. Manifestó además que las causas de exculpación o supresión de la pena deben interpretarse ampliamente. Coincidió con quienes han sostenido que la interpretación restrictiva del inciso en análisis implica atribuir a las mujeres actos heroicos que el derecho no puede imponer.

Ciuro Caldani (2005), al analizar desde la Teoría Trialista la aplicación de las normas y las consecuencias jurídicas del Derecho de la Salud, explicó que las normas tienen siempre un antecedente que capta el sector social a reglamentar (en este caso las mujeres embarazadas por una violación) y una consecuencia jurídica que capta la reglamentación. Ambos tienen características positivas y negativas que deben estar respectivamente presentes y ausentes para que las normas funcionen. La importancia de la salud hace que, de modo muy enérgico, toda consecuencia jurídica del Derecho de la Salud tenga una característica negativa que excluya su daño. Ninguna norma del Derecho de la Salud debe aplicarse si se perjudica a la salud (p. 25). Bergallo y Michel (2009), expresaron que

Una lectura restrictiva de la despenalización del aborto en caso de violación sería equivalente a depositar una carga supererogatoria a la mujer a la que se le ha impuesto violentamente el embarazo, disposición que a todas luces resulta incompatible con un sistema jurídico liberal como el argentino, que no impone jamás deberes heroicos” (p. 3).

El propósito trialista es referirse a la verdad de las normas, no sólo en cuanto a contenido de la voluntad de los autores sino respecto de su cumplimiento y de la influencia que las propias normas ejercen sobre los hechos (Ciuro Caldani, 2001, p. 93).

Los actores que asumieron la defensa del *nasciturus* refirieron al art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y al Código Civil y Comercial de la Nación. El primero expresa “Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) fue aprobado por ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014. El art. 19 reconoce que la existencia de la persona humana comienza con la concepción y el art. 24 incluye a las personas por nacer a las incapaces de ejercer por sí misma sus derechos. Antes, el art. 70 del Código Civil Argentino aprobado por Ley 340 el 25 de setiembre de 1869, establecía que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Por otra parte, el art. 26 trata acerca del ejercicio de los derechos por la persona menor de edad:

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto

de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve al tener en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Kemelmajer de Carlucci et al. (2015) en relación a la edad para decidir acerca de la interrupción del embarazo refirió a lo indicado por el art. 26 del CCCN:

Adolescente a partir de los 16 años, con su solo consentimiento. Antes de los 16 años se necesita el asentimiento de alguno de los representantes legales. Si este adolescente por alguna razón fundada se niega a que se le informe a sus progenitores, debe intervenir el Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto en el art. 103. Agrega que en atención a las diferentes situaciones que se pueden presentar, la gravedad del caso, la causa fuente del embarazo y el tipo de interacción familiar de la persona menor de edad comprometida, aquí se expone el que sería el principio general de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, más allá de lo que se pueda regular al respecto teniéndose en cuenta esta diversidad de situaciones en legislaciones especiales a nivel nacional como local.

Los pactos y declaraciones internacionales que mayoritariamente fueron referidos por los distintos actores son:

- El art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH), aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia en 1948: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. El art. 3° expresa: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y art. 4° inc. 1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, (DUDH), elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París. El art. 3° enuncia “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y el art. 6° “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Fue aprobado por la ley 23.313 sancionada el 17 de Abril de 1986 y promulgada en mayo del mismo año. El art. 6° inc. 1 expresa: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. El art. 7 manifiesta que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El punto 14 de la Recomendación CCPR/CO/70/ARG del 15 de noviembre de 2000 expresa:

En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial, incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, si existe un claro riesgo para la salud de la madre o si el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las

mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado.

- La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 con entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. La Ley Nacional 23849 que aprobó la CDN fue sancionada el 27 de setiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre de 1990. El art. 2 realiza reservas y declaraciones y expresa que, con relación al art. 1° de la CDN, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. El preámbulo de la CDN expresa: “El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”; El art. 1°: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y el art. 6° inc. 1: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.
- La Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) conocida también como la "Carta Internacional de Derechos de la Mujer", fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. La misma ha sido ratificada por más de 100 países. En Argentina fue aprobada por Ley 23179 sancionada el 8 de mayo de 1985. Con esta Convención se dio un gran paso hacia la meta de la igualdad de derechos para la mujer, al consagrar que la discriminación contra la mujer es una injusticia y constituye una ofensa a la dignidad humana. Contiene 30 artículos que consagran en forma jurídicamente obligatoria, principios aceptados universalmente y medidas para lograr que la mujer goce de derechos iguales en todos los aspectos. El art. 24 inc. m de la Recomendación General 19, del 29 de enero de 1992, establece que “Los

Estados procuren que se apliquen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para asegurar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, tales como los abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad”.

En la sentencia ya mencionada del STJ de la Provincia de Chubut, el juez Royer refirió a Bidart Campos (1981. p. 189; 2003, p. 493) y a Gelli (2011, p. 77). Expresó que ningún derecho reconocido por la Constitución, entre ellos la vida, posee carácter absoluto y que la relatividad, es la nota que los caracteriza. De esto deriva que el grado de protección de cada derecho constitucionalmente reconocido dependerá entonces, de la decisión legislativa que lo reglamente, que debe ser razonable. Citó a Gil Domínguez et al. (2006, p. 1022-1023) y manifestó que frente a la colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos -vida humana vs. libertad sexual autodeterminación-, en el caso de la concepción producida por violación, la ley hace prevalecer al segundo sobre el primero. Indicó que la sentencia que se dicte, no decide sobre la vida del feto, sino sobre la salud de la madre.

A su vez, el juez Pasutti enfatizó la relatividad de las afirmaciones contenidas en las Declaraciones Internacionales, particularmente en el Art. 1 de la DADyDH. En relación al art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica expresó que la protección del derecho a la vida consagrada en la CADH no es de carácter absoluto y que pueden admitirse excepciones a la regla de protección. Explicó que la CIDH puntualizó que en la redacción del art. 4.1 de la CADH debieron ser salvadas distintas observaciones y que a ello se debió la incorporación de las palabras “en general”. A la luz de tales antecedentes, concluyó que la interpretación que le adjudicaron los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana era incorrecta. En lo que respecta a la aclaración formulada al aprobarse la CDN respecto del art. 1 de dicha Convención, sobre la base de diferenciar las reservas de las declaraciones interpretativas, se ha sostenido que éstas últimas no poseen rango constitucional (p. 43). En el mismo sentido, el fallo de la CSJN del 13 de marzo de 2012 (FAL-AG) expresa que el art. 2º de la ley 23.849 en cuanto estipula que el art. 1º de la

CDN “que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, constituye una declaración interpretativa y no una reserva en los términos del art. 2° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Fallos: 335:210).

Además, la CSJN refirió al deber que emana del art. 6° del PIDCyP y a la posición del CDH de Naciones Unidas en cuanto a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. En igual forma, expresó que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes —que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación— deben reformar sus normas legales e incorporar tal supuesto. Respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal (Fallos: 335:209).

En el mencionado fallo, la CSJN refirió además al artículo 1° de la DADyDH, al art. 4° de la CADH y al art. 3° de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica. Expresó que la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, debe ser realizada en forma conjunta con el art. 4°. Manifestó que “la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida” de aquel. Además, indicó que a fin de asegurar una coherencia en la interpretación de ese instrumento, dichas previsiones deben ser analizadas en conjunto con lo dispuesto en el art. 1°: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Fallos: 335:208).

Para que los repartos proyectados captados en las normas se realicen es necesario que éstas funcionen. El trialismo evidencia la complejidad del funcionamiento de las normas, con sus problemas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis, con la transversalidad de la argumentación y son los cursos relativamente “paralelos” el funcionamiento formal y el conjetural (Ciuro Caldani, 2013, p. 95).

Esta complejidad se encuentra directamente asociada a los conflictos subyacentes a la aplicación de la normativa vigente en relación al derecho a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida. Como se mostrará en los siguientes capítulos, la principal evidencia la constituye la continuidad de los mismos a pesar del antecedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012).



## Capítulo 2.

### Actores involucrados en los casos judicializados de abortos no punibles.

En el presente capítulo se identifican los actores que forman parte del proceso judicial derivado de la judicialización de un requerimiento de aborto considerado no punible por el Código Penal Argentino. Estos actores forman parte de una compleja trama de vínculos e interrelaciones. Cada uno de ellos participa de un conflicto donde necesariamente resultan afectados intereses vitales.

En este juego de interrelaciones existen adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida humana (Ciuro Caldani, 2013, p. 87). Las distribuciones y los repartos se desenvuelven en el juego de la fuerza (Ciuro Caldani, 2013, p. 88). Para comprender los repartos hay que referirse a sus repartidores, beneficiarios, objetos, formas y razones. Los repartos suelen estar lejos de lo que las normas dicen al respecto. (Un ejemplo de esto lo constituyen las disímiles interpretaciones dadas al Art. 86 del CP). La comprensión de la complejidad de las diversas adjudicaciones jurídicas, que incluyen distribuciones y repartos, esclarece las bases y los elementos de la elaboración de normas y las decisiones respectivas (Ciuro Caldani, 2013, p. 90). En el marco de la conducción repartidora, es útil reconocer los elementos de los repartos, es decir: quiénes reparten, quiénes son beneficiarios beneficiados y gravados, qué se reparte, cuáles son las formas de los repartos (camino previos elegidos para llegar a ellos) y cuáles son las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). La atención a estos despliegues en el campo de la salud es particularmente importante (Ciuro Caldani, 2005, p. 22).

En primer término identificamos a la mujer embarazada. Durante decenas de años se cometieron arbitrariedades y abusos en la aplicación de la ley, en particular hacia las mujeres excluidas del sistema educativo, del sistema profesional, del sistema legal y del sistema político sin fiscalización del Estado. Doblemente grave en el caso del aborto porque solo las mujeres abortan. Solo ellas están expuestas a un abuso de poder que afecta el

derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad (Luna et al, 2006, p. 13-17) (Maffia, 2006, p. 5).

La CSJN en el fallo del caso FAL-AG expresó que la judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras (Fallos: 335:216).

Las mujeres que deben sobrellevar los embarazos derivados de violaciones, como en el caso mencionado, son frecuentemente menores de edad. En el fallo de la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (2010), la juez Melero expresó que es contrario a la dignidad personal de la menor de quince años obligarla a soportar un embarazo derivado de una violación. En tanto al prescindir de su consentimiento se la consideraría un mero instrumento o incubadora.

Según lo expresa Bergallo (2009), una característica de muchas de las decisiones sobre aborto de nuestros tribunales es la ausencia o la simplicidad de las referencias a las mujeres y sus derechos. Las decisiones sobre acceso a las indicaciones de aborto del artículo 86 del Código Penal rara vez se explayan en consideraciones sobre la situación de vulneración de derechos que llevó a la solicitud del aborto. Cuando lo hacen, esa situación de sufrimiento se descarta rápidamente en aras de la protección de la vida en gestación. En varios de los casos de abortos solicitados por víctimas de violación o por sus familiares, por ejemplo, la preocupación por el derecho a la vida intrauterina ha llevado a referir marginalmente las situaciones de violencia sufridas por las víctimas, en general menores, y sus efectos sobre la exigencia de sostener un embarazo que rechazan al asociarlo con el trauma de la violencia sexual (p. 3).

Galati (2012a) expresó que los sujetos beneficiarios de las prácticas son mujeres, mujeres comunes, de carne y hueso, arrojadas al mundo de pequeñeces, debilidades, deseos, aspiraciones y limitaciones (p. 48).

Respecto de los sujetos repartidores, en el tema de los abortos no punibles los médicos cumplen un papel clave, en tanto ellos son los que tienen el conocimiento necesario para abordar a la mujer que llega a su consultorio en situación de gravidez. Además, el Código Penal requiere para el aborto no punible a un “médico diplomado”. Se encuentran en una situación de poder clara respecto de la mujer y son quienes pueden dar un alivio inmediato o hacer pasar a la mujer por un calvario. El conocimiento de la anatomía humana de las técnicas determinadas para abortar y de los medicamentos a prescribir dota al profesional médico de las herramientas necesarias para calmar el dolor de las mujeres embarazadas en situación de padecimientos físicos y psicológicos. En consonancia con la ley 26529 sobre derechos de los pacientes los médicos deberían, en lugar de oponerse mediante procesos judiciales, instruir a las mujeres a fin de que decidan sobre su cuerpo, es decir, contextualizar y hacer factible el “consentimiento informado”. Si el paciente tiene derecho a “aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos” (art. 2, ‘e’) es porque el médico debe informarle las opciones que una mujer en estado de gravidez puede adoptar. Incluso se prevé que el paciente pueda solicitar la interconsulta (art. 2, ‘g’), con lo cual se pone en evidencia que no existe “la” medicina (Galati, 2012a, p. 48).

En el fallo del caso FAL-AG del STJ de la provincia de Chubut, el Juez Caneo expresó que:

En el supuesto legal de análisis, el que toma el protagonismo, al igual que la mujer, es el “médico diplomado”, porque es el único dotado del bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permite apreciar si se dan las condiciones para la práctica del aborto no punible. La norma así lo indica y no pueden supeditar su actuación a la intervención judicial. Deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias. El cumplimiento de las normas jurídicas es un deber del profesional, y su incumplimiento es susceptible de sanción legal cuando se nieguen en forma no justificable a la constatación de alguna de las causales previstas en el art. 86 del C.P. y/o la consecuente prestación del servicio. Los casos de “Abortos

no Punibles”, son uno de los tantos componentes que integran el servicio de salud, por lo que se deben respetar los estándares de calidad, confidencialidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información científica actualizada (p. 31).

En el fallo del caso FAL-AG, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2012a), manifestó que se mantiene una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud (...). Se exigen requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, adquiere características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación. También expresó la necesidad de advertir 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 (p. 22).

Como expresó Galati (2012a):

Lo que generó la implementación de un protocolo médico para la atención de abortos no punibles fue precisamente un orden de los repartos médico cuyo eje ha consistido en el desconocimiento de la planificación gubernamental que no pena el aborto terapéutico y el eugenésico, ni tampoco el sentimental analógicamente (p. 56).

La argumentación en materia de salud se nutre de un rico despliegue de la razón médica. En cuanto a la aplicación, el encuadramiento de los casos de salud y la efectivización de la consecuencia jurídica de las normas son a menudo dificultosos, en parte por la complejidad de los problemas, en parte por la necesidad de recursos especiales (Ciuro Caldani, 2005, p. 27).

Como también lo manifestó la CSJN, la práctica de los profesionales de la salud es convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hacen caso omiso de los preceptos establecidos por el CPA y exigen donde la ley nada reclama (Fallos: 335:219). Considera que la judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, es innecesaria e ilegal. La situación paradójica reside en que los actores del sistema judicial,

que son los que frecuentemente tienen la difícil tarea de realizar los repartos al decidir la realización de ILE-ANP, no deberían cumplir esta función. Aquí se manifiesta con mayor profundidad el nivel de conflicto que subyace a la aplicación de la normativa vigente referida al aborto no punible en relación al derecho a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida. Distintos actores del sistema judicial pueden interpretar un mismo instrumento legal de forma diferente y frecuentemente opuesta. En ocasiones, distintos actores refieren a un mismo artículo de la legislación para sostener, en un caso la defensa del *nasciturus*, y en otro la defensa de la mujer embarazada para justificar la autorización para realizar una ILE. Con relación a la judicialización de los casos de solicitud de realización de ILE, en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense (2007) (SCJB), en el caso LMR, la juez Kogan citó un fallo anterior en el cual el juez Roncoroni afirmó que:

"El art. 86 del Código Penal, tanto en su inciso primero como en el segundo -y esto es lo que se debe tener en claro- no está previsto para juzgar si acaso un acto que todavía no se ha realizado debe ser eximido de pena. El artículo supone un acto en el pasado, que es juzgado de acuerdo a la forma en la que efectivamente se llevó a cabo. En el caso se pide a la justicia que diga si acaso un acto futuro, todavía no realizado, se ajusta a tal o cual norma del Código Penal. Que los actos se juzgan una vez cumplidos, es un principio que responde a una de las características definitorias de la tarea judicial, que a diferencia de la legislativa, no evalúa lo que todavía no ha sucedido. Pero además, en el caso de un delito, o de la eventual desincriminación de un acto, la autorización judicial se revela particularmente inadecuada" (Considerando 5°).

A su vez, en el fallo del STJ del caso FAL-AG, el juez Royer hizo referencia a la responsabilidad de los tribunales en el cumplimiento de los Pactos internacionales. Citó a Bidart Campos (1989, p. 128) al mencionar que "Los Estados Parte, se obligan a que sus sentencias...provean a la aplicación de los pactos, al reconocer, garantizar y facilitar el ejercicio y el goce de los derechos que ellos declaran. En suma, los tribunales judiciales son órganos del Estado y sus decisiones son actos de poder estatal vinculados por el tratado".

Luna et al (2006), consideran que:

Los jueces que rechazan la solicitud de autorización judicial por considerar que no es necesaria deberían, en lugar de rechazar el pedido, ordenar a los hospitales y/o a los profesionales que cesen en su conducta ilegítima de requerir una autorización judicial para realizar una práctica médica que no la requiere y denunciarlos por el incumplimiento de sus obligaciones profesionales. Al no hacerlo, generan una situación de denegación de justicia de la que también son responsables (p. 21).

Para que los repartos proyectados captados en las normas se realicen es necesario que éstas funcionen. Cada uno hace lo que quiere dentro de lo que puede, aunque debe querer y poder lo valioso. Esto sucede también con los autores de normas y los encargados de su funcionamiento (Ciuro Caldani, 2013, p. 95). Ambos tienen responsabilidad de reparto. En el primer grupo se encuentran los legisladores, en el segundo los jueces.

El tridimensionalismo sostiene que en el objeto jurídico han de incluirse realidad social, normas y valores. La teoría tridimensionalista del mundo jurídico incluye en este repartos de lo que favorece o perjudica a la vida humana (dimensión sociológica) captados por normas (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dialéctica) (Ciuro Caldani, 2013, p. 85-86).

La complejidad propia de la vida humana se ve reflejada en las distintas apreciaciones de las personas acerca de lo que puede favorecerla o perjudicarla. Esto determina que los individuos de la sociedad se posicionen y se organicen desde sus valores particulares en colectivos que defienden posiciones encontradas. En nuestro objeto de estudio, unos a favor de la vida del y otros en defensa de la mujer embarazada que reclama sus propios derechos. Algunos participan en calidad de directos implicados, como en el caso de la Asociación Civil para la Promoción y la Defensa de la Familia (Pro-Familia), que interpuso una medida cautelar con el fin de detener la práctica del aborto no punible que debía practicarse en el Hospital Ramos Mejía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en Octubre de 2012, seis meses después del fallo de la CSJN en el caso FAL-AG. De igual forma, la Asociación Civil Portal de Belén interpuso en Córdoba un amparo contra el

Estado Provincial con el objetivo de que declare la inaplicabilidad de la Resolución 93/12 incluido su anexo 1 "Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el artículo 86 incisos 1° y 2° del Código Penal de la Nación". Logró que el 13 de abril de 2012, un mes después del fallo de la CSJN en el caso FAL-AG, un Juez en lo Civil y Comercial hiciera lugar parcialmente al amparo solicitado, con consideraciones contrarias a lo que había fallado la CSJN en el caso FAL-AG.

En algunos casos, si bien no participan en forma directa en un proceso judicial, lo hacen desde un rol institucional o social y agregan complejidad al problema. Muchos a través de sus opiniones en las redes, generan una presión social a favor de uno u otro. Es el caso de las noticias publicadas por la organización Notivida, que a través de boletines en internet, asumió la defensa del *nasciturus*. La organización estableció un enlace para felicitar a los jueces que habían fallado a su favor (Del Río & Sanahuja, 2010a), y luego criticaron a los que jueces que fallaron a favor de la ILE. Así, cuando el STJ autorizó la ILE, publicó:

Tiene casi 5 meses de gestación y todos sus órganos están listos. Como las cavidades cardíacas ya están delimitadas su corazón late con fuerza. En una ecografía se puede ver el detalle de su rostro: párpados, cejas, nariz, boca y orejas. Sólo le resta aumentar de talla y peso. De confirmarse la sentencia ¿intentarán salvarle la vida cuando “interrumpan el embarazo” o lo dejarán librado a su suerte hasta que muera? (Del Río & Sanahuja, 2010b)

Otros intervienen institucionalmente. Como lo expresaron Bergallo y Michel (2009), las barreras de acceso a la ILE adquieren diversas modalidades y actúan desde diferentes niveles. Barreras jurídicas como la exigencia de una autorización judicial; la intervención de comités de ética, equipos interdisciplinarios o autoridades hospitalarias; el requerimiento de comprobaciones médicas innecesarias; la solicitud de denuncia y/o la prueba de la violación, entre otras.

