



La legalización del aborto

El derecho a la vida y a la interrupción voluntaria del embarazo:

**Los fundamentos jurídicos a favor y en contra en nuestra legislación y
jurisprudencia.**

Trabajo final de graduación. PIA.

Alumno: Juan Martín Azar.

Legajo: VABG46516.

Carrera: Abogacía.

Año: 2019.

- **Resumen.**

El presente trabajo de investigación abordará la temática de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) en nuestro país y dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico. El problema que se plantea en el presente trabajo de investigación es determinar en el estado actual de nuestra legislación y jurisprudencia si existe la posibilidad de interrupción del embarazo y bajo que circunstancias. Por otro lado, la posibilidad de incorporar la IVE a otras situaciones, o casos no contemplados actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, que se fundan en el derecho que tiene una mujer a decidir sobre su vida, salud psíquica, sexual y reproductiva.

- **Palabras Claves:** Derecho a la Vida. Aborto legal. Interrupción Voluntaria del Embarazo. Salud Mental, Sexual y Reproductiva.

- **Abstract.**

This investigation will analyze the Voluntary Termination of Pregnancy (VTP) in our country and inside our legal system. The issue of this investigation is about to determinate if there's existing the possibility to incorporate the Voluntary Termination of Pregnancy in the current state of our legislation and jurisprudence, and by what circumstances. In the another side, the possibility of incorporate the VTP in other situations or cases even there are not covered in the actuality legal system, which are based in a woman's right to decide about his life, mental, sexual and reproductive health.

- **Key words:** The Right to Life. Legal abort. Voluntary Termination of Pregnancy, Mental, Sexual and Reproductive Health.

ÍNDICE

Introducción	5
Capítulo 1. Conceptos fundamentales	8
1.1. El Derecho a la Vida en el Código Civil y Comercial de la Nación.	8
1.2. El aborto legal en el Derecho Penal.....	12
1.3. El Derecho a la Vida en la Convención Americana de Derechos humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.	14
1.4. La Interrupción Voluntaria del Embarazo.	15
1.5. Conclusiones.	18
Capítulo 2. Fundamentos jurídicos a favor del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo	20
2.1. Los Derechos Humanos.....	20
2.2. Ley Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 25.673 y Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo.	23
2.3. Los Derechos Personalísimos.	26
2.4. Proyecto de ley sobre interrupción Voluntaria del Embarazo del año 2018.....	27
2.5. Conclusiones.	27
Capítulo 3. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	29
3.1. Análisis de los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “f;A.L s/ medida autosatisfactiva.....	29
3.2. Análisis de los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (fertilización in Vitro) Vs Costa Rica”.	35

3.3.	Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baby Boy vs Estados Unidos de América”.	42
3.4.	Conclusiones.	45
Capítulo 4. Supuestos de procedencia de la interrupción del embarazo.		48
4.1.	Supuestos de procedencia en el Código Penal Argentino.	48
4.2.	Los Supuestos de Procedencia según los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	49
4.3.	Supuestos de procedencia en la ley Nacional de Salud Sexual y Reproductiva. y en el Protocolo para la Atención Integral de Personas con Derecho a la Interrupción del Embarazo.	52
4.4.	Conclusiones.	53
Conclusiones finales.		55
Bibliografía.		60

Introducción.

Este trabajo final tiene por objeto a abordar la temática de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, entendida como el derecho que le corresponde a una mujer para decidir sobre su maternidad, dándole la posibilidad, una vez embarazada, a optar por continuar o no con el mismo.

El principal interrogante que se busca contestar en esta investigación es ¿Cuales son las causales que autorizan el aborto en nuestra legislación, y que posibilidad existe de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico, la Interrupción Voluntaria del Embarazo, entendida esta, como nuevas causales de procedencia, fundamentadas en el Derecho a la Vida y el respeto de la Dignidad Humana, la salud mental, sexual y reproductiva?

En el estado actual de nuestra legislación y jurisprudencia encontramos por un lado el aborto legal, contenido en nuestro Código Penal¹. Por otro, tenemos el reclamo de vastos sectores de la sociedad argentina para que se legalice la Interrupción Voluntaria del Embarazo, concebida como la posibilidad de interrumpir el proceso de gestación en la mujer, por decisión voluntaria y libre, en protección de su vida, su salud mental, sexual y reproductiva, y sus Derechos Personalísimos².

Esta claro que entre el aborto legal contemplado en el artículo 86 del Código Penal y la Interrupción Voluntaria del Embarazo existen algunas diferencias, como son las causales que justifican en ciertos casos determinados, de manera restringida por la ley penal, que se lleven a cabo este tipo de practicas. El aborto legal se justifica, o mejor dicho nace a causa de un peligro mayor que no se puede evitar de otra manera, o vinculado a un delito sexual sobre la mujer.

Uno de los bienes jurídicos mas importantes que tutela nuestro ordenamiento jurídico es el Derecho a al Vida de las personas, nuestro Código Civil y Comercial regula la vida de

¹Artículo 86. Código Penal.

²Artículos 52, 55 y 1740 Código Civil y Comercial Argentino.

las mismas desde su concepción y aun después de su muerte, a través del Derecho Sucesorio. El Derecho Penal por su parte, impone las sanciones mas graves a toda acción u omisión que atente o dañe este bien jurídico mencionado. Para Guillermo F. Peyrano (2003), la vida puede ser considerada como una fuerza o actividad interna sustancial, y su vez, como un principio dinámico propio y característico que va desde su comienzo hasta su terminación, e implica un complejo organizado en evolución, dotado de racionalidad, siendo esta ultima característica el fundamento para el reconocimiento del carácter de persona y de sus derechos humanos. Con respecto al Derecho a la Vida entendemos que “Tutela un bien que acertadamente ha sido calificado como esencialísimo y de carácter supremo, en tanto y en cuanto de él dependen todos los otros bienes” (Cifuentes, 1995, p. 232). “Para los juristas partidarios del derecho natural, el derecho no es una creación arbitraria del legislador, sino una disciplina instrumental de la conducta al servicio de los fines humanos” (Llambías, 1995, p. 247).

En consecuencia a lo sostenido en el párrafo precedente, el principal argumento en contra de la legalización de este tipo de intervenciones médicas, encuentra su génesis en el Derecho a la Vida de las personas, que según diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional³ y nuestro Código Civil y Comercial tiene comienzo a partir de la concepción⁴, y por lo tanto este tipo de intervenciones interruptivas son consideradas por nuestro de derecho como un delito ya que atenta contra este importantísimo bien jurídico.

En octubre de 2002 se sancionó la ley 25.673⁵ que estableció la creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSyPR) con el propósito de garantizar los derechos sexuales y los derechos reproductivos de toda la población y disminuir las desigualdades que afectan la salud sexual y la salud reproductiva, desde una perspectiva de derechos y de género. En el año 2015 el Ministerio de Salud de la Nación actualizó la guía de atención de los abortos no punibles⁶, donde considera la interrupción legal de un embarazo como un derecho de las mujeres, y donde además incorpora por primera vez la salud mental, como causal para solicitar un aborto no punible. Otros antecedentes

³Inciso 1° del Artículo 4. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴Artículo 19. Código Civil y Comercial.

⁵Fuente: “Programa Nacional de Salud Sexual”. (2002/ 30/ 10). *Infoleg*. Recuperado el 20/09/2018 de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79831/norma.htm>.

⁶Fuente: “Aborto no punible: Nuevo protocolo para garantizar el acceso”. (2015/24/06). *La Voz*. Recuperado el (23/09/2018) de: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/aborto-no-punible-nuevo-protocolo-para-garantizar-el-acceso>.

importantes a analizar en esta investigación son el proyecto de ley rechazado por el Senado Nacional en año 2018⁷ y la jurisprudencia contenida en fallos de la Corte Suprema de Justicia⁸ y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹.

