



UNIVERSIDAD SIGLO XXI

TRABAJO FINAL DE GRADO

Aborto no punible en Argentina, supuestos de procedencia

Ballay, Julieta Micaela.

Abogacía.

2019.

Legajo: VABG41818.

Tutor: López Carreras, Federico.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I – ACERCAMIENTO A LA FIGURA JURÍDICA DEL ABORTO	
1. Introducción	10
1.1 Introducción a la figura de aborto, concepto	10
1.2 Bien jurídico protegido	11
1.3 Presupuestos del aborto – Elementos	11
a- Embarazo	12
b- Vida del feto	12
c- Muerte del Feto	12
d- Dolo	12
1.4 Conclusión, capítulo I	13
CAPÍTULO II – CATEGORIZACIÓN DEL ABORTO – DERECHOS INVOLUCRADOS	
2. Introducción	14
2.1 Tipos de abortos determinados	14
a- Aborto causado por un tercero	14
b- Aborto causado por la persona gestante	16
c- Aborto preterintencional	16
d- Aborto profesional punible	16
e- Aborto profesional no punible	17
2.2 Derechos	17
a- A la vida	17
b- A la salud, igualdad e información	19
c- De la mujer	20
2.3 Delimitación temporal del aborto en Argentina	23
2.4 Descripción del artículo 86 del Código Penal Argentino, observaciones	25
2.5 Conclusión, capítulo II	28

CAPÍTULO III – ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA – AMBIGÜEDAD

3. Introducción	29
3.1 Supuestos de procedencia, doctrina	29
a- Análisis del artículo 86 inciso 1º	29
b- Análisis del artículo 86 inciso 2º	31
3.2 Ambigüedad – problemas de interpretación	33
3.3 Conflicto con principio de legalidad y reserva	35
3.4 Improcedencia de la judicialización	36
3.5 Jurisprudencia – Análisis de fallos <i>F.A.L. – A.K. – R.M.L</i>	37
3.6 Conclusión, capítulo III	44

CAPÍTULO IV – DERECHO COMPARADO

4. Introducción	46
4.1 Aborto y causales en América del Sur	46
a- Chile	46
b- Uruguay	47
c- Brasil	48
d- Paraguay	49
e- Colombia	51
f- Venezuela	52
g- Ecuador	52
h- Perú	53
4.2 Aborto y causales en América del Norte	55
a- México	55
4.3 Aborto y causales en Europa	56
a- Holanda	56
b- Austria	56
c- Polonia	58

4.4 Conclusión capítulo IV	59
CONCLUSIÓN	60
BIBLIOGRAFÍA	62

Resumen

El Código Penal argentino, regula en su artículo 85 la penalización del aborto, considerado como un delito contra las personas. El mismo se define como la interrupción de la vida del embrión o feto dentro del vientre materno causada por la persona gestante o por un tercero.

Nuestro ordenamiento jurídico, en su artículo 86, establece las causales de no punibilidad de este delito: cuando la vida o la salud de la madre esté en peligro o cuando el embarazo provenga de una violación o un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. La interpretación del segundo inciso ha generado diversas posturas doctrinarias, que afirman por un lado que el aborto no es punible cuando la víctima de la violación es idiota o demente; mientras que otra corriente de juristas entiende que la excepción hace referencia a cualquier persona gestante víctima de una violación.

El siguiente trabajo refiere a la regulación del aborto no punible en Argentina. Sus requisitos de procedencia, el bien jurídico protegido, los problemas de interpretación que generó la redacción del mencionado artículo y posiciones tanto, doctrinarias como jurisprudenciales de la temática planteada.

Palabras clave: aborto; interpretación; aplicación de la ley.

Abstract

The Argentine Penal Code regulates in its article 85 the criminalization of abortion, considered a crime against the people. It is defined as the disruption of the life of the embryo or fetus inside the womb caused by the pregnant person or a third party.

Our legal system, in its article 86 establishes the grounds of no criminality of this crime: When the life or health of the mother is in danger or when the pregnancy comes a violation or an assassination attempt indecent assault committed on a female idiot or insane. The interpretation of the second subparagraph has generated various doctrinal positions, on the one hand claiming that abortion is not punishable when the victim rape is an idiot or insane; while another stream of lawyers understands the exception refers to anyone pregnant rape victim.

The following work refers to regulation of non-punishable abortion in Argentina. Your requirements of provenance, the protected legal asset, the problems of interpretation that generated the drafting of that article and both, doctrinal and jurisprudential positions of the proposed theme.

Keywords: abortion; interpreting; law enforcement.

INTRODUCCIÓN.

El aborto es considerado un delito en Argentina definido como la práctica mediante la cual se pone fin a la vida del feto en el vientre materno. El mismo se encuentra enmarcado en el artículo 85 del Código Penal¹, dentro del Libro Segundo, De los delitos; Título I, Delitos contra las personas.

El referido artículo establece la escala penal correspondiente a quien cometiera el delito de aborto, agravado por realizarse sin el consentimiento de la mujer o elevando su pena al *máximo* de seis años, si el hecho fuera seguido por la muerte de la misma.

El Código Penal de la Nación Argentina, en su artículo 86, establece las causales en las que el aborto no es punible, a saber, cuando corre riesgo la vida o la salud de la madre; si el embarazo proviene de una violación o atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente.

La problemática a desarrollar surge cuando, de la redacción de un artículo pueden llevarse a cabo diversas deducciones. Trayendo aparejadas consecuencias tanto para la persona gestante como para el profesional involucrado.

¿Qué situaciones contempla el término “salud”; si se configura el delito de violación, la persona gestante debe ser necesariamente idiota o demente?

Como se podrá observar a lo largo del trabajo, la figura de aborto no punible estipulada en nuestro código, no se encuentra redactada de manera taxativa, existiendo más de una interpretación sobre su alcance y generando un sinnúmero de posturas jurisprudenciales.

En nuestro país el Derecho Penal se rige por el Principio de Legalidad, el mismo es una garantía sustantiva que delimita el poder del Estado en todo su alcance y establece cuatro requisitos que validan a la ley penal, que sea *previa, escrita, formal y estricta*.

Haré referencia puntualmente a su forma escrita y estricta. La primera prohíbe la aplicación analógica de la ley penal en los casos que no estén expresamente contemplados,

¹**CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA: ARTÍCULO 85.** - El que causare un aborto será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. 2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

mientras que la segunda, establece que los tipos penales deben ser claros y precisos prohibiéndose la indeterminación.

El dilema surge cuando existen tipos penales en donde la ley no es clara y presenta interpretaciones que ponen en duda los principios reguladores del Derecho.

La aplicación de la normativa es un tema prioritario de salud pública, que a su vez niega e impide la posibilidad de que toda mujer tenga acceso a promover sus derechos, se involucra el control sobre su cuerpo, los Derechos Humanos, la mortalidad materna y la intromisión de sistemas religiosos, afectando así a todas las clases sociales. Este tratamiento es de suma complejidad, pues se ven damnificados derechos, bienes jurídicos y principios fundamentales; influyen en él aspectos éticos, religiosos y morales.

El presente trabajo de investigación propone como objetivo general, los requisitos de procedencia del aborto no punible en la Argentina, sus problemas interpretativos y valorativos estipulados en el artículo 86 del Código Penal.

Los objetivos específicos se referirán a la regulación del aborto no punible, sus principios, comparación de alcances de la normativa, interpretaciones de la jurisprudencia argentina y el análisis de los fallos de Tribunales Superiores y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, junto a una descripción de la problemática actual en cuanto al otorgamiento de la no punibilidad del aborto con opiniones contrapuestas a nivel social.

Para su realización me centraré en el concepto de aborto no punible, sus caracteres, el bien jurídico protegido, leyes y modificaciones que se han llevado a cabo en nuestro país, desde su sanción en el Código Penal del año 1921. He de observar el análisis del derecho comparado con las legislaciones de algunos países de América y Europa, resoluciones de organismos internacionales y el análisis del fallo "*F. A. L. s/ medida autosatisfactiva*" emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2012, siendo éste un primordial avance en la materia.

El marco metodológico del trabajo se puede encuadrar como un tipo de investigación descriptiva, ya que especifico las características más destacadas del artículo que regula el aborto no punible en nuestro Código Penal, el análisis de su funcionamiento y regulación.

La estrategia metodológica aplicada es del tipo cualitativa; obteniendo datos e información sobre la temática del aborto no punible, diferentes perspectivas y puntos de vista para lograr una comprensión más profunda y crítica del código, sus alcances y fallos en los Tribunales Superiores y Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El presente trabajo se llevará a cabo mediante la utilización de fuentes primarias que, al ser las fuentes directas de información se refieren a los fallos, sentencias de diversas ciudades del país y legislación. Código Penal y Constitución Nacional. Fallos de los Tribunales Superiores y de la Corte Suprema. Y de fuentes secundarias siendo éstas las que comentan o analizan las fuentes primarias de información, citando así análisis de fallos de los constitucionalistas German Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez. Elaboraciones doctrinarias de la socióloga Susana Checa y la Filósofa Diana Maffía.

El desarrollo del trabajo de grado consta de cuatro capítulos.

El primero presenta a la figura jurídica del aborto. El segundo capítulo describe los tipos de abortos determinados y establece los derechos involucrados. En el tercer capítulo se desarrolla el análisis del artículo 86 del Código Penal de la Nación Argentina. El cuarto capítulo trata el análisis del derecho comparado.

CAPÍTULO I – ACERCAMIENTO A LA FIGURA JURÍDICA DEL ABORTO

1. Introducción

El desarrollo del primer capítulo estará basado en la introducción al instituto del aborto, en el que se expondrá su significado y proveniencia, así como su definición jurídica y médica.

Se enmarcará a la figura, en el Código Penal argentino y se llevarán a cabo interpretaciones doctrinarias acerca de cuál es el bien jurídico que protege la normativa.

A su vez, el primer capítulo, se centrará en la presentación y descripción de los presupuestos y elementos que conforman la figura del aborto, siendo estos el embarazo, la vida del feto, su posterior muerte y el supuesto del dolo.

1.1 Introducción a la figura de aborto, concepto

La palabra aborto proviene del término en latín *abortus*; donde *ab* significa privación y *ortus*, nacimiento; es decir privación del nacimiento.

Si bien el Código Penal no brinda una definición de aborto, es posible definirlo de manera jurídica conceptualizándolo de dos maneras: jurídica y médicamente. El concepto legal de aborto como delito contra la vida atiende a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside en la interrupción prematura del proceso de gestación mediante la muerte del fruto. Médicamente, desde el punto de vista ginecológico, el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente. (Donna, 1999, p. 63)

Desde un punto de vista jurídico se lo puede definir como la “interrupción de proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo” (Buompadre, 2000).

El artículo 85 del Código Penal establece que quien causare un aborto será reprimido:

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

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

1.2 Bien jurídico protegido

El Código Penal, ubica al delito de aborto dentro del Libro Segundo, de los Delitos; Título I, Delitos contra las personas, en su primer Capítulo, Delitos contra la vida.

“El bien jurídico protegido es la vida del feto, que a pesar de desarrollarse en las entrañas y a expensas de la persona gestante, merece una protección independiente de la vida misma de ésta, pero no de su salud” (Donna, 1999, p. 63).