En el caso FAL-AG, la intervención del Comité de Bioética fue un recurso utilizado en la argumentación del fallo del Juzgado de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia para rechazar la solicitud de interrupción del embarazo de AG. Dicho comité dictaminó que al asumir la interpretación restrictiva del Art. 86, el aborto en una niña menor de 15 años víctima de una violación no podría ser practicado lícitamente. Afirmó que en caso de practicarse la interrupción del embarazo existía riesgo en la vida de la madre por el avanzado estado de gestación y que el riesgo podía evitarse mediante apoyo psico-individual de la menor y terapéutico familiar permanente hasta que se produzca el parto. Finalmente recomendó no interrumpir el embarazo con el argumento de preservar dos de los tres valores a resguardar, la vida del nasciturus y la vida de la madre, y que no era posible restaurar la salud psíquica de la madre, ya dañada por el abuso sexual y violación, pero sí evitar causar mayor daño por las secuelas psíquicas del aborto. En relación a estas observaciones, la Juez de Cámara Melero expresó que el Comité de Bioética calificó cuestiones de carácter jurídico y jurisprudencial y ameritaciones subjetivas que no le competen.

A su vez, el equipo interdisciplinario del hospital expresó que la interrupción de un embarazo representa en sí misma una situación traumática, que requiere de un proceso de elaboración cuyo curso no puede preverse de antemano. Destacó que “desde el punto de vista psicológico, la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida...” y que dado los antecedentes de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo y la ideación suicida en caso de que el embarazo no sea interrumpido, los profesionales de la Salud Mental indican que no pueden desestimar la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas. La opinión emitida por el equipo interdisciplinario fue uno de los argumentos de la Juez Melero de la Cámara de Apelaciones en el fallo de segunda instancia del caso FAL-AG, para dictaminar a favor de la ILE/ANP, pero no fue tenido en cuenta por los dos jueces restantes que fallaron en contra de la misma. Asimismo fue mencionado vagamente en el fallo de primera instancia que negó la realización de la ILE, lo cual evidenció lo



afirmado por Bergallo y Michel (2009) en cuanto estos comités y equipos institucionales actúan como barreras de acceso a la ILE.

Algunos actores intervienen en calidad de Amigo del Tribunal. El 13 de julio de 2004, la CSJN con la firma de los ministros Petracchi, Zaffaroni, Maqueda, Highton de Nolasco y Boggiano, mediante la Acordada 28/2004 autorizó que las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito, puedan presentarse ante la misma en calidad de Amigo del Tribunal (denominados también como “*Amicus Curiae*” o “Asistentes oficiosos”), en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general, con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio. Estipuló que el Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito; fundamentará su interés para participar en la causa e informará sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso (Art. 2°).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2004), consideró que en el marco de las controversias cuya resolución genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo. Consideró además que la intervención que se postula encuentra su fundamento, aún con anterioridad a la reforma de 1994, en lo dispuesto en el art. 33 de la Constitución Nacional, en la medida en que los fines que inspiran dicha participación consultan substancialmente las dos coordenadas que dispone el texto: la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno (Considerando 2°). Finalmente expresó que su actuación encuentra sustento en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 62.3) y ha sido

expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana (Considerando 2°). Sin embargo, en aquel momento los ministros Belluscio, Fayt y Vázquez acordaron “Declarar que esta Corte carece de atribuciones para regular la intervención procesal del Amigo del Tribunal”.

El 21 de marzo de 2012, ocho días después de la sentencia del caso FAL-AG, la CSJN realizó una reunión con organizaciones no gubernamentales que tuviesen como objeto la temática judicial con extensión a personas individuales expertas en el tema, a fin de debatir la regulación de la figura del “Amigo del Tribunal”. Un año después la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2013), con la firma de los ministros Lorenzetti, Argibay, Maqueda, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Zaffaroni y del secretario Abritta, mediante la Acordada 7 dejaron sin efecto la Acordada 28/2004 y autorizaron la intervención de “Amigos del Tribunal”, con un nuevo reglamento. En el art. 3 del mismo se indica que la intervención que se reglamenta alcanza al Estado Nacional, a los Estados Provinciales, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los municipios.

En la Provincia de Buenos Aires, la Ley 14736 promulgada en septiembre de 2015, establece que:

Toda persona física o jurídica que no sea parte de un pleito y reúna las condiciones establecidas en la presente Ley, podrá presentarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales en los que se debatan cuestiones de trascendencia - colectiva o interés general. El Estado Provincial y los municipios de la provincia de Buenos Aires, a través de sus organismos y órganos de control especializados, podrán intervenir en calidad de Amigos del Tribunal con el alcance establecido en la presente Ley (Art.1).

En el caso FAL-AG, hubo una importante cantidad de organizaciones y personas se presentaron en calidad de Amigo del Tribunal. La lectura de los fallos evidencia que, al menos en las primeras instancias de este caso, la opinión aportada en un escrito por una extensa lista de organizaciones y personas a favor de la ILE, no se tuvo en cuenta. En el fallo de Cámara, el juez Alexandre quien dictaminó a favor del *nasciturus*, expuso que “en

el caso, nos encontramos obligados a preservar el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del *nasciturus* desde el momento de la concepción” en relación a la presentación realizada por los *amicus curiae* expresó:

Dejo en claro que más allá de las encontradas pasiones que provoca el tema, consecuencia de la falta del profundo, serio y responsable debate adecuando la añeja normativa vigente a los requerimientos de la hora actual y consagrada a nivel constitucional, respeto la valiosa opinión de partes interesadas directamente y la de aquellas instituciones que la han acercado y en cuanto a la presentación de “*Amicus Curiae*”, tal como se ha dicho en otras oportunidades pero en cuestiones de distinta naturaleza, que no se desconocen las leyes especiales locales que contemplan la intervención de este sujeto ajeno al proceso, ni de las disposiciones que por vía reglamentaria lo han incluido a instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 28) y de las normas procesales imperantes en cuanto a materia probatoria. No más y hasta allí su colaboración a nivel voluntario.

Cabe tener en cuenta que los argumentos expuestos en el escrito presentado por las instituciones y personas a favor de la ILE son muy próximos a los expresados en el fallo de la CSJN. Por el contrario, éste se encuentra muy alejado al emitido por el Juez Alexandre.

Como se indicó al inicio del capítulo, todos los actores mencionados forman parte de una compleja trama de vínculos e interrelaciones. En la misma, las escenas transcurren con profundo dramatismo y siempre hay perdedores.

## Capítulo 3.

### **Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo.**

En el este capítulo se analizan los contenidos del “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”. Se exponen las consideraciones de la Subcomisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría (SAP) realizadas en el año 2015 a pedido de la Comisión Directiva de la SAP, luego de la publicación de la segunda edición del Protocolo.

La primera edición del Protocolo fue elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación mediante la coordinación técnica de Mariana Romero y Paola Bergallo y publicada en el junio del año 2010. La segunda edición se publicó en abril de 2015, en la que se actualizó la información médica, bioética y legal. En septiembre de 2016 se introdujo una nota aclaratoria en relación a la vigencia del Nuevo el Código Civil y Comercial a partir de agosto de 2015. Las principales modificaciones son referidas a la edad requerida para el ejercicio autónomo del derecho a la salud y al ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad.

La edición del Protocolo del año 2015 se estructura en cuatro partes. La primera refiere a “Interrupción legal del embarazo: derechos de las personas y obligaciones del sistema de salud”. Las restantes tres partes describen los aspectos técnicos: el abordaje del equipo de salud, el procedimiento para realizar la interrupción del embarazo y la anticoncepción post interrupción del embarazo. En sus anexos presenta la “Declaración jurada víctima de violación” y el “Consentimiento para realización de interrupción legal del embarazo”. En este trabajo se realiza el análisis de la primera parte (páginas 11 a 20), el cual cubre los siguientes aspectos: 1. Situación del aborto en el mundo y en la Argentina; 2. Marco jurídico del derecho a interrumpir un embarazo: Principios rectores; 3. Circunstancias que habilitan la interrupción legal del embarazo; 4. Personas con derecho a solicitar una interrupción legal del embarazo y 5. Los equipos de salud.

La CSJN (2012) expresó en el fallo del caso FAL-AG que:

Corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.

Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual (Fallos: 335:200, Considerando 29°).

Luego, en la parte resolutive expresa en el inciso 2:

Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

De acuerdo a lo que manifiesta la segunda edición del Protocolo, el mismo está diseñado en base a la comprensión fundamental de que todo el personal del efector de salud (que incluye el administrativo y de seguridad) es responsable de garantizar y no obstruir el derecho a interrumpir un embarazo cuando este ponga en riesgo la vida o la salud de la persona o cuando sea producto de una violación. Expresa que los equipos de salud son los primeros responsables por la provisión de ILE, y de prevenir y buscar evitar peligros y daños a la integridad física y psíquica de quien acude al sistema de salud, ya sea que se trate de los subsistemas público, de obras sociales o privado. Asume que el derecho de acceso a la salud es abordado por el Protocolo sin incurrir en discriminación alguna e incluye en su línea de atención a todas las personas con posibilidad de gestar un embarazo, sin ninguna distinción relativa a su identidad de género ni a las prácticas sexuales que pudiera llevar a cabo (p. 11).

Luego de referir al Considerando 21° del fallo de la CSJN (2012), que establece que quien se encuentre en las condiciones descriptas en el art. 86 inc. 2 del Código Penal:

No puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible,

el Protocolo declara que en la Argentina toda mujer, niña, adolescente y, en general, toda persona con capacidad de gestar, tiene derecho a solicitar una interrupción legal del embarazo que cursa según los mismos estándares de calidad que el resto de los servicios de salud, cuando representa un peligro para la vida de la mujer y este peligro no pueda ser evitado por otros medios, proviene de una violación o de una violación sobre una mujer con discapacidad intelectual o mental. Dicha opción a la ILE se encuadra en los derechos a la autonomía personal, la privacidad, la salud, la vida, la educación y la información, a los principios de no discriminación e igualdad (p. 12).

EL Protocolo refiere a la sentencia de la CSJN (2012, Fallos: 335:200, Considerando 25°). Expresa que:

En ella se definió que siempre es el Estado, como garante de la administración de la salud de la población argentina, el que tiene la obligación de poner a disposición de quien solicite la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada; accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (p. 13).

Establece que la realización de una ILE debe guiarse fundamentalmente por el principio de autonomía. Todas las actitudes y prácticas de las/los profesionales de la salud deben estar destinadas a que la mujer pueda tomar la mejor decisión posible para ella, en base a información veraz, adecuada y completa. Indica que es deber de las/los profesionales de la salud proveer la información necesaria para que pueda entender el proceso que transcurre y formular todas las preguntas que crea necesarias. Debe respetarse el derecho de la persona de decidir sobre las cuestiones relacionadas con su cuerpo, su salud y su vida. Las/los médicas/os tienen la función pública y el rol ético de cuidar la salud de las personas sin decidir por ellas sobre sus conductas íntimas y personales. Este principio es la base del secreto médico (p. 13).

La Subcomisión de Ética Clínica de la SAP (2015) consideró que:

Una información veraz a una paciente que solicita la interrupción de su embarazo debe incluir también los riesgos y consecuencias físicas y psicológicas que el procedimiento puede ocasionar. De ninguna manera dicha información debería ser considerada como inadecuada o contraria a los deseos de quien solicita el acto. Se consideró importante, de acuerdo con el concepto integral de salud que como se sabe no sólo incluye los aspectos estrictamente físicos sino también los emocionales y sociales, la incorporación del “dolor psicológico y el sufrimiento mental asociado con

la pérdida de la integridad personal y la autoestima”, es decir, la salud mental, como afectación de la salud de la persona y como una potencial causal.

El protocolo añade que otros principios que guían la atención de la ILE son:

- a) Accesibilidad: Evitar interponer obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la prestación de una ILE, ya que ponen en riesgo la salud de quien requiere la práctica).
- b) No judicialización. La interrupción debe ser practicada por el equipo de salud sin intervenciones adicionales innecesarias, sean médicas, administrativas o judiciales. Judicializar significa dar intervención de cualquier forma a organismos judiciales o policiales. De esta forma se da estado público a una situación privada y confidencial de quien acude al servicio de salud. El mandato de no judicialización implica que con la intervención de un médico es suficiente para decidir si el caso se encuadra en las circunstancias que legalizan la interrupción.

En este sentido, en su fallo la CSJN (2012) afirmó:

Hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial, cuya primordial función de velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, interponga un vallado extra y entorpezca 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 2º, del Código Penal, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido (Fallos: 335:200; Considerando 19º).

En relación con este principio, la CSJN (2012) afirmó que “[...] media en la materia un importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial y es este proceder el que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920” (Fallos: 335:200, Considerando 18º).



c) Confidencialidad. Es derecho de la mujer que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica guarde la debida reserva. Al igual que en cualquier práctica médica, nada de lo ocurrido en la consulta debe ser comunicado a otras personas (como integrantes del equipo de salud, familia o funcionarios judiciales o policiales). La Historia Clínica (HC) y toda la información contenida en ella son de titularidad exclusiva de la mujer y su divulgación configura una violación a su derecho a la intimidad y al secreto profesional (p. 14).

Si se considerara necesario compartir la información con terceros –incluidos esposo, compañero/a, padre, madre– debe hacerse con la autorización expresa de la mujer, otorgada de manera libre y de forma clara.

d) Privacidad. Los servicios donde se lleven a cabo procedimientos de ILE deben respetar la privacidad de las mujeres durante todo el proceso. Esto incluye, por lo menos, la adecuación de los espacios donde se practiquen. Asimismo, se debe garantizar la privacidad de la información solicitada a la mujer y toda aquella que se consigne en la HC, la capacitación a todos los empleados de la institución para que conozcan sus obligaciones de respeto de la privacidad de las mujeres y de la información en relación con la interrupción del embarazo, la participación exclusiva de los integrantes del equipo de salud necesarios para la práctica (p. 14).

e) Celeridad/rapidez. A las mujeres que soliciten o requieran que se les realice una ILE se les debe garantizar una atención ágil e inmediata. Las instituciones en las cuales se practique deberán prestar toda la colaboración necesaria para que el proceso de atención integral sea brindado lo más pronto posible. Asimismo, se prohíbe la imposición de requisitos adicionales por parte de las instituciones o de sus empleados (p. 14).

f) Transparencia activa. Los profesionales de la salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar toda la información disponible de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita. Dicha

información debe ser actualizada, completa, comprensible y brindada en lenguaje accesible (p. 14).

El Protocolo indica que las causales que habilitan a solicitar una ILE son que el embarazo constituya un peligro para la salud o la vida de la mujer, o que haya sido producto de una violación.

Manifiesta que la primera incluye el peligro para la salud y el peligro para la vida, ya que este último debe ser entendido como la situación extrema de la afectación de la salud. Refiere a la definición de salud de la OMS, que implica el “completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones”. Una atención adecuada y completa de situaciones que habilitan la ILE implica necesariamente una visión integral de la salud. Enuncia las siguientes pautas para identificarlas:

- El peligro para la salud debe ser entendido como la posibilidad de afectación de la salud. No requiere la constatación de una enfermedad y, en este sentido, no debe exigirse tampoco que el peligro sea de una intensidad determinada. Bastará con la potencialidad de afectación de la salud de la mujer para determinar el encuadre como causal de no punibilidad para el aborto.
- La salud es un concepto integral que tiene tres dimensiones: física, mental-emocional y social, de acuerdo a lo establecido por la OMS.
- La afectación de la salud mental puede resultar en un trastorno mental grave o una discapacidad absoluta, pero incluye también el dolor psicológico y el sufrimiento mental asociado con la pérdida de la integridad personal y la autoestima.
- El concepto de peligro no exige la configuración de un daño, sino su posible ocurrencia.
- La decisión de la mujer sobre qué tipo de peligro está dispuesta a correr debe ser el factor determinante en la decisión de requerir la realización de una ILE.

- Si se trata de una mujer en buenas condiciones de salud pero con factores predisponentes, la continuación del embarazo puede constituir un factor de precipitación de una afectación; asimismo, en los casos con enfermedades crónicas o agudas, la continuación del embarazo puede actuar como un factor de consolidación de la enfermedad, como por ejemplo su cronificación, aparición de secuelas o incluso la muerte (p. 15).

La Subcomisión de Ética Clínica de la SAP (2015) consideró que:

Cuando se hace referencia a que “El peligro para la salud debe ser entendido como la posibilidad de afectación de la salud. No requiere la constatación de una enfermedad y, en este sentido, no debe exigirse tampoco que el peligro sea de una intensidad determinada. Bastará con la potencialidad de afectación de la salud de la mujer para determinar el encuadre como causal de no punibilidad para el aborto” se excede al concepto legal que la interrupción del embarazo será considerada no punible “si éste peligro (para la salud) no puede ser evitado de otra manera”. Algunos consideraron que esto obligaría al médico a actuar en función sólo de los deseos de quien lo solicita, y de este modo dejar de lado cualquier constatación, lo que podría ser “casi” una despenalización del aborto al dar paso a situaciones que no estarían contempladas en la ley.

Por tal motivo, se consideró la necesidad, no planteada en el Protocolo, que previo a cualquier procedimiento se debería realizar una evaluación médica, emocional y /o social, según corresponda y sin demoras, que permita definir si la causal invocada para realizar el procedimiento está justificada legalmente al no poder evitarse el peligro por otros medios. Con respecto al aspecto social, se hizo hincapié en la responsabilidad del Estado omitida en el Protocolo, de brindar el apoyo necesario e imprescindible por si la gestante desea no interrumpir su embarazo.

En relación a las víctimas de violación, el Protocolo refiere a que el inc. 2 del art. 86 del Código Penal afirma que toda mujer víctima de violación, con independencia de que tenga o no una discapacidad intelectual o mental, tiene derecho a la interrupción legal del

embarazo producto de dicha violencia sexual. Expresa que en estas situaciones es importante considerar que:

- La violación es una expresión de la violencia sexual y esta es una manifestación de la violencia de género. Puede ser perpetrada por alguien del entorno íntimo de la mujer (incluido el novio, marido o pareja), por personas de su conocimiento de otros ámbitos o por extraños.
- Los embarazos producto de una violación cometida por un novio, marido o pareja violenta deben considerarse como casos con derecho a solicitar su interrupción legal (p. 15).

Destaca que en los casos de violación, el único requisito para acceder a una ILE es que la mujer, o cuando fuera necesario su representante legal, realice una declaración jurada donde afirme que el embarazo que cursa es producto de una violación. Si existe una denuncia judicial o policial previa a la solicitud de la ILE, esta valdrá como la declaración jurada. Agrega que en ningún caso la recolección de material genético como evidencia forense puede convertirse en una barrera o generar dilaciones en el acceso a la práctica. Además, la declaración jurada debe ser simple, sin formalidades legales, y no se podrá exigir a la persona que profundice en las circunstancias del hecho o que brinde prueba alguna (p. 16).

El protocolo refiere a que el fallo de la CSJN (2012) también aclara que aun ante una duda sobre la veracidad de la violación es prioridad no negar bajo ninguna circunstancia el acceso al servicio de ILE: “[...] si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de ‘casos fabricados’, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyen en riesgos para su salud” (Fallos: 335:200, Considerando 28°).

Expresa que las mujeres con un embarazo consecuencia de una violación necesitan un tratamiento particularmente sensible, y es importante que todos los niveles del sistema

de salud sean capaces de ofrecerles el cuidado y apoyo apropiados, además de considerar la derivación oportuna, de ser necesario. Remite para ello al “Protocolo para la atención integral de víctimas de violaciones sexuales. Instructivo para equipos de salud” elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación. Resulta importante destacar que la segunda edición de dicho protocolo publicada en abril de 2015 incluye en el anexo la solicitud y consentimiento informado para la ILE/ANP, que no se incluía en las versiones anteriores.

Al identificar a las personas con derecho a solicitar una interrupción legal del embarazo, el Protocolo declara que:

Está destinado a garantizar la dignidad y derechos de toda persona con capacidad biológica de gestar y, por lo tanto, potencial sujeto del derecho a abortar cuando su vida o salud estén en peligro, o esté cursando un embarazo producto de una violación sexual, independientemente de tener o no una discapacidad intelectual o mental (p. 16).

El Protocolo afirma que para la realización de una ILE nunca es exigible la denuncia policial o judicial de violación. Respecto del consentimiento informado, hay dos grupos de personas que representan situaciones especiales: las niñas y adolescentes, y las personas con discapacidad intelectual o mental.