En esta investigación de tipo descriptiva-exploratoria se utilizara la metodología cualitativa que tiene como finalidad la recolección de información teórica adecuada para la exploración, descripción y entendimiento de una problemática, y así poder lograr una comprensión analítica y/o interpretativa sobre la misma (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2006). En cuanto a la técnica de recolección de datos, se utilizara preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido que nos permitirán interpretar adecuadamente los fundamentos contenidos en nuestra legislación y jurisprudencia, mediante la observación de datos y documentos, y analizando las fuentes primarias, secundarias y terciarias de información, que son todos aquellos instrumentos o recursos que nos aportan información sobre determinado tema (Yuni y Urbano, 2003).

En esta tesis final de grado nos abocaremos a un análisis jurídico minucioso para determinar en el estado actual de nuestra legislación y jurisprudencia si existe la posibilidad de incorporar el derecho a la interrupción del embarazo no deseado y bajo que circunstancias. En el primer capítulo definiremos los conceptos involucrados en nuestro interrogante a modo de proveer una base conceptual sólida de la cual partiremos; en el segundo capítulo indagaremos sobre cuestiones de legislación, intentando ser exhaustivos con respecto a todas las fuentes de distintas jerarquías; en el tercer capítulo revisaremos los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios a favor y en contra, identificando las tesis correspondiente a cada postura, y haciendo distinción entre las mismas; En el cuarto capítulo haremos una ponderación de los argumentos disponibles, intentando responder la pregunta originaria, lo que permitirá el desarrollo de argumentos de índole valorativo sobre las tesis analizadas anteriormente.

⁷Fuente: Aborto: “Tras un debate histórico el senado rechazo la legalización” (2018/10/08). *La Nación*. Recuperado el 20 /09/ 2018 de: <https://www.lanacion.com.ar/2160706-aborto-tras-un-debate-historico-el-senado-rechazo-la-legalizacion>.

⁸C.S.J.N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁹C.I.D.H. “Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro)”. (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

Capítulo 1. Conceptos fundamentales.

En este capítulo inicial trataremos de aclarar el significado de los términos mas importantes involucrados en la temática de este trabajo. En primer lugar intentaremos definir que es lo que se entiende por Derecho a la Vida en el marco del Código Civil y Comercial, luego analizaremos el concepto de aborto legal contenido en nuestra legislación penal. En este sentido señalaremos también la jerarquía e importancia que tiene este derecho en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y consecuentemente en nuestra Ley Suprema, para finalizar especificando lo que se entenderá en esta investigación por interrupción Voluntaria del Embarazo.

1.1. El Derecho a la Vida en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Entre todos los derechos reconocidos a los seres humanos, al que el ordenamiento jurídico le reconoce la categoría de personas, como centro de imputación de derechos y obligaciones, el Derecho a la vida es sin dudas el más importante, debido a que es la razón de ser de los demás. Compone la categoría de derechos civiles de primera generación, que se basan en una concepción filosófica individualista del ser humano “según la cual éste encuentra su razón de ser, su explicación última, en sí mismo, en el ser individual”. (LLambías, 1995, p. 26). Este derecho se encuentra reconocido en numerosos Tratados Internacionales de Jerarquía Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹¹, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹², Convención Americana de Derechos Humanos de 1969¹³, la Convención para la Sanción del Delito de Genocidio de 1948¹⁴, entre otros.

El Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado en el 2014 por Ley 26.994 y puesto en vigencia en el año 2015 dispone que la existencia de la persona humana comienza

¹⁰Inciso 22 Artículo 75 y Artículo 31. Constitución Nacional.

¹¹Artículo 3. Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹²Inciso 1 Artículo 6. Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³Inciso 1 Artículo 4. Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁴Artículo 2. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

con la concepción¹⁵, también establece la época de la concepción como el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo y que se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento¹⁶.

Distinguiremos en la existencia jurídica de las personas, dos periodos: el primero, que comienza con la concepción de la criatura en el claustro materno y culmina con el nacimiento con vida. El segundo, que se inicia con el nacimiento de la persona y acaba con la muerte (Buteler Cáceres, 2000, p. 83).

En el cuerpo normativo del código en análisis también se determina que los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume¹⁷. “Esto importaría colocarla en una especie de condición resolutoria, según la cual se admite que es persona, pero supeditada al acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida” (Cifuentes, 1999, p. 104).

Otros artículos del Código Civil y Comercial ratifican la plena personalidad del concebido cuando establece la capacidad de ejercicio de las personas por nacer¹⁸; cuando reconoce a los padres como representantes de sus hijos por nacer¹⁹; también al permitir el reconocimiento de un hijo por nacer²⁰. “Por tanto, el orden jurídico, para ser verdaderamente tal, exige la calidad de persona en todos los hombres” (LLambías, 1995, p. 247). “De aquí se sigue que el ordenamiento jurídico no puede dejar de "reconocer" —adviértase bien, "reconocer"— en todo hombre la calidad de persona o sujeto de derechos” (Lambías, 1995, p. 247). “Según las teorías filosóficas naturalistas puras, persona es para el Derecho sinónimo de “hombre” (Cifuentes, 1999, p. 100). “La otra teoría, de raigambre positivista, o la línea kelseniana normativista o neocriticista niega el concepto de persona, el cual solo importaría un elemento auxiliar pero descartable” (Cifuentes, 1999, p. 100).

¹⁵Artículo 19. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁶Artículo 20. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁷Artículo 21. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁸Artículo 24. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁹Artículo 101. Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁰Artículo 574. Código Civil y Comercial de la Nación.

De acuerdo al párrafo precedente podemos afirmar que nuestro Derecho Privado reconoce al nasciturus o persona por nacer como sujeto de derecho y, por ende se encuentra protegido por la legislación civil, siendo pasible de adquirir derechos y obligaciones colocándose el eje en la noción de concepción, la que determina el momento exacto desde el cual existe vida, y el momento en que una vez determinada su existencia se la ubica en la categoría de persona humana. Desde el momento de la concepción debido al proceso de fecundación que se produce en el ovulo materno, ha comenzado a existir un nuevo ser, y por lo tanto es indiscutible que se esta ante un individuo de la especie humana, la cual ya existe aun antes de su nacimiento y que por lo tanto este ultimo acontecimiento solo cambia el medio en el que se va a desarrollar este nuevo ser (LLambías, 1995). Etimológicamente la palabra persona provine de Grecia y Roma, donde así se llamaba a la mascara con boca abierta para aumentar la voz en el teatro, luego se paso a usar este termino para señalar a la persona que estaba detrás de la mascara, tiempo después la lengua común lo adopto como un concepto para significar la función o cualidad que cada individuo representa en la vida, que es el termino que termino adoptando el derecho (Cifuentes, 1999).

La doctrina de nuestro país a adoptado para nuestra legislación el concepto de vida a partir de la concepción, siguiendo el pensamiento del esbozo de Freitas, postura que es contradictoria y se aparta del sistema general del Derecho Romano, en el cual se ubica el momento inicial de la existencia de las personas en el día de su nacimiento, debido a que entiende que la vida humana comienza con la concepción, y que otra cuestión es establecer desde cuándo existe persona humana, termino más estricto que supone vida individual y autónoma, postura que en general el derecho extranjero ha seguido, considerando que el comienzo de la personalidad humana tiene lugar en el momento del nacimiento (LLambías, 1995).

El concepto de “concepción” contenido en el Código Civil y Comercial Argentino plantea algunas dudas y otros tantos otros interrogantes. De acuerdo a lo expresado en la introducción del presente trabajo, existe una diferencia entre la vida y la vida humana, esta última se caracteriza por la capacidad de raciocinio que lo distingue de la vida de las demás especies no humanas o de la vida celular u orgánica, y es el fundamento o requisito que autorizaría al derecho al reconocimiento de su calidad de persona portadora de derechos y

obligaciones jurídicas. Es por esto que resulta importante conocer si esa cualidad que constituye al ente en persona le viene al sujeto de sí mismo, de alguna calidad esencial en él, que no se debe desconocer a consecuencia de frustrar la libre actuación del hombre y con eso deformar la convivencia humana, o es una vestidura externa que le llega al sujeto por legado del ordenamiento jurídico (Lambías, 1995). ¿Desde cuando además haber vida orgánica o celular, el ser viviente engendrado se convierte en hombre, con características propias de la especie humana, cuya cualidad distintiva es la racionalidad, la cual le trae aparejada el reconocimiento de su personalidad y por lo tanto de sus derechos personalísimos?. ¿Debería distinguirse entre concepción de la vida y la concepción de la vida humana? ¿Debería distinguirse entre vida humana y vida orgánica o celular? ¿Debería reformularse el concepto de concepción el cual tendría que aclarar la cuestión de cual es el momento preciso en el cual existe vida humana o se es persona, distinta a la vida orgánica o celular?