La opinión mayoritaria, sugiere que el bien jurídico protegido es autónomo, diferente a los intereses de la persona gestante y vinculado a la “vida humana”; las opiniones se dirimen cuando se intenta determinar cuál es el contenido específico de dicho bien. Una corriente afirma que el objeto de protección penal es la vida humana anterior al nacimiento mientras que, por el contrario, otros sostienen que el bien jurídico protegido es el valor socio-cultural “esperanza de vida”. Sin embargo, existe un tercer sector dentro de la doctrina, que no limita el objeto de tutela del delito de aborto a un único bien jurídico, si no, que lo extiende a diversos intereses -además de la vida humana y esperanza de vida- al interés demográfico del Estado, a la vida e integridad física de la mujer y su derecho de autodeterminación (Barreiro Agustín, Rodríguez Mourulo Gonzalo, 1997, p. 421).

1.3 Presupuestos del aborto – Elementos

El Código Penal argentino, sitúa las diferentes figuras de aborto dentro de los delitos contra la vida, pues lo que se protege es la vida del feto. Estas figuras requieren un conjunto de elementos comunes: la existencia de una persona gestando, que el feto se encuentre con vida en el momento de la acción del agente y que su muerte se produzca a causa de esta acción.

a- Embarazo

La acción típica, únicamente puede configurarse con la existencia de una persona gestando, sin que se considere el procedimiento mediante el cual se logró dicho embarazo. No es una acción abortiva la que procura impedir la fecundación del ovulo, tampoco, la llevada a cabo en una mujer que no esté embarazada ya sea por no haber concebido o porque el feto murió con anterioridad. Las maniobras abortivas sobre una mujer no embarazada, creyéndose que lo está, son atípicas como aborto y solo podrán caer como lesiones si se han producido en el cuerpo de la mujer (Nuñez, 1999).

b- Vida del feto

“La acción típica solo se puede dar, cuando el feto del que la mujer está embarazada se encuentra con vida en el momento de realizarla” (Creus y Boumpadre, 2013, p. 59). Al ser la vida del feto, el bien jurídico protegido, las maniobras abortivas sobre un feto que está muerto son atípicas y solo pueden ser perseguidas como lesiones.

c- Muerte del feto

El delito de aborto se configura cuando la muerte del feto deriva del empleo o administración del medio abortivo. La naturaleza del medio empleado por el autor es indiferente pues lo que se pune en la figura no es la realización de maniobras abortivas si no la muerte del feto. Ya sea que se consume a través de un medio físico o de la administración de químicos, lo exigible es que el medio utilizado haya ocasionado el aborto.

d- Dolo

“El autor, ya sea la persona gestante o un tercero, tiene que obrar con el propósito de causar el aborto. Si la mujer, obra sin esta intención directa de causar el aborto, no es punible, aunque cause su propio aborto” (Nuñez, 1999, p. 23).

1.4 Conclusión, capítulo I

El desarrollo del primer capítulo permite inferir la definición de aborto. El mismo está determinado como un delito contra la vida, provocado por la muerte del feto en una interrupción temprana de su gestación en el vientre.

Se presenta la figura de aborto dentro del Código Penal, en su artículo 85 y se prevé la escala penal correspondiente para quien causare un aborto.

Por otra parte, se establece, según la opinión de los juristas que el bien jurídico que la normativa protege es la vida del feto.

Para concluir con el desarrollo del capítulo número uno, se expone que la configuración de la figura de aborto requiere un conjunto de elementos en común, como ser la existencia de una persona gestando, que el feto se encuentre con vida en el momento de la acción del agente y que su muerte se produzca a causa de esta acción.

CAPÍTULO II – CATEGORIZACIÓN DEL ABORTO – DERECHOS INVOLUCRADOS

2. Introducción

Con una figura de aborto ya presentada y definida, el desarrollo del segundo capítulo, establecerá la diferenciación de los abortos según quién los lleve a cabo y, si los mismos son realizados o no, con el consentimiento de la persona gestante.

Por otra parte, se establecerán los derechos involucrados en la temática, como ser a la vida, a la salud y los derechos de la mujer.

A modo de introducir la figura del aborto en Argentina, se establecerá una delimitación temporal y jurídica del mismo en nuestro país. Y se llevará a cabo la descripción del artículo 86 del Código Penal de la Nación, que estipula las causales en las que el delito de aborto no es punible.

2.1 Tipos de abortos determinados

El Código Penal argentino establece diferentes figuras de aborto, dependiendo de quien lo realiza, de qué manera y de acuerdo con el estado de la persona gestante. El aborto puede ser causado por un tercero, con o sin el consentimiento expreso o tácito de la mujer, por ella misma o por un tercero que lo causare sin tener ese propósito. A continuación, profundizaré en los tipos de aborto regulados y sus penas correspondientes.

a- Aborto causado por un tercero

El artículo 85 del Código Penal, en adelante C. P., regula el delito de aborto causado por un tercero, como autor principal del hecho delictivo que conlleva a la muerte del feto, consumando así, el tipo penal.

El tercero puede causar el aborto con o sin el consentimiento de la mujer. El hecho causado sin su consentimiento tiene una pena de tres a diez años. La condena es menor, de uno a cuatro años, si es realizado con el consentimiento de la persona gestante. La mujer que consiente está sometida a la misma escala penal que la que causa su propio aborto.

“El delito de aborto practicado por un tercero, sin el consentimiento de la mujer, es de suma complejidad ya que está integrado por el aborto por un lado y la coacción por el otro, en el que, junto al ataque de la vida en formación, se lesiona la libertad de determinación de la mujer” (como se cita en Donna, 1999).

En este caso, la ley incluye cualquier tipo de aborto que se realice sin el consentimiento de la persona gestante. Son considerados aquí, todos los supuestos en los que un tercero realiza el aborto sin el consentimiento de la mujer, ya sea mediante el engaño, por la confianza en el autor o por un descuido.

En el supuesto de aborto con consentimiento de la mujer, se ven involucradas al menos dos personas, la mujer que consiente y el autor que consuma el delito; sin embargo, solo puede ser sujeto activo el tercero ya que el C. P., establece una pena distinta para la mujer que realiza un auto- aborto.

El consentimiento es un elemento del tipo, la mujer autoriza las maniobras abortivas que se realizarán y consiente expresamente, de forma verbal o escrita, si es en el sentido de que el tercero mate al feto. Y consiente tácitamente, si deja que el tercero actúe y sabe que éste va a provocar la muerte del feto. Se exige que la mujer tenga capacidad de culpabilidad según lo estipulado en el artículo 34 del C. P.

“Si la persona gestante que consiente es inimputable por ser inmadura o incapaz de querer o entender o su consentimiento fue logrado por violencia o fraude, el aborto se considera no consentido” (Núñez, 1999, p. 23).

El delito de aborto causado por un tercero, con o sin el consentimiento de la mujer, se agrava si éste fuere seguido de la muerte de la mujer, elevándose la pena hasta 15 años según el artículo 85 del C. P., el aumento es mayor si el aborto no fue consentido. Causar la muerte de la persona gestante, es un resultado preterintencional de las maniobras abortivas puesto que si la finalidad de éstas, fuera causar la muerte de la persona, el hecho es un homicidio.

b- Aborto causado por la persona gestante

El artículo 88 del Código Penal, establece la pena de prisión de uno a cuatro años para la mujer que causare su propio aborto, con la misma escala si lo consintiere. Regla también, que la tentativa por parte de la mujer no es punible.

El aborto causado por la propia mujer requiere el propósito de causarlo. La misma, no responde a título de aborto preterintencional. Cualquier acto de la mujer como es la tentativa de suicidio que sin intención de causarlo provoca el aborto, no es punible a este título.

La persona gestante, causa su propio aborto si ejecuta los actos tendientes a provocar la muerte del feto por si sola. La participación de un tercero convierte al hecho en un aborto consentido por la mujer.

c- Aborto preterintencional

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuera notorio o le constare” (Código Penal argentino, artículo 87).

Solo un tercero puede ser autor de un aborto preterintencional, no se trata de un aborto culposo, ya que la intención de violentar a una mujer no es compatible con la culpa y con esa conducta, el autor atenta contra la integridad física de la mujer.

La preterintencionalidad del aborto únicamente hace referencia a que la muerte del feto no estaba en los planes del autor de la violencia, siendo la misma el empleo de una fuerza física contra la mujer o el uso de medios hipnóticos o narcóticos como establece el C. P. en su artículo 78.

d- Aborto profesional punible

El artículo 86 del Código Penal, establece la pena e inhabilitación especial para el profesional de la salud, ya sea médico, cirujano, partera, enfermera que abusare de su ciencia para causar el aborto o coopere a causarlo.

El profesional abusa de su ciencia o arte si, sin necesidad o finalidad terapéutica, causa o coopera a causar el aborto. La inhabilitación del profesional, fundada en el deber de curar, además de constituir un castigo por el abuso cometido, representa un resguardo ante posibles reiteraciones (Núñez, 1999, p. 25).

e- Aborto profesional no punible

El aborto realizado por un médico diplomado queda enmarcado dentro de la no punibilidad cuando se realiza con el fin de evitar un peligro en la vida o en la salud de la madre, si este peligro no puede ser evitado por otros medios menos dañinos. Esta causal, justifica al aborto ya que es “indispensable para la salud o vida de la madre” esa indispensabilidad queda librada al criterio del profesional interviniente, que no tiene otro límite que su no justificación por algún criterio médico (Núñez, 1999, p. 26).

También cuando el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente, el aborto debe ser practicado, en este caso, con la autorización del representante legal.

No quedan comprendidos en la disposición del artículo, otros profesionales de la salud, aunque estén capacitados para resolver la existencia de la situación peligrosa y actuar en consecuencia. El aborto debe ser realizado por el medico diplomado, no por otra persona.

2.2 Derechos

a- A la vida

Puede decirse que hay vida humana, allí donde una persona existe, cualquiera sea la etapa de su desarrollo, desde que es concebida por medio de las células germinales hasta que se acaba con la extinción del funcionamiento orgánico vital, (muerte) (Creus y Buompadre, 2013).

El Derecho Penal protege la vida humana, su extinción por obra de un tercero, es un delito contra las personas. La ley penal protege como vida de las personas la subsistencia de su

funcionamiento orgánico cualquiera que sea la conformación corporal de la persona (Nuñez, 1999).

La vida humana, para el Derecho Penal, no solo se protege desde el nacimiento de las personas hasta su muerte, sino desde que la persona ha concebido. Pero al momento de la definición y del castigo, al código penal no le es indiferente el momento en el que la vida se extingue, ya sea durante la concepción del ser, tratándose de un aborto con su respectiva y menor, escala penal. Hasta que la persona nace y el delito pasa a calificarse como homicidio.

El derecho a la vida se encuentra avalado por el artículo 75 inciso 22² de la Constitución Nacional, que otorga jerarquía superior a las leyes a los tratados internacionales y concordatos con la santa sede. Dentro de estos encontramos:

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

En la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña el artículo 6 inciso 1 y 2 establece: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.” y “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su artículo 4: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en

² Artículo 75, inciso 22 Constitución Nacional: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

b- A la salud, igualdad e información

Según la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”

Este derecho es reconocido por nuestra Constitución, a través de numerosos tratados internacionales como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su Artículo 12, establece “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

El artículo 14 del Protocolo de San Salvador, aprobado como protocolo adicional de la CADH, refiere a que los estados parte, reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico. Mientras que su artículo 10 hace referencia a que: Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula en su segunda parte: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

Mientras que el artículo 13 de la CADH señala: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...).”