En relación al primer grupo expresa que constituye un grupo vulnerable dada la tradición existente de un sistema paternalista y tutelar que tiende a suplir la voluntad y el deseo de estas personas por considerarlas no capacitadas para decidir sobre sí mismas con autonomía y responsabilidad. Asimismo, es un grupo particularmente vulnerable a situaciones de abuso y violaciones sexuales. Su atención implica tener en cuenta dos aspectos: por un lado, la edad a partir de la cual son consideradas por la ley como personas plenamente autónomas, capaces de otorgar un consentimiento completo y suficiente por sí mismas; por otro lado, su derecho a ser escuchadas e informadas cualquiera sea su edad, de acuerdo a su especial necesidad de atención (p. 17).

Manifiesta que en virtud de la legislación vigente:

- Todas las personas de 14 años o más son consideradas por la legislación argentina como plenamente capaces de discernimiento. Por ello, pueden otorgar por sí mismas su consentimiento informado y realizar personalmente la declaración jurada requerida para la interrupción de un embarazo producto de una violación, sin que se requiera la autorización de sus padres o representantes legales. Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda fomentar que las adolescentes cuenten con la compañía y el apoyo de una persona de su confianza durante el proceso. Igualmente que con las mujeres adultas, es esencial que los equipos de salud garanticen claramente la confidencialidad, asegurándoles a las adolescentes que no compartirán la información de la consulta con nadie. Este criterio debe aplicarse teniendo en cuenta el principio del respeto del interés superior del niño, establecido en la Convención de los Derechos del Niño.
- En el caso de las niñas y adolescentes menores de catorce años, se deberá respetar su derecho a ser escuchadas y a que su opinión sea tenida en cuenta. Esto se basa en el principio de la “autonomía progresiva” y el grado de desarrollo de cada niña o adolescente en situación de requerir la realización de una ILE. Sus representantes legales, o los que sean nombrados especialmente para el caso, deberán participar en conjunto con la niña o adolescente en la toma de decisiones, y deberán firmar el consentimiento informado y la declaración jurada de la violación cuando corresponda (p. 17).

Expresa que si existiera una negativa injustificada de sus padres, tutores o encargados de acompañar la decisión de la niña o adolescente se procederá de acuerdo a lo establecido en el art. 61 del Código Civil, que establece que “cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con la de sus representantes, dejarán estos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare” (p. 17).

En relación a la edad manifestada en la segunda edición del Protocolo, versión de abril de 2015, la Subcomisión de Ética Clínica de la SAP (2015) consideró que la edad de 14 años que fija el protocolo para que una niña/adolescente puede actuar en forma

autónoma en relación a la solicitud de interrupción del embarazo, debería adecuarse al nuevo CCCN.

La nota aclaratoria que se introduce en el Protocolo en septiembre de 2016 indica acerca de la edad requerida para el ejercicio autónomo del derecho a la salud:

La regla aplicable en materia de capacidad que surgía del artículo 4to de la ley N° 25.673 y su decreto reglamentario N° 1282/2003 en concordancia con el artículo 921 del Código Civil, y también aquella que surgía del artículo 61, fueron derogadas y reemplazadas por las normas establecidas en el Título I, Capítulo 2, Sección 1ra y 2da, siendo de específica aplicación el artículo 26 conforme los artículos 1ro y 2do del CCyC.

Luego, en relación al segundo grupo refiere a la Convención Universal por los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por Ley 26.378), la que expresa que se consideran personas con discapacidad a quienes tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Aclara que de acuerdo a la normativa vigente (Código Penal y sentencia FAL de la CSJN) que alude como causal de ILE un “atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”; esta referencia debe comprenderse como la situación de violación a una persona con discapacidad mental o intelectual. Expresa que como fue reconocido por la Convención y la Ley 26.378, las personas con discapacidad tienen la misma dignidad, autonomía y capacidad jurídica para decidir sobre su cuerpo que el resto. El servicio sanitario no debe actuar sin tener en cuenta la voluntad de las mujeres discapacitadas sino que, por el contrario y en primer lugar, debe proporcionarles las herramientas que aseguren su participación en todo acto. En las situaciones en las que la mujer con derecho a acceder a una ILE (ya sea por peligro para la salud, la vida o por violación) tenga discapacidad psicosocial o mental, es fundamental que el equipo de salud la acompañe durante todo el proceso de atención y fortalezca su autonomía. Para esto, debe proveerle toda la información necesaria, de forma accesible y adecuada a sus particularidades, de manera que

la persona pueda decidir con plena comprensión de las circunstancias. Esto implica el uso de medios y tecnologías adecuadas y flexibles. Una alternativa posible es que se solicite a la mujer que elija una o más personas de su confianza para que le presten el apoyo necesario. En caso de no contar con ellas, lo más adecuado y conveniente es designar, con acuerdo de la mujer, a una persona idónea para esto. De esta forma, el procedimiento del consentimiento informado cumplirá con el criterio de respetar la voluntad de la persona con discapacidad. Todo lo actuado debe ser documentado en la HC. En el caso de las personas declaradas incapaces judicialmente deberá asistirles en el proceso de la consulta y la toma de decisiones su representante legal, quien debe firmar también el consentimiento informado. Por otro lado, bajo ninguna circunstancia el servicio sanitario debe exigir la acreditación de la discapacidad intelectual mental; en este sentido, el Considerando 24° del fallo de la CSJN (2012) expresa que la solicitud de cualquier tipo de acreditación o dictamen que exceda la declaración jurada en caso de violación, es considerado como una práctica burocrática dilatoria de la ILE que encubriría la denegación ilegal del aborto (p. 18).

En la nota incluida en el Protocolo en Septiembre de 2016 acerca del Ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad, referida a los cambios introducidos por el CCCN (Título I, Capítulo 2, Sección 3ra: principalmente artículos 31 y 32), el cual explicita que:

De acuerdo al artículo 32 del CCyC la restricción a la capacidad es excepcional y cobra vigencia estrictamente en los términos de la sentencia judicial que así lo declare. Esto implica que todas las personas que no han recibido una sentencia de restricción a la capacidad específicamente relacionada con la toma de decisiones en materia de salud, deben ser tenidas por capaces en el sistema de salud. De esta forma, podrán consentir de forma autónoma utilizando o no un sistema de apoyo voluntario y de confianza en los términos que lo deseen (p. 7).

El protocolo reconoce que 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 una ILE. Incluye también al personal administrativo y de seguridad de los establecimientos (p. 19).

El protocolo reconoce que la calidad de la atención y los requisitos para acceder a la práctica de la ILE son similares en establecimientos públicos y privados y la responsabilidad de los profesionales en caso de no respetar los derechos de las personas. Recomienda trabajar con equipos interdisciplinarios pero recalca que no es necesaria la intervención de más de un médico para la constatación de las causales de no punibilidad previstas en la ley. Refiere que en el Considerando 24° la CSJN (2012) aclaró que es ineludible “[...] aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta, pues una exigencia tal constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar” (p. 19).

El protocolo expresa que de acuerdo a lo manifestado por la CSJN (2012), las/los profesionales de la salud podrán ser responsables penal, civil y/o administrativamente por el incumplimiento de sus obligaciones en el ejercicio de su profesión cuando, de forma injustificada, no constaten la existencia de alguna de las causales previstas en el Código Penal para la realización de una ILE, realicen maniobras dilatorias durante el proceso, suministren información falsa o cuando prevalezca en ellos una negativa injustificada a practicar el aborto (p. 19).

Manifiesta que, de acuerdo a lo expresado por la CSJN (2012), los profesionales de la salud tienen derecho a ejercer la objeción de conciencia (OC) con respecto a la práctica del aborto no punible, siempre y cuando no se traduzca en la dilación, retardo o impedimento para el acceso a esta práctica médica. La OC es siempre individual y no institucional. De acuerdo a esto, todos los efectores de salud en los que se practique la ILE deberán garantizar su realización en los casos con derecho a acceder a ella. Asimismo, deberán contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma

permanente el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a las personas en relación a esta práctica (p. 19).

Refiere a que en caso de que un/una profesional de la salud desee ejercer su derecho a la OC, deberá notificar su voluntad por escrito a las autoridades del establecimiento de salud en el que se desempeñe; es decir que solo podrá ejercerlo cuando se haya declarado y notificado previamente a las autoridades pertinentes. Los profesionales objetores, aunque hayan notificado previamente su voluntad, están obligados a cumplir con el deber de informar a la mujer sobre su derecho a acceder a una ILE si constatan alguna de las causales que lo justifican. En ese caso el profesional debe remitirla inmediatamente a un profesional no objetor para que continúe la atención. De no existir alguien encuadrado en esa categoría, debe realizar la interrupción; es decir que no puede invocar su objeción para eludir el deber de participar de un procedimiento de la ILE (p. 20).

La aplicación del derecho a invocar la OC fue motivo de una amplia discusión por la Subcomisión de Ética Clínica de la SAP. Esta considera que la OC es “un derecho moral y previo a su reconocimiento jurídico, compete a la dignidad de persona y al principio de la libertad del hombre siempre que no atente al bien común o dañe a un tercero”. Expresa que la OC es un valioso instrumento jurídico que se caracteriza por la resistencia pacífica al cumplimiento de una norma y a la aceptación de una pena por el incumplimiento. Refiere a que la OC se encuentra explicitada en Pactos y Tratados Internacionales algunos incorporados a nuestra CN, así como también en leyes nacionales, provinciales y profesionales. Menciona que el art. 14 de la Constitución Nacional consagra el derecho de todos los habitantes de la Nación de “profesar libremente su culto” y al art. 18 de la DUDH la cual reconoce que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. Menciona el art. 118 del Código de Ética Médica de la República Argentina donde expresamente se señala que “al médico le está prohibido por la ética médica la interrupción del embarazo en cualquiera de sus épocas. Sólo podrá practicar el aborto en los casos excepcionales previstos en la legislación vigente. No obstante ello el médico podrá excusarse e invocar razones de conciencia” (art. 118).

Indica que si bien el Protocolo reconoce “el derecho del médico a recurrir a la objeción de conciencia a fin de no realizar el procedimiento amparado en sus principios morales”, existen aspectos que deberían ser considerados. Esto porque se condiciona dicho derecho al hacer referencia “que no puede invocar su objeción para eludir el deber de participar de un procedimiento de ILE, de no encontrarse quien lo pueda realizar”, lo cual se contrapone a lo expresado anteriormente. De esta forma se le niega al profesional la posibilidad de que le sea respetado ese derecho.

Explicita aspectos incorporados al Protocolo que podrían ser discutibles desde el accionar profesional. Uno de ellos es el solicitar que los que sean objetores lo declaren al momento de comenzar a prestar sus servicios en la institución, lo que podría limitar la posibilidad de cambiar de opinión frente al caso concreto. Considera además que se discrimina a aquellos profesionales objetores de los que no lo son, toda vez que los primeros no podrían llegar a integrar los grupos interdisciplinarios. Esto afecta el derecho de igualdad ante la ley, pues los médicos en su totalidad, objetores o no, poseen iguales conocimientos en su arte. En relación a que el Protocolo considera que la OC no puede ser esgrimida institucionalmente, se consideró que debería hacerse una diferencia entre lo público y lo privado. Asumir que las instituciones conforman en principio, personas jurídicas, fundadas con un ideario, principios y objetivos bien definidos que deberían ser respetados. Que de no hacerlo se afectaría la libertad de empresa, de asociación, y un órgano de la órbita del Poder Ejecutivo impondría actos contrarios a ese ideario que forman. Por este motivo se consideró que este derecho, la OC Institucional podría ser esgrimido sólo por aquellas Instituciones Privadas que por sus principios hacen público su posición contraria a este Protocolo, no así a nivel público en que la OC debería seguir siendo un derecho individual.

Además de las observaciones realizadas respecto de la OC, pueden mencionarse las siguientes consideraciones de la Subcomisión de Ética Clínica de la SAP (2015):

(...) existe una realidad incontestable y es que nuestras leyes consideran que en determinadas situaciones excepcionales el aborto es considerado no punible. Nadie

debería ser impedido de acceder a lo que la ley considera no punible, si reúne las causales que así lo justifican y se asume que no todos pensamos o creemos en lo mismo y la ley es para todos.

En contraposición y basado en distintas posiciones argumentativas y en jurisprudencia de la CSJN que hace hincapié en el derecho a la vida como un derecho fundamental y anterior al Estado así como algunas inconsistencias y falta de definiciones claras o excesivamente abiertas en relación a la interrupción del embarazo presentes en el Protocolo, algunos miembros consideraron que el mismo se constituye como un paso más en la legalización del aborto sin restricciones.

Se consideró como un aspecto positivo del mismo reafirmar el derecho al acceso a “una atención integral de calidad” que “asegure” el respeto por “la intimidad, y la autonomía, el flujo de la información clara y veraz, y el acceso a los adelantos tecnológicos e información científica actualizada”. Consideramos que el objetivo es evitar que la mujer que se encuentre comprendida en estas causales busque ayuda en lugares inseguros para su salud, donde le resolverían la interrupción del embarazo con un alto riesgo para su salud física y sin atender a las necesidades emocionales y sociales que esta situación conlleva. Es por eso que se consideró imprescindible que aquellas niñas y/o adolescentes que se ven enfrentadas a esta situación cuenten con el apoyo de un equipo multidisciplinario que incluya no solo un pediatra, sino representantes de salud mental y una trabajadora social antes, durante y post procedimiento, si éste se realiza.

Se consideró que a fin de ser equitativos, el Estado debería implementar y hacer públicas medidas que permitan apoyar, contener y ayudar a todas aquellas, que aun en situaciones desfavorables, deciden continuar adelante con su embarazo.

Además, la Subcomisión de Ética Clínica de la SAP (2015) cuestionó desde el punto de vista legal el alcance del mismo y la competencia para que el Ministerio de Salud dicte una norma de cumplimiento en todas las jurisdicciones. Expresó que:

Según explicita el documento, el Protocolo señala que es de aplicación obligatoria en todo el territorio argentino y que debe ser puesto en práctica “por todas las instituciones sanitarias, tanto públicas como privadas”. Expresa que de esta forma se violenta el principio federal consagrado en nuestra Carta Magna, cuando lo relativo a salud pública no ha sido delegado por las provincias a la Nación.

Esta objeción fue compartida por distintas organizaciones, que en el 2015 publicaron críticas al Protocolo, como el “Centro de Bioética. Persona y Familia”. Resulta importante señalar que en la versión publicada en el año 2016, fue excluido el párrafo cuestionado.

Por otra parte, el citado “Centro de Bioética. Persona y Familia” refiere el fallo de la CSJN (2012) en cuanto al inc. 2 de la parte resolutive ya mencionado. En particular, cuando expresa “Exhortar a las autoridades (...) a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios (...)”. La crítica refiere a que “conforme la cita jurisprudencial transcrita, tales disposiciones deben concretarse mediante el dictado de normas del más alto nivel, es decir, con investidura legal”. Por su parte, Clérico y Ronconi (2012) expresan:

Que el derecho al aborto de las mujeres violadas sea operativo implica que las mismas deben acceder a la práctica sin necesidad de que exista una reglamentación en tal sentido. Esto es: la ausencia de una reglamentación (en estos casos se han utilizado los protocolos de atención) no puede ser invocada como excusa por parte del Estado (nacional, provincial o municipal) para dejar de cumplir con el derecho. (...) Estos protocolos tienen el carácter de guías pero no son los que habilitan a llevar a cabo la intervención. Por el contrario, esta habilitación está dada por la normativa internacional, nacional y, a partir del fallo F.A.L., por las instrucciones brindadas por la Corte, por lo tanto ningún prestador del servicio de salud podrá excusarse en la ausencia de protocolos para negar el derecho. En caso de que la provincia no sancione el protocolo, las autoridades correspondientes podrán estarse a lo indicado en el

protocolo nacional para llevar a cabo la intervención o a las interpretaciones que surgen del fallo de la Corte en FAL (p. 217-218).

Resulta evidente que las posiciones que surgen en relación al Protocolo del Ministerio de Salud de la Nación, como a los de otras jurisdicciones, son congruentes con los conflictos que subyacen al tema en conjunto.

La Subcomisión de Ética Clínica de la SAP (2015) advirtió esta situación en su introducción al documento señalado:

Si bien se tomó en cuenta que la solicitud requería exclusivamente emitir una opinión sobre el Protocolo sobre la interrupción del embarazo no punible, el tema toca aspectos individuales tan sensibles que es casi imposible encontrar una opinión unánime.

Lo complejo del mismo, los datos empíricos así como distintas líneas argumentativas sirven de fundamento a posiciones encontradas. Por tal motivo, sostenemos que en las deliberaciones en torno de este Protocolo, así como con otros temas relacionados con la interrupción del embarazo, se debe dar por descontado que quienes participan de las mismas, lo hacen fundándose en sus creencias y siempre con su mejor intención. De allí que destacamos el debido respeto hacia aquellos que sostienen posiciones divergentes de las nuestras. Corresponde escuchar los argumentos contrarios a la propia opinión e intentar conciliar en lo conciliable y presentar las mejores razones en las cuestiones en que no acordamos. Por lo dicho, frente a determinados puntos analizados existen opiniones que pueden ser contrapuestas.

Al concluir el análisis, expresa:

Si bien se consideró pertinente el contar con una guía que aclare y unifique criterios en aspectos relacionados con la interrupción del embarazo no punible, existen objeciones realizadas a la versión publicada que harían necesario una revisión y un debate amplio de la misma antes de su aplicación.

## Capítulo 4.

### **Análisis de contenidos de los argumentos incluidos en los fallos.**

En este capítulo se presentan los resultados del análisis de contenidos y las categorías que se obtuvieron del análisis de las sentencias y fallos que se presentan en el Capítulo 5. Para ello se tuvieron en cuenta las dimensiones del trialismo: cultural y jurídico-sociológica (DCJS), normológica (DN) y dikelógica (DD). Las categorías se exponen de acuerdo a que los argumentos se encuentren a favor o en contra de la solicitud de realización de la ILE/ANP.

#### **4.1. Argumentos opuestos a la realización de la ILE/ANP.**

##### 4.1.1 Argumentos centrados en el *nasciturus*

###### 4.1.1.1 Valor absoluto de la vida del *nasciturus*. (DN y DD)

Este argumento refiere al reconocimiento del *nasciturus* por la legislación nacional y Pactos Internacionales. En particular se hace referencia al reconocimiento del Antiguo Código Civil Argentino del *nasciturus* como sujeto actual de derecho (persona por nacer). Se mencionan el Art. 2 de la Ley Nacional 23849 que ratificó la CDN, preámbulo y art. 1 y 6 (inc.1) de la CDN, la CADH, el art. 1 de la DADyDH, el art. 4 de la CADH (Pacto de San José), el art. 3 de la DUDH, el art. 6º inc. 1 del PIDCyP

###### 4.1.1.2 El *nasciturus* representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir en su auxilio. (DD)

Este argumento fue mencionado en el fallo de la Cámara del caso FAL-AG por el juez Alexandre (Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 2010)

###### 4.1.1.3 Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. (DN)

Este argumento hace referencia a lo expuesto en el art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el 6 de la DUDH (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

4.1.1.4 El médico interviniente debe sujetarse a cumplir con su deber impuesto por el juramento hipocrático, al que debe prestar acatamiento, y éste no prescribe más que una sola conducta: preservar la vida existente (DD).

Este argumento fue utilizado por el juez Nahuelanca en el fallo de la Cámara del caso FAL-AG (Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 2010) y por el juez Pettigiani en la sentencia de la SCJB en el caso LMR (Suprema Corte de Justicia Bonaerense, 2006).

4.1.1.5 El aborto de un embarazo derivado de una violación constituye un acto deshumanizado (DD).

Este argumento fue expresado por el juez Pettigiani en la sentencia de la SCJB en el caso LMR:

Ninguna razón eugenésica, social, económica o moral puede fundar tamaño acto de suprema violencia que trunca una vida naciente en pleno desarrollo de sus potencialidades, agravado por la utilización de métodos inusitadamente crueles. La sola invocación de la repugnancia hacia un ser humano inocente y aún no visible aparece como un gesto deshumanizado y volcar en el ser así generado la frustración o la impotencia de haber soportado un involuntario sojuzgamiento como una muestra de un orgullo desorbitado (Suprema Corte de Justicia Bonaerense, 2006).

4.1.1.6 Consideración utilitarista del ser concebido (DD).

Este argumento fue planteado en la sentencia de la SCJB en el caso LMR por el juez Mahiques.