De Acuerdo a Buteler Cáceres (2000), dos acontecimientos son de trascendental importancia jurídica para nuestro Derecho privado, la concepción y la muerte de la persona, por cuanto señalan el comienzo y el término de la persona humana, y por lo tanto el momento de adquisición, protección y extinción de sus derechos y obligaciones.

En cuanto al fin de la existencia de la personas nuestro Código civil y Comercial prescribe como principio general que la existencia de la persona humana termina por su muerte²¹, y que la comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver²².

Otro aspecto estrechamente vinculado al derecho a la vida y a su protección, son los Derechos Personalísimos derivados de la condición de persona, reconocidos de manera explícita en nuestro Código Civil y Comercial. Una característica de estos es que su vulneración da derecho a su titular a reclamar la prevención y la reparación de los daños, y son absolutos²³. Entre estos derechos podemos mencionar el que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral²⁴, al respeto de su honra y al reconocimiento de

²¹Artículo 93. Código Civil y Comercial de la Nación.

²²Artículo 94 Código Civil y Comercial de la Nación.

²³Artículos 51, 52 y 1740 Código Civil y Comercial Argentino.

²⁴Inciso 1° del Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

su dignidad²⁵. “Se denominan así los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, etc” (LLambías, 1995, p. 275). Es así que “son el medio más eficaz de la defensa de la persona en su aspecto individual, la protección de su dignidad y libertad” (Cifuentes, 1995, p. 47). Según Piqué (2013), para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación *erga omnes* de proteger y resguardar el Derecho a la vida de todos los individuos sujetos a su jurisdicción ante la Comunidad Interamericana, los cuales son los destinatarios directos de los derechos reconocidos por la Convención, y considera que el bien jurídico vida, no sólo puede ser avasallado a través de un atentado directo contra él, sino también a través de una puesta en peligro.

Por todo lo argumentado precedentemente podemos concluir, que entendemos el Derecho a la Vida, como aquel que se adquiere con la concepción y se extingue con la muerte de la persona humana, y tiene por objeto asegurar el reconocimiento, protección y resguardo de sus derechos personalísimos, de su vida y demás derechos reconocidos por el orden jurídico hasta el fin de su existencia. A diferencia de la concepción y el nacimiento, los cuales son acontecimientos naturales, este derecho a la vida implicaría el de defenderla de ataques, de conservarla, gozarla, lo que trae como consecuencia que se penalicen todos los actos que atenten contra la vida de una persona (Cifuentes, 1999). “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para disfrutar del resto de los derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido” (Pique, 2013, p. 39).

La vida humana entonces, es el sustrato natural de la personalidad, y para el respeto de esta última, debe ser protegida la primera, desde su comienzo hasta su fin, dado que se es hombre desde el inicio hasta el fin de la vida (Peyrano, 2003, p. 5).

1.2. El aborto legal en el Derecho Penal.

De acuerdo a Fontan Balestra (2000), el Derecho Penal se caracteriza por su contenido específico, en concreto, la amenaza de penalidad de ciertos actos.

²⁵Inciso 1° del Artículo 11. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tradicionalmente se ha distinguido el Derecho penal en subjetivo y objetivo. El primero es el llamado *Ius Puniendi*, como facultad y deber del Estado de definir los delitos y fijar las penas y medidas seguridad por medio de sus órganos legislativos. Y el segundo como el régimen jurídico necesario para cumplir con la función de garantía y tutela de bienes jurídicos mediante la sistematización y limitación precisa de su facultad punitiva.

Desde una concepción finalista, el derecho penal tiene un fin en si mismo, que es la de fijar penas y medidas de seguridad en pos de la tutela y garantía de intereses jurídicos fundamentales para la sociedad. “A estos intereses jurídicamente protegidos, se los denomina bienes jurídicos, ellos no nacen del Derecho, sino de la vida” (Fontan Balestra, 2000, p. 24).

En relación a los párrafos precedentes, podemos afirmar que el Derecho Penal tutela y garantiza la vida de la persona concebida en el seno materno y sus derechos antes del nacimiento con vida, esto se hace evidente en su articulado cuando prescribe penas de prisión o reclusión de tres a diez años, sin el consentimiento de la mujer²⁶, y de uno a cuatro años con consentimiento de la mismas²⁷, a toda persona que causare un aborto a otra. Penas que se agravan de sobrevenir la muerte. También prevé penas de uno a cuatro años a la persona que causare su propio aborto²⁸.

En el Código Penal encontramos además de las penas determinadas para cuando se tipifican estos delitos, situaciones que excluyen la sanción, denominadas causas de justificación, la cual evitan la imposición de una pena determinada en ciertos casos. Es así que nuestra legislación penal prescribe que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios²⁹, o cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, caso en el cual, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto³⁰.

²⁶Inciso 1 Artículo 85. Código Penal Argentino.

²⁷Inciso 2 Artículo 85. Código Penal Argentino.

²⁸Artículo 88. Código Penal Argentino.

²⁹Inciso 1 Artículo 86. Código Penal Argentino.

³⁰Inciso 2 Artículo 86. Código Penal Argentino.

En el Derecho Penal argentino existe la posibilidad de interrumpir el embarazo sin que de esto derive su sanción cuando operan las causales de procedencia, las que funcionan como causas de justificación de este tipo de delito y evitan su penalidad. Es por todo esto que en este trabajo se entenderá como aborto legal a las causas de procedencia contenidas en el inciso 1 y 2 del artículo 86 de nuestro Código Penal.

1.3. El Derecho a la Vida en la Convención Americana de Derechos humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En nuestra Constitución Nacional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarios a los derechos y garantías en ella reconocidos³¹. Podríamos decir que a través de la incorporación de estos Tratados en la reforma de 1994, opera una declaración de ciertos derechos reconocidos de manera implícita con anterioridad a la reforma y una ampliación de los derechos. Estos Tratados, junto con la Constitución y las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso son Ley Suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella³². Este principio de supremacía, “significa que todo el orden jurídico tiene como fundamento absoluto a la constitución” (Becerra Ferrer, 1995, p. 161).

Señala Gamboa (1996), que la nota característica fundamental y distintiva del Estado Federal es la coexistencia de dos órdenes jurídicos distintos, los cuales imprescindiblemente deben convivir armónicamente para evitar la anarquía y el caos, y que este desenvolvimiento homogéneo, es el objeto de la Supremacía de la Constitución. “La Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional y por lo tanto están por encima de las leyes” (Becerra Ferrer, 1995, p. 165).

A consecuencia de su ubicación en la cúspide del ordenamiento jurídico, los Tratados Internacionales incorporados en la última reforma, agregan nuevos derechos y garantías que

³¹Inciso 22 Artículo 75. Constitución Nacional.

³²Artículo 31. Constitución Nacional.

deben informar a toda nuestra legislación, la cual debe estar en concordancia y no contradecirlos so pena de reclamar la prevención y su reparación. “Representa como se advierte, el aspecto jurídico de la soberanía nacional y es una nota esencial del sistema de constitución escrita, que en nuestro caso, en virtud el artículo 31 de la constitución Nacional, se impone inexcusablemente a las provincias como ley suprema” (Gamboa, 1996, p. 156).

Entre los tratados Internacionales incorporados con jerarquía constitucional podemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona³³. La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que sostiene que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica³⁴, y a que se respete su vida, con lo cual estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Afirmando además que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente³⁵.

Al analizar estos Tratados Internacionales, podemos afirmar que con respecto al Derecho a la Vida en ellos contenido, el Código Civil y Comercial³⁶ y el Código Penal Argentino³⁷ guardan una relación de coherencia en cuanto a considerarlo un bien jurídico fundamental para nuestro ordenamiento, en cuanto al reconocimiento de la persona humana a partir de la concepción.