El derecho que se tiene como ciudadanos a la información, en particular cuando ésta se relaciona con el derecho a la salud, debería ser llevada a cabo por el Estado como órgano máximo encargado de proveer información completa, correcta y necesaria para proteger y promover la salud y los derechos reproductivos. Reconociendo así el derecho a la no discriminación en el acceso a la información y servicios de salud, obteniendo de esta forma educación sobre métodos de anticoncepción para prevenir embarazos no deseados.

c- De la mujer

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en adelante, CEDAW, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981, adoptándola nuestro país con el aval del mencionado artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

A continuación, se citan algunos artículos que hacen referencia a los derechos de las mujeres en la CEDAW:

Artículo 11: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (...) f.: El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Artículo 12: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

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

Artículo 14 inciso 2: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: (...) b. Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia.

Artículo 16: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e: Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

El derecho de las mujeres a decidir el número y espaciamiento de sus hijos sin discriminación sólo puede implementarse plenamente si éstas cuentan con acceso a todas las medidas efectivas para controlar el tamaño de sus familias, incluyendo el aborto. El Comité de la CEDAW ha enfatizado en repetidas oportunidades que el aborto en ninguna circunstancia debe ser utilizado como método de planificación familiar. Al mismo tiempo, al reconocer la necesidad de la despenalización del aborto, el Comité ha reconocido implícitamente que el aborto, en ciertas circunstancias, puede constituir la única manera en que una mujer ejercite su derecho a decidir de manera independiente sobre el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, en particular si quedó embarazada como resultado de violación o incesto, o si su vida o salud corren peligro.

La Recomendación General número 21 del Comité de la CEDAW sobre la Igualdad (1992) señala: Las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de

imponerle una carga de trabajo injusta. El número y espaciamiento de los hijos repercuten de forma análoga en su vida y también afectan su salud física y mental, así como la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene (párrafo 21).

La Recomendación General número 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1999), (Comité de la CEDAW), que hace referencia al tema de la mujer y la salud, señala la obligación de los Estados de respetar el acceso de la mujer a los servicios médicos y de abstenerse de “poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud” (párrafo 14).

En cuanto al derecho a la privacidad con el que cuentan las mujeres, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH señala: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

El derecho a la privacidad también se ve amenazado cuando el personal de salud divulga información confidencial o cuando se exige el consentimiento de terceros para que una mujer pueda obtener un aborto.

Con respecto a la confidencialidad, en su Recomendación General número 24 sobre la mujer y la salud (1999), el Comité de la CEDAW ha señalado que la divulgación de información confidencial sobre la salud afecta a las mujeres de manera diferente que a los varones porque puede desalentarlas de buscar atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que hayan sido víctimas de violencia sexual o física” (párrafo 12).

El Comité de la CEDAW (1999) explica que “el acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza con obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones” (párrafo 14). Asimismo, señala que “en la medida de lo posible,

debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos” (párrafo 31). En varias observaciones finales, el Comité de la CEDAW ha manifestado su preocupación por el limitado acceso de las mujeres a los servicios e información en materia de salud reproductiva, criticando los factores que entorpecen la asistencia médica a las mujeres, tales como la influencia religiosa, la privatización de la salud, y las restricciones presupuestarias.³

Mientras que el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, Paul Hunt (2004) expresó sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud: Las mujeres que han quedado embarazadas involuntariamente deberían recibir información fiable y asesoramiento comprensivo, con indicación de los lugares y plazos en los que pueda ponerse fin legalmente al embarazo. Aunque los abortos sean legales, también han de ser seguros: los sistemas de salud pública deben capacitar y equipar a los encargados de prestar los servicios sanitarios y tomar otras medidas para garantizar que los abortos no son sólo seguros, sino también accesibles. (...) Hay que acabar con las disposiciones que castigan a las mujeres que abortan (párrafo 30).

2.3 Delimitación temporal del aborto en Argentina

Los casos en los cuales está despenalizado el aborto fueron propuestos por la primera comisión del Senado encargada de revisar el proyecto del Código Penal. Una segunda comisión en 1921 elaboró la versión final del artículo 86. En 1968, la ley 17.567 –siguiendo el proyecto de 1960 elaborado por Sebastián Soler– introdujo el requisito de gravedad del peligro en el inciso 1, luego de eliminar en el inciso 2 la frase “o de un atentado al pudor

³ Vease por ejemplo, observaciones finales del Comité de la CEDAW sobre Antigua y Barbuda, U.N. Doc. A/52/38/Rev.1, part. II (1997), párrafo 258; Argentina, UN Doc. A/59/38, Parte II (2004), párrafo 380-381; Bangladesh, U.N. Doc. A/52/38/Rev.1, Parte II (1997), párrafo 438; Belice, U.N. Doc. A/54/38, Part II (1999), párrafo 56-57; Burkina Faso, U.N. Doc. A/55/38, Parte I (2000), párrafo 274; Croacia, U.N. Doc. A/53/38, Part I (1998), párrafo 109; Cuba, U.N. Doc. A/51/38 (1996), párrafo 219; República Dominicana, UN Doc. A/59/38, Part II (2004), párrafo 308-309; Etiopía, U.N. Doc. A/51/38 (1996), párrafo 160; Etiopía, UN Doc. A/59/38, Parte I (2004), párrafo 257-258; Georgia, U.N. Doc. A/54/38, Parte II (1999), párrafo 111; Grecia, U.N. Doc. A/54/38, Parte I (1999), párrafo 207-208; Guinea, U.N. Doc. A/56/38, Parte II (2001), párrafo 128- 129; Guyana, entre otros.

cometido sobre una mujer idiota o demente”, incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada.

La reforma agregó, además, el requisito de que “cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente” sería necesario “el consentimiento de su representante legal”. Estas modificaciones fueron dejadas sin efecto en 1973 por la ley 20.509 sancionada con el objetivo de derogar la legislación penal del gobierno militar.

Así, la redacción original de 1921 volvió a tener vigencia hasta que, en 1976 el nuevo gobierno de facto, mediante la ley 21.338 derogó la ley 20.509 y reincorporó la versión del artículo 86 establecida por la ley 17.567.

Posteriormente, en 1984, el nuevo gobierno democrático dictó la ley 23.077 que dejó sin efecto, en forma general, las reformas introducidas al Código Penal de la Nación. Con esta nueva derogación el artículo 86 que nos ocupa recuperó su versión original de 1922 y es la que se encuentra en vigencia.

El 30 de junio del año 2010, llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un caso judicial surgido en la provincia de Chubut. Una joven de 15 años fue abusada sexualmente por su padrastro. Su madre, como representante legal, acudió a la Justicia para que su hija pudiera realizarse el aborto no punible, en un hospital público. Su reclamo fue rechazado, en primera y segunda instancia de la Justicia de Chubut.

Cuando la joven cursaba la semana 20 de embarazo, intervino el Tribunal Superior de Justicia provincial, que encuadró el caso como uno de los supuestos estipulados en el artículo 86 del Código Penal, permitiendo la realización del aborto.

El 13 de marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunció por unanimidad el dictamen de que las mujeres que hayan sido víctimas de una violación sean o no insanas, podrán practicarse un aborto sin necesidad de autorización judicial previa, ni de sufrir una sanción penal posterior, quedando exento también el médico que realice la intervención.

Sentando un precedente para la jurisprudencia de la Nación y haciendo partícipe al Estado como garante del sistema de salud pública de asegurar las condiciones necesarias para que los abortos no punibles se realicen de manera rápida y segura.

2.4 Descripción del artículo 86 del Código Penal Argentino, observaciones

El artículo 86 del Código Penal argentino establece que:

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

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

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

El primer inciso de este artículo hace referencia a que el aborto no es punible cuando se practica para evitar un peligro en la vida o salud de la madre. Ahora bien, ¿por qué se utiliza el término “madre” siendo que este artículo habilita la interrupción del embarazo? Debiera promulgarse como la vida de la persona gestante, ya que no toda mujer por el hecho de estar embarazada es madre. El término utilizado, es un vínculo relacional, si hay madre hay hijo si no hay hijo no hay madre. Tal reduccionismo forma obstáculo ideológico que hace mucho más dificultoso comprender el conflicto de una maternidad no deseada o la decisión de una mujer de interrumpir su embarazo.

Prosiguiendo con el análisis del primer tipo de aborto no punible, también llamado terapéutico, se presentan dos circunstancias para que se lleve a cabo y se suman dos requisitos exigidos en ambas; que sea realizado por un médico diplomado y con el consentimiento de la mujer encinta.

- El aborto es practicado con el fin de evitar un peligro para la vida de la mujer.
- El aborto es practicado con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer.

El peligro a la vida de la mujer es un supuesto que se encuentra claro, sin embargo, las personas que tienen una postura contraria a la despenalización sostienen que no es preciso incorporar esta causal porque invocan que se encontraría incluida dentro del estado de necesidad ⁴.

Empero, estado de necesidad y aborto terapéutico, no se superponen. En el primer caso, no se requiere calidad alguna de la persona que lo realiza, no se exige el consentimiento de nadie y el mal debe ser grave e inminente; mientras que el aborto terapéutico debe ser llevado a cabo por un médico diplomado, requiere la aprobación de la mujer encinta y su gravedad infiere que no pueda ser evitado por otros medios, pero no hay inminencia. Concluyendo que, estado de necesidad y aborto, no responden a las mismas circunstancias.

Del segundo supuesto, se infiere que con el termino salud, se hace referencia a la *salud física, psíquica y social*, definición que corresponde a la Carta Constitutiva de la Organización Mundial de la Salud de 1947; sin embargo, la redacción de nuestro Código fue llevada a cabo en el año 1921. Es decir que cuando nuestros legisladores utilizaron el término “salud” no estaban refiriéndose a esa definición posterior, por lo que esta interpretación carece de sustento.

Debiéramos buscar en el mismo Código Penal, la correcta interpretación del término salud que se encuentra en el Segundo Capítulo, Lesiones, artículo 91- “Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.”

Cuando el código describe enfermedad mental o corporal, hace referencia a la salud psíquica y física.

Lamentablemente, solo en casos excepcionalmente graves se tiene en cuenta la salud física siendo este concepto establecido en “tercera persona” por un médico. ⁵ En la definición

⁴ **CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA: ARTÍCULO 34.-** No son punibles: (...) Inc.: 3 °. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.

⁵ **NOTA DEL SITIO WEB INFOBAE:** <https://www.infobae.com/sociedad/2018/03/10/mi-hija-tenia-cancer-y-estaba-embarazada-le-negaron-el-aborto-legal-y-terminaron-las-dos-muertas/>

de salud integral, no solo hay otros componentes de la salud (psíquico y físico) sino que el “bienestar” hace ineludible la subjetividad; no puede ser otra persona quien determine tal dicha, si no que la salud requiere el testimonio en primera persona, por lo que debiera tomarse en serio la palabra de las mujeres.

Si bien siempre se requiere el consentimiento de la mujer, en ningún caso de aborto no punible se solicita autorización judicial. Tal como indica el constitucionalista Andrés Gil Domínguez (2000), cuando el aborto es voluntario y no punible “el servicio público de salud debe atender a la mujer demandante y no trabar la solicitud remitiéndola a un proceso judicial” (p. 551).

Al requerir la intervención de un juez, se interpone una barrera que obstaculiza arbitrariamente el acceso a la salud y resulta inconstitucional. El sistema de salud como el juez que responde la solicitud están violando el derecho de salud a las mujeres.