Las concepciones (...) utilitaristas, consideran objeto disponible, y como tal plenamente disponible por la madre, por el productor in Vitro, por el experimentador; o como ser humano menos humano que el ya nacido, y por tanto, un semihombre, disponible como tal para la satisfacción de otros intereses tenidos como prevalentes (el aborto con exclusivos fines eugénicos, demográficos, para embrioexperimentación, embrioproducción para fines no procreativos, etc.) (Suprema Corte de Justicia Bonaerense, 2006).

Este argumento puede considerarse equivalente opuesto del citado en el ítem 2.3 utilizado a favor de la ILE, en el que se menciona que al obligar (a la mujer) “a soportar un embarazo derivado de una violación, en tanto prescindir de su consentimiento, se la consideraría un mero instrumento”.

#### 4.1.1.7 El niño concebido por violación es una persona. (DCJS)

El juez Pettigiani en la sentencia de la SCJB en el caso LMR expresó que constituye una grave discriminación situar a los hijos de mujeres violadas menores dementes en una categoría despreciable. Manifestó que

A tal punto llega el menoscabo del niño (debemos recordar para aquellos que lo olvidan en este caso, es siempre sujeto y nunca objeto de derechos), que se lo reduce al nivel de una cosa, denominándose eufemísticamente el "fruto de la violación" desconociendo su existencia como persona, y que no pierde como tal sus derechos, aunque haya sido concebido como consecuencia de una violación. (Suprema Corte de Justicia Bonaerense, 2006).

#### 4.1.2 Argumentos centrados en la salud de la embarazada (DCJS)

##### 4.1.2.1 Riesgos de la mujer embarazada al concretar el ANP

Estos argumentos utilizados para denegar la autorización de ILE-ANP, refieren a las posibles complicaciones y peligros derivados la práctica.

En el fallo FAL-AG, fueron mencionados en la sentencia del Juzgado de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia (2010). El mismo expresa que:

El aborto solicitado no contribuirá a la recuperación de su salud, sino por el contrario, agravará aún más los efectos ya producidos en su salud psíquica, agregando el riesgo que una intervención quirúrgica de esta naturaleza podría provocar en su salud física, riesgos que incluso podrían significar su propia muerte.

En el caso mencionado, el Comité de Bioética del Hospital manifestó que:

En caso de practicarse la interrupción del embarazo existe riesgo en la vida de la madre por el avanzado estado de gestación conforme lo expresa el informe médico del Dr. Pires e informe del Médico Forense que asimila el riesgo a una intervención de una cirugía mayor.

4.1.2.2 Los riesgos para la integridad psicofísica al dar continuidad al embarazo, que incluyen la posibilidad de que atente contra su vida pueden evitarse mediante apoyo psicoindividual de la menor y terapéutico familiar.

Este argumento fue utilizado por el juez Nahuelanca en el fallo de la Cámara del caso FAL-AG (Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 2010).

#### 4.1.3 Encuadramiento legal de la solicitud de la práctica. (DN)

4.1.3.1 El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1.

En el caso FAL-AG, la juez Robert del Juzgado de Familia N° 3 de la ciudad de Comodoro Rivadavia, (2010) adujo que el Inciso 1 incluye como condición que el peligro no puede ser evitado por otros medios (en el fallo fue resaltado con mayúsculas). Refiere la posibilidad de recurrir a

las capacidades de contención del entorno familiar, de sus recursos internos, de la posibilidad de apropiarse de asistencia terapéutica, etc.

#### 4.1.3.2 El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2.

Este argumento es enunciado en dos sentidos:

a) la interpretación restrictiva del Art. 86, según lo expuesto en el Capítulo 1 de este trabajo.

En el caso FAL-AG fue mencionado por en la sentencia del Juzgado de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia (2010). La juez Robert expresa que “No se reúnen las condiciones de excepción previstas ya que si bien se alega una violación no hay elementos de juicio en el expediente que permitan suponer que se trata en el caso de una mujer “idiota” o “demente” ”.

b) La inaplicabilidad derivada de la falta de comisión previa de un aborto.

El juez Mahiques en la sentencia de la SCJB en el caso LMR expresó que

Las cláusulas contenidas en ambos incisos del artículo 86 del Código Penal, en virtud de las cuales se determina la no punibilidad de un aborto, participan -por cierto con características especiales- de la naturaleza de aquellas que en la doctrina tradicional han sido identificadas como excusas absolutorias, y en tiempos más recientes con mayor propiedad como cláusulas de no punibilidad. Las mismas configuran, en líneas generales, cláusulas normativamente consagradas, en virtud de las cuales el Estado, en ejercicio de una decisión político criminal, opta por omitir la aplicación de una pena ante un hecho ilícito en aras de la consecución de un fin social que privilegia por sobre el ejercicio del *officium puniendi*. De tal manera, las previsiones en trato no consagran un derecho a llevar a cabo una

conducta abortiva, es decir, no establecen un permiso ex ante para provocar el aborto, y sólo habrán de ser operativas cuando, ante la constatada comisión del aborto típicamente relevante, el juez interviniente deba decidir sobre su procedencia (Suprema Corte de Justicia Bonaerense, 2006).

#### 4.1.3.3 Desestimar la importancia del art. 86 del CP.

En la argumentación del fallo de Cámara en el caso FAL-AG, el juez Nahuelanca manifestó que la interpretación amplia o restrictiva no define en profundidad la amplitud de la fundamentación de la sentencia y menciona las garantías de la Constitución Nacional, Provincial y el Código Civil Argentino a la vida del *nasciturus* y el reconocimiento de su status jurídico de persona. Expresó que “lo relevante es que con tales antecedentes del derecho constitucional, resulta indiferente la interpretación adoptada respecto al art.86 C.P. y es evidente que es el fundamento tutelar de rango constitucional el que cierra la conclusión de la sentenciante” (Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 2010).

En el caso LMR, la Asesora de Menores N° 4 de La Plata expresó que “la permisión del inc. 2° del citado precepto lesiona la igualdad ante la ley, al excluir de esa tutela a los seres engendrados por algunas embarazadas, las idiotas o dementes” y postuló la inconstitucionalidad de toda norma penal "... que se quiera invocar para justificar un aborto”. Con referencia al mismo, en la sentencia de la SCJB, el juez Roncoroni manifestó que la sentencia deroga el art. 86 inc. 2 del Código Penal, lo hace sin declararlo inconstitucional y resuelve que la cuestión de la validez de la norma es abstracta. Por otra parte, en la misma sentencia el juez Pettigiani manifestó que:

La norma anacrónica del art. 86 inc.2 Código Penal, cuyo origen se remonta a los criterios existentes 85 años atrás, coetáneos a la sanción del Código Penal, Ley 11.179, hoy se encuentra derogada por normas de indudable superior jerarquía, contenidas en el texto expreso de nuestra Carta Magna. (...) Nos hallamos ante un caso típico de ley que, sin ser originalmente inconstitucional al tiempo de su sanción, se vuelve inconstitucional posteriormente al entrar en contradicción con una norma ulterior (tratado) que para nosotros reviste jerarquía superior a la ley. Hay quienes dicen en ese caso que más que de inconstitucionalidad sobreviniente, hay que hablar en la hipótesis de “derogación” de la ley anterior por el tratado posterior que la hace incompatible con sus disposiciones. (...) Queda así reafirmado que en esta temática es nuestra Constitución la suprema juridicidad por lo que sin duda intentar reinstaurar la vigencia de un artículo que como el 86 inc.2 contraría su letra y su espíritu, implica lisa y llanamente desconocerla (Suprema Corte de Justicia Bonaerense, 2006).

4.1.4 Considerar que una mujer con retraso mental no puede asumir su maternidad dentro de sus posibilidades, implica una actitud de discriminación hacia las capacidades diferentes. (DCJS)

Este argumento fue expresado por el juez Pettigiani en la sentencia de la SCJB en el caso LMR (Suprema Corte de Justicia Bonaerense, 2006).

## **4.2. Argumentos favorables a la realización de la ILE/ANP.**

4.2.1 Valor relativo de la vida del nasciturus. (DN y DD)

La Procuración General de Chubut refirió a Baigún y Zaffaroni (2010) al manifestar que:

Si bien se trata de una vida inocente, también es inocente la mujer violada, que los padecimientos por estar embarazada de su violador deben ser tremendos y que, dar a luz, será gravísima la confusión sentimental que siempre la acompañará, agregando que la vida debe ser entendida no sólo de manera biológica sino también, existencial (p. 695-6).

Citó a Donna (2003) en relación a que “a pesar de que nuestro ordenamiento protege la vida desde la concepción hasta la muerte, cambia la fuerza de protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte y menor desde la concepción hasta el nacimiento”.

En el fallo del STJ en el caso FAL-AG, el juez Pasutti Superior Tribunal de Justicia de Chubut, (2010), refirió a Kemelmajer de Carlucci (2009), quien advirtió que:

Encarcelarse en un solo argumento -la afirmación lineal según la cual el feto es un niño y la Convención Internacional de los derechos del niño protege su interés superior por lo que la vida potencial no puede ser nunca afectada- y negar el conflicto, importa ignorar la trágica desigualdad ante la ley que provoca el sistema punitivo entre mujeres carenciadas y con posibilidades económicas.

Luego agregó que:

La C.I.D.H. puntualizó que en la redacción del art. 4.1 de la C.A.D.H debieron ser salvadas distintas observaciones y que a ello se debió la incorporación de las palabras “en general”, por lo que la protección del derecho a la vida consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos no es de carácter absoluto y pueden admitirse excepciones a la regla de protección.

En el fallo del STJ mencionado, el juez Royer refirió a Bidart Campos (1981. p. 189; 2003, p. 493) y a Gelli (2011, p. 77). Expresó:

Ningún derecho reconocido por la Constitución, entre ellos la vida, posee carácter absoluto y que la relatividad, es la nota que los caracteriza. De esto deriva que el grado de protección de cada derecho constitucionalmente reconocido dependerá entonces, de la decisión legislativa que lo reglamente, que debe ser razonable (Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 2010, p. 59 II).

Citó a Gil Dominguez et al. (2006, p. 1022-1023) al manifestar que:

Frente a la colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos -vida humana vs. libertad sexual autodeterminación-, en el caso de la concepción producida por violación, la ley hace prevalecer al segundo sobre el primero.

Indicó que la sentencia que se dicte, no decide sobre la vida del feto, sino sobre la salud de la madre.

La CSJN (2012) refirió al artículo 1° de la DADyDH y a los artículos 3 y 4° de la CADH en cuanto estipulan el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica. Expresó que la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, debe ser realizada en forma conjunta con el artículo 4°. Refiere en forma explícita a que “la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida” de aquel (Fallos: 335: 200, Considerando 10°).

#### 4.2.2 Derecho a decidir de la mujer embarazada. (DN)

La legislación prevé que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico.

En referencia al caso FAL-AG, en el fallo del STJ, el juez Caneo reconoció “los Derechos Personalísimos e Inalienables, de los que ella es titular por ser una Persona Humana” (Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 2010, p. 30).

Gil Domínguez et al, (2006), expresaron que al legislar sobre el aborto, nuestro Código Penal protege jurídicamente la vida de la gestante y su derecho a la autodeterminación (p. 1022).

#### 4.2.3 Obligar a la persona a soportar un embarazo derivado de una violación es contrario a la dignidad personal. (DD)

En el dictamen de la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (2010), en el caso FAL-AG, La Juez Melero refirió a la jurisprudencia surgida en el caso el Expte. Nro. 138.377 en autos caratulados: "O., M.V. s/ víctima de abuso sexual" – Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Buenos Aires) - Sala II:

La joven que ha padecido un indudable daño psíquico al haber sido víctima de un acto aberrante por parte de su padrastro, es contrario a la dignidad personal de la menor de catorce (aquí quince) años, obligarla a soportar un embarazo derivado de una violación, en tanto al prescindir de su consentimiento se la consideraría un mero instrumento.

Citó además a Pérez Luño (1999) que expresa que

La dignidad humana (...) entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación (...) que surge de la libre proyección histórica de la raza humana, antes que de una predeterminación dado por la naturaleza (p. 318).



4.2.4 Evitar la autorización de ILE-ANP en una mujer embarazada por violación implica depositar una carga supererogatoria a la mujer a la que se le ha impuesto violentamente el embarazo. (DN)

La Real Academia Española define supererogación como la “Acción ejecutada sobre o además de los términos de la obligación”. La Procuración General de Chubut, al dirigirse al STJ en el caso FAL-AG, citó a Bergallo y Michel (2009). Expresó que “una lectura restrictiva de la despenalización del aborto en caso de violación, sería equivalente a depositar una carga supererogatoria a la mujer a la que se le ha impuesto violentamente el embarazo”.

4.2.5 Igualdad de trato y de no discriminación arbitraria. (DN)

Este argumento refiere a lo expresado por el art. 24 inc. m de la CEDM. La negativa del Estado a prestar los servicios de Salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria.

En el fallo del STJ en el caso FAL-AG, el juez Royer manifestó que si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para remitan a la mujer a otras entidades que presten esos servicios. Expresó que las leyes que proscriben o amplían las restricciones al aborto a los casos de violación son discriminatorias contra las mujeres en general y las víctimas de violaciones en particular, y el Estado agrava el perjuicio causado a la víctima de la violación imponiéndole un embarazo que no desea (Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 2010, p. 68).

En el fallo de primera instancia en el caso OVM, la juez Silvina Darmandrail refirió a la diferencia abismal existente entre una joven de condición socioeconómica humilde obligada a recurrir a un hospital público y una con un mínimo de poder adquisitivo, para quien la interrupción del embarazo podría ser resuelta sin vestigios de ilicitud, privilegio a todas luces contrario al principio constitucional de igualdad ante la ley (Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, 2007, p. 20).

4.2.6 Es posible reducir los riesgos para la salud de la embarazada mediante la utilización de medios farmacológicos en lugar de quirúrgicos. (DCJS)

Este argumento fue expuesto por el juez Caneo en el fallo del STJ del caso FAL-AG, frente a los fallos de anteriores que remitían a los riesgos de una práctica quirúrgica con un embarazo avanzado (Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 2010, p. 20-21).

4.2.7 Los médicos deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias sin supeditar su actuación a la intervención judicial. (DCJS y DN)

En el fallo del caso FAL-AG, del Superior Tribunal de Justicia de Chubut (2010), el juez Caneo consideró que “en el supuesto legal de análisis, el que toma el protagonismo, al igual que la mujer, es el “médico diplomado”, porque es el único dotado del bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permite apreciar si se dan las condiciones para la práctica del aborto no punible” (p. 31).

A su vez, en los fundamentos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense (2006), en el caso LMR, el juez Genoud sostuvo que no hay ningún indicio en la norma que nos permita inferir que hace falta autorización judicial para que los profesionales de la salud hagan lo que según sus conocimientos se debe hacer. Citó a Marín (2005), que expresó que en todos los supuestos de abortos impunes regulados por el art. 86 "no debe solicitarse previamente autorización judicial para realizarlo porque ello implica invertir el orden lógico de las cosas y tergiversar el espíritu de la ley" (p. 77).

4.2.8 El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1. (DN)

En el dictamen de la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (2010), en el caso FAL-AG, la juez Melero refirió a la doctrina respecto al caso del inciso 1º del art. 86 del Código Penal, haciendo suyas las argumentaciones del Juez Loustaunau en el caso OMV:

La salud puede ser tanto física como psíquica, de modo que es correcto que el Código no distinga y, por ello, puede considerarse el aborto practicado en el caso de embarazo proveniente de una violación como una hipótesis más de riesgo para la salud de la gestante (Zaffaroni, 2000, p. 483 N° 9).

Luego, continúa con la cita de Zaffaroni. Agregó que:

La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no solo en el caso del aborto terapéutico, sino también del sentimental o ético, y del eugenésico... es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada.

#### 4.2.9 El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2. (DN)

Este argumento asume la interpretación amplia del Art. 86, según lo expuesto en el Capítulo 1 de este trabajo.

La Juez Melero citó a Gil Domínguez (2000) al indicar que

La impunidad sancionada en el artículo 86, alcanza a todo tipo de violación, y no solo al de la mujer idiota o demente. Por lo tanto, según la norma legal citada no es punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación en cualquiera de las formas previstas por la ley en el artículo 119 del código penal (p. 137).

#### 4.2.10 La continuidad del embarazo supone un grave riesgo para la salud de la persona embarazada. (DCJS)

Este argumento refiere a que la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica riesgo para su integridad psicofísica, lo que incluye la posibilidad de que atente contra su vida.

#### 4.2.11 Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. (DN)

Este argumento fue mencionado en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2012), en el que se indicó que por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible (Fallos: 335:200, Considerandos 20° y 21°).

#### 4.2.12 No se puede exigir a la mujer gestante actos heroicos. (DCJS)

El juez Kogan, en los fundamentos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense (2006), en el caso LMR, citó a Donna quien afirma que "no hay duda de que, aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El derecho no puede exigir héroes" (Considerando 26°).

#### 4.2.13 Razones de equidad. (DD)

En el fallo de primera instancia de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, (2007) en el caso OMV, la juez Silvina Darmandrail expresó que si bien no es función de los jueces autorizar a las personas a realizar actos penalmente típicos por considerar anticipadamente que estarán justificados de acuerdo a sus circunstancias previsibles, es aceptable hacer excepción de dicho principio general en casos como el que aquí se plantea, donde explicablemente quienes tienen que realizar materialmente el hecho típico – los médicos requeridos para la maniobra abortiva – se niegan a consumarlo sin la seguridad previa de que su conducta se considerará justificada (p. 9).

4.2.14 La interrupción del embarazo impide la presencia y continuidad de las consecuencias de la violación. (DCJS)

Este argumento fue expuesto por el juez Loustaunau en la sentencia del caso OMV. En la misma manifestó que “la interrupción del embarazo no ha de borrar el trauma de la violación, pero tampoco permitirá la presencia y continuidad de las consecuencias del hecho no deseado” (Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, 2007, IV.4.).

4.2.15 La intromisión o injerencia judicial arbitraria en la vida privada de una menor podría ser calificada como trato cruel, inhumano o degradante. (DN)

Este argumento fue expresado por la juez Kauffman de Martinelli en el caso AMC-AC con referencia de la actuación en el citado caso de la Asesora de Incapaces N° 2 y del Juez de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia N° 2 de la ciudad de Salta. Refirió en el mismo al dictamen de la CDH en el caso LMR, donde se dictaminó en dicho caso la violación de los artículos 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2013, 9°).

4.2.16 La negación al acceso a la ILE constituye un acto de violencia sexual, de género e institucional. (DCJS)

La juez Kauffman de Martinelli fundamentó este argumento en el fallo de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta en el caso AMC-AC (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2013, 8°).

### **4.3 Argumentos utilizados tanto a favor como opuestos a la realización de la ILE/ANP**

4.3.1 Aplicación del principio “*in dubio pro vita*” (DD)

El principio “*in dubio pro vita*” expresa que “es inviolable toda vida humana inocente, desde el momento inicial de la fecundación hasta la muerte natural” (Scala, 2004, p. 39), “de modo que la dignidad del hombre y la autodeterminación deban ser protegidas hasta el momento de la muerte” (Donna, 1999, p. 25).

Si bien en los fallos este principio es mayoritariamente citado por los que argumentan en favor del *nasciturus*, puede ser citado en otros casos a favor de la autodeterminación de la mujer embarazada.

En el caso FAL-AG, fue argumentado por la tutora *ad litem* del *nasciturus*, la cual expresó que “Resalta que en nuestro ordenamiento jurídico ningún valor es superior al de la vida, el médico debe respetar el juramento hipocrático, *in dubio pro vita*, interés superior del niño, total independencia de la personalidad del niño respecto de la madre”. (Juzgado de Familia N° 3 de la ciudad de Comodoro Rivadavia, 2010). También fue mencionado en el fallo de la Cámara por los jueces Alexandre y Nahuelanca (Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 2010).

Por su parte, en el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Chubut (2010), el juez Pasutti afirmó que el Poder Legislativo incorporó en el CP una norma expresa que contempla supuestos de abortos no punibles y mantuvo tal definición aún con posterioridad a la reforma constitucional. Esto indica que el legislador ya optó, ante determinados supuestos, por la preeminencia de la vida de la persona que ya la goza en plenitud (p. 37).

#### 4.3.2 Aplicación del principio “*pro homine*” (DN)

De acuerdo a Pinto (1997), este principio constituye un criterio

en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida

cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derecho o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (p. 163).

Esto implica privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 331:858, Considerando 6°, Fallos: 335:200, Considerando 17°)

Fue citado por el juez Pettigiani en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, (2006) en el caso LMR, como argumento en favor del *nasciturus* y en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2012) en el caso FAL-AG como apoyo a la hipótesis amplia de interpretación del inc. 2 del Art 86 del CP, a favor de la ILE.