1.4. La Interrupción Voluntaria del Embarazo.

En el año 2008 el Congreso de la Nación Argentina rechazó el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, el cual previamente había obtenido media sanción en la Cámara de Diputados³⁸. El proyecto de ley fue elaborado por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito en el año 2006, presentado por primera vez en el

³³Artículo 3. Declaración Universal de Derechos Humanos.

³⁴Artículo 3. Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁵Inciso 1 Artículo 4. Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁶Artículo 19. Código Civil y Comercial Argentino.

³⁷Artículo 85. Código Penal Argentino.

³⁸Fuente: Aborto: “Tras un debate histórico el senado rechazó la legalización” (2018/10/08). *La Nación*. Recuperado el 20 /09/ 2018 de: <https://www.lanacion.com.ar/2160706-aborto-tras-un-debate-historico-el-senado-rechazo-la-legalizacion>.

Congreso argentino en el año 2007. Posteriormente fue presentado en siete oportunidades, hasta que en 2018 fue tratado por primera vez en la cámara³⁹. El 14 de junio de 2018 la cámara de diputados aprobó la media sanción de la ley con 129 votos a favor, 125 en contra y 1 abstención. El proyecto fue rechazado por el Senado tras una votación donde 38 senadores votaron en contra y 31 a favor; además hubo 2 abstenciones y un ausente. Actualmente se esta por presentar nuevamente el proyecto con algunas modificaciones para se tratado en el Congreso de la Nación.

El proyecto presentado en el año 2018 concibe la Interrupción Voluntaria del Embarazo como un derecho que le corresponde a toda mujer o persona gestante en ejercicio de su Derecho Humano a la salud⁴⁰. En el dictamen de la Cámara de Diputados del mismo año se establece que los derechos protegidos por esta ley son los reconocidos en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por la República Argentina, en especial, los derechos a la dignidad, la vida, la autonomía, la salud, la integridad y la diversidad corporal, entre otros, y que en ejercicio de estos derechos, toda mujer o persona gestante tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo de conformidad a lo determinado en la presente ley⁴¹.

En el proyecto⁴², al igual que en el dictamen de la Cámara de Diputados⁴³ se sostiene que el embarazo se puede interrumpir durante el lapso de tiempo que abarca las primeras catorce semanas del proceso gestacional, y que si perjuicio de este plazo, tiene derecho a la interrupción en caso de que el embarazo fuera producto de una violación con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el/la profesional de la salud interviniente, si estuviera en riesgo la vida o la salud de la mujer o persona gestante considerada como derecho humano, o si se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto.

³⁹Fuente: “Proyecto de ley”. (2017/ 21/05). *Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito*. Recuperado el 21/09/2018 de: <http://www.abortolegal.com.ar/proyecto-de-ley-presentado-por-la-campana/>.

⁴⁰Artículo 1. Proyecto de ley Interrupción Voluntaria del Embarazo.

⁴¹Artículo 2. Dictamen Cámara de Diputados de la Nación sobre proyecto Interrupción Voluntaria del Embarazo.

⁴²Artículo 1. Proyecto de ley Interrupción Voluntaria del Embarazo.

⁴³Artículo 3. Dictamen Cámara de Diputados de la Nación sobre proyecto Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Siguiendo con lo argumentado en el párrafo anterior, el proyecto de ley entiende que debe derogarse el artículo 85 inciso 2, y el artículo 86 y 88 del Código Penal⁴⁴. Por su parte el dictamen de la Cámara de Diputados dispone que debe sustituirse el artículo 85 del Código Penal, el que debería quedar redactado de la siguiente forma: a) El que causare un aborto será reprimido con prisión de tres a diez años si obrare sin consentimiento de la mujer o persona gestante, pena que podrá elevarse hasta quince años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer o persona gestante. En cuanto a los médicos, cirujanos, parteros, farmacéuticos u otros profesionales de la salud que causaren el aborto o cooperaren a causarlo sin consentimiento de la mujer o persona gestante sufrirán, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena b) Con prisión de tres meses a un año si obrare con el consentimiento de la mujer o persona gestante y el aborto se produjere a partir de la semana quince del proceso gestacional, siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86 del presente Código⁴⁵.

En el mismo sentido el dictamen prescribe que debe incorporarse el artículo 85 bis del Código Penal, el que debería quedar consignado de la siguiente manera: Será reprimida con prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena la autoridad de un establecimiento de salud o profesional de la salud que dilatarse, obstaculizarse o se negare a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados. La pena se elevará de uno a tres años si, como resultado de la conducta descrita en el párrafo anterior, se hubiera generado perjuicio en la vida o la salud de la mujer o persona gestante⁴⁶.

En referencia al artículo 86 del Código Penal el dictamen establece que debe quedar redactado entendiendo que no es delito el aborto realizado con consentimiento de la mujer o persona gestante hasta la semana catorce, inclusive, del proceso gestacional. Y que en ningún caso será punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer o persona gestante si el embarazo fuera producto de una violación, con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el profesional de salud interviniente, si estuviera en

⁴⁴Artículo 11 y 12. Proyecto de ley Interrupción Voluntaria del Embarazo.

⁴⁵Artículo 16. Dictamen Cámara de Diputados de la Nación sobre proyecto Interrupción Voluntaria del Embarazo.

⁴⁶Artículo 17. Dictamen Cámara de Diputados de la Nación sobre proyecto Interrupción Voluntaria del Embarazo.

riesgo la vida o la salud de la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano, o en el caso que diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto⁴⁷.

Con referencia al artículo 88 del mismo Código se sostiene que también debe ser sustituido quedando escrito del siguiente modo: Será reprimida con prisión de tres meses a un año la mujer o persona gestante que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare cuando el mismo fuera realizado a partir de la semana quince del proceso gestacional y no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86 del presente Código. La tentativa de la mujer o persona gestante no es punible. El juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso en atención a los motivos que impulsaron a la mujer o persona gestante a cometer el delito, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y la apreciación de otras circunstancias que pudieren acreditar la inconveniencia de aplicar la pena privativa de la libertad en el caso⁴⁸.

Tanto el proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo elaborado por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, como en el Dictamen de Consenso de la Cámara de Diputados de la Nación del año 2018 se tratan de incorporar en nuestra legislación penal nuevas causas de procedencia de interrupción del embarazo no deseado que no acarreen punibilidad. A estas nuevas causas de justificación, fundadas en los derechos humanos invocados en ambos documentos, será lo que en la presente investigación se entenderá como Interrupción Voluntaria del Embarazo.

1.5. Conclusiones.

De todo lo argumentado en este capítulo, a través del análisis de las fuentes legales y doctrinarias, podemos concluir que el Derecho a la Vida es uno de los bienes jurídico mas importantes que tutela nuestro ordenamiento legal, el que tiene la obligación de adaptarse y

⁴⁷Artículo 18. Dictamen Cámara de Diputados de la Nación sobre proyecto Interrupción Voluntaria del Embarazo.

⁴⁸Artículo 19. Dictamen Cámara de Diputados de la Nación sobre proyecto Interrupción Voluntaria del Embarazo.

no contradecir a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a la misma.

El Derecho a la vida consiste en la obligación que tiene todo orden jurídico de proteger este bien, que encuentra su génesis a partir de la concepción y culmina con la muerte de la persona, e implica el protegerla de todo tipo de ataques que puedan dañarla o extinguirla. En este sentido nuestro Derecho Penal castiga toda acción u omisión que atente contra la vida de las personas, y consecuentemente solo autoriza en ciertas circunstancias la posibilidad de interrumpir la misma, situación que definiremos como aborto legal.

Por otra parte la Interrupción Voluntaria del embarazo se especifica como la posibilidad de no continuar con el proceso de gestación iniciado en el útero materno, en protección del Derecho a la vida de la persona embarazada, de su Salud Sexual y psicológica, como también de sus Derechos Personalísimos, lo cual implica incorporar en la legislación penal nuevas causas de procedencia o de justificación.