Como señala el destacado constitucionalista German Bidart Campos (s.f.), lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar una venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero por inútil; el segundo por imposibilidad jurídica (p. 114-184). La decisión de la no punibilidad del aborto terapéutico es meramente responsabilidad de un médico, es el quien determina si hay un problema para la vida o la salud.

Añadir exigencias no establecidas en la ley, por parte de la salud pública (Poder Ejecutivo) y la esfera judicial, genera una violación al sistema republicano de división de poderes, ya que los cambios introducidos en la ley corresponden puramente al poder legislativo; y sumar requerimientos que no estén en la ley es modificar su letra y el alcance en la protección de sus derechos.

2.5 Conclusión, capítulo II

El segundo capítulo, categoriza los tipos de aborto según quien los realice y de qué manera, ya sean llevados a cabo por un tercero o por la propia persona gestante.

Por su parte, encontramos enmarcados los derechos con los que se relaciona la figura del aborto, por ejemplo, los derechos de la mujer avalados por la CEDAW y la Convención Americana de Derechos Humanos. Los derechos a la salud, igualdad e información garantizados por la Organización Mundial de la Salud y por nuestra Constitución Nacional en los tratados internacionales. Como así también, la protección a la vida humana, asegurada por nuestro Código Penal de la Nación.

El establecimiento de una línea temporal sobre la procedencia jurídica de los casos en que está despenalizado el aborto en nuestro país, permite ver con más claridad los cambios que la redacción del artículo, ha sufrido con el paso del tiempo y cuan amplia es aún, la interpretación que el mismo admite.

El segundo capítulo concluye introduciendo al artículo 86 del Código Penal de la Nación, el mismo, estipula los casos en los que el aborto no debe ser penalizado.

CAPÍTULO III – ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA – AMBIGÜEDAD

3. Introducción

En el tercer capítulo del trabajo de grado, se realizará un análisis exhaustivo de los incisos uno y dos del artículo 86 del C.P., y se considerarán a su vez, las perspectivas de diferentes juristas.

Por su parte, se establecerán los conflictos y problemas interpretativos, que genera la ambigüedad en la redacción del mencionado artículo. Como así también, la disidencia con los principios reguladores del Derecho.

Se llevará adelante el análisis sobre la innecesaria procedencia de judicializar los casos que encuadren en la figura del artículo 86 y el análisis de diversos fallos y jurisprudencia del país.

3.1 Supuestos de procedencia, doctrina

a- Análisis del artículo 86 inciso 1°

El artículo 86 del Código Penal, en su segunda parte, declara no punibles los abortos practicados por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer, cuando éste se lleve a cabo para evitar un peligro a la vida o a la salud de la madre y si el mismo no puede ser evitado por otros medios, inciso 1°.

La regla que se puede extraer de la ley, es que se exige que exista un conflicto de intereses entre la madre y la vida del feto, que solo puede ser resuelto con el aborto, con lo cual la muerte del feto es la solución menos perjudicial que decide la colisión entre ambos bienes jurídicos, que como ya hemos señalado, en nuestra legislación tienen distinto valor, siendo de mayor valor la vida de la madre (como se cita en Donna, 1999).

A decir de los autores Creus y Boumpadre 2013, el artículo 86 del Código Penal, en su segunda parte, instituye el llamado aborto terapéutico, el mismo exige tres requisitos para su

configuración: una particular calidad de agente, el consentimiento de la mujer embarazada y una especial finalidad.

El agente que lleve a cabo el aborto debe ser un médico diplomado, no quedando comprendidos dentro del mismo otros profesionales de la salud como, por ejemplo, parteras y enfermeros. Solo la mujer embarazada puede prestar el consentimiento para que se realice el aborto. Cuando la misma no lo ha prestado, por haberse negado o por imposibilidad física o mental, no se aplica la disposición (Creus y Buompadre, 2013).

(Donna, 1999), refiere que el aborto debe realizarse con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre. Este elemento subjetivo, es básico, pues de lo contrario faltaría el elemento subjetivo de toda causa de justificación, llevando a que la conducta deje de estar justificada y pase a ser típica, como delito consumado o como tentativa. El otro requisito consiste en que el conflicto no se pueda evitar por otros medios menos dañosos para la vida del feto. En síntesis, es un estado de necesidad que solo puede ser practicado por un médico diplomado.

La finalidad del artículo, según lo analizado por los autores Creus y Buompadre 2013, es la de evitar un peligro para la vida o salud de la madre, la misma solo influirá en la impunidad cuando el peligro no pueda ser evitado por otros medios. En cuanto al peligro, debe ser *grave*, tanto el pronóstico de probabilidad de muerte o menoscabo de la salud como a la entidad de este último daño.

El problema se plantea cuando el médico se niega a realizar el aborto, basado en objeciones de conciencia, amparadas por los artículos 19 de la Constitución Nacional,⁶ artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos humanos⁷ y artículo 18 del Pacto

⁶ Artículo 19 Constitución Nacional: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella prohíbe.

⁷ Artículo 12 Convención Americana de Derechos Humanos: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. (...)

Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, la negativa a realizar el aborto, queda en principio amparada por una causa de justificación en el ejercicio de su legítimo derecho. Sin embargo, en el contexto de un hospital público y sin posibilidad de que el aborto sea realizado por otro médico diplomado, el deber de médico y funcionario público prevalece sobre la objeción de conciencia, ya que el valor de la vida de una persona es mayor al problema de conciencia (como se cita en Donna, 1999).

El otro requisito que exime la punibilidad es que la mujer dé el consentimiento para que el aborto sea llevado a cabo. No se admite, en este caso el consentimiento presunto ni tácito. Si el médico realiza el aborto en contra de la voluntad de la persona gestante, se estará frente al tipo penal de aborto sin consentimiento de la mujer. El consentimiento forma parte de la estructura de la justificación del tipo (Donna, 1999).

En cuanto al peligro, éste debe ser tanto para la vida como para la salud de la madre. Incluyéndose en este punto, no solo el funcionamiento orgánico, propiamente físico sino, además, la posibilidad cierta de un daño psíquico como, por ejemplo, enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas (como se cita en Donna, 1999).

b- Análisis del artículo 86 inciso 2°

El 2° inciso del artículo 86, establece que el aborto no es punible si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, en ese caso debe contar con el consentimiento de su representante legal.

Los términos de idiota o demente no deben ser interpretados en sus términos estrictamente científicos, por lo que se entiende por idiota o demencia todas las afecciones mentales que susceptibles de ocasionar taras hereditarias; tampoco es necesaria la declaración judicial,

⁸ Artículo 18 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. (...)

siendo el médico quien de acuerdo con los criterios de la *lex artis*⁹ determinará si dicha tara hereditaria es posible (Donna, 1999).

El análisis de este inciso tiene dos corrientes doctrinarias de interpretación. Por un lado, una corriente restrictiva, de la mano de Nuñez (1999) que afirma que la idiotez o demencia debe ser un estado de la mujer en el momento de la violación o del atentado al pudor. Por lo tanto, si la mujer es normal y posteriormente se vuelve idiota o demente no es de aplicación este artículo, solo podrá hablarse de aborto terapéutico.

Otros autores como Soler, con una corriente amplia, sostienen que el problema de interpretación del artículo se da por la expresión “atentado al pudor”, preguntándose a qué se refiere el código con ese término y afirmando que el equívoco en el artículo, surge por dos causas: "El hecho de que la palabra violación sea genérica; el hecho de que se haya aceptado en el texto de la ley una traducción que es correcta, pero que al incorporarse a nuestro Código resulta equívoca con respecto a la expresión abuso deshonesto". Con esta interpretación, no cabe duda de que se llega a la conclusión de que la ley ha previsto la posibilidad del aborto en todo caso de violación.

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. (...) Adviértase que quien aborta, en esas condiciones, no tiene una posición contraria al Derecho. Es más, en situaciones normales es seguro que esta mujer no abortaría (Donna, 1999, p. 91).

Así como en el aborto terapéutico suele atenderse sólo al riesgo de muerte, en el embarazo eugenésico suele requerirse que la mujer violada sea además idiota o demente para considerar no punible el aborto, restringiendo el derecho de la mujer a la autonomía sobre el ejercicio de su sexualidad y dejando fuera de protección su integridad (Checa Susana, 2006).

⁹ Lex artis: Conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en la actualidad. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la medicina, así como con las peculiaridades personales de cada paciente.

3.2 Ambigüedad – problemas de interpretación

Como se cita en Juan Pablo Alonso, 2012, se sostiene que una palabra o una oración es ambigua cuando admite más de un significado y no se puede saber en cuál de los dos se la está usando; distinguiéndose entre “ambigüedad extra contextual” y “ambigüedad contextual”.

El problema de si el art. 86 inc. 2º del Código Penal argentino establece dos supuestos o uno único constituye, justamente, un problema de ambigüedad contextual de tipo sintáctico.

Cito a continuación, el mencionado inciso del artículo:

“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.”

En el inciso 2., la utilización de la conectiva disyuntiva “o” luego de la palabra “violación”, genera dudas sobre el alcance sintáctico de la conectiva respecto de las oraciones anteriores y posteriores a ella. En efecto, podría tratarse de un único supuesto, en el cual la conectiva “o” describe un embarazo proveniente de dos formas diferentes de agresión (violación –*stricto sensu*– o atentado al pudor –violación *lato sensu*–) cometidas contra una mujer “idiota o demente”.

En esta interpretación, la primera forma de agresión sería el acceso carnal con violencia física y la segunda el acceso carnal sin violencia, pero abusando de la imposibilidad de la mujer “demente o idiota” de prestar consentimiento con la relación sexual. En ambos supuestos, la víctima sería la mujer “demente o idiota”. Esta posición se conoce como “interpretación estricta”, y propicia, exclusivamente, el denominado “aborto eugenésico”.

También podría tratarse de dos supuestos independientes, el primero de ellos si el embarazo es proveniente de una violación a cualquier mujer, y el segundo si el embarazo proviene de un acceso carnal (atentado al pudor) cometido contra una mujer idiota o demente que debido a tales características personales no puede prestar consentimiento con la relación sexual, configurándose una violación *lato sensu* (sin violencia física). Esta posición se

conoce como “interpretación amplia” y propicia tanto el aborto sentimental como el eugenésico (Juan Pablo Alonso, 2012).

Así como en el aborto terapéutico suele atenderse sólo al riesgo de muerte, en el embarazo eugenésico suele requerirse que la mujer violada sea además idiota o demente para considerar no punible el aborto, restringiendo el derecho de la mujer a la autonomía sobre el ejercicio de su sexualidad y dejando fuera de protección su integridad (Checa Susana, 2006).

A decir de Checa, en este caso se encuentra una lectura tendenciosa de la ley, facilitada por los errores cometidos por los legisladores. Al momento de redactar el código, se copió este artículo de un Código suizo, pero omitieron poner una coma después de la palabra “violación”, que habría separado claramente las dos condiciones de no punibilidad.

Además, se usó una traducción inapropiada “atentado al pudor” para mencionar otra forma de violación, que no procede del forzamiento físico o amenaza de la mujer sino de su incapacidad para consentir una relación sexual.

En efecto, aun cuando no se hubiera forzado en los hechos la relación sexual, si la mujer es idiota o demente no tendría capacidad de consentir y por lo tanto se trataría jurídicamente de una violación. Por esa incapacidad es que quien debe consentir la interrupción del embarazo es el/la representante legal.