Este análisis muestra la variedad de argumentos expuestos en las sentencias, tanto a favor como opuestos a la realización de la ILE/ANP. Cada uno de ellos se identifica al presentar los antecedentes jurisprudenciales en el Capítulo 5.

## Capítulo 5.

### Antecedentes jurisprudenciales.

En el presente capítulo se presentan los antecedentes jurisprudenciales. En primer lugar los argumentos de las sentencias y fallos correspondientes al caso FAL-AG. En cada uno se menciona el argumento con su respectivo código con el cual fue identificado en el análisis de contenidos presentado en el capítulo anterior. Luego se exponen los argumentos de las sentencias y fallos anteriores y posteriores al pronunciamiento de la CSJN del 13 de marzo de 2012 en el caso mencionado.

#### 5.1 Caso FAL-AG.

El 14 de enero de 2010, Aurora Luisa Fuentes (FAL), en representación de AG su hija de 15 años de edad, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut. —ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G. — que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, veinte días después, un certificado médico dio cuenta de que AG cursaba la octava semana de gestación. El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido. La madre de AG inició entonces una medida autosatisfactiva y el 22 de enero de 2010, realizó la solicitud ante la justicia de familia la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia como en la cámara. (Juzgado de Familia N° 3 de la ciudad de Comodoro Rivadavia, 2010) (Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 2010). El STJ de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior. Al admitir la solicitud, la intervención médica abortiva así habilitada se produjo el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de



Trelew. La decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del *nasciturus*, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, no obstante haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica médica, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. Radicada la causa ante la CSJN, se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, quien asumió la representación de la niña AG y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado —víctimas de violaciones— debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86, inciso 1º, del Código Penal). Asimismo, se le confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del *nasciturus* y se requirió que se revocara la sentencia recurrida.

En ambas presentaciones se petitionó que la CSJN declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos *amicus curiae* que se presentaron, los cuales solicitaron la confirmación o la revocación de la sentencia. Asimismo se dispuso remitir la causa al Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta. Finalmente, el 13 de marzo de 2012 la CSJN declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada (Fallos: 335:200).

A continuación se enuncian las posiciones de los actores intervinientes en las instancias del proceso, y sus respectivos argumentos.

5.1.1 Juzgado de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia. Resolvió rechazar la solicitud de interrupción del embarazo de AG.

Posición: Aceptar el tratamiento de la cuestión, por considerar que debe darse una respuesta frente al reclamo judicial concreto.

Argumento: Encontrarse en juego derechos fundamentales de raigambre constitucional de dos personas menores de edad, como la vida y la salud.

Posición: Reconocimiento del conflicto de derechos.

Argumento: Por un lado la madre adolescente reclama por la preservación de su salud psíquica, y que el *nasciturus*, a través de su representante, reclama su derecho a nacer y vivir.

Posición: Defensa del *nasciturus*

Argumentos:

- Valor absoluto de la vida del *nasciturus* [A 1.1.1].
- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica [A 1.1.3].
- Riesgos de la mujer embarazada al concretar el ANP [A 1.2.1].
- El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1 [A 1.3.1].
- El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 1.3.2].

5.1.2 Segunda instancia: La Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, (2010) resolvió confirmar la resolución del Juzgado de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia. Dictamen de mayoría con disidencia de la Juez Melero.

5.1.2.1 Fallo de la presidente: Juez de Cámara. Nélica Susana Melero

Posición: Hacer lugar a los agravios expuestos por la actora como por la joven, por derecho propio, y revocar íntegramente la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, conceder autorización para la interrupción del embarazo

Argumentos:

- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].

- Obligar a la persona a soportar un embarazo derivado de una violación es contrario a la dignidad personal [A 2.3].
- Es posible reducir los riesgos para la salud de la embarazada mediante la utilización de medios farmacológicos en lugar de quirúrgicos [A 2.6].
- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1 [A 2.8].
- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9].
- La continuidad del embarazo supone un grave riesgo para la salud de la persona embarazada [A 2.10].

#### 5.1.2.2 Fallo del Juez de Cámara Julio Antonio Alexandre

Posición: Debe denegarse la autorización solicitada (Realización de ILE-ANP) y en consecuencia confirmar la medida denegada en primera instancia.

Argumentos:

En el análisis de la exposición de los argumentos, es importante destacar que pocos días después del presente fallo, en un caso de las mismas características (MP-JYO), el juez Alexandre sentenció a favor de la realización de ILE-ANP. En ambos, expresó:

Parto de un principio incommovible, esto es, la vida es el fundamento y soporte de la existencia de todos los demás derechos. La vida antecede a cualquier derecho, puesto que su afirmación es fundante del estado de derecho (cf. art. 29 C.N.).

En el presente caso, fundamentó la denegación de la autorización solicitada en los siguientes argumentos:

- El *nasciturus* representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir en su auxilio [A 1.1.2].
- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica [A 1.1.3].
- El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1 [A 1.3.1].
- Aplicación del principio “*in dubio pro vita*” [A 3.1].

#### 5.1.2.3 Fallo del Juez de Cámara Fernando Nahuelanca

Posición: Se expidió por el rechazo de los agravios de los recursos interpuestos por las recurrentes y en consecuencia denegar la realización de ILE-ANP.

Argumentos:

- Valor absoluto de la vida del *nasciturus* [A 1.1.1].
- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica [A 1.1.3].
- El médico interviniente debe sujetarse a cumplir con su deber impuesto por el juramento hipocrático, al que debe prestar acatamiento, y éste no prescribe más que una sola conducta: preservar la vida existente [A 1.1.4].
- Riesgos de la mujer embarazada al concretar el ANP [A 1.2.1].
- Los riesgos para la integridad psicofísica al dar continuidad al embarazo, que incluyen la posibilidad de que atente contra su vida, pueden evitarse mediante apoyo psicoindividual de la menor y terapéutico familiar [A 1.2.2].

- Desestimar la importancia del art. 86 del CP [A 1.3.3].
- Aplicación del principio “*in dubio pro vita*” [A 3.1].

#### 5.1.3 Procuración General de la Provincia de Chubut.

Posición: Consideró que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Cámara de Apelaciones en su voto mayoritario, han desviado la aplicación de la ley en el caso, circunstancia que vicia la resolución adoptada.

Argumentos:

- Valor relativo de la vida del nasciturus [A 2.1].
- Evitar la autorización de ILE-ANP en una mujer embarazada por violación implica depositar una carga supererogatoria a la mujer a la que se le ha impuesto violentamente el embarazo [A 2.4].

5.1.4 Tercera instancia: La Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut (2010) resolvió con dictamen por unanimidad: Dejar sin efecto la sentencia de la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia. Declarar que el caso encuadra en el supuesto de “aborto no punible” previsto por el inc. 2º, primera parte del art. 86 del Código Penal. Hacer saber a AG que goza de plena libertad para cambiar su decisión hasta el momento mismo que se le concrete la práctica.

Argumentos:

##### 5.1.4.1 Juez Daniel L. Caneo.

- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].
- Es posible reducir los riesgos para la salud de la embarazada mediante la utilización de medios farmacológicos en lugar de quirúrgicos [A 2.6].

- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9].
- La continuidad del embarazo supone un grave riesgo para la salud de la persona embarazada [A 2.10].

#### 5.1.4.2 Juez José Luis Pasutti.

- Valor relativo de la vida del nasciturus [A 2.1].
- Obligar a la persona a soportar un embarazo derivado de una violación es contrario a la dignidad personal [A 2.3].
- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9].
- La continuidad del embarazo supone un grave riesgo para la salud de la persona embarazada [A 2.10].
- Rebatí el argumento dado por el juez Nahuelanca en el fallo de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia (2010), en relación a desestimar la importancia del art. 86 del CP [A 1.3.3]. Consideró que el mismo no se contrapone al bloque constitucional consagrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales, en tanto la norma es consistente con la prohibición de desprotección legal arbitraria respecto al derecho a la vida del por nacer. De hecho parte de la base de considerar al aborto como una conducta antijurídica, el principio que protege la vida desde la concepción es una norma de carácter general que puede admitir excepciones, tales las consagradas por la norma en debate, y el supuesto de no punibilidad consagrado normativamente compromete otros derechos fundamentales de rango análogo -v.gr. dignidad, salud e igualdad-, por lo que no puede calificarse ni de irracional ni de arbitraria a la decisión legislativa. Además consideró que la declaración de inconstitucionalidad de una

disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, por lo cual debería ser considerado como ratio final del orden público y que sólo la demostración de la irrazonabilidad de la ley en su relación con las características del caso en concreto, habilitaría a apartarse de lo dispuesto por el legislador y a declarar la inconstitucionalidad de una norma. Consideró los ya diferenciados roles que le competen al Poder Legislativo y al Poder Judicial. Sostuvo que asumir la derogación tácita del art. 86 del C.P., implicaría en los hechos una enmienda judicial que le está vedada a los jueces, en tanto en virtud del principio de legalidad (art. 18, C.N.) la regulación en materia penal mediante normas de orden público está exclusivamente reservada al legislador.

- Aplicación del principio “in dubio pro vita” [A 3.1]. En este caso, hizo referencia a “la preeminencia de la vida de la persona que ya la goza en plenitud”.

#### 5.4.1.3 Juez Fernando S. L. Royer.

- Valor relativo de la vida del nasciturus [A 2.1].
- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].
- Igualdad de trato y de no discriminación arbitraria [A 2.5].
- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9].

#### 5.1.5 Recurso extraordinario interpuesto por el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut, en representación del *nasciturus*

##### Argumentos:

- Valor absoluto de la vida del *nasciturus* [A 1.1.1].
- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica [A 1.1.3].

- El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 1.3.2].

#### 5.1.6 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2012), por unanimidad y por el voto conjunto del Presidente Lorenzetti, de la Vicepresidenta Highton de Nolasco y de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni, y por los votos individuales de los jueces Petracchi y Argibay, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut (TSJ). De esta manera, rechazó el recurso extraordinario que interpusiera el Asesor General Subrogante de la Provincia (Fallos: 335:200).

Argumentos:

- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9].

La CSJN refirió a la imposibilidad de fundar la tesis restrictiva del supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal en las normas nacionales e internacionales (Fallos: 335: 204, 207, 208, 209, 210, 212, 215).

Refirió al amplio debate sobre el derecho a la vida a que se generó en la última sesión la Convención Constituyente de 1994. Indicó que en ninguna oportunidad quedó plasmada la voluntad de limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente (Fallos: 335:200, Considerando 9º).

Refirió al deber que emana del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la posición del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en cuanto a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. Expresó que al examinar la



situación particular de nuestro país, dicho Comité ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal. En igual forma, refirió a que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes —que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación— deben reformar sus normas legales e incorporar tal supuesto. Respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal.

Expresó que los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Una exégesis 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 (Fallos: 335:200, Considerando 17°).

De la mera lectura del artículo 86, inciso 2°, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva, previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza (Fallos: 335:200, Considerando 18°).

Manifestó que “la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea verdaderos ‘grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales” y genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz. Ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma, lo que no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos (Fallos: 335:200, Considerando 15°).

- Valor relativo de la vida del nasciturus [A 2.1].

En el mismo sentido refirió además al artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y al artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al artículo 3° de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica. Expresó que la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, debe ser realizada en forma conjunta con el artículo 4°. Refirió en forma explícita a que “la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida” de aquel. Para esto remitió a la discusión en torno al caso denominado “Baby Boy” de Estados Unidos, de la cual derivó la Resolución 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se expresa que: “Al evaluar si la ejecución de un aborto viola la norma del artículo 4, hay que considerar las circunstancias en que se practicó” (Fallos: 335:200, Considerando 10°).

Además, indicó que a fin de asegurar una coherencia en la interpretación de ese instrumento, dichas previsiones deben ser analizadas en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1° (“*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”) (Fallos: 335:200, Considerando 11°).

Expresó que el artículo 2° de la ley 23.849 en cuanto estipula que el artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño “*que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción*”, constituye una declaración interpretativa y no una reserva en los términos del artículo 2° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Fallos: 335:200, Considerando 13°).

- Igualdad de trato y de no discriminación arbitraria [A 2.5].

Hizo referencia a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, como ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma. Reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo 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. Máxime cuando está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos, en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (Fallos: 335:200, Considerando 15°).

- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].
- Obligar a la persona a soportar un embarazo derivado de una violación es contrario a la dignidad personal [A 2.3].

Argumentó que la pretensión de exigir a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta a todas luces desproporcionada y contraria al postulado que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar. La dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales, se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al

practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental (Fallos: 335:200, Considerando 16°).

- Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe [A 2.11].

Expresó que mantiene una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos y exigen allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, adquiere características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación (Fallos: 335:200, Considerando 19°).

Refirió que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible (Fallos: 335:200, Considerando 21°). Si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico (Fallos: 335:200, Considerando 22°).

## **5.2 Casos anteriores al fallo de la CSJN del 13 de marzo de 2012 en el caso FAL-AG.**

### **5.2.1 Caso LMR**

De acuerdo a lo expresado en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense (2006), el 24 de junio de 2006, la señora VDA presentó denuncia ante la Delegación Departamental de Investigaciones en Función

Judicial I de La Plata para instar la acción penal debido a que su hija LMR de 19 años y deficiente mental había sido víctima de un abuso sexual. En ocasión de formular aquella denuncia penal, la denunciante refirió lo siguiente: "... yo sólo quiero saber si es posible interrumpir este embarazo, dado que mi hija por la discapacidad que padece, no se encuentra en condiciones de traer a un hijo al mundo, y tampoco podemos junto a mi otra hija hacernos cargo del bebe que está por nacer". Puesta en conocimiento de la situación y de la voluntad de la progenitora de la víctima del abuso sexual de no continuar con el embarazo, la Asesora de Menores N° 2 departamental dio intervención al Defensor General Departamental para que brindara adecuado asesoramiento profesional a la reclamante. De acuerdo a lo indicado en la sentencia, el referido Defensor Oficial "habría dado intervención a la Jefa de Ginecología del Hospital San Martín", quien señaló "... que consultaría con el equipo de Trabajo y con el Director Médico del Hospital a los fines de brindar respuesta en cuanto a la realización de la interrupción del embarazo sin necesidad de autorización judicial, conforme lo establece el artículo 86 segundo párrafo del Código Penal". El día 30 de junio responde "que no habría impedimento para la realización del aborto eugenésico sin autorización, pero debía dar intervención al Comité de Bioética del Hospital, a fin de que emitan opinión". A su vez, el día 4 de julio la Asistente Social de la Fiscalía General departamental oficiante, dijo haber mantenido una comunicación telefónica con la médica y que ésta le había informado que la menor "... fue internada en el día de la fecha en el Nosocomio a fin de realizarle todos los estudios pertinentes a la detección de enfermedades infectocontagiosas, la realización de ecografía abdominal, electrocardiogramas y demás estudios tendientes al riesgo prequirúrgico". Agregó que en su entender, probablemente el día 6 de julio se llevaría a cabo la reunión del Comité de Bioética y, en caso de dar anuencia para la intervención, se decía que la embarazada estaba "preparada clínicamente" para proceder a un "raspado". El mismo día, la titular de la Unidad Funcional de Instrucción N° 5, sin justificar el

sentido de su intervención y mediante una suerte de resolutorio formal, extrajo un juego de fotocopias de la investigación a su cargo y las remitió con carácter urgente al Juzgado de Menores en turno. Lo realizó tras invocar la "dudosa constitucionalidad" de la permisión emergente del art. 86 inc. 2º del Código Penal; mencionó la ausencia "hasta el momento" de la acreditación del grado de incapacidad mental de la menor embarazada, así como de la circunstancia de si "la patología mental (que padecería) es de aquellas consideradas congénitas, encontrándose la causa en plena etapa instructoria"; y destacó que no intervenía en ese trance el "... Ministerio Pupilar, ni el Ministerio Público fiscal". La jueza de Menores ordenó una serie de medidas complementarias, entre otras, la realización de una evaluación psiquiátrica a la embarazada y el pedido de remisión de su historia clínica. La titular de la Asesoría de Menores e incapaces N° 2 del Departamento Judicial La Plata, en su intervención inicial en la causa, advirtió sobre la innecesariedad de una autorización judicial para realizar la práctica médica que habría de realizarse en el caso, porque en la situación del art. 86 inc. 2º del Código Penal, dicha venia es innecesaria, como también lo es frente a un aborto terapéutico. Por ello reclamó a la jueza que se abstenga de interferir en esa intervención médica. La Asesora de Incapaces N° 4, si bien reconoció que los supuestos del art. 86 del Código Penal consagran una causa de justificación del aborto, postuló la inconstitucionalidad de toda norma penal "... que se quiera invocar para justificar un aborto como el de autos".

La jueza de Menores dictó sentencia. Si bien descartó toda duda respecto de la existencia del abuso sexual del que habría sido víctima LMR, pone de relieve que no es para ella admisible reparar esa agresión injusta "con otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es el bebé". Resolvió no hacer lugar a lo que entiende ha sido una petición judicial para efectuar prácticas abortivas en la persona de la menor.

El fallo fue apelado por la representante pupilar de la joven LM agraviándose, en primer término, porque no ha existido pedido alguno de venia jurisdiccional. Alega también que el art. 86 inc. 2 no requiere de ese acto, sino que "... meramente se despenaliza la conducta, tornándola lícita". De otro lado, impugnó la decisión porque al no haberse descalificado el artículo citado en su vigencia al caso "... no [A era] posible dejar de aplicar esa disposición". La Asesora de Menores N° 4 controvirtió los agravios expuestos por su contraparte. Coincidió con ella en que la realización de un aborto en los términos del art. 86 del Código Penal no requiere de autorización judicial, pero insistió en su posición anteriormente expuesta a lo que añade que frente al resguardo del derecho a la vida del feto, la permisión del inc. 2° del citado precepto lesiona la igualdad ante la ley, al excluir de esa tutela a los seres engendrados por algunas embarazadas, las idiotas o dementes. Intervino la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, que denegó el recurso de apelación e instruyó a la jueza de menores para que extreme el control de LMR, en compañía de su progenitora, en cuanto a la evolución del embarazo y supervise de manera constante y directa el estado de salud de la menor como del niño por nacer por intermedio de la Subsecretaría de la Minoridad.

Los argumentos enunciados para las resoluciones precedentes pueden resumirse en los siguientes:

- Valor absoluto de la vida del *nasciturus* [A 1.1.1].
- El *nasciturus* representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir en su auxilio [A 1.1.2].
- Desestimar la importancia del art. 86 del CP [A 1.3.3].

La Procuradora General emitió su dictamen y propició la revocación del fallo de la Cámara. Declaró la plena aplicabilidad al caso de lo normado por el

art. 86 inc. 2º del Código Penal y dispuso la improcedencia de autorización judicial para la interrupción del embarazo de la menor.

Se apeló a la Suprema Corte de Justicia Bonaerense. En la sentencia dictada el 31 de julio, el juez Soria expresó que la aplicabilidad del art. 86 inc. 2º del Código Penal y, además, lo atinente a su validez constitucional, estructuran el *thema decidendum* del proceso. Agregó que la jueza de Menores, concluyó apartándose de aquélla por las consideraciones constitucionales que efectuó en torno al derecho a la vida. Manifestó además que los magistrados de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil del Departamento Judicial La Plata, inicialmente repararon en que la materia sujeta juzgamiento versaba sobre el ya mencionado conflicto jurídico. No obstante, declinaron tratar el asunto y afirmaron la inviabilidad de admitir que los médicos pudiesen interrumpir el embarazo de la menor. Indicó que las deficiencias reseñadas podrían determinar el acogimiento del recurso extraordinario de nulidad pero consideró que la anulación de la sentencia sólo contribuiría a perturbar más un complejo derrotero procesal, lo que afectaría en modo grave la posibilidad objetiva de brindar una respuesta judicial rápida y eficaz. Los restantes jueces Genoud, Pettigiani, Kogan, Hitters, Roncoroni, Dominguez, Mahiques y Piombo coincidieron en el mismo sentido.

En relación a la decisión de dejar sin efecto la sentencia de la Cámara, fue aprobada por mayoría con voto afirmativo de los jueces Genoud, Hitters, Kogan, Roncoroni, Soria y Piombo y negativo de los Jueces Pettigiani, Dominguez y Mahiques.

Los fundamentos mencionados por los jueces que dieron su voto afirmativo fueron:

- Valor relativo de la vida del nasciturus [A 2.1].
- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].