Capítulo 2. Fundamentos jurídicos a favor del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

En este segundo capítulo de la investigación analizaremos los fundamentos Jurídicos en los cuales se sostiene el reclamo del Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. En primer lugar trataremos la importancia y las características que tienen los Derechos Humanos para nuestro ordenamiento jurídico, y así luego identificar la importancia del Derecho a la Salud como derecho fundamental. En segundo lugar examinaremos leyes y protocolos nacionales relacionados a la temática, para concluir con el análisis de los Derechos Personalísimos.

2.1. Los Derechos Humanos.

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición, son derechos que tenemos simplemente por ser humanos, tienen como finalidad la protección de todas las personas estén donde estén, e implican una obligación para los gobiernos a promover y proteger las libertades fundamentales de los individuos y los grupos⁴⁹. Según Marco Antonio Sagastume Gemmetl (1991), estos son derechos naturales resguardados por el Derecho Internacional y deben ser protegidos por el sistema jurídico de los estados, nacen con la humanidad misma y son el resultado de la lucha de pueblos y naciones enteras a lo largo de la historia.

Lo que en nuestros días se conoce como derechos humanos está referido al reconocimiento de que toda persona humana, por el hecho de serlo, es portadora de atributos autónomos que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado. Ellos son inherentes al ser humano y no requieren de ningún título específico para adquirirlos. No resultan de una adjudicación o cesión del Estado, cuya función con respecto a ellos es de reconocimiento, respeto y protección (Nikken, 2010, p. 55).

⁴⁹Fuente: Derechos Humanos. *Naciones Unidas*. Recuperado el 10/05/2019 de: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

Según Pedro Nikken (2010), los Derechos Humanos tienen la característica distintiva de ser universales por que no dependen de la nacionalidad de la persona o del territorio donde se encuentre ya que los porta en sí misma; son también indivisibles por que no se admiten desmembraciones ni jerarquías entre los derechos humanos, de modo que no puede afirmarse que alguno sea substancial o de importancia menor; son interdependientes debido a que la violación de uno acarrea a menudo la violación de los demás; son además imprescriptibles e inalienables, lo que significa que nadie puede ser despojado de sus derechos bajo ninguna circunstancia e impide que estén sujetos a limitaciones legítimas. Por último son progresivos, ya que al ser inherentes a la persona, su existencia no depende del reconocimiento de un estado, por que siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por el Consejo de las Naciones Unidas en 1948, fue el primer gran acuerdo entre las naciones del mundo sobre la libertad, la igualdad y la dignidad humana. Este documento en donde están consignados los derechos básicos de cualquier persona, está compuesto por un preámbulo y treinta artículos en donde encontramos el Derecho a la Vida⁵⁰ y el Derecho a la Salud⁵¹.

El Derecho a la Salud, al igual que el Derecho a la vida, es un Derecho Humano fundamental reconocido en diversos Tratados Internacionales de jerarquía constitucional, dentro de los cuales resultan de importancia el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que nos provee de una definición más completa sobre el Derecho a la Salud, entendiéndola, como el estado de completo bienestar físico-mental⁵², y la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer de 1979, en la cual se menciona el derecho a la protección de la salud⁵³, al acceso a la atención médica y a la planificación familiar⁵⁴.

⁵⁰ Artículo 3. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

⁵¹ Artículo 25. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

⁵² Inciso 1. Artículo 12. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales .1966.

⁵³ Inciso 1.f. Artículo 11. Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer .1979.

⁵⁴ Inciso 1 Artículo 12. Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer de 1979.

En el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y que entró en vigor el 7 de abril de 1948, se dispone; que los Estados partes en esa Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que los principios ahí enunciados son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos; y que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁵⁵.

En relación al párrafo precedente también podemos citar el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y luego aprobado por la Republica Argentina por la ley 24.658 en 1996, que con el propósito de consolidar en el continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre⁵⁶, establece que; toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social⁵⁷. Sostiene Gómez Haiss (2017), que nadie puede negar que la salud sea un Derecho Humano subjetivo de primer orden que se encuentra reconocido y tutelado por todos los ordenamientos jurídicos legales en todos los Estados de Derecho.

En relación al Derecho a la vida podemos citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida⁵⁸, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que sostiene que el derecho a la vida es inherente a la persona humana⁵⁹, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que determina que toda persona tiene Derecho a la vida⁶⁰, por ultimo la Declaración Universal de Derechos del Hombre que establece que todo individuo tiene derecho a la vida.

⁵⁵Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1948.

⁵⁶Preámbulo del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

⁵⁷Artículo 10. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

⁵⁸Inciso 1 Artículo 4. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1968.

⁵⁹Artículo 6. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

⁶⁰Artículo 1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Para Rodolfo Figueroa García Huidobro (2008), al reconstruir la noción del derecho a la vida podemos identificar cinco concepciones de la misma:

- 1) Una que sostiene que el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida.
- 2) Otra sugiere que este derecho consiste en el derecho a vivir bien, o vivir con dignidad.
- 3) Una tercera propone entender que el derecho a la vida consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato.
- 4) Una cuarta concepción propone entender el derecho a la vida simplemente como el derecho a que no nos maten.
- 5) Finalmente la idea de que este derecho consiste en que no nos maten arbitrariamente.

El bien jurídico mas importante que tutela nuestro ordenamiento jurídico es el Derecho a al Vida de las personas, ya que es el soporte de los demás derechos. Según Cifuentes (1995), protege un derecho que es de significado esencial y por lo tanto de carácter supremo para todo el ordenamiento, por el hecho de que de el depende la existencia de todos los otros derechos.

La característica de interdependencia que es distintiva de los Derechos humanos⁶¹, y que establece la conexión entre si, trae como consecuencia que no se pueda gozar de un derecho sin gozar de otros al mismo tiempo, con lo cual podríamos inferir que no se puede gozar del derecho a la vida sin gozar del derecho a la salud, o que en consonancia con la característica de indivisibilidad, todos deben ser gozados y reconocidos al mismo tiempo, ya que no se permiten desmembramientos o jerarquías entre ellos.

2.2. Ley Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 25.673 y Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

⁶¹Parte I Párrafo 5. Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos 1993.

La Ley argentina 25.673 sobre el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable fue promulgada en noviembre de 2002, la misma promueve la creación de un programa de salud pública en el ámbito del Ministerio de Salud y entre sus objetivos se incluyen; el de buscar alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable, reducir la morbimortalidad materno-infantil, promover la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable, entre otros.

Según Cattaneo, Leone, Musacchio y Wasylyk Fedyszak (2017), en la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 se establece que los derechos son universales, indisociables e interdependientes, lo que significa que el derecho a vivir libremente la sexualidad implica el reconocimiento de la naturaleza humana lo cual imprescindiblemente esta relacionado a otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, a la calidad de vida y a la libertad.

El Estado argentino reconoció los derechos reproductivos y derechos sexuales como derechos humanos mediante la incorporación de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1994⁶² a la Carta Magna mediante el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional (CN). Los Derechos Sexuales y Reproductivos buscan garantizar que las personas puedan tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva con libertad, confianza y seguridad, que en su faz interna esta asociada al cuerpo, la mente, la espiritualidad, las emociones y la salud; y externamente al contexto social, histórico, político y cultural⁶³.

Podríamos definir como Derechos sexuales a todos aquellos que nos permiten decidir cuándo, cómo y con quién tener relaciones sexuales, a vivir la sexualidad sin presiones ni violencia, a que se respete nuestra orientación sexual e identidad de género sin discriminación, como así también la obligación de tener acceso a información adecuada. En cuanto a los Derechos reproductivos son los que tenemos todas las personas para decidir en

⁶²Artículo 12 y 14 inciso 2b Convención Contra todas las formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.

⁶³Fuente: Que y Cuales son los Derechos Sexuales y Reproductivos. *Fundación Huésped*. Recuperado el 15/05/2019 de: <https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/que-son-y-cuales-son/>.

forma autónoma y sin discriminación si deseamos tener o no tener hijas/os, con quién, cuántos y cada cuánto tiempo⁶⁴.