Además de estos errores, que puede alegarse que ya forman parte de la letra de la ley, hay por lo menos dos indicios de que se trata de dos casos y no de uno. En primer lugar, el inciso 2º habla de una violación o de un atentado al pudor “cometido” contra una mujer idiota o demente. Si se tratara de dos acciones sobre la misma mujer, diría “cometidos”. El singular del participio señala que se refiere al atentado al pudor y no a la violación.

Por otra parte, la condición de “consentimiento de la mujer encinta” es previa a los dos incisos, lo que implica que es para ambos. Por eso, cuando el inciso 2º señala “en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido”, el caso referido es el “atentado al pudor”. El caso de violación queda bajo la condición general enunciada antes de

distinguir los incisos, lo cual resulta coherente ya que una mujer violada puede consentir sin impedimentos legales (Checa Susana, 2006).

3.3 Conflicto con los Principios de Legalidad y Reserva

A decir de Lascano (2002), el principio de legalidad se vincula a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del Estado. En su aspecto formal, este principio se expresa con el aforismo, *nullum crimen, nulla poena sine lege* consagrando a la ley penal previa, como única fuente del derecho penal. En su aspecto material, significa que el contenido de dicha ley debe sujetarse a los límites constitucionales.

En Argentina, este principio se encuentra regulado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, estableciendo que: “Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso...”

De este principio derivan diferentes garantías, a saber: garantía criminal, garantía penal, garantía judicial y garantía de ejecución.

Así mismo, la norma jurídica (ley), reguladora del hecho delictivo y su sanción, deben cumplir con los requisitos de ser previa, escrita y estricta. La ley previa, consagra el principio de la irretroactividad de la ley penal más severa, ya que es preciso que el sujeto pueda conocer si va a incurrir en un delito y en su caso, cuál será la pena. Con la ley escrita, queda excluida la costumbre como fuente de delitos y penas. La ley estricta, impone cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en perjuicio del imputado, la precisión se exige tanto respecto de la delimitación de la tipicidad como de la determinación de la pena (Lascano 2002).

El principio de reserva deriva del principio de legalidad. Se encuentra consagrado en el artículo 19, segundo párrafo de nuestra Constitución Nacional “... Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Este principio implica la idea de reservarles a los habitantes una zona exenta de castigo sobre los hechos que no estén configurados ni castigados por una ley previa a su acontecer.

Se puede diferenciar así, un sistema penal fundado en el principio de reserva, que se opone al poder punitivo, la valla de un catálogo legal de delitos y penas absolutamente circunscripto haciendo prevalecer la idea de libertad sobre las necesidades de la autoridad, de otro principio basado en la justicia penal sustancial que deriva ese poder punitivo de una legalidad ampliable por analogía o en virtud de fuentes represivas independientes de la ley misma, esforzándose por liberar la represión de todo contralor legal (Lascano, 2002).

Tratándose de una garantía individual, la ley debe estar claramente trazada. Esta garantía muchas veces no se cumple; existen tipos penales en los que la ley no es clara y presenta interpretaciones que ponen en duda los principios rectores del Derecho Penal.

3.4 Improcedencia de la judicialización

Los supuestos que encuadren dentro del artículo 86 incisos 1º y 2º, de ningún modo deberían ser judicializados, puesto que es tarea de los médicos y profesionales de la salud, constatar las situaciones que den lugar o no, a la autorización de un aborto y no del sistema judicial. El arraigado hábito de los médicos de remitir a la Justicia, las solicitudes de aborto o requerir una autorización judicial para realizarlos, se convierte no solo en una falta grave por delegación de la responsabilidad médica, sino un debilitamiento y obstaculización del ejercicio de derechos de las mujeres que debe ser condenado como un caso de “mala praxis” profesional e incluso de abandono de persona en el caso de que, de la denegación de la solicitud, deriven daños para la paciente.

El fallo R. M. L., demuestra como los tribunales argentinos han fallado a favor de este lineamiento: “Finalmente, 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. En ese sentido, dice Marín que en 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 tergiversando el espíritu de la ley" (Marín, Jorge L., Derecho penal. Parte especial, T. 1, p. 77) (...) Reitero, no debería peticionarse ninguna autorización para realizar la práctica médica tendiente a interrumpir la gestación. Ha habido un exceso de intervención judicial. No hay en la norma ningún vacío que permita inferir que un juez pueda ni autorizar ni prohibir la conducta descripta. Resulta contradictorio razonar que si el aborto se hubiera concretado no sería punible, pero que debido a una intervención innecesaria de la justicia se le impide a la incapaz acceder a esta posibilidad.

Con el mismo lineamiento, transcribo parte del fallo del expediente N.º 87.985 Gazzoli Ana Rosa, de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, que resolvió: "II. Declarar que la aplicación del artículo 86 incisos 1 y 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos facticos descriptos por la norma, a criterio de los médicos, que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar."

3.5 Jurisprudencia – Análisis de fallos *F.A.L.* – *A.K.* – *R.M.L.*

Fallo de aborto terapéutico, *A. K.*

El máximo intérprete del Derecho en la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia Provincial, autorizó la realización de un aborto terapéutico a una mujer, "*A.K.*" de 35 años que padecía una enfermedad cardiovascular severa, hipertensión y obesidad, resultando la sentencia con seis votos a favor y tres en contra, dando lugar a la primera resolución de los jueces inferiores del juzgado de familia.

El mencionado tribunal provincial rechazó una apelación planteada por la Defensoría de Menores de Lomas de Zamora, quienes sostuvieron en su postura en la protección de la vida del bebé en gestación.

El hecho tiene inicio cuando los médicos del hospital Evita de Lanús, que atendieron a esta mujer le recomendaron un aborto terapéutico, al considerar que existía un compromiso con su vida por distintas afecciones que ella padecía.

La mujer vive en Lanús tiene dos hijos, su marido es desocupado y ambos perciben el plan Jefas y Jefes de Hogar. Los profesionales le pidieron una orden judicial que, si bien fue concedida por el Tribunal de Familia número dos de Lomas de Zamora cuando transitaba por la novena semana de embarazo, el defensor, Dr. Ángel Villadeamigo apeló a la Suprema Corte bonaerense la decisión judicial; entre la primera presentación y la resolución de la Corte Suprema provincial pasaron ocho semanas.

Uno de los jueces de la Corte bonaerense que se pronunció en favor del aborto terapéutico, en defensa de la vida de la madre "por su instalación en el mundo y porque de ella dependen otros hijos menores y también inocentes". En tanto, el magistrado que rechazó el pedido dijo que "ninguna vida es superior a otra".

El juez Eduardo de Lázzari, quien se pronunció en favor del pedido de la mujer, expresó que "de existir una aberrante balanza en donde sopesar la vida, esta podría tal vez inclinarse en favor de la madre por su instalación en el mundo y porque de ella dependen otros hijos menores y también inocentes".

A su vez, el Dr. Eduardo Pettigiani se pronunció en contra del aborto terapéutico al expresar que "esta cuestión debe ser decidida exclusivamente en base al criterio médico. Ninguna vida es superior a otra" y agregó que "el respeto de la madre a la vida del nasciturus debe ser tan absoluto como el que tienen por su propia vida y sólo debe acceder al sacrificio de aquella ante la extinción inminente de la suya".

Por su parte, el juez Francisco Roncoroni se mostró en favor del aborto terapéutico al señalar que "lo que estamos tratando aquí es de la necesidad de una persona de recurrir a médicos diplomados para que eviten un peligro para su vida o su salud. Esto no niega el valor de la vida, ni siquiera ingresa en el debate sobre el momento en el que ella comienza".

En tanto, el presidente de dicha Corte, Héctor Negri, se manifestó en contra del reclamo de la mujer, al considerar en el fallo que "el padre y la madre me piden el aborto y la vida latiendo dentro suyo me pide, como toda vida, vivir". "No hay norma en el derecho argentino que me autorice como juez a disponer de la muerte de una persona, ni aún para salvar a otra".

La Dra. Nelly Minyerky, directora del Instituto de Derecho de Familia del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, dijo que el fallo "dio la debida interpretación al artículo 86 del Código Penal".

La misma, se mostró enormemente sorprendida de que la Corte bonaerense haya tenido que tomar intervención cuando en realidad existía un dictamen favorable de los médicos y del comité de bioética. "Estaban dados todos los requisitos y las circunstancias. Es una pena que haya tenido que intervenir la Justicia". Siguiendo con su relato, comentó que los médicos tienen miedo en la aplicación de la ley. "Hay un temor generalizado y en realidad tenían todo el apoyo".

Asimismo, la psicoanalista Marta Rosemberg, presidenta del Foro por los Derechos Reproductivos, opinó que no debería haberse llegado a esta instancia. "Era suficiente con el diagnóstico médico, había siete profesionales que habían dictaminado que esa era una medida terapéutica y la Comisión de Bioética del Hospital también. Eso era suficiente para que el aborto sea practicado, con la autorización de la mujer".

Consideró que este es un caso más de judicialización de algo que está dentro de los márgenes de la actual legislación sobre el aborto. "Es importante que los médicos sepan que puedan proceder a hacer la práctica sin que se los pueda penar". Sin embargo, juzgó justo al fallo porque contempla el derecho a la salud y a la vida de la mujer, su bienestar, su dignidad personal y el bienestar de sus dos hijos, cuya calidad de vida también está en riesgo al correr peligro la vida de su madre.

Fallo R.M.L.

La actora, de ahora en más denominada V.D.A., en representación de su hija R.M.L. (víctima), promovió una acción legal alegando violación de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Motivó su acción en la violación de los derechos a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y a la privacidad, derecho a no ser discriminada en el acceso a la atención médica; derecho a la privacidad con respecto a las decisiones de tratamiento médico; derecho al acceso a atención médica; derecho a un aborto legal.

L.M.R. es una joven que nació 4 de mayo de 1987, vive con su madre, V.D.A. y tiene una edad mental de una persona entre 8 y 10 años. Haciéndose un control en el hospital se diagnosticó que estaba embarazada.

El artículo 86 inc. 2 del Código Penal Argentino establece que el aborto es no punible cuando el embarazo es resultado de una violación a una mujer con discapacidad mental.

Los representantes de R.M.L. presentaron una denuncia policial y programaron un aborto. El mismo fue impedido por una orden judicial contra el hospital. Los actores apelaron infructuosamente a la Cámara Civil. Llegando el proceso a La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que resolvió que el aborto podría llevarse a cabo. Sin embargo, bajo la presión de grupos antiabortistas, el hospital se negó a realizar el aborto, argumentando que su embarazo estaba demasiado avanzado. Final y lamentablemente, la víctima se realizó un aborto clandestino de manera ilegal.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas manifestó que el proceso judicial provocó que el aborto de R.M.L. se retrasara hasta el punto de que ella recurriera a la riesgosa elección de practicarse un aborto ilegal. Esto viola el artículo 2 del Derecho a la Igualdad y a no Discriminación, en relación también, con los artículos 3 de la Igualdad en el goce de todos los derechos entre hombres y mujeres; artículo 7 del Derecho a no ser sujeto a torturas o tratos crueles inhumanos o degradantes y artículo 17 del Derecho a la privacidad. Así también el derecho a la privacidad de R.M.L. fue violado por interferencia ilícita de los tribunales en una decisión que debería haber incluido sólo a R.M.L., su representante legal, V.D.A., y un médico.

Dicho comité no puede imponer sentencias por daños, aunque señaló que el artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos crea una obligación para Argentina de indemnizar como remedio y a tomar medidas para que no ocurran violaciones similares al Pacto.