- Los médicos deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias sin supeditar su actuación a la intervención judicial [A 2.7].
- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1 [A 2.8].
- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9].
- La continuidad del embarazo supone un grave riesgo para la salud de la persona embarazada [A 2.10].
- Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe [A 2.11].
- No se puede exigir a la mujer gestante actos heroicos [A 2.12].

Por su parte, los fundamentos de los jueces que votaron por la negativa fueron:

- Valor absoluto de la vida del *nasciturus* [A 1.1.1].
- El *nasciturus* representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir en su auxilio [A 1.1.2].
- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica [A 1.1.3].
- El médico interviniente debe sujetarse a cumplir con su deber impuesto por el juramento hipocrático, al que debe prestar acatamiento, y éste no prescribe más que una sola conducta: preservar la vida existente. [A 1.1.4].
- El aborto de un embarazo derivado de una violación constituye un acto deshumanizado [A 1.1.5].

- Consideración utilitarista del ser concebido [A 1.1.6].
- El niño concebido por violación es una persona [A 1.1.7].
- El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1 [A 1.3.1].
- El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 1.3.2].
- Desestimar la importancia del art. 86 del CP [A 1.3.3].
- Considerar que una mujer con retraso mental no puede asumir su maternidad dentro de sus posibilidades, implica una actitud de discriminación hacia las capacidades diferentes [A 1.4].
- Aplicación del principio “*in dubio pro vita*” [A 3.1].
- Aplicación del principio “*pro homine*” [A 3.2].

Además de los expuestos, el juez Domínguez expresó además otros argumentos que refieren a la situación particular de LMR. Los mismos refieren a poner en duda el grado de discapacidad mental de LMR y la situación de violación sufrida al momento del embarazo. Expresó que “la incapacidad es moderada, puesto que le permite usar un celular que posee, hacer y recibir llamadas telefónicas; enviar mensajes de texto” y que “debe investigarse (...) respecto a la configuración del cuerpo del delito (violación) pues no existe ahora prueba alguna que así lo acredite”. Asimismo remitió a pericias que podrían dar cuenta de relaciones sexuales anteriores a la violación y dudas acerca de cómo se pudo haber configurado la misma. Por ello manifestó: “Todo esto hace surgir duda si el delito de violación se habría configurado en la forma relatada por A”.

Además argumentó que el consentimiento de su representante legal solicitado en el art. 86 inc. 2 del CP para realizar el aborto no fue dado en forma adecuada ya que “aquí aparece un verdadero impedimento al consentimiento

toda vez que el padre no ha sido oído”. En este sentido refirió a que para ciertos actos se requiere consentimiento expreso de ambos padres y que “en todos los casos si uno de los padres no diere su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo resolverá el juez a lo que convenga al interés familiar”. En base a ello expresó que “no ha mediado el consentimiento que está regulado -lo recuerdo- por el ordenamiento civil”.

Finalmente por voto de mayoría, la SCJB resolvió:

1. Rechazar el recurso extraordinario de nulidad interpuesto.
2. Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley consecuentemente, dejar sin efecto la sentencia recurrida.
3. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2 del Código Penal.
4. Declarar que: a) la aplicación del art. 86, inc. 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial; b) en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico con el alcance que surge del voto mayoritario de esta sentencia, no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven LMR, en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de su reglas del arte de curar.
5. Poner en conocimiento del Poder Ejecutivo de la Provincia la situación de la joven LMR y su madre, exhortándolo a fin de que provea las medidas asistenciales y sanitarias que estime adecuadas para asegurar su salud, tratamiento y la satisfacción de sus necesidades sociales básicas.
6. Comunicar la presente sentencia a las autoridades del Hospital General San Martín de la ciudad de La Plata, así como a su Servicio de Obstetricia.

De acuerdo a lo expresado por Carabajal (2011), a pesar de ello, el director del hospital mencionado se reunió con el Comité de Bioética y Ministros

de Salud y Justicia de la Provincia e informaron a la madre de LMR que no se realizaría el aborto por lo avanzado del embarazo, por lo que constituiría un parto inducido. El personal del hospital dejó escrito que no lo haría por las presiones recibidas provenientes de sectores conservadores vinculados a la Iglesia Católica. Los ministros de Salud y de Justicia provincial avalaron en ronda de prensa esa negativa, transformándola en los hechos en una barrera para todo el sistema de salud del país (p. 15-16). Luego agregó:

LMR y su familia comienzan un peregrinaje por distintos hospitales de la Provincia de Buenos Aires y centros de salud de diferentes provincias del país, acompañadas por integrantes de organizaciones de mujeres, para lograr la interrupción del embarazo. Ningún centro de salud pública ni privada quiso realizar el aborto. Se reciben ofrecimientos de países vecinos y de España, quienes costearían el viaje y la intervención; pero LMR no tenía pasaporte; y por ser menor de edad, necesita la autorización paterna para salir del país. Por esto se incursiona en el sector privado y clandestino; se consigue interrumpir el embarazo gracias al apoyo material y moral de las organizaciones de mujeres, ya que por su condición de pobreza LMR y su familia no hubieran podido acceder por sí mismas a la realización del aborto en el sector privado (p. 16).

Tres organizaciones que integran la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, Católicas por el Derecho a Decidir (CDD), el Instituto de Género u Desarrollo (INSEGENAR), y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM-Argentina), llevaron en 2007 el caso de LMR al CDH, órgano de la ONU que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Políticos, un tratado con rango constitucional en Argentina. En abril de 2011, el CDH emitió dictamen favorable y condenó al Estado argentino por no haber garantizado el acceso a un aborto contemplado por la ley (Carabajal, 2011, p. 4).

El Comité consideró que la omisión del Estado, al no garantizar a LMR el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a LMR un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. El Comité de Derechos Humanos, actuó en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consideró que los hechos ponen de manifiesto una violación de los artículos 7, 17 y 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto que incluyen trato cruel, inhumano o degradante y la injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada [A 2.15].

El dictamen indicó además que de conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a LMR medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada y tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro (Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 2011, p. 13).

### **5.2.2 Caso OMV** (Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, 2007).

En el 2007, la Sra. MGU presentó ante la justicia de la ciudad de Mar del Plata denuncia contra su concubino FAV por la presunta comisión del delito de abuso sexual gravemente ultrajante con acceso carnal en perjuicio de su hija MVO, de 14 años de edad, la que presentaba un embarazo de seis semanas de gestación.

En vista de la situación, la Asesora de Incapaces Departamental promovió medida autosatisfactiva de protección de derechos y ejerció en consecuencia la representación promiscua de MVO y del *nasciturus*. Asumió respecto de este último su representación directa. Entre otras, petitionó hacer saber a la progenitora de la menor que la práctica del aborto respecto de la

persona de su hija, se encuentra prohibida conforme lo dispuesto por el art. 84 del Código Penal y mandas constitucionales. Además que su situación no se hallaba claramente designada como supuesto de excepción consignado en el Art. 86 del Código Penal y que para toda pretensión de realización de práctica abortiva debería requerir y obtener la autorización judicial respectiva.

La madre de la adolescente manifestó que había concurrido al Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil (HIEMI) donde fue recibida por el jefe de obstetricia, quien le expresó “que si su hija no era idiota o demente no iba a poder efectuarse un aborto, o que haya una orden judicial al respecto”.

De acuerdo a la evaluación psicológica, surgió que “la menor no quiere tener el bebé”, que “quiere un aborto”. Expresó que conocía en qué consiste esa práctica, y se negaba rotundamente a la posibilidad de llevar adelante la gestación de su hijo, dar a luz al mismo y entregar posteriormente al niño en adopción. En la audiencia la menor expresó “que no quiere tener a ese hijo porque no lo eligió, no lo quiere tener a esta edad, ni con una persona que no eligió”. Por tal motivo se encontraba verdaderamente agobiada.

En base a los antecedentes, la Juez Silvina Darmandrail del Tribunal de Menores N° 1 Departamental de Mar del Plata, resolvió conceder autorización para la interrupción del embarazo de la menor MVO “medida que deberá efectivizarse en el Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil con profesionales del Servicio de Obstetricia y Ginecología Especializado”. Los argumentos expuestos para esta resolución fueron los siguientes:

- Valor relativo de la vida del nasciturus [A 2.1].
- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].
- Obligar a la persona a soportar un embarazo derivado de una violación es contrario a la dignidad personal [A 2.3].

- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1 [A 2.8].
- La continuidad del embarazo supone un grave riesgo para la salud de la persona embarazada [A 2.10].
- Razones de equidad [A 2.13].

Dos días después de emitida la sentencia la Asesora, titular de la Asesoría de Incapaces N° 1, interpuso el recurso de apelación. En la fundamentación detalló seis agravios contra la sentencia. Pidió –además- que se resolviese expresamente su planteo subsidiario acerca de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 86 del Código Penal Argentino. En esa misma fecha, la Cámara de Apelación y Garantías en lo penal se declaró incompetente por entender que la presente es una causa asistencial, y dispuso la remisión a la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata.

Por unanimidad, los Jueces Roberto Loustaunau, Ricardo Monterisi y Nélica Zampini resolvieron rechazar el recurso de apelación y confirmaron íntegramente la sentencia dictada por la Juez de Menores que resolvió autorizar la realización de la ILE. Esta sentencia constituyó el fundamento utilizado en el caso FAL-AG para llevar el caso a la Cámara de Apelaciones cuando la realización de la ILE fue denegada en primera instancia.

Los argumentos expuestos para esta resolución fueron los siguientes:

- Valor relativo de la vida del nasciturus [A 2.1].
- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].
- Obligar a la persona a soportar un embarazo derivado de una violación es contrario a la dignidad personal [A 2.3].

- Los médicos deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias sin supeditar su actuación a la intervención judicial [A 2.7].
- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1 [A 2.8].
- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9].
- La continuidad del embarazo supone un grave riesgo para la salud de la persona embarazada [A 2.10].
- No se puede exigir a la mujer gestante actos heroicos [A 2.12].

Contra el mencionado decisorio, se alzaron la Asesora de Menores e Incapaces y el Fiscal General de Cámaras del Departamento Judicial. A ello, la Procuración de la SCJB propició que “se desestimen los agravios planteados, confirmándose la sentencia en tratamiento en la medida que autoriza la práctica requerida...”.

El día 2 de marzo de 2007 la menor sufrió un aborto espontáneo. Según lo indica la SCJB, la historia clínica de la paciente MVO permiten conocer con certeza que luego de diagnosticarse que el embarazo de aproximadamente doce semanas de gestación que cursaba la paciente presentaba "feto muerto y retenido", tuvo lugar la "interrupción del embarazo y legrado uterino", previa conformidad informada de la madre de la menor. En consecuencia, la SCJB resuelve, por mayoría que no resulta necesario pronunciarse por haberse tornado abstracta la cuestión litigiosa.

### **5.2.3 Caso RHY-MSA**

El Juzgado en lo Correccional N° 1 de Bahía Blanca (2003), a cargo del Dr. José Luis Ares resolvió rechazar la acción de amparo interpuesta por RHY



en representación de su hija menor MSA contra el Hospital Interzonal General De Agudos “Dr. José Penna” de Bahía Blanca. Según se indicó, se encontraba acreditado que el concubino de RY, JEA, quien reconociera como propia a MSA de 14 años de edad, pero que no era su padre biológico, abusó sexualmente de la nombrada niña, por lo cual quedó ésta embarazada. La niña manifestó su intención de suicidarse si no le permitían interrumpir el embarazo.

La Dirección del Hospital manifestó que consideraban que lo solicitado se trataba de una práctica ilegal, y que sólo la realizarían de mediar una orden judicial. Afirmó que nadie sabía de cuánto tiempo está embarazada la menor, ni si el padrastro era el padre de la criatura. Sostuvo que las autoridades del hospital no consideraban admisible suprimir la vida del feto para preservar la salud de la madre. Por su parte el “Comité de Bioética” del hospital dictaminó que no existía conflicto ético para interrumpir el embarazo en forma terapéutica.

Al comparecer la menor MSA ante el juez la niña expresó que no quería tener al bebé, que no estaba en edad de ser mamá y que le dijo a su madre que “si lo tiene que tener se va a matar”. Manifestó que no iba al colegio porque le daba vergüenza y que su madre la apoyaba en su decisión porque pensaba que era lo mejor para ella. Finalizó su exposición, entre sollozos, diciendo “no lo quiero tener, por favor ayúdeme, no lo voy a tener”.

Los argumentos expuestos fueron para la sentencia fueron los siguientes:

- Valor absoluto de la vida del *nasciturus* [A 1.1.1].
- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica [A 1.1.3].
- El *nasciturus* representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir en su auxilio [A 1.1.2].
- Los riesgos para la integridad psicofísica al dar continuidad al embarazo, que incluyen la posibilidad de que atente contra su vida, pueden evitarse

mediante apoyo psicoindividual de la menor y terapéutico familiar [A 1.2.2].

- El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 1 [A 1.3.1].
- El aborto solicitado no encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 1.3.2].
- Aplicación del principio “*in dubio pro vita*” [A 3.1].

#### 5.2.4 Caso MP-JYO

El día 11 de febrero de 2010, en la ciudad de Comodoro Rivadavia (Chubut), la niña JYO de quince años de edad, concurrió con MP, su madre, al médico, y tomó conocimiento que se encontraba embarazada. Dos días después, la madre de la niña presentó la denuncia penal de la violación de JYO por parte de su padre. El día 15 de febrero MP presentó al Hospital Regional y al médico ginecólogo tratante, la solicitud de interrupción del embarazo no voluntario que cursaba la misma. Asimismo, en caso de negativa, pidió que la misma sea remitida por escrito y en forma fundada. Ese mismo día el director del hospital manifestó que deberá presentar la siguiente documentación: 1) declaración de insana, con firma debidamente certificada o dictamen médico de equipo interdisciplinario de salud mental. 2) denuncia policial o judicial de la existencia de violación. 3) consentimiento informado prestado por el/la representante legal, el que debía ser acreditado mediante documentación correspondiente con firma certificada. El día 17 de febrero MP presentó una nueva nota ante el director del Hospital Regional. Adjuntó certificado policial que acreditaba la denuncia por violación, certificado de nacimiento original que acreditaba el vínculo materno-filial y prestó consentimiento informado para que le fuese realizada la práctica médica de interrupción de la gestación involuntaria en la persona de su hija. Puso en conocimiento que su hija no es insana. Al día siguiente el Hospital Regional

respondió mediante nota firmada por el médico tocoginecólogo, en la cual negaba la petición en razón de que no se trataría de un supuesto de excepción contemplado en el artículo 86 del contemplado por el artículo 86 del CP.

El día 25 de febrero MP y su hija JYO, con el patrocinio letrado de la Defensa Pública, solicitaron que, con carácter urgente, se le otorgase una autorización judicial tendiente a disponer la interrupción de la gestación involuntaria que cursaba la joven JYO, con fundamento en el art. 86 del CP, por parte del hospital zonal de la provincia que se estime conveniente. Al día siguiente la jueza de grado tuvo a la Sra. MP por presentada. Se presentó la tutora *ad litem* de la persona por nacer la que solicitó el rechazo del aborto.

El día 2 de marzo el tribunal fijó audiencia a los fines de oír a la niña para el día 10 de marzo de 2010 y convocó a las partes a juicio oral y contradictorio en igual fecha. A su vez, la Coordinadora del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación, en calidad de *Amicus Curiae* argumentó a favor de la petición de la niña. Finalmente, el día 12 de marzo el Juzgado de Familia N° 2 dictó el fallo de primera instancia que resolvió rechazar la solicitud de autorización para interrumpir el embarazo no voluntario que cursaba la joven JYO. El 18 de marzo el STJ de la Provincia de Chubut, con la firma de Caneo y Pasutti, resolvió desestimar el pedido de avocamiento por vía de *per saltum* solicitado por la Sra. MP en representación legal de JYO.

En este proceso debe tenerse en cuenta que el día 8 de marzo, es decir, diez días antes, el STJ de la provincia de Chubut falló a favor de la realización de la ILE-ANP de AG, la que previamente había sido denegada por la Cámara.

De acuerdo a la decisión de desestimación del STJ, JYO interpuso un recurso de apelación del fallo de primera instancia ante la Cámara. En la petición refieren el fallo del STJ en el caso FAL-AG mencionado en el párrafo anterior.

La Cámara, con la firma de los jueces Alonso de Ariet, Alexandre y la abstención parcial de Nahuelanca, resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por JYO y en consecuencia revocó la sentencia de primera instancia. A su vez declaró que la petición de interrupción voluntaria del embarazo cursada por JYO a través de su representante legal se enmarcaba en el supuesto de aborto no punible regulado por el artículo 86, inc. 2, del Código Penal (Sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 2010).

#### 5.2.4.1 Fallo de la Sra. Juez de Cámara Dra. Dra. Silvia N. Alonso de Ariet.

Posición: JYO se encontraba alcanzada por uno de los supuestos que tornan aplicable la causal de no punibilidad del aborto prevista en el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal.

Los argumentos expuestos para esta resolución fueron los siguientes:

- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9].

Refirió a que el fallo en primera instancia fue posterior al del STJ de la provincia de Chubut en el cual este argumento fue explicitado. Mencionó que la jueza de familia no fue llamada a juzgar penalmente un caso, sino a determinar si se ajustaba a derecho la negativa del hospital público a interrumpir el embarazo de una niña violada con fundamento en que no encuadraba ese caso dentro de las situaciones de excepción contempladas en el artículo 86 del CP.

- Valor relativo de la vida del nasciturus [A 2.1].
- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].

Refirió a que en el fallo de primera instancia se ha sostenido “que de ninguno de los informes surge que la joven haya manifestado hasta entonces su clara determinación de interrumpir el embarazo”. Explicita que todas las constancias de la causa demuestran la existencia de una única y autónoma decisión de la adolescente: interrumpir el embarazo producto de la violación.

#### 5.2.4.2 Fallo del Sr. Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre.

Posición: El caso encuadra en los supuestos de excepción del art. 86 CP según interpretación del STJ de la Provincia de Chubut.

Argumentos:

Al realizar el análisis de los argumentos expuestos por el juez Alexandre, debe tenerse en cuenta que pocos días antes del presente proceso, había fallado en contra de la realización de la ILE-ANP en el caso FAL-AG. En el fallo expresó:

Parto de un principio incommovible, esto es, la vida es el fundamento y soporte de la existencia de todos los demás derechos. La vida antecede a cualquier derecho, puesto que su afirmación es fundante del estado de derecho (cf. art. 29 C.N.). Y no hablé de derechos absolutos ya que en casos excepcionalísimos se consagra la falta de punibilidad sin que implique salvar la ilicitud del hecho.

En el presente caso, y a pesar de emitir un fallo en sentido contrario, expuso los siguientes argumentos también mencionados en el anterior:

- El *nasciturus* representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir en su auxilio [A 1.1.2].
- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica [A 1.1.3].
- Aplicación del principio “*in dubio pro vita*” [A 3.1].

A diferencia del anterior fallo, en el presente expresó:

A no olvidar que frente al conflicto que enfrenta a la madre embarazada y al hijo por nacer y que involucra al médico, "el legislador ha sido sabio al menos en no incluir en escena al cuarto personaje. El juez deberá pronunciarse no sólo a favor del derecho a la vida del *nasciturus* máxime

cuando carece por completo de capacidad para defenderse por sí mismo sino también reconocer el derecho a la vida de la madre. En suma, no podrá proteger exclusivamente al hijo, porque condena a la madre, ni optar por la solución contraria. (...) La decisión no pasará entonces por autorizar o no la intervención quirúrgica, sino por afirmar que esa decisión compete al médico y a la madre" (Juzgado Nac. Civ., sent. del 27-VIII-1985, "Jurisprudencia Argentina", 1989 III 355).

Contrariamente a lo argumentado en el caso FAL-AG, en el presente concluyó que el aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9]. Para esto refirió al fallo del STJ de la provincia en el fallo mencionado.

#### 5.2.4.3 Fallo del Juez de Cámara Fernando Nahuelanca.

Posición: Se abstuvo de pronunciarse por existir criterio mayoritario sobre el fondo de la cuestión planteada basado en el art. 274, Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico de la Provincia de Chubut.

#### 5.2.5 Caso MH-TN - autos caratulados "N., R. F. s/abuso sexual".

En el mes de abril de 2010, TN de 17 años fue embarazada por violación por parte de su padre PN, quien abusaba de ella desde los 11 años al igual que su tío. TN junto a su madre MH, manifestaron al Hospital de El Bolsón, Río Negro la intención de interrumpir el embarazo.