En abril de 2015 el Ministerio de Salud de Nación aprobó una guía en la cual se determina cómo deben actuar los equipos de salud ante la solicitud de una persona que desea interrumpir su embarazo que este dentro de lo que regula el artículo 86 del Código Penal como Aborto No Punible⁶⁵. Actualmente, de acuerdo con el artículo 86 del Código Penal y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F;A.L” de 2012⁶⁶, las personas tienen derecho a la interrupción legal del embarazo cuando el embarazo represente un peligro para la vida de la mujer y este peligro no puede ser evitado por otros medios; si representa un peligro para la salud de la mujer⁶⁷, entendida la salud como el bienestar físico, mental-emocional y social; Si proviene de una violación⁶⁸.

En el mencionado Protocolo y con el fin de garantizar efectivamente este derecho, se determinan una serie de lineamientos a seguir con el fin de estandarizar este tipo de prácticas, como ser; el hecho que no se necesita autorización judicial ni administrativa una vez certificada la causa por un profesional de la salud⁶⁹; no se necesita denuncia policial o judicial, solo se requiere una declaración jurada que deje constancia de que el embarazo es producto de una violación⁷⁰; Que las víctimas de Abuso o violencia sexual deben recibir en forma inmediata y expeditiva la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva⁷¹; que debe asegurarse la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito, así como brindar asistencia psicológica y legal a la víctima;

⁶⁴Fuente: Derechos sexuales y derechos reproductivos. *Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación*. Recuperado el 15/05/2019 de: <https://www.argentina.gob.ar/salud/saludsexual/derechos>.

⁶⁵Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo 2015.

⁶⁶C S J N. “F.;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁶⁷Punto 3.1. Interrupción legal del embarazo: derechos de las personas y obligaciones del sistema de salud. Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción del Embarazo 2015.

⁶⁸Punto 3.2. Interrupción legal del embarazo: derechos de las personas y obligaciones del sistema de salud. Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción del Embarazo 2015.

⁶⁹Punto 2.1. Interrupción legal del embarazo: derechos de las personas y obligaciones del sistema de salud. Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción del Embarazo 2015.

⁷⁰Punto 3.2. Abordaje del equipo de salud. Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción del Embarazo 2015.

⁷¹Punto 3.1. Interrupción legal del embarazo: derechos de las personas y obligaciones del sistema de salud. Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción del Embarazo 2015.

además de recibir información adecuada⁷², resguardar la privacidad de las personas y respetar la confidencialidad de la información personal⁷³, y las obligaciones del sistema de salud.

2.3. Los Derechos Personalísimos.

Otro aspecto estrechamente vinculado al derecho a la vida y a su protección, son los Derechos Personalísimos derivados de la condición de persona, reconocidos de manera explícita en nuestro Código Civil y Comercial. Una característica de estos es que su vulneración da derecho a su titular a reclamar la prevención y la reparación de los daños, y son absolutos⁷⁴. Entre estos derechos podemos mencionar el que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral⁷⁵, al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad⁷⁶. “Se denominan así los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, etc” (LLambías, 1995, p. 275). Es así que “son el medio más eficaz de la defensa de la persona en su aspecto individual, la protección de su dignidad y libertad” (Cifuentes, 1995, p. 47). Es por este motivo que se ha incorporado de manera explícita en nuestro Código Civil y Comercial el Derecho a la Vida, a la Salud, a la Dignidad, a la Integridad, a la Autonomía y a la Imagen (Lamm, 2017). Son derechos subjetivos esenciales, íntimamente ligados a la persona humana de manera orgánica, y que la abarcan de forma integral (Lamm, 2017).

En nuestro Código Civil y Comercial encontramos que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad⁷⁷; que la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad

⁷²Punto 1. Abordaje del equipo de salud. Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción del Embarazo 2015.

⁷³Punto 2.1. Interrupción legal del embarazo: derechos de las personas y obligaciones del sistema de salud. Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción del Embarazo 2015.

⁷⁴Artículos 51, 52 y 1740 Código Civil y Comercial Argentino.

⁷⁵Inciso 1° del Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁶Inciso 1° del Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁷Artículo 51. Código Civil y Comercial de la Nación.

personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo I⁷⁸.

2.4. Proyecto de ley sobre interrupción Voluntaria del Embarazo del año 2018.

En el año 2018 el Congreso de la Nación Argentina rechazó el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, el cual previamente había obtenido media sanción en la Cámara de Diputados⁷⁹. En el documento que fue presentado en el congreso para su tratamiento se establece que en el ejercicio de su derecho humano a la salud toda mujer tiene derecho a decidir voluntariamente la interrupción de su embarazo; durante las primeras catorce semanas del proceso gestacional⁸⁰; que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo primero, y más allá del plazo establecido toda mujer tiene derecho a interrumpir su embarazo cuando fuera producto de una violación, con el sólo requerimiento y la declaración jurada de la persona ante el profesional de salud interviniente; si estuviera en riesgo la vida o la salud física, psíquica o social de la mujer, considerada en los términos de salud integral como derecho humano; Si existen malformaciones fetales graves⁸¹.

2.5. Conclusiones.

Lo desarrollado en este capítulo nos lleva a considerar que en la problemática de la Interrupción Voluntaria del Embarazo tienen una trascendental importancia los Derechos Fundamentales del Hombre, entre ellos el Derecho a la vida y el Derecho a la Salud, los cuales poseen las características de universalidad, interdependencia e indivisibilidad entre otros.

El derecho a la salud y más específicamente a la salud sexual, mental y reproductiva parecen justificar en ciertas circunstancias la realización de este tipo de prácticas. Por otro

⁷⁸ Artículo 52. Código Civil y Comercial de la Nación.

⁷⁹ Fuente: Aborto: “Tras un debate histórico el senado rechazó la legalización” (2018/10/08). *La Nación*. Recuperado el 20 /09/ 2018 de: <https://www.lanacion.com.ar/2160706-aborto-tras-un-debate-historico-el-senado-rechazo-la-legalizacion>.

⁸⁰ Artículo 1. Proyecto de Ley Interrupción Voluntaria del Embarazo año 2018.

⁸¹ Artículo 3. Proyecto de Ley Interrupción Voluntaria del Embarazo año 2018.

lado el Derecho a la vida y la obligación de respetarla, lo que acarrea la obligación de proteger la dignidad y evitar que toda persona sea lesionada en su intimidad personal, en su honra y reputación nos orientan a pensar en ciertos casos en el mismo sentido.

Capítulo 3. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este tercer capítulo analizaremos los argumentos de dos fallos que han sentado jurisprudencia en torno a la temática de la interrupción del embarazo. En primer lugar, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina en relación a la interpretación del artículo 86 del Código Penal argentino. En segundo lugar, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno a la fecundación in vitro, en donde se aclara el concepto de concepción y el alcance de los Derechos a la integridad personal, libertad personal, a la vida privada y familiar, los cuales son parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja, y ostentan una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos.

3.1. Análisis de los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F;A.L s/ medida autosatisfactiva.

El fallo “F;A.L s/ medida autosatisfactiva se trata de un caso judicial surgido en la provincia de Chubut, cuando la madre A.F., de una joven de quince años A.G., violada por su padrastro recurrió a la Justicia para que su hija pudiera realizarse el aborto en un hospital público⁸². Su reclamo fue rechazado en primera y segunda instancia de la Justicia de Chubut y 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 de aborto no punible del artículo 86 del Código Penal de la Nación y permitió la realización del aborto. El fallo se llama F;A.L por las siglas del nombre de la persona afectada.

A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut, ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G., que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el

⁸²Fuente: “Aborto no punible: qué dicen el Código Penal y el fallo F;A.L”. (2018/ 18/12). *La Voz*. Recuperado el 21/05/2019 de: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/aborto-no-punible-que-dicen-codigo-penal-y-fallo-fal>.

artículo 86, incisos 1° y 2°, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación. El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido. La madre de A.G. inició entonces la medida autosatisfactiva que originó la presente causa y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia como en la cámara, no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., presentaba síntomas depresivos e ideas suicidas persistentes y que el embarazo era vivido como un evento extraño, invasivo; que en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre, por lo que se estimó que la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la niña implicaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2°, primera parte del artículo 86 del Código Penal; que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional; y que, pese a la innecesariedad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew.