El caso provocó un consenso creciente en el Derecho Internacional sobre que la restricción al acceso de las mujeres a un aborto puede considerarse tortura o trato cruel, inhumano o degradante en virtud del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como así también quedó manifiesto que la obstrucción al acceso a procedimientos médicos legales y electivos puede violar el Pacto.

HISTORICO FALLO “*F. A.L. s/medida autosatisfactiva*”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación falló por unanimidad que las mujeres violadas, sean normales o insanas, podrán practicarse un aborto sin necesidad de autorización judicial previa, ni de sufrir una sanción penal posterior, quedando exento de cualquier castigo el médico que practique la intervención.

Sentando una importante jurisprudencia en el tema, la sentencia se dictó en el caso de una adolescente de 15 años, denominada de ahora en más A.G. que había sido abusada por su padrastro, un oficial de la Policía de Chubut, requiriendo una intervención médica para practicarse un aborto. En el año 2010 fue eximida de pena por el Superior Tribunal de esa provincia y luego la Corte Suprema, presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, confirmó la decisión, generando grandes críticas por partes de algunos sectores sociales, como por ejemplo el Presidente de la Conferencia Episcopal Argentina, José María Arancedo, quien manifestó que "el aborto es la supresión de una vida inocente y no existe ningún motivo ni razón que justifique la eliminación de una vida inocente, ni siquiera en el caso lamentable y triste de una violación".

El presente caso tuvo inicio con la interposición de una solicitud de la madre de A.G., invocando el art. 86 del C.P., para que dispusieran la interrupción del embarazo que llevaba su hija producto de una violación. Aunque el articulado del código hace mención de la situación cuando la “víctima padecía una discapacidad intelectual/psico-social

(interpretación restrictiva) o si también era posible que cualquier mujer víctima de abuso pudiera acceder al mismo, (interpretación amplia).

A pesar que el aborto ya había sido practicado, este caso llegó a la Corte Suprema el 30 de Junio de 2010, pronunciándose el 13 de Marzo de 2012, dejando en claro que la Constitución y los Tratados de los Derechos Humanos, no sólo impiden interpretar el supuesto legal en sentido restrictivo, sino que obligan a una interpretación amplia de acuerdo a la cual no es punible el aborto practicado sobre cualquier embarazo que sea consecuencia de una violación, sin tener con independencia de la capacidad mental de la víctima. También fijó distintas pautas para la implementación, asegurando el acceso efectivo a los abortos legales y la vigencia de los derechos humanos de las mujeres.

Asimismo, hizo mención de la ilegalidad de ciertas prácticas extendidas que demoran o impiden el acceso a los abortos permitidos, contrariando los estándares constitucionales e internacionales, como por ejemplo a la solicitud de una autorización judicial previa, la exigencia de denuncia o elementos probatorios en casos de violación, o la intervención de profesionales de la salud, con la respectiva solicitud de consultas o dictámenes interdisciplinarios. También, manifiesta que el Estado, como garante del sistema de salud pública, debe asegurar las condiciones necesarias para que los abortos no punibles se lleven a cabo de manera rápida, segura y accesible exigiendo a las autoridades nacionales y locales a implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios de atención de los abortos no punibles. Extendió su preocupación en cuanto a la inaccesibilidad a todos los supuestos de aborto legal contemplados y no únicamente al referido a la situación particular de la demandante.

Contrario al dictamen de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la provincia de Salta, el Gobernador Juan Manuel Urtubey, se manifestó en una postura restrictiva, exigiendo una denuncia en casos de violación, previa declaración jurada y asistencia del Defensor en

caso de mayores de edad y asistencia de Asesores cuando se trata de menores de edad¹⁰. Estableciendo así exigencias no prescriptas en la ley, violando uno de los principios rectores de la Interrupción Legal del Embarazo, de la confidencialidad, siendo este un 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)¹¹ y demorando todos los procesos ya establecidos tanto por el Código en el artículo 86 inc. 2 como en el camino que marcó el fallo F.A.L.

Caso ocurrido en Jujuy, enero de 2019

En la localidad de San Pedro, provincia de Jujuy, una niña de 12 años denunció que fue abusada sexualmente por un vecino de 60 años y que está embarazada producto de esa violación.

La niña y su representante legal solicitaron por escrito la interrupción del embarazo, contemplada en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal, debido a que, su embarazo fue producto de una violación y de continuar con la gestación corría riesgo su vida y su salud.

“El gobierno de la provincia de Jujuy, garantizando la vigencia de los derechos que asisten a la niña, quien solicitó junto a su madre la práctica de la ILE, informó que va a dar cumplimiento inmediato con la legislación vigente”, indicó un comunicado de prensa emitido por el Ejecutivo.

“Conforme al artículo 21 de la Constitución Provincial incumbe al Estado asegurar el acceso de la niña a los servicios de salud”. Razón por la cual el equipo médico interviniente ha concluido que "la continuidad del embarazo constituye un riesgo para la salud de la misma, configurándose así la causal prevista en el artículo 86 citado".

¹⁰ Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=EZKQW5q3opo>

¹¹ Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo. Ministerio de Salud de la Nación Argentina.

Cabe recordar que la Red de Profesionales de la Salud por el Derecho a Decidir denunció "maniobras dilatorias" para no aplicar el protocolo de interrupción legal de embarazo (ILE) a la niña que se encontraba internada en el hospital de niños Héctor Quintana de la capital provincial.

En ese marco los médicos intervinientes definieron que la práctica más adecuada para realizar la interrupción del embarazo era a través de una cesárea, "por resultar el procedimiento que mejor resguarda la salud integral de la niña", indicaron.

La niña fue sometida a una cesárea, negándole el acceso al artículo 86 del código penal y obligándola a parir. También pasando por alto el artículo 12 inciso 1 y 2¹² de la CEDAW (Convención contra la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer) y siendo nuestro Estado, partícipe de la falta de acceso a la educación sexual, como forma de detectar de manera temprana un abuso y prevenir una situación de denuncia a las 23 semanas de embarazo.

Al pasar menos de una semana del nacimiento, la bebé, nacida con 6 meses de gestación y 700 gramos de peso, falleció. Lo que indica que también fue vulnerado el derecho a la niña a no ser sometida a un trato cruel inhumano y degradante, puesto que este derecho puede quebrantarse cuando las mujeres son sometidas contra su voluntad a continuar un embarazo que seguramente morirá en el útero o inmediatamente después de su nacimiento.

3.6 Conclusión, capítulo III

El tercer capítulo comienza con el análisis por parte de los doctores y juristas Donna, Creus y Buompadre del artículo 86 del Código Penal. Quienes establecen límites y finalidades del mismo.

¹² Artículo 12: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Posteriormente se define el termino ambigüedad para introducir al siguiente postulado que dirime acerca de la redacción del artículo 86 del Código Penal. A raíz de haber sido copiado de un Código suizo, se omitieron reglas gramaticales y la traducción no fue exacta, generando diversos problemas interpretativos.

Por su parte se realiza la introducción a los principios reguladores del Derecho Penal y se concluye que existen tipos penales donde la ley no es clara y presenta interpretaciones que ponen en duda sus principios rectores.

Se menciona la improcedencia de la judicialización, que establece que los casos que puedan enmarcarse dentro de lo establecido por el código, no deben ser innecesariamente judicializados, dictamen proveniente del fallo F.A.L. s/ medida autosatisfactiva.

Mediante el análisis de los fallos y la jurisprudencia Nacional, se puede distinguir que la falta de taxatividad de un artículo genera no solo diversas interpretaciones, si no la falta del otorgamiento de derechos, bienes y principios jurídicos consagrados a las personas por igual.

CAPÍTULO IV – DERECHO COMPARADO

4. Introducción

El cuarto capítulo del trabajo, llevará a cabo el análisis de lo legislado en cuanto a la figura del aborto, en países de América del Sur, América del Norte y Europa.

Se establecerá el estudio del Derecho comparado con diversos países y el examen de semejanzas y diferencias con lo instituido en nuestro país en materia de aborto.

4.1 Aborto y causales en América del Sur

a- Chile

En Chile, el 14 de septiembre del año 2017, fue promulgada la ley 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de ley: "Artículo 1.- Incorpóranse las siguientes modificaciones en el Código Sanitario: 1. Sustitúyese el artículo 119 por el siguiente: "Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando: 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal. 3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación ¹³.

La crítica realizada a la nueva ley, es que permite ampliamente la objeción de conciencia dejando que médicos e instituciones sanitarias puedan acogerse a ella y negarse a la práctica de los procedimientos que las mujeres soliciten.

¹³ Artículo extraído de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108237&idVersion=2017-09-23>

Así mismo se ha iniciado una movilización social y política para aprobar un proyecto que legalice el aborto mediante el sistema de plazos, hasta las 14 semanas de gestación.

b- Uruguay

La República Oriental del Uruguay, mediante la ley 18.987¹⁴ decretó la interrupción voluntaria del embarazo, estableciendo las circunstancias, plazos y requisitos en los que se puede llevar a cabo este derecho.

En Uruguay, el aborto no era punible cuando hubiere casos de violación o cuando la vida de la mujer corriera peligro. Hacia el año 1985, con la apertura democrática, hubo proyectos para legalizarlo que no prosperaron. En el año 2013, el presidente electo, Pepe Mujica habilitó el debate parlamentario y la ley salió.

La ley prevé cuatro instancias llamadas “la ruta del IVE” (Interrupción voluntaria del embarazo), la primera es recibir a la mujer que quiere abortar y ordenarle una ecografía que determine la edad gestacional.

Como segundo paso se realiza una entrevista con un equipo formado por un especialista en salud mental, un ginecólogo y un asistente social e indican cinco días de reflexión para que la mujer analice que decisión quiere tomar dentro de las doce semanas de gestación.

Si la mujer desea abortar, debe presentarse dentro del sexto día, luego de firmar un consentimiento un médico le receta la medicación, que se entrega de forma gratuita en el sistema de salud público.

En el año 2015, la justicia fallo a favor de un grupo de ginecólogos que pedía plantear la objeción de conciencia. Logrando así, que en algunas localidades no pueda formarse el equipo multidisciplinario que obliga la ley y permitiendo que muchas mujeres no puedan realizarse abortos legales en la ciudad en donde viven. De acuerdo con los datos del

¹⁴ Sitio web del Poder Legislativo Uruguayo
<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9193316.htm>

Ministerio de Salud, 40% de los profesionales uruguayos que intervienen en el servicio de salud, son objetores de conciencia¹⁵.

c- Brasil

El Código Penal de Brasil, desde el año 1984, contiene la figura del aborto como un delito en los artículos 124 a 127¹⁶ estableciendo:

Aborto provocado por la gestante o con su consentimiento: Art. 124 - Provocar aborto en sí misma o consentir que otro provoque: Pena - detención, de uno a tres años.

Aborto provocado por un tercero: Art. 125 - Provocar aborto, sin el consentimiento de la gestante: Pena - reclusión, de tres a diez años.

Art. 126 - Provocar aborto con el consentimiento de la gestante: Pena - reclusión, de uno a cuatro años.

Párrafo único. Se aplica la pena del artículo anterior, si la gestante no es mayor de catorce años, o es enajenación o debilidad mental, o si el consentimiento se obtiene mediante fraude, grave amenaza o violencia. Forma calificada

Art. 127 - Las penas combinadas en los dos artículos anteriores se incrementan de un tercio, si, como consecuencia del aborto o de los medios empleados para provocarlo, la gestante sufre lesión corporal de naturaleza grave; y se duplican si, por cualquiera de estas causas, muerte.