##### 5.2.5.1 Fallo del Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro. I San Carlos de Bariloche (2010).

El juez de instrucción en primera instancia concluyó que el aborto solicitado encuadraba en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2. [A 2.9]. Se fundamentó en el fallo del STJ en el caso FAL-AG y expresó que:

El art. 86, en lo que aquí respecta, no se contrapone al bloque constitucional consagrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Y

ello es así, debido a que el principio que protege la vida desde la concepción es una norma de carácter general que puede admitir excepciones, tales las consagradas por la norma en cuestión al respecto.

Además del argumento mencionado, expuso los siguientes:

- Valor relativo de la vida del *nasciturus* [A 2.1].
- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].
- Los médicos deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias sin supeditar su actuación a la intervención judicial [A 2.7].
- La continuidad del embarazo supone un grave riesgo para la salud de la persona embarazada [A 2.10].

De acuerdo al fallo mencionado, la ILE fue llevada a cabo en el Hospital Zonal de Bariloche.

5.2.5.2 Fallo de la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche (2010).

El fallo precedente fue apelado por la Defensora de Menores Dra. Paula Bisgoni. La misma argumentó que la resolución atacada es nula por no haber dado intervención efectiva y real al Ministerio Público y que se ignoraron los dictámenes que esa parte presentara. A pesar de haberse consumado la ILE, la Cámara resolvió declarar la nulidad de la resolución impugnada por violación de garantías constitucionales.

El argumento expuesto para el fallo mencionado fue la omisión de dar parte a la defensora del *nasciturus* y cuestiones de forma que fueron expresadas en forma enfática por el Juez de Cámara Ramos Mejía en los siguientes términos:

Para que quede absolutamente claro:

- 1) El Dr. Lozada era incompetente por razón de la materia para entender en el presente incidente, siendo atribución de las señoras Juezas de Familias;
- 2) No obstante ello continuó con la tramitación del mismo sin que existieran razones de urgencia que justificaran su avocamiento a tenor del artículo 43 de la Constitución de la Provincia de Rio Negro (...);
- 3) El señor Juez de Instrucción le acordó a las partes una participación meramente ficticia, pues no resolvió ninguna de las cuestiones preliminares planteadas, dejando a la persona por nacer sin tutor especial no obstante los intereses contrapuestos entre la madre abortante y el feto (art. 397 del Código Civil);
- 4) El magistrado apelado concedió el recurso de apelación planteado por la Dra. Bisogni con efecto suspensivo elevando a la Cámara cuando ya estaba decidido y ejecutado el aborto;
- 5) Violó consecuentemente y en forma reiterada las disposiciones legales reseñadas y fundamentalmente el artículo 18 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución Provincial.

En el primer punto se manifestó por parte del Juez Ramos Mejía la aceptación de la judicialización del caso al entender que el mismo compete a las “señoras Juezas de Familias”. En contraposición, el juez Losada manifestó en primera instancia que no correspondía la judicialización. Esto se evidencia en el primer punto de la Resolución que expresa:

Poner en conocimiento de la Sra. Ministra de Salud que en los casos contemplados en el art. 86, segundo párrafo, incisos 1° y 2° del Código Penal, no se requiere de autorización judicial para proceder a la interrupción de un embarazo, siempre y en cuanto se trate de los supuestos específicamente previstos en dicha norma, y se hubiera dado cumplimiento a los términos establecidos en la misma.



A su vez, se evidencia la dilación que pretendió establecer la Cámara en el proceso descripto, cuando en el punto 2 expresa que el Juez Lozada “continuó con la tramitación del mismo sin que existieran razones de urgencia”.

Por encima de los argumentos expuestos por los jueces de la Cámara y mencionados anteriormente, quedó claramente de manifiesto la posición de los mismos cuando expresaron que el aborto solicitado no encuadraba en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 1.3.2]. Este argumento fue expuesto por el juez de instrucción actuante, el que había fundado su argumentación en el fallo del STJ de Chubut, como se mencionó en el ítem 5.2.5.1.

### **5.3 Casos posteriores al fallo de la CSJN del 13 de marzo de 2012 en el caso FAL-AG.**

#### **5.3.1 Caso Asociación Civil para la Promoción y Defensa de la Familia s/acción declarativa.**

El 9 de octubre de 2012, casi seis meses después del fallo de la CSJN, la juez Rustán de Estrada a cargo del Juzgado Nacional en Primera Instancia Civil N° 106, resolvió decretar como medida cautelar de no innovar, la suspensión del aborto programado en esa fecha en el Hospital Ramos Mejía o cualquier otro hospital de la ciudad de Buenos Aires. También la interrupción de cualquier preparación previa que se llevase a cabo con ese fin. Dicha intervención había sido anunciada por el entonces Jefe de Gobierno de la CABA Mauricio Macri, en beneficio de una mujer de 32 años víctima de trata de personas. El recurso mencionado fue presentado por la Asociación Civil para la Promoción y Defensa de la Vida (Pro Familia) (Argentina. Poder Judicial. Juzgado Nacional de Primera Instancia Civil N° 6, 2012).

Los argumentos citados por la Juez fueron los siguientes:

- Valor absoluto de la vida del *nasciturus* [A 1.1.1].
- El *nasciturus* representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir en su auxilio [A 1.1.2].

- Consideración utilitarista del ser concebido [A 1.1.6].
- Aplicación del principio “*pro homine*” [A 3.2].

Debido a una cuestión de competencia surgida por una presentación previa realizada por la asociación civil mencionada, tomo intervención la CSJN, que resolvió dejar sin efecto la medida cautelar y comunicar tal decisión al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el Considerando 7° de la mencionada resolución, la CSJN refiere al fallo del caso FAL-AG. Expresa que:

Además, frente a lo decidido por esta Corte sobre la base de la interpretación de textos constitucionales e infraconstitucionales en la sentencia dictada en la causa "FAL s/ medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012 (voto de la mayoría), La medida que se adoptara es la demostración más concluyente del modo en que ha de realizarse por los poderes judiciales de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la exhortación dada por el Tribunal para que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos no punibles (Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Secretaria de Jurisprudencia, 2013, Fallos: 335:2024).

### 5.3.2 Caso “AGUSTINA”.

Una niña 11 años llegó a la Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes de San Miguel de Tucumán con un embarazo producto de la violación de su padre biológico y solicitó un aborto encuadrada en la “causal violación”. Fueron necesarias presentaciones judiciales para que efectivamente se practique la interrupción de su embarazo y mientras se le hacía una cesárea, se realizó una Misa Católica en la entrada de la institución. Al mismo tiempo, personal de la Maternidad reveló el caso al Diario La Gaceta y dio el número de quirófano donde se atendía a la niña lo cual supone una revictimización de la niña a manos del Estado. Luego de ello, el partido político PRO inició un juicio donde perseguía se encuadre como delito el aborto de la niña y se responsabilice a los

médicos que intervinieron. (Fundación Mujeres por Mujeres y Católicas por el derecho a decidir, 2017).

De acuerdo a la Fiscalía de Instrucción en lo Penal VI de San Miguel de Tucumán (2013), el letrado Arturo Forenza (h) fundamentó su denuncia por la posible comisión de los delitos de aborto, abuso de autoridad, violación de los deberes de funcionario público y/o los que resulten de la investigación que instó que se practique en la jurisprudencia de la CSJN planteada en el caso FAL-AG “no resulta de compulsivo u obligatorio cumplimiento por parte de las provincias de la Nación”. Además, expuso que la Provincia al día de la presentación “todavía no había formulado una guía para el desarrollo de la práctica del aborto no punible, por lo que dicha tarea no puede ser llevada a cabo válidamente profesionales de la salud del Instituto de la Maternidad”. Dos días después, y sin haberse dado comienzo a investigación alguna, se presentaron en el expediente la “Secretaría de Género de la CTA” y la representante de “La Casa de las Mujeres Norma Nasif”. Peticionaron el archivo inmediato de la causa instaurada contra el personal médico del Instituto de la Maternidad. Basaron su pedido en dos ejes fundamentales: los antecedentes del fallo de la CSJN en el caso FAL-AG y la violencia institucional que podría haberse cometido al haber trasladado hacia la sede judicial la cuestión del aborto practicado en el Instituto de la Maternidad.

La fiscalía realizó una extensa exposición de los argumentos de la CSJN que fundamentaron el fallo de marzo del 2012 en el caso FAL-AG. Al referir al Considerando 24°, expresó que:

Hacerla efectiva, archivando este proceso, es el deber que se impone a este Ministerio en aras de una correcta administración de justicia como intérprete de la ley penal y como garantía de los derechos de las reales víctimas a no ser revictimizadas bajo falsos procesos que esconden intereses ideológicos o políticos. Asumir esa postura lleva a corregir los desvaríos de quienes pretenden cercenar derechos plasmados en el código penal e instrumentos

internacionales y fomentar una práctica institucional que, en el peor de los casos conllevaría a responsabilidades penales de sus funcionarios.

Exponer el hecho como un presunto delito solo obedece a una discrepancia con una de las interpretaciones del CP que, ya sea por obedecer a criterios ideológicos o políticos, solo pone en evidencia la intencionalidad de circunscribir al fuero penal, en base a la criminalización de la conducta, a un método de interrupción del embarazo que a todas luces resulta legal y operativo.

De esta forma, la Juez Fiscal de Instrucción Penal de Primera Instancia Adriana Reinoso Cuello dispuso el 21 de mayo de 2014 archivar la causa (Fiscalía de Instrucción en lo Penal VI de San Miguel de Tucumán, 2013).

Además del fundamento jurisprudencial de la CSJN, se mencionaron en forma particular

- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].
- Los médicos deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias sin supeditar su actuación a la intervención judicial [A 2.7].
- El aborto solicitado encuadra en lo previsto por el CP - Art. 86 Inc. 2 [A 2.9].

### **5.3.3 Caso EMC-EC.**

EMC, una niña de 13 años que ingresó al Hospital Público Materno Infantil de Salta tras una feroz golpiza que le propinara la pareja conviviente de su madre, y padre de sus hermanitos, tras ser descubierto por la mujer mientras abusaba a su hija en el baño de la casa que compartían. Al efectuársele los análisis correspondientes se comprobó que la niña se encontraba embarazada, fruto de los abusos sexuales con acceso carnal a los que fue sometida durante dos años. Exhibió una gestación de 5,5 semanas al 12 de noviembre de 2013, con su

expresa manifestación de voluntad de interrumpir el embarazo, respaldada por su madre, EC, en ejercicio de la patria potestad. (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2013, p. 10, 22).

El 27 de diciembre del mismo año, la CJS resolvió revocar la decisión tomada por el juez de la anterior instancia. La misma, originada a raíz del amparo interpuesto por la Asesoría de Incapaces, había resuelto prohibir la ejecución de “toda práctica médica o de cualquier índole que pudiera interrumpir o evitar la gestación natural del niño por nacer” y había intimado al Estado Provincial para que arbitre los medios necesarios en orden a la asignación de un subsidio y toda terapia psicológica para que EMC, (...) pueda afrontar su embarazo en resguardo de su bienestar y el de su hijo y facilitar una eventual adopción.

En los considerandos del voto de la mayoría, la CJS manifestó que:

Para resolver como lo hizo, el juez del amparo, en lo esencial, si bien parte en sus argumentos de la configuración en el caso de una “colisión de derechos” entre el niño y su madre frente al reconocimiento de los derechos de aquél desde el momento de la concepción que efectúan los tratados internacionales de los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad federal, concluye –con cita de la Corte Suprema Mexicana- que la protección de la vida a partir de la concepción no puede amparar una libertad entendida como capacidad para decidir si se desea o no interrumpir un embarazo, esto es, el derecho a abortar. Dice que en el caso no se acreditó cómo podría verse afectado el derecho a la vida de la madre si se le impidiese efectuar la práctica abortiva y que los restantes derechos resultan de jerarquía inferior al primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva. Cita en apoyo de su postura el dictamen del Comité de Bioética del Colegio Médico de Salta. Menciona de modo tangencial el caso “F., A. L. s/medida autosatisfactiva” (CSJN, 13/03/2012). Efectúa una narración

detallada de la evolución biológica del embrión desde el momento de la fecundación para reafirmar el derecho a la vida de la persona por nacer (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2013, p. 2).

Luego citó lo dictaminado por la Procuración General de la Provincia y la Fiscalía ante la Corte N° 2, en el sentido de que:

Debe revocarse el fallo apelado, por arbitrario en tanto soslaya lo decidido por la Corte Federal en “F., A.L.” (...), a más de haber entorpecido el juez la solución legal a la situación de emergencia en que se halla la menor, que pone en juego su salud, entre otras consideraciones igualmente importantes (p. 9).

En los considerandos del voto de la mayoría, la CJS realizó una extensa exposición de los argumentos de la CSJN en el fallo del caso FAL-AG. En relación al mismo, expresó que:

Si bien sus pronunciamientos se emiten para la resolución de casos concretos, producen un deber, en tribunales inferiores, de conformar sus decisiones a aquéllos, lo que no constituye el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia, sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste. (...). No puede dejar de señalarse aquí que el apartamiento de los mandatos constitucionales y legales emergentes de los fallos dictados en que ha incurrido el juez del amparo Dr. Víctor Raúl Soria conduce a la necesidad de examinar su desempeño funcional, a cuyo fin corresponde remitir los antecedentes al Sr. Procurador General de la Provincia (p. 22).

Por su parte, la juez Kauffman de Martinelli realizó un detallado análisis del derecho aplicable al caso. Destacó tanto los tratados internacionales y las leyes, como los informes y observaciones de los órganos de tratados y jurisprudencia.

Además de ahondar en el fundamento jurisprudencial de la CSJN, refirió los siguientes argumentos para fundamentar el fallo:

- Derecho a decidir de la mujer embarazada [A 2.2].
- Obligar a la persona a soportar un embarazo derivado de una violación es contrario a la dignidad personal [A 2.3].
- Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe [A 2.11].
- La intromisión o injerencia judicial arbitraria en la vida privada de una menor podría ser calificada como trato cruel, inhumano o degradante [A 2.15].
- La negación al acceso a la ILE constituye un acto de violencia sexual, de género e institucional [A 2.16].

Finalmente la juez refirió al antecedente del caso Asociación Civil para la Promoción y Defensa de la Familia s/acción declarativa (ítem 5.3.1), en el cual la Juez actuante impidió la realización de la ILE en una mujer a pesar del fallo de la CSJN. Indicó que corresponde remitir las actuaciones a la Procuración General de la Provincia a fin de dictaminar si corresponde acusar al Juez en primera instancia en lo Civil de Persona y Familia N° 2 (según dictamen de mayoría) y extiende la necesidad de examinar el accionar de la Asesora de Incapaces, pero esto no fue considerado en el voto mayoritario.

## Conclusiones.

A lo largo de la exposición realizada en los capítulos precedentes, se puede apreciar en forma constante la existencia del conflicto entre los derechos que asiste a la mujer que se encuentra embarazada y los supuestos del derecho a la vida. Como se mostró en el segundo capítulo, en el mismo participan distintos actores. Cada uno de ellos contribuye a perfilar la complejidad del problema.

Complexus significa lo que está tejido junto. Hay complejidad cuando son inseparables los elementos diferentes que constituyen un todo y que existe un tejido interdependiente, interactivo e inter-retroactivo entre el objeto de conocimiento y su contexto, las partes y el todo, el todo y las partes, las partes entre ellas (Morín, 1999, p. 15-16).

De acuerdo a Galati (2012b), la complejidad lleva a criticar las actuales teorías jurídicas que tratan de emular a la física clásica con su certidumbre y exactitud, y pretenden en el Derecho aplicar sus postulados al centrarse en la norma jurídica y su pretendida certeza. Como lo ha destacado Ilya Prigogine c.p. Caldani, (2000), “Reconocer la complejidad, hallar los instrumentos para describirla y efectuar una relectura dentro de este nuevo contexto de las relaciones cambiantes del hombre con la naturaleza son los problemas cruciales de nuestra época” (p. 7).

Desde la teoría trialista, al analizar la dimensión cultural y jurídico-sociológica de la temática, debe considerarse a dos protagonistas fundamentales, repartidor el primero y recipiendario el segundo. Los roles de ambos se encuentran a su vez entrelazados con los otros actores analizados en el Capítulo 2.

En primer término se encuentran los médicos que deben intervenir en las solicitudes de realización de ILE-ANP. Como se vio en el Capítulo 5, el fallo de la CSJN remite a la responsabilidad de los médicos en la decisión de llevarla a cabo cuando la embarazada solicita la práctica y no un magistrado a pedido del médico [A 2.7].



En el fallo de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (2007), en el caso OMV, el Juez Loustaunau expresó:

A mi modo de ver, situaciones como esta evidencian cierta lógica perversa en un sistema normativo que- en este punto al menos- se muestra ajeno a la realidad social. Los médicos, naturalmente temerosos de incurrir en una conducta típica, requieren una autorización judicial previa a la intervención, y los operadores jurídicos (jueces, funcionarios, legisladores y abogados) les respondemos que no es necesario, o que no es posible, que procedan por si solos a interrumpir el embarazo, pues solamente luego de que ello suceda estaremos en condiciones de juzgar si su conducta ha sido lícita o ilícita, y consecuentemente de absolverlos o condenarlos. Ello importa tanto como requerir a los médicos una conducta heroica que los lleve a actuar sin salvaguardas, para quedar expuestos a las diversas sanciones penales y colegiales, si en el caso, y finalmente, el Juez al que le toque intervenir, no encuentra debidamente justificada la excepción.

Luego el Juez Loustaunau refiere que si bien la mayoría de los miembros de la SCJB, y autorizadas voces de especializada doctrina jurídica entienden que la cuestión debe mantenerse dentro de la relación médico – paciente, no puede ignorarse deliberadamente que la realidad que transcurre fuera de los tribunales es distinta. Agrega que:

En el exterior de los ámbitos académicos y jurídicos, o si se quiere dentro de los hospitales, es pública y notoria la negativa influencia de la multiplicación de demandas millonarias por mala praxis, algunas de las cuales, aunque injustificadas, someten a los profesionales de la salud a peligros morales y materiales que les generan un estrés incompatible con el adecuado desempeño de su delicada labor. Si ante una práctica normal y habitual, desde un diagnóstico hasta una intervención común, los médicos sufren diariamente el temor de resultar demandados y verse inmersos en un pleito de impredecibles consecuencias, ¿con que fundamento hemos de decirles que practiquen sin diligencia judicial previa un aborto que luego veremos si los condenamos o no penalmente? ¿Cuál es la razón que nos permite exigirles que

pongan en riesgo su trabajo, su matrícula, su tranquilidad, su salud y su futuro? Tengo para mí que, en nuestro país y en la actualidad, no puede exigirse tal conducta a los médicos. No son exigibles las conductas heroicas (Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, 2007, IV.1.1.).

Esta situación se hace evidente en los distintos casos, entre ellos el citado por Carbajal (2013) y Fundación Mujeres por Mujeres y Católicas por el derecho a decidir (2017). A una adolescente de 16 años que quedó embarazada como consecuencia de una violación, en uno de los principales hospitales de la Provincia de Tucumán, ubicado en la capital, se negaron a realizarle la práctica y además judicializaron el caso. De esta forma se violó la confidencialidad de la consulta y contrarió el fallo de la CSJN del 2012. La joven tuvo que viajar 1200 kilómetros hasta la Ciudad de Buenos Aires, donde fue atendida en el Servicio de Adolescencia del Hospital Argerich. El traslado fue organizado por el gobierno provincial, al no poder garantizar la atención de la adolescente en su propio territorio. Según lo indicado por la referente del Programa Provincial de Salud Sexual y Reproductiva, Beatriz Moya, “Nadie quiso hacer el aborto”. Moya dijo que la negativa de los médicos a realizar la ILE respondió a la edad gestacional y que no quisieron hacerla porque la adolescente transitaba la semana 15 de embarazo cuando solicitó la interrupción. Pero el Código Penal no establece límites para efectuar el aborto en esos casos. De acuerdo a la información periodística, la mayoría de los médicos de la Maternidad se declararon objetores de conciencia.

Por otra parte, los operadores del sistema judicial fallan en oposición a lo dispuesto por la CSJN en el 2012, como en el caso Asociación Civil para la Promoción y Defensa de la Familia s/acción declarativa, explicado en el Capítulo 5, en el cual casi seis meses después del fallo de la CSJN, la juez Rustán de Estrada a cargo del Juzgado Nacional en Primera Instancia Civil N° 106, resuelve decretar como medida cautelar de no innovar, la suspensión del aborto programado en esa fecha en el Hospital Ramos Mejía o cualquier otro hospital de la ciudad de Buenos Aires que derivó en una nueva intervención de la CSJN.