Tras el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, un funcionario judicial, el Asesor General Subrogante de esa provincia, apeló la resolución ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque el aborto ya se había realizado. En su sentencia el máximo Tribunal determinó que cualquier aborto de un embarazo que sea producto de una violación, sin importar la salud mental de la mujer, no es punible, tanto para la mujer como para la

persona que cause la interrupción del embarazo. También aclaró que: no obstante que el aborto ya se había realizado, se configuraba uno de los supuestos de excepción que, según su jurisprudencia, la autoriza a pronunciarse teniendo en cuenta que; el tiempo que implica el trámite judicial de cuestiones de esta naturaleza excede el que lleva su curso natural⁸³; que era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para la solución de futuros casos análogos⁸⁴; que estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino⁸⁵.

El 13 de Marzo del 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad y por el voto conjunto del Presidente Lorenzetti, de la Vicepresidenta Highton de Nolasco y de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni, y por los votos individuales de los jueces Petracchi y Argibay, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut de marzo de 2010. El voto mayoritario, firmando por los jueces de la Corte Suprema sentó tres reglas claras⁸⁶:

La primera: que la Constitución y los tratados de Derechos Humanos no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad⁸⁷. Entiende que resulta necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación, y a su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal, y que por lo tanto resulta claro, que no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la

⁸³Punto 5. C S J N. “F;A.L s/medida autosatisfactiva. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁸⁴Punto 5. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva” Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁸⁵Punto 6 y 7. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁸⁶Fuente: “La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados”. (2012/ 13/ 03). *Centro de Información Judicial*. Recuperado el 21/05/2019 de: <https://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>.

⁸⁷Punto 11. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

conclusión contraria⁸⁸. La Corte Suprema de Justicia entiende también que de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales como ser artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar⁸⁹.

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

La segunda: que los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, debiendo practicarlos requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación. La corte entiende que el respeto a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación. Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como

⁸⁸Punto 12. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁸⁹Punto 16. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal⁹⁰.

La tercera: que los jueces tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico⁹¹. La judicialización de estas cuestiones, que por su reiteración constituyen una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras; el Tribunal considera ineludible destacar que se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación o que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación⁹².

Queda claro, en concordancia con el Código Penal y el fallo analizado en este apartado, que existen básicamente dos causas que justifican la interrupción del embarazo en el estado actual de nuestra legislación: cuando hay peligro para la salud de la mujer, denominada causal de salud; y cuando una mujer sea víctima de abuso sexual, señalada como causal de violación.

⁹⁰Punto 18 y 27. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁹¹Punto 22 y 29. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁹²Punto 19. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

Respecto a la causal de salud la Corte considera que no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso⁹³.

En su fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que no obstante mediar en el particular todas las razones de la máxima jerarquía normativa expuestas en los considerandos precedentes, debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, esta Corte Suprema considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento⁹⁴. También sostiene que de las pautas interpretativas fijadas por esta Corte en cuanto a que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos”, se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima⁹⁵.

Si quedaban dudas sobre la interpretación del alcance de las causales de justificación determinadas en el artículo 86 del Código penal, el fallo de marzo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación las despejó totalmente.

⁹³Punto 30. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo Nº 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁹⁴Punto 18. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo Nº 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

⁹⁵Punto 18. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo Nº 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

3.2. Análisis de los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (fertilización in Vitro) Vs Costa Rica”.

El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia del caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, en el cual el Estado de Costa Rica fue declarado responsable por la violación a los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁶ en sus artículos; 5.1 a la integridad personal; 7.1. La libertad personal; 11.2. La vida privada; 17.2 Sobre la vida familiar; y artículo 1.1. La igualdad⁹⁷. Este fallo de la Corte Interamericana representa un antecedente de gran importancia debido a que ha sentado jurisprudencia respecto a los Derechos reproductivos de las personas en el ámbito de aplicación de la Convención, la cual es obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

El 3 de febrero de 1995, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica reguló la práctica de la fecundación in vitro (FIV)⁹⁸; en el 2000, el decreto del Ejecutivo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de ese país; ese tribunal consideró que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida. El resultado de esa decisión judicial fue la prohibición de la práctica⁹⁹. En 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual sostuvo que la prohibición costarricense constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad, y por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la Convención. Ante el incumplimiento de la recomendación, luego de tres prórrogas, el 29/07/2011, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa

⁹⁶Fuente: Costa Rica, condenada por prohibir la fecundación in vitro. (2012/12/21). *El País*. Recuperado el 22/05/2019 de: https://elpais.com/internacional/2012/12/21/actualidad/1356055534_630622.html.

⁹⁷Fuente: Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. (2012/11/28). *Defensoría del pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Recuperado el 20/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/caso-artavia-murillo-y-otros-fecundacion-in-vitro-vs-costa-rica/>.

⁹⁸Punto 68. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

⁹⁹Punto 71., 72, 73, 74, 75, y 76. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

Rica; dijo que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia¹⁰⁰.

La primera medida de la Corte Interamericana fue interpretar la Convención Americana en orden a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia. El Tribunal entiende que el artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública¹⁰¹. Además ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.

En relación protección a la vida privada la Corte Interamericana entiende que abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos

¹⁰⁰Punto 317. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁰¹Punto 142. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

relevantes para la calidad de vida de la persona y considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico¹⁰²; por lo cual el caso en cuestión trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas¹⁰³.

El derecho a la vida privada se relaciona por un lado con la autonomía reproductiva, que está reconocido en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derecho y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos¹⁰⁴.

En el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud; por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo

¹⁰²Punto 143. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁰³Punto 144. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁰⁴Punto 146. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica¹⁰⁵.

En el presente caso la Sala Constitucional de Costa Rica consideró el derecho a la vida obliga a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción. Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procedió a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general"¹⁰⁶.

La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero y que debido a la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión¹⁰⁷.

No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Entiende que si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es

¹⁰⁵Punto 147. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁰⁶Punto 173. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁰⁷Punto 180. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas¹⁰⁸. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación¹⁰⁹. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana¹¹⁰. La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana¹¹¹.

Para la Corte interamericana, en el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de

¹⁰⁸Punto 186. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁰⁹Punto 187. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹¹⁰Punto 189. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹¹¹Punto 244. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

la Convención¹¹². La Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida¹¹³.

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como “persona” para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general¹¹⁴.

La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja¹¹⁵, y que el alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos. La sentencia de la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que

¹¹²Punto 246. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹¹³Punto 253. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹¹⁴Punto 264. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹¹⁵Punto 272. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV¹¹⁶.

Por otro lado, el Tribunal aclara, que tomando bajo consideración que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV sólo puede entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente sentencia¹¹⁷. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual es fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa *proteger* el derecho a la vida de lo que significa *garantizar* el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica¹¹⁸.

La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal¹¹⁹, y por tanto concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que

¹¹⁶Punto 277. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹¹⁷Punto 310. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹¹⁸Punto 311. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹¹⁹Punto 315. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios¹²⁰.

Por todo lo anteriormente reseñado durante el presente capítulo, la Corte declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana¹²¹. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado¹²².

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron¹²³.

3.3. Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baby Boy vs Estados Unidos de América”.

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

¹²⁰Punto 316. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹²¹Punto 317. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹²²Punto 318. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹²³Punto 319. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

de la Comisión. La petición fue presentada mediante una carta firmada por el Sr. Gary Potter, Presidente de Catholics for Christian Political Action¹²⁴.

Según la petición, la víctima identificada como Baby Boy fue muerta por proceso de aborto (histerectomía), ejecutado por el Dr. Kenneth Edelin, M.D., en violación del derecho a la vida reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aclarado por la definición y descripción de “derecho a la vida” que consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁵. La Corte Suprema Judicial de Massachusetts, Boston, Massachusetts, absolvió al Dr. Edelin, después de su apelación el 17 de diciembre de 1976, con lo cual puso al Estado de Massachusetts en violación del derecho a la vida de “Baby Boy”, conforme a la Declaración¹²⁶.