Mientras que el artículo 128 establece las causales dentro de las que el aborto no es punible, a saber:

Art. 128 - No se castiga el aborto practicado por médico:

Aborto necesario 1) si no hay otro medio de salvar la vida de la gestante;

¹⁵ De Masi, V (02/08/2018) Como funciona el aborto legal en Uruguay. Clarín. Recuperado de https://www.clarin.com/viva/funciona-aborto-legal-uruguay_0_Hkb9kjX47.html

¹⁶ Código Penal de Brasil: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf>

Aborto en caso de embarazo resultante de violación 2) si el embarazo resulta de violación y el aborto es precedido de consentimiento de la gestante o, cuando es incapaz, de su representante legal.

Aunque en materia de derechos Brasil este más avanzado que otros países de latino américa, el número de procedimientos ilegales e inseguros sigue a niveles alarmantes. “La criminalización no impide que las mujeres aborten y, desde un punto de vista jurídico-constitucional, viola el derecho a la autonomía, la libertad, la ciudadanía y la vida de las mujeres”, explicó Luciana Boiteux, abogada del PSOL responsable del caso.

El Ministerio de Sanidad calcula que de 2008 a 2017 se realizaron entre 9,5 y 12 millones de abortos en Brasil. Al menos cuatro mujeres mueren todos los días en hospitales públicos debido a procedimientos peligrosos en hospitales clandestinos o medicaciones abortivas, según el organismo. La mayoría son pobres, negras y poco escolarizadas, ya que no pueden hacer frente a los altos costes de una clínica abortiva en buenas condiciones. Las más pobres son también las que más comparecen ante la Justicia, según un estudio del Defensor del Pueblo de Río de Janeiro¹⁷.

d- Paraguay

El Código Penal paraguayo, vigente desde 1914 hasta 1998, modificado en noviembre de 1997 por un nuevo Código, penaliza el aborto en general, incluyendo a la mujer, a quienes hayan instigado el hecho y a quienes lo hayan realizado (médicos o parteras). Exime de culpa a quien haya obrado para salvar la vida de la mujer puesta en peligro por el embarazo o el parto. La penalización alcanza al hombre responsable de la concepción sólo como cómplice, y existe un atenuante para quien haya pretendido salvar la "honra" de la esposa, madre, hija o hermana. Los artículos referentes al aborto provocado son los únicos que seguirán vigentes a pesar de la modificación del Código Penal, pues el Parlamento decidió no incluir cambios

¹⁷ Betim, F (09/08/2018), El Supremo de Brasil impone el debate sobre la despenalización del aborto en pleno año electoral. El País. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2018/08/03/actualidad/1533291491_643952.html

en relación al tema. Con ello, se mantiene además la idea de que el embarazo de una mujer puede, en determinadas condiciones, significar una "deshonra".¹⁸

El artículo 349 del Código Penal de Paraguay, establece la pena de quince a treinta meses para la mujer que causare su aborto por cualquier medio empleado por ella misma o por un tercero con su consentimiento. Y agrega que, si hubiere obrado en el interés de salvar su honor, será castigada con prisión de seis a doce meses.

Mientras que el artículo 350, fija la pena de cuatro a seis años por razón de los medios que se empleen para causar el aborto, o por el hecho que del mismo resulte la muerte de la mujer. La pena se agrava, de seis a ocho años de cárcel, si la muerte resultare de haber empleado medios más peligrosos que los consentidos por ella para la realización del aborto.

El artículo 351, estipula que la persona que, sin el consentimiento de la mujer, causare el aborto empleando violencia o medios directos, será castigado de tres a cinco años. Si resulta la muerte de la mujer, la pena se agrava de cinco a diez años de penitenciaría. Los casos de aborto no consentidos por la mujer serán castigados con dos a cinco años de cárcel.

El artículo 352 establece que las penas de los artículos precedentes serán aumentadas en un cincuenta por ciento cuando el culpable fuera el marido de la paciente. Aplicándosele ese mismo aumento a los médicos, curanderos farmacéuticos y estudiantes de medicina, entre otros, que hubieren suministrado o empleado los medios para que el aborto se realice.

Sin embargo, establece también, que estará exento de responsabilidad cualquiera que justificare haber causado el aborto para salvar la vida de la mujer, puesta en peligro por el embarazo o parto, como única excepción de no punibilidad en el caso de abortar.

Por último, el artículo 353, establece que en caso de que el aborto sea causado para salvar el honor de la esposa, madre, hija o hermana, las penas serán disminuidas a la mitad de lo correspondiente.

¹⁸ Pompa María del Carmen, (s.f.) Informe DDHH en Paraguay 1997 ABORTO Y SALUD PÚBLICA. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/paraguay/1997/27.html>

e- Colombia

En Colombia, el artículo 122 del Código Penal, establece que aquella mujer que cause su aborto o permita que otra persona se lo realice, tendrá una pena privativa de la libertad de uno a tres años.

Pero, la Corte Constitucional Colombiana, mediante la sentencia C-355¹⁹ del año 2006, reconoció el derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente el embarazo en tres casos:

- 1) Cuando el embarazo es producto de violación, incesto o inseminación artificial forzada.
- 2) Cuando el feto tiene una malformación incompatible con la vida fuera del útero.
- 3) Cuando el embarazo constituye un riesgo para la vida o la salud de la mujer.

A su vez, la Sentencia T-301 de 2016²⁰, estableció que la interrupción voluntaria del embarazo no está limitada únicamente a la realización del procedimiento médico, sino que conlleva componentes como información, accesibilidad y disponibilidad por parte del equipo médico.

En el sitio web del Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia se ve reflejado el siguiente texto: “La interrupción voluntaria del embarazo por las tres causales descritas en la sentencia C-355 de 2006, es un derecho fundamental de las mujeres que debe ser garantizado por el Sistema de Seguridad Social en Salud. Ésta, además, pertenece a la esfera íntima o privada lo cual obliga a proteger la confidencialidad de las mujeres que la soliciten y a no ser sometida a una revictimización, discriminación, culpa o estigma.”

A su vez, en octubre del año 2017, la Corte nuevamente volvió a fallar sobre este tema. Puesto que la magistrada Cristina Pardo expuso una ponencia en la que solicitaba, se pudiera realizar la interrupción voluntaria del embarazo solo hasta la semana 24 de gestación. La

¹⁹ Sentencia C-355/06 (2006), Sitio web de la Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

²⁰ Sentencia T-301/16 (2016). Sitio web de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-301-16.htm>

Corte se expidió con una votación de seis votos en contra y tres a favor, con lo cual la petición quedó sin efecto.

Aun así, miles de mujeres expresaron su preocupación, advirtiendo que, si bien existen las causales para realizar un aborto legal, muchas veces este proceso es vulnerado dilatándose los tiempos preestablecidos y negándoles el acceso a su derecho, por lo que muchas mujeres terminan realizando el aborto de manera clandestina e insegura.

f- Venezuela

En Venezuela, el Código Penal, en sus artículos 432 a 436²¹, estipula como delito y establece las penas correspondientes al aborto. Que varían entre los seis meses hasta los doce años, dependiendo en qué condiciones y quien lo realiza.

El país venezolano, es uno de los más restrictivos en cuanto a legislación sobre aborto, puesto que no está despenalizado ni legalizado en casos de embarazo por violación, incesto o malformaciones congénitas.

La única causal es la estipulada se encuentra en el artículo 435, que establece que no será penado el que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta.

g- Ecuador

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador establece en su artículo 150:

Aborto no punible: El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares

²¹ Código Penal de Venezuela: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-text-cp.html

íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

Estableciendo en los artículos precedentes, (147 a 149)²², la escala penal para los abortos cometidos fuera de estas causales, que van desde uno a trece años de cárcel.

h- Perú

El Código Penal Peruano de 1991²³, actualmente vigente, penaliza todas las formas de aborto excepto el terapéutico, e incluye como figuras atenuantes el aborto ético o sentimental y el aborto eugenésico.

Artículo 114.- Auto aborto La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

Artículo 115.- Aborto consentido El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

²² Código Orgánico Integral Penal de Ecuador:
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

²³ Código Penal de Perú
https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatividad_nacional_general/3_Codigo_Penal.pdf

Artículo 116.- Aborto sin consentimiento El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Artículo 117.- Agravación de la pena por la calidad del sujeto El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8.

Artículo 118.- Aborto preterintencional El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

Artículo 119.- Aborto terapéutico No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

Artículo 120.- Aborto sentimental y eugenésico El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente;

2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

4.2 Aborto y causales en América del Norte

a- México

En México la legislación difiere si se trata del Distrito Federal o del interior de la República.

En el mes de abril de 2007, en la ciudad de México se aprobó la despenalización del aborto a pedido de la mujer hasta las doce semanas de embarazo. Esto significa, que, en la ciudad de México, la interrupción voluntaria del embarazo, se practica de forma legal hasta las 12 semanas de gestación.

La decisión de la Asamblea Mexicana de 2007 fue recurrida, finalmente el 29 de agosto de 2008 la Corte Suprema de Justicia de México dictaminó, por ocho votos contra tres, que es constitucional la ley de la Ciudad de México que despenaliza el aborto realizado durante las primeras 12 semanas de gestación.

En la Ciudad de México, el aborto es definido en el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, como la interrupción de embarazo luego de la décimo segunda semana de gestación. Estableciendo en los siguientes artículos, 145 a 148²⁴, las condenas respectivas dependiendo de la circunstancia en que es realizado fuera del plazo legal establecido.

En cambio, el Código Penal Federal de México²⁵, define en su artículo 329 al aborto, como la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. Y la única causal de no punibilidad se encuentra establecida en el artículo 333, que reza: No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

²⁴ Código Penal para el Distrito Federal de México. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-d261f65641c3fc71b354aaf862b9953a.pdf>

²⁵ Código Penal Federal de México: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-segundo/titulo-decimonoveno/capitulo-vi/>

4.3 Aborto y causales en Europa

a- Holanda

En el año 1984, los Países Bajos comenzaron a aplicar el reglamento de la interrupción voluntaria del embarazo. Tratándose de una ley de plazos que permite el aborto dentro de las primeras 24 semanas de gestación. Llevando adelante las interrupciones de forma regular hasta la semana 22 y por razones médicas justificadas, extendiendo el plazo hasta la semana 24.

Holanda se encuentra dentro de los países europeos con la ley más amplia de plazos establecidos para la interrupción del embarazo, aun así, transcurridas las 24 semanas, el aborto se encuentra tipificado como un delito en el Código Penal.

La interrupción, es llevada a cabo en hospitales y clínicas autorizadas a tal fin. Las menores de 15 años deben contar con autorización de sus padres para la realización del procedimiento. El coste de la prestación para las mujeres residentes en Países Bajos se incluye dentro del Sistema de Seguridad Social y también es cubierto por los seguros privados de salud. Esto no se aplica para las no residentes que deben pagar por la intervención.²⁶ La ley holandesa estipula un período de reflexión de cinco días. Esto significa que debe pensar durante al menos cinco días su decisión de interrumpir el embarazo después de haber hablado con un médico al respecto. El tratamiento puede tener lugar a partir del sexto día²⁷.

b- Austria

Junto a Holanda, Austria se encuentra dentro de los países europeos más flexibles en cuanto a la ley de plazos para interrumpir el embarazo.