La complejidad jurisprudencial se evidencia además en la sucesión de fallos sobre el mismo caso o en casos similares. Como se mostró en el ítem 5.2.4, caso MP-JYO, en la provincia de Chubut, la Cámara de Apelaciones dictaminó con veinticuatro días de diferencia respecto del caso FAL-AG en forma opuesta al citado anteriormente. Esto ocurrió once días después que el STJ fallara a favor de la realización de la ILE-ANP de AG, la que previamente había sido denegada por la Cámara mencionada. A diferencia del fallo del caso FAL-AG, en el cual los jueces Alexandre y Nahuelanca dictaminaron en contra de la realización de la ILE, en el caso MP-JYO el juez Alexandre dictaminó a favor basado en el antecedente del STJ y el juez Nahuelanca alegó que ya existía mayoría favorable y se abstuvo.

La situación de complejidad resulta mayor cuando se hace evidente la presión social de los distintos actores que asumen posiciones encontradas y que, como se mencionó en el Capítulo 2, se manifiestan por redes sociales y medios periodísticos. Estos actores sociales conviven en las comunidades con los actores del sistema judicial que deben dictaminar, los cuales tienen sus propias convicciones e ideales y la responsabilidad de interpretar la legislación vigente y jurisprudencia.

La posición de los actores sociales es en ocasiones contradictoria, desde la posición que representan, como en los casos 5.3.1 y 5.3.2 presentados en el Capítulo 5. En el primero, el jefe de gobierno de la CABA (perteneciente al partido PRO), anunció que se realizaría la primera ILE en la ciudad, lo cual generó una medida cautelar para impedirla por parte de una organización no gubernamental. En el segundo, luego de realizada la ILE en Tucumán, el abogado patrocinante del PRO interpuso una demanda contra los médicos que la realizaron que dio origen a la judicialización del caso. En ambas comunidades, esos hechos fueron vinculados a acciones políticas pero involucró a un mismo partido en situaciones opuestas ideológicamente respecto del tema tratado.

En segundo término del análisis cultural y jurídico-sociológico de la temática, debe considerarse a la gran víctima en los procesos judiciales de ANP. Mayoritariamente niñas violadas, deben padecer varios calvarios y se constituyen en receptoras de repartos de

impotencia, es decir, de lo que perjudica a la vida y al ser. Primero por las agresiones sexuales que sufren, generalmente por parte de un miembro de la familia, las cuales se reiteran durante mucho tiempo. Luego padecen violencia sexual, de género e institucional según fue manifestado por la juez Kauffman de Martinelli en los considerandos de la resolución del caso AMC-AC. Como lo expresó Galati (2012a):

Será beneficiaria perjudicada la mujer que no es adecuadamente informada acerca de su derecho a abortar en los casos no punibles. La mera prohibición legal o consuetudinaria no le impedirá librarse del embarazo no querido, pero ello la obligará, si carece de recursos económicos, a procurarlo en condiciones no higiénicas y de inseguridad, lo que aumentará su riesgo de muerte. El perjuicio se multiplica si hecho en malas condiciones, el aborto complica la salud de la mujer y ésta debe concurrir a un hospital público en donde los médicos, en lugar de tener como objetivo principal y único salvar la vida de la madre, la denuncian penalmente (p. 53).

En el caso mencionado, según lo relata la Juez Kauffman, a pesar de los informes médicos y psicológicos, que dan cuenta del grave estado de salud de la niña, producto de la violencia sufrida, y del tormento que le provoca el embarazo fruto de la violencia sexual traumatizante vivida, tras ser judicializado el caso, mientras permanecía hospitalizada desde algo más de un mes, se le denegó su petición de abortar, conforme lo prevé la norma del art. 86 inciso 2º del C.P. Por tal motivo, la Juez de la CJS califica la actuación del Juez en primera instancia y de la Asesora de Incapaces como trato cruel, inhumano o degradante, al igual que lo dictaminado por la CDH en el caso LMR (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2013, p. 40). Como lo expresó Galati (2012a):

Respecto de las clases de repartos, no cabe aquí la autoridad del Estado, tutelando al embrión, imponiendo a la mujer la preservación de una “célula de la sociedad” y cosificándola a fin de que sólo sea la reproductora de otro integrante del Estado.

Lo que generó la implementación de un protocolo médico para la atención de abortos no punibles fue precisamente un orden de los repartos médico cuyo eje ha consistido en el desconocimiento de la planificación gubernamental que no pena el aborto

terapéutico y el eugenésico, ni tampoco el sentimental analógicamente. La fuerza de los hechos, sobre todo la presión de organizaciones feministas, trata de revertir dicho estado de situación (p. 56).

De acuerdo con Galati (2012a), analizar el aspecto cultural y jurídico-sociológico de la temática, permite comprender los problemas para viabilizar lo que es no solo beneficioso –dimensión sociológica-, y lícito -dimensión normológica-, sino justo -dimensión dikelógica- para las mujeres que deseen ejercer su derecho de optar por las prácticas de abortos no punibles.

En cuanto a los argumentos citados en las sentencias cuyos jueces dictaminaron en forma opuesta a la realización de la ILE, se reconocen dos que se identifican como centrales: La exégesis restrictiva respecto del inc. 2 del Art. 86 del CP y la interpretación absoluta del derecho a la vida. En relación al primero de ellos, la CSJN (2012) en su fallo correspondiente al caso FAL-AG, remitió ocho veces a la irrazonabilidad de asumir la tesis restrictiva (Fallos: 335: 204, 207, 208, 209, 210, 212, 215) y mencionó otras cuatro veces la necesidad de tomar la interpretación amplia de la norma (Fallos: 335: 205, 210, 212, 214). En relación al segundo argumento, la CSJN (2012) dos veces refirió al mismo (Fallos: 335: 207, 208, 210).

En los tres casos posteriores a la sentencia de la CSJN en caso FAL-AG que se presentaron en el Capítulo 5, la justicia dictaminó en forma favorable a la realización de la ILE con base en la jurisprudencia sentada por el mismo. Pero, en todos los casos, se judicializó, por lo que debió resolverse en distintas instancias. En el primero de ellos (5.3.1) debió intervenir nuevamente la CSJN, en el segundo (5.3.2) la causa fue archivada la causa por la juez fiscal actuante en primera instancia y en el tercero (5.3.3) fue resuelta por la Corte de Justicia Provincial. De acuerdo a lo dictaminado por la CSJN en el 2012, ninguno de los tres casos debió llegar a la justicia. De esta forma puede verificarse el cumplimiento de la situación planteada en la hipótesis de este trabajo. Esto es, si bien la sentencia de la CSJN favoreció la resolución favorable de casos de aborto no punible que fueron judicializados, la continuidad en la existencia de éstos evidencia la permanencia de

conflictos en relación a los derechos a decidir y a la salud de la mujer y los supuestos del derecho a la vida.

## Bibliografía.

### Doctrina.

- Baigún, D & Zaffaroni, E. (2010). *Código Penal. Parte Especial 3*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bergallo, P. (2009). A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto. En: *Derechos de las mujeres y discurso jurídico: Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales* (1ª ed) (pp.19-50). Buenos Aires: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género-ELA. Recuperado de <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=app187&cnl=14&opc=49&cnl14=3>
- Bidart Campos, G.J. (1981). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: EDIAR.
- Bidart Campos, G.J. (1989). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T. III: Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución. Buenos Aires: EDIAR.
- Bidart Campos, G.J. (2003). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: EDIAR.
- Ciuro Caldani, M.A. (2000). *Metodología Jurídica* (1ª ed). Rosario: Fundación para las investigaciones jurídicas. Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795>
- Ciuro Caldani, M.A. (2001). Norma y Verdad en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* (25):91-98. Recuperado de [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Norma\\_y\\_Verdad\\_en\\_la\\_Teoria\\_Trialista\\_del\\_Mundo\\_Juridico\\_\\_Ciuro\\_Caldani.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Norma_y_Verdad_en_la_Teoria_Trialista_del_Mundo_Juridico__Ciuro_Caldani.pdf)
- Ciuro Caldani, M.A. (2005). Filosofía trialista del Derecho de la Salud. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* (28):19-32. Recuperado de <http://www.centrodefilosofia.org/revistacentro28.htm>

- Ciuro Caldani, M.A. (2013). La elaboración de Normas Jurídicas. Una problemática especialmente compleja. *Revista de Filosofía Jurídica y Social*. (34):81-110. Recuperado de <http://www.centrodefilosofia.org/RevInv/RevInv345.pdf>
- Clérico, L. & Ronconi, L. (2012). Impact of the block of constitutionality in the interpretation of the common law: the broad interpretation of the abortions allowed in Argentina. *Estudios constitucionales* 10(2): 193-230. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200005>
- Creus, C. & Buompadre, J. (2007). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I (7° Ed). Buenos Aires: Astrea.
- Donna, EA. (1999). *Derecho penal. Parte Especial*. Tomo 1. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni.
- Eleta, J.B. & Segón, I. (2015). Sobre la pretendida obligatoriedad del protocolo de aborto. [Documento en internet]. Recuperado de <http://centrodebioetica.org/2015/07/sobre-la-pretendida-obligatoriedad-del-protocolo-de-aborto/>
- Fontan Balestra, C. (1992). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot.
- Galati, E. (2012a). Consideraciones jurídico-sociales del aborto no punible. La autonomía del paciente frente al poder del profesional de la salud. *Revista Redbioética/UNESCO* 2(6):47–62. Recuperado de [http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista\\_6/RevistaBioetica6b-47a62.pdf](http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_6/RevistaBioetica6b-47a62.pdf)
- Galati, E. (2012b). Visión compleja de los paradigmas científicos y la interpersonalidad en la ciencia. *Cinta moebio* 44: 122-135. Recuperado de <http://www.moebio.uchile.cl/44/galati.html>
- Gebruers, C y Gherardi, N. (2015). El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso “F.A.L.” *Serie de*



*documentos REDAAS N° 2*. Recuperado de [http://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/Doc2\\_AbortolegalenArgentina\\_issn.pdf](http://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/Doc2_AbortolegalenArgentina_issn.pdf)

- Gebruers, C. (2016). El aborto legal en Argentina1: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso “F.A.L.” *Serie de documentos REDAAS N° 4*. Recuperado de [http://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/348-Doc4\\_pdfweb\\_Gebruers\\_ok.pdf](http://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/348-Doc4_pdfweb_Gebruers_ok.pdf).
- Gelli, M.A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley.
- Gil Domínguez, A. (2000). *Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución*. Buenos Aires: EDIAR.
- Gil Domínguez, A. Famá, M.V. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia. Tomo II*. Buenos Aires: EDIAR.
- Kemelmajer de Carlucci A (2009). El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Su impacto en el derecho argentino. En: A. Kemelmajer de Carlucci (Directora) y M. Herrera (Coordinadora). *La familia en el nuevo derecho*. p.363. Buenos Aires: Rubinzal Cunzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A. Herrera, M. Lamm, E y Fernández, SE. (2015). El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación. [Documento en internet]. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/Para-comprender-el-principio-de-autonom%C3%ADa-progresiva-y-CCyC-version-final-con-bibliograf%C3%ADa-version-ampliada.pdf>
- Luna, F. Böhmer, M. Faerman, R Maffía, D. Manterola, J. Mejía, R, Ramos, S Righetti, N. Romero, M. (2006). *Aborto por motivos terapéuticos: artículo 86 - inciso 1 del Código Penal Argentino* (1a ed). Observatorio Argentino de Bioética.

Buenos Aires: FLACSO – CEDES. Recuperado de  
<http://bioetica.flacso.org.ar/img/pdf/Aborto-por-motivos-terapeuticos.pdf>

- Maffía, D. (2006). Aborto no punible: ¿Qué dice la ley argentina? en S. Checa (comp.) *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*. (pp. 1-6). Buenos Aires: Paidós. Recuperado de  
<http://dianamaffia.com.ar/archivos/Aborto-no-punible.-Qu%C3%A9-dice-la-ley.pdf>
- Marín, J.L. (2005). *Derecho penal. Parte especial*, T. 1. Buenos Aires: Educa.
- Martínez Paz, F. (2003). *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Edic. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Vol. XXXVI. Córdoba: Advocatus. Recuperado de  
[www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelmundojuridico/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelmundojuridico/at_download/file).
- Morín, E. (1999). *Los 7 saberes básicos para la educación del futuro*. París. Francia Unesco. Recuperado de  
<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001177/117740so.pdf>
- Pérez Luño, A.E. (1999). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* (6ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en: M. Abregu (Ed.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 163-172). Buenos Aires: Del Puerto.
- Scala, J. (2004). Bioética y Derecho. *Persona y Bioética*, 8 (21): 35-48. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/832/83202104/>
- Soria, E.R. (2009). El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922). *Eä: Revista de Humanidades Médicas & Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología* 1(1):1-28. Recuperado de  
[http://journaldatabase.info/articles/el\\_aborto\\_eugenesisico\\_en\\_el\\_codigo.html](http://journaldatabase.info/articles/el_aborto_eugenesisico_en_el_codigo.html)
- Zaffaroni, E (2000). *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar.

## **Jurisprudencia.**

- Argentina. Poder Judicial. Juzgado Nacional de Primera Instancia Civil N° 6. (2012) Asociación Civil para la promoción y la defensa de la familia s/ acción declarativa Recuperado de:  
<http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2547&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaria de Jurisprudencia. (2013). Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Secretaria de Jurisprudencia de la Corte Suprema. Tomo 335 vol. 2. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Recuperado de  
<https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar>
- Cámara Primera en lo Criminal de Bariloche (2010). Sentencia de fecha 14 de abril de 2010. N. R. F. S/ abuso sexual s/ incidente solicitud interrupción embarazo s/ apelaciones Causa Nro. A1-2010-3736. Recuperado de  
<https://drive.google.com/file/d/0B2frP4oRr8aXZ28tX01ITIVNMjg/edit>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2004). Acordada 28. Recuperado de <http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp?ID=88784>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2012). Secretaría de Jurisprudencia: Fallos de la Corte Suprema. Tomo 335 vol. I. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recuperado de  
<https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2013). Acordada 7. Recuperado de [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/07/acordada-csjn-3\\_13-amicus-curiae-nuevo-rc3a9gimen.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/07/acordada-csjn-3_13-amicus-curiae-nuevo-rc3a9gimen.pdf)
- Corte de Justicia de la Provincia de Salta. (2013). “Asesoría de Incapaces N° 2 en representación de NN por nacer VS. E., C. - amparo – recurso de apelación” (Expte N° CJS 36.987/13). Recuperado de

<http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=3606&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=31>

- Fiscalía de Instrucción en lo Penal VI. San Miguel de Tucumán. (2013). Causa: Personal del Instituto de la Maternidad s/ aborto. Abuso de autoridad- Violación de deberes de funcionario público. Expte. N° 16634/2013. Recuperado de [www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/Argentina/Tucuman2014.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/Argentina/Tucuman2014.pdf)
- Juzgado de Familia N° 3 de la ciudad de Comodoro Rivadavia (2010). Sentencia Expte. 17/2010. Recuperado de [www.notivida.com.ar/fallos/AbortoChubutVeronicaRobert.RTF](http://www.notivida.com.ar/fallos/AbortoChubutVeronicaRobert.RTF)
- Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro. I San Carlos de Bariloche. (2010). “Incidente de solicitud de interrupción de embarazo formulado por T. N.”, “N., R. F. s/abuso sexual”, Expte. Nro. S.3-10-100. Resolución del 5 de abril de 2010. Recuperado de <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/Argentina/bariloche-abril2010.pdf>
- Juzgado en lo Correccional N° 1 de Bahía Blanca. (2003). Acción de amparo interpuesta por R.H.Y. en representación de su hija menor M.S.A contra el Hospital Interzonal General de Agudos “Dr. José Penna”. Recuperado de [www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/Bahia-Blanca-aborto-violacion.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/Bahia-Blanca-aborto-violacion.pdf)
- Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (2011) Dictamen del Comité de Derechos Humanos a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - 101° período de sesiones - respecto de la Comunicación N° 1608/2007. CCPR/C/101/D/1608/2007 Recuperado de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F101%2FD%2F1608%2F2007&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F101%2FD%2F1608%2F2007&Lang=es)

- Sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia. (2010). Sentencia de fecha 19 de marzo de 2010. Expte. Nro. 24/2010. Recuperado de [http://www.notivida.com.ar/fallos\\_judiciales.html](http://www.notivida.com.ar/fallos_judiciales.html)
- Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia. (2010). Sentencia de fecha 25 de febrero de 2010. Expte. Nro. 41/2010. Recuperado de <https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/caso-chubut-2.pdf>
- Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata. (2007). Expediente N° 138.377 – Tribunal de Menores N°1. Autoriza practicar aborto. Caso OMV. Recuperado de [http://www.notivida.org/fallos\\_judiciales.html](http://www.notivida.org/fallos_judiciales.html)
- Superior Tribunal de Justicia de Chubut (2010). “Fuentes, Aurora Luisa s/medida autosatisfactiva” Expte. Nro. 21.912-F-2010 Sentencia del 8/3/2010. Recuperado de <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/argentina/fallo-abortocomodoro.pdf>
- Suprema Corte de Justicia Bonaerense. (2006). Autoriza Aborto Eugenesico. Caso LMR. Recuperado de [www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/aborto-eugenesisico.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/aborto-eugenesisico.pdf)

### **Legislación.**

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. 2014. Art. 19. Libro 1. Parte General. Título 1. Persona Humana.
- Código Penal de la Nación Argentina. 2015.
- Constitución Nacional, Art. 75 inc. 22.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Novena Conferencia Internacional Americana. 1948.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 1948. Art 6.

- Ley 14.736. Provincia de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-14736.html>
- Ley 23.054. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. 1984
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. 1966. Asamblea General de las Naciones Unidas. Art. 6.1.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966. Asamblea General de las Naciones Unidas. Art. 10.2, 12.1 y 12.2.
- Naciones Unidas (2010a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comité de Derechos Humanos. 98° Período de Sesiones. Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/ARG/CO/4. Recuperado de [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ARG.CO.4\\_S.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ARG.CO.4_S.pdf)
- Naciones Unidas (2010b). Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño 54° período de sesiones. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. CRC/C/ARG/CO/3-4. Recuperado de [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf)

## Metodología

- Fernández Chaves, F. (2002). El análisis de contenido como ayuda metodológica para la investigación. *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, 2(96):35-53. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/153/15309604.pdf>
- Hernández Sampieri, R. Fernández Collado, C. Baptista Lucio, P. (2010). *Metodología de la Investigación* (5ta. Ed). México: Mc.Graw Hill.

- López Noguero, F. (2002). El análisis de contenido como método de investigación. XXI, *Revista de Educación*, 4: 167-179. Recuperado de <http://www.uhu.es/publicaciones/ojs/index.php/xxi/article/view/610/932>
- Vieytes, R. (2004). *Metodología de la investigación en organizaciones, mercado y sociedad*. Buenos Aires: De las ciencias.

## Otros

- Carbajal, M. (2011). *LMR contra Estado Argentino: Acceso a la justicia en un caso de aborto legal*. Buenos Aires: CDD, CLADEM, INSGENAR. Recuperado de <https://insgenar.files.wordpress.com/2012/05/lmr-contra-estado-argentino.pdf>
- Carbajal, M. (2013). *Una adolescente sin derechos. En Tucumán rechazaron interrumpir un embarazo fruto de violación*. Página 12. Ed. 11 de noviembre 2013. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-233329-2013-11-11.html>
- Del Río, M. & Sanahuja J.C. (2010a). *Triunfó la vida!!!* Notivida. Año X. N° 660. Comodoro Rivadavia. Recuperado de [http://www.notivida.org/boletines/661\\_.html](http://www.notivida.org/boletines/661_.html)
- Del Río, M. & Sanahuja J.C. (2010b). *Habrían dado permiso para matar. El Tribunal Superior de Justicia de Chubut habría autorizado el aborto*. Notivida. Año X. N° 666. Comodoro Rivadavia. Recuperado de [http://www.notivida.org/boletines/666\\_.html](http://www.notivida.org/boletines/666_.html)
- Fundación Mujeres por Mujeres. Católicas por el derecho a decidir. (2017). Informe para relatoría ONU 499. Violencias obstétricas y contra la salud sexual y reproductiva (art. 6 inc. d y e de la Ley 26.485 y Decreto 1011/10), Violencia Institucional (art. 6 inc. b de la ley 26.485 y Decreto 1011/10) y Violación a la Ley 26.529 Ley de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Recuperado de <http://mujeresxmujeres.org.ar/wordpress/wp-content/uploads/2017/06/Informe-para-Relatora-ONU499.pdf>

- Subcomisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría. (2015). Análisis del “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” Segunda Edición. Documento en internet. Recuperado de <http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/Microsoft%20Word%20-%20Análisis%20interrupcion%20embarazo.pdf>