La primera violación denunciada en la petición se refiere al artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho a la vida {...}”. Los peticionarios admiten que la Declaración no elabora “cuándo comienza la vida”, “cuándo el producto de la concepción se convierte en un ser humano” u otras cuestiones. Sin embargo, tratan de esclarecer en estas cuestiones fundamentales con dos argumentos¹²⁷:

a) Los trabajos preparatorios, la discusión del Proyecto de la Declaración durante la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos en Bogotá en 1948, y el voto final

¹²⁴Punto 1. Resumen del caso. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

¹²⁵Punto 2. Resumen del caso. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

¹²⁶Punto 2. Resumen del caso. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

¹²⁷Punto 18. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

demuestra que la intención de la conferencia fue la de proteger el derecho a la vida “desde el momento de la concepción”.

b) La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, promulgada para impulsar los altos fines de la Declaración y como un corolario de ella, da una definición del derecho a la vida en el artículo 4.1: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

En relación con el primer argumento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la breve historia legislativa de la Declaración no apoya el argumento de los peticionarios. En consecuencia, Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio¹²⁸.

En relación al segundo argumento la comisión entendió que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios¹²⁹.

¹²⁸Punto 19, h. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

¹²⁹Punto 30. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

Finalmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió que la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación de los artículos I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baby Boy Vs. Estados Unidos de América*, rechazó la solicitud de los peticionarios de declarar dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, que legalizaron el aborto sin restricción de causa antes de la viabilidad fetal, como violatorias de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Respecto a la interpretación del artículo I de la Declaración Americana, la Comisión desestimó el argumento de los peticionarios según el cual “el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción”, considerando que la Novena Conferencia Internacional Americana, al aprobar la Declaración Americana, enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio. En cuanto a la interpretación de la Convención Americana, la Comisión señaló que la protección del derecho a la vida no es absoluta. Consideró que la adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparecía repetida muchas veces en el documento de los peticionarios¹³⁰.

3.4. Conclusiones.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que cualquier aborto de un embarazo que sea producto de una violación, sin importar la salud mental de la

¹³⁰Punto 220. Sentencia caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro)*. (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

mujer, no es punible, tanto para la mujer como para la persona que cause la interrupción del embarazo. También que la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental y que la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, es un ataque contra sus derechos más fundamentales.

En el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aclara que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede, y que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonadotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

La Corte considera que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, y luego de un análisis de las bases científicas disponibles, que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, que es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. La Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-

Hochschild según el cual es fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa *proteger* el derecho a la vida de lo que significa *garantizar* el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica.

Capítulo 4. Supuestos de procedencia de la interrupción del embarazo.

En el presente capítulo final realizaremos una síntesis de los supuestos de procedencia contenidos en nuestra legislación nacional. En primer lugar los que tienen sus fuentes en el Derecho Penal, y luego los que se desprenden de fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina y de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuales brindan los elementos y conceptos, que debe tenerse en cuenta al momento de interpretar el marco convencional de jerarquía constitucional de nuestra Ley Suprema.

4.1. Supuestos de procedencia en el Código Penal Argentino.

El Derecho Penal tutela y garantiza la vida de la persona concebida en el seno materno y sus derechos antes del nacimiento con vida, esto se hace evidente en su articulado cuando prescribe penas de prisión o reclusión de tres a diez años, sin el consentimiento de la mujer¹³¹, y de uno a cuatro años con consentimiento de la misma¹³², a toda persona que causare un aborto a otra. Penas que se agravan de sobrevenir la muerte. También prevé penas de uno a cuatro años a la persona que causare su propio aborto¹³³.

En este código encontramos, además de las penas determinadas para cuando se tipifican estos delitos, situaciones que excluyen la sanción, denominadas causas de justificación, la cual evitan la imposición de una pena determinada en ciertos casos. Es así que nuestra legislación penal prescribe que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios¹³⁴, o cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, caso en el cual, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto¹³⁵.

¹³¹Inciso 1 Artículo 85. Código Penal Argentino.

¹³²Inciso 2 Artículo 85. Código Penal Argentino.

¹³³Artículo 88. Código Penal Argentino.

¹³⁴Inciso 1 Artículo 86. Código Penal Argentino.

¹³⁵Inciso 2 Artículo 86. Código Penal Argentino.

En el Derecho Penal argentino existe la posibilidad de interrumpir el embarazo sin que de esto derive su sanción cuando operan las causales de procedencia, las que funcionan como causas de justificación de este tipo de delito y evitan su penalidad. Es por esto que en el presente trabajo se entiende como aborto legal a las causas de procedencia contenidas en el inciso 1 y 2 del artículo 86 de nuestro Código Penal.

4.2. Los Supuestos de Procedencia según los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Suprema de Justicia Argentina en el caso F;A.L s/ medida autosatisfactiva determinó en su sentencia que cualquier aborto de un embarazo que sea producto de una violación, sin importar la salud mental de la mujer, no es punible, tanto para la mujer como para la persona que cause la interrupción del embarazo. También aclaró que: no obstante que el aborto ya se había realizado, se configuraba uno de los supuestos de excepción que, según su jurisprudencia, la autoriza a pronunciarse teniendo en cuenta que; el tiempo que implica el trámite judicial de cuestiones de esta naturaleza excede el que lleva su curso natural¹³⁶; que era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para la solución de futuros casos análogos¹³⁷; que estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino¹³⁸.

El 13 de Marzo del 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad y por el voto conjunto del Presidente Lorenzetti, de la Vicepresidenta Highton de Nolasco y de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni, y por los votos individuales de los jueces Petracchi y Argibay, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut de marzo de 2010. El voto mayoritario, firmando por los jueces de la Corte Suprema sentó tres reglas claras¹³⁹:

¹³⁶Punto 5.CSJN. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹³⁷Punto 5. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva” Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹³⁸Punto 6 y 7. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹³⁹Fuente: “La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados”. (2012/ 13/ 03). *Centro de Información Judicial*. Recuperado el 21/05/2019 de:

La primera: que la Constitución y los tratados de Derechos Humanos no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad¹⁴⁰. Entiende que resulta necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación, y a su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal¹⁴¹.

La segunda: que los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, debiendo practicarlos requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación¹⁴².

La tercera: que los jueces tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico¹⁴³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (fertilización in Vitro) Vs Costa Rica” considera que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, y luego de un análisis de las bases científicas disponibles, que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del mencionado artículo. Además, que es

<https://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>.

¹⁴⁰Punto 10, 11, 12, 15 y 16. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹⁴¹Punto 12. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹⁴²Punto 27. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹⁴³Punto 22 y 29. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general¹⁴⁴.

Por otra parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baby Boy vs Estados Unidos de América”, rechazó la petición formulada por el Sr. Gary Potter, Presidente de Catholics for Christian Political Action¹⁴⁵. Según la petición, la víctima identificada como Baby Boy fue muerta por proceso de aborto (histerectomía), ejecutado por el Dr. Kenneth Edelin, M.D., en violación del derecho a la vida reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aclarado por la definición y descripción de “derecho a la vida” que consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴⁶.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baby Boy vs Estados Unidos de América” resolvió que los peticionarios admiten que la Declaración no elabora “cuándo comienza la vida”, “cuándo el producto de la concepción se convierte en un ser humano” u otras cuestiones. Sostiene que la breve historia legislativa de la Declaración no apoya el argumento de los peticionarios. En consecuencia, Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio¹⁴⁷. En este sentido también entiende que la

¹⁴⁴Punto 264. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁴⁵Punto 1. Resumen del caso. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

¹⁴⁶Punto 2. Resumen del caso. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

¹⁴⁷Punto 19, h. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios¹⁴⁸.

4.3. Supuestos de procedencia en la ley Nacional de Salud Sexual y Reproductiva. y en el Protocolo para la Atención Integral de Personas con Derecho a la Interrupción del Embarazo.

El Estado argentino reconoció los derechos reproductivos y derechos sexuales como derechos humanos mediante la incorporación de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1994¹⁴⁹ a la Carta Magna mediante el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional (CN). Los Derechos Sexuales y Reproductivos buscan garantizar