²⁶ Información proporcionada por el sitio web: <https://web.archive.org/web/20130323030141/http://nosotrasdecidimos.org/legislacion/holanda/>

²⁷ Información proporcionada por el sitio web de la Clínica Holandesa Beahuis & Bloemenhovekliniek: https://www.bloemenhove.nl/nl/veelgestelde_vragen_faq

Las bases legales respecto a la interrupción del embarazo en Austria son claras y simples, formuladas en forma de la llamada ley de plazos. Desde el 1/01/1975 la interrupción del embarazo no se penará según § 97 StGB²⁸ cuando sea llevada a cabo bajo los siguientes supuestos:

- 1) si el aborto se lleva a cabo dentro de los tres primeros meses después del inicio de la gestación previa consulta médica previa de un médico; o
- 2) si el aborto para evitar el peligro grave de lo contrario prevenible para la vida o de daños graves para la salud física o mental de la mujer embarazada se requiere o un grave riesgo de que el niño se vería seriamente dañada mental o físicamente, o embarazada en el momento el embarazo ha sido menor y en todos estos casos la demolición la realiza un médico; o
- 3) Si la interrupción del embarazo para rescatar a las mujeres embarazadas se lleva a cabo bajo un peligro inmediato, no evitado, en circunstancias bajo las cuales la asistencia médica no se puede obtener a tiempo.

(a) Ningún médico está obligado a llevar a cabo un aborto o para participar en ella, a menos que la demolición sin demora es necesaria para salvar a la mujer embarazada de una muerte inminente, de lo contrario puede prevenir. Esto también es cierto para los que trabajan en profesiones de salud reguladas personas.

(b) Ninguna persona para la realización de un aborto o la participación en él no punitivo o por negarse a realizar este tipo de abortos o ser parte de ella, estar en cualquier tipo de desventaja.

En Austria no hay tiempo de espera requerido, tampoco asesoramiento obligatorio en un centro especializado, no hay demandas para el consejo médico y la mujer no tiene que dar sus razones para el aborto. Los datos personales no serán transmitidos, ya que no hay notificación al seguro o cualquier otra institución. Además, el domicilio carece de

²⁸ Código Penal de Austria: <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/97>

importancia. Es decir, las mujeres de otros países tienen el mismo acceso sin restricciones a un aborto²⁹.

c- Polonia

Polonia es uno de los países más restrictivos de la Unión Europea, en materia de interrupción legal del embarazo. De hecho, el aborto es un delito, castigado por el Código Penal, estipulado en los artículos 152 a 154.³⁰

El 7 de enero de 1993, se elabora un acta sobre “la planificación familiar, protección de embriones humanos y las condiciones de permisibilidad del aborto” que reconoce a la vida como un derecho fundamental del ser humano, la misma y el cuidado de la salud estarán sujetos a protección especial por parte del Estado, la sociedad y el ciudadano.

El artículo 4 a, establece las únicas causales en Polonia, dentro de las cuales no será punible el aborto, a saber: La interrupción del embarazo solo puede ser realizada por un médico, cuando:

- 1) El embarazo representa una amenaza para la vida o la salud de la mujer embarazada.
- 2) Los exámenes prenatales u otras afecciones médicas indican que existe una alta probabilidad de un defecto fetal grave e irreversible o una enfermedad incurable que amenaza la vida del feto.
- 3) Hay razones para sospechar que el embarazo es el resultado de un acto ilegal.

En todos los casos, además, la interrupción del embarazo es permisible si no han transcurrido las 12 semanas. La misma, debe ser realizada por un médico en un hospital y se debe contar con el consentimiento por escrito de la mujer. En el caso de que la mujer sea

²⁹ Información proporcionada por el sitio web de la Clínica Austríaca Gynmed: <https://www.gynmed.at/es/aborto/la-regulacion-juridica-del-aborto-en>

³⁰ Versión en inglés del Código Penal de Polonia: file:///D:/Users/CompuSoft/Downloads/Poland_CC_1997_en.pdf

menor o totalmente incapacitada, se requiere el consentimiento por escrito, de su representante legal³¹.

4.4 Conclusión, capítulo IV

Del análisis del Derecho comparado con los países de América del Sur, surge la conclusión de que, en la mayoría de los países cotejados, las normativas presuponen la despenalización del aborto según causales. Siendo solo la República Oriental del Uruguay, la que prevé un sistema de Interrupción Voluntaria del Embarazo por plazos.

En cuanto a México, el aborto varía según la legislación de la Ciudad de México, que adopta la despenalización total hasta la semana doce o del Distrito Federal en la que el aborto es considerado un delito.

El análisis de la normativa europea nos demuestra que, tanto en Holanda como en Austria, existe la Interrupción Voluntaria del Embarazo, por un sistema de plazos considerado amplio; mientras que la legislación de Polonia es una de las más restrictivas de Europa y el aborto es considerado un delito con causales de no punibilidad muy limitadas.

Si bien cada país tiene sus normativas y restricciones, las mismas están expuestas de una manera clara y precisa, en la que no se admite más de una interpretación o criterio. De esta forma, se garantizan los derechos de las personas gestantes que puedan o no, realizar la interrupción de su embarazo y no se ven afectados los principios que regulan al Derecho.

³¹ Versión en inglés del acta sobre la planificación familiar, protección de embriones humanos y las condiciones de permisibilidad del aborto en Polonia <https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Polish%20abortion%20act--English%20translation.pdf>

CONCLUSIÓN

El marco del trabajo se desarrolla en torno a presentar la figura del aborto no punible en Argentina, su incorporación al Código Penal en el artículo 86, las reformas que sufrió a lo largo del tiempo y las diferentes interpretaciones del mismo. A su vez, otorga el concepto de aborto y los supuestos para que éste pueda ser llevado a cabo, delimitando qué tipos de aborto encuentran estipulados.

El problema de investigación planteado en el trabajo intenta establecer, si el artículo 86 es taxativo, en cuanto a su alcance e interpretación.

La RAE (Real Academia Española), define la palabra “taxativo” como un adjetivo que no admite discusión.

El desarrollo del trabajo demuestra mediante posturas doctrinarias, jurisprudenciales y fallos que la redacción del mencionado artículo admite diversas interpretaciones que llevan en diferentes casos a vulnerar derechos y garantías.

La descripción del artículo 86 del Código Penal, presenta problemas de interpretación en cuanto a su alcance y delimitación. Generando dos corrientes interpretativas del mismo, por un lado, la que sostiene que la mujer al momento de producirse la violación debe ser idiota o demente para poder tener acceso al aborto no punible. Mientras que la otra doctrina, deduce que toda mujer víctima de una violación, debiera tener acceso a un aborto no punible, dejando de lado su capacidad mental.

A través del fallo F.A.L. s/ medida autosatisfactiva – 2012 – se sentó una línea interpretativa del artículo, pero no fue suficiente para que el mismo deje de prestarse a diversos análisis.

Luego del estudio del tema resulta necesario identificar cuáles son las fallas e intentar subsanarlas, considero que debiera llevarse a cabo una modificación sustancial del artículo. Conteniendo los requisitos que fueron aclarados mediante el fallo y un sistema de plazos que ponga un límite temporario real para la aplicación del mismo.

Estableciendo a su vez, de qué manera se debe poner fin a la vida del feto, puesto que recientemente ocurrió el caso -mencionado en la investigación-, de una niña que fue llevada a una cesárea como forma de poner fin a su embarazo de seis meses.

Fijando que únicamente el médico, debe ser quien defina si el aborto puede proceder dentro de los alcances de la figura y no una innecesaria judicialización del caso. Incluyendo la terminología de persona gestante y no la de madre o mujer.

Luego del extenso análisis del trabajo, asumo que con estos cambios no se verían vulnerados los principios reguladores del derecho penal. Y la hipótesis de investigación arrojaría un resultado positivo.

Entiendo que el Estado, debe participar activamente brindando los recursos necesarios en materia de información para la educación sexual de las personas. Capacitando y concientizando a los médicos, sobre su importante rol en la materia.

Este tema a pesar de ser controversial, debido a la gran cantidad de opiniones, debiera poner en alto la protección y el acceso a los derechos de las mujeres. Es por ello que, como personas del derecho, debemos trabajar mancomunadamente para sanear estas cuestiones en las que el Estado aún está ausente.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Aborto no punible: a casi un siglo de su regulación y a más de un año del fallo "F.A.L." Declaración de la Defensora General de la Nación. Recuperado de: <http://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones/55-comision-sobre-tematicas-de-genero/608-aborto-no-punible-a-casi-un-siglo-de-su-regulacion-y-a-mas-de-un-ano-del-fallo-f-a-l>

Alonso, J. P., (2012). Violación, aborto y las palabras de la ley, en Pensar en Derecho, nº 0, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Andrés Gil Domínguez, (2000). Solicitud de autorización judicial y amparo Bioético, en La Ley, Buenos Aires.

Barreiro, Agustín Jorge, Rodríguez Mourullo, Gonzalo; y otros, (1997). Comentarios al Código Penal, Cívitas, Madrid.

Bidart Campos, Germán, s.f. "Autorización Judicial Solicitada para Abortar", *El Derecho* 114-184.

Buompadre, Jorge. S.f. Aborto. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37779.pdf>.

Buompadre, Jorge Eduardo y Creus Carlos (2013). Derecho penal: parte especial / Buenos Aires: Astrea.

Checa Susana, (2006). Realidades y coyunturas del aborto: entre el derecho y la necesidad. Paidós, Buenos Aires.

Donna, Edgardo Alberto (1999). Derecho penal- parte especial. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Gebruers Cecilia y Gherardi Natalia. S.f. El aborto Legal en Argentina: La Justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso “F.A.L.” REDAAS, red al Aborto Seguro (Argentina).

Hunt, Paul (16 de febrero de 2004). Informe U.N. E/CN.4/2004/49, párrafo 30.

La Nación, (13 de marzo de 2012). Fallo histórico: la Corte ratificó que no son punibles los abortos en casos de violación. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/1456233-fallo-historico-la-corte-eximio-de-pena-a-las-mujeres-violadas-que-aborten>

LMR contra Argentina (UN Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007), s.f. Recuperado de: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2013/lmr-contra-argentina-un-doc-ccprc101d16082007>

Núñez R. C. (1999), Manual de derecho penal – parte especial, (2ª Ed.). Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo. Ministerio de Salud de la Nación Argentina.

Soler Sebastián (1945), Derecho penal argentina. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Jurisprudencia

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

S.C.B.A. (2005), “C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico”.

S.C.B.A. (2006), “R., L.M., NN. Persona por nacer. Protección. Denuncia”.

Legislación

Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

Código Penal Argentino.

Código Penal de Austria.

Código Penal de Brasil.

Código Penal de Chile.

Código Penal de Perú.

Código Penal de Polonia

Código Penal de Venezuela.

Código Penal Federal de México.

Código Penal para el Distrito Federal de México.

Código Penal Uruguayo.

Comisión Europea de Derechos Humanos.

Comité de la CEDAW, (1992) Recomendación General número 21, Igualdad en el Matrimonio y en la Relaciones Familiares.

Comité para la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra la Mujer, (1999).
“Recomendación General número 24, La mujer y la salud (artículo 12),” UN. Doc. A/54/38/Rev.1

Constitución Nacional Argentina.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Pacto de San José de Costa Rica.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo San Salvador.

Sentencia C-355/06 (2006), Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-301/16 (2016), Corte Constitucional de Colombia.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Ballay, Julieta Micaela
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	37.563.667
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Aborto no punible en Argentina, supuestos de procedencia.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	juli.ballay@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

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

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i> ^[1]	Sí
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	X

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

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

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

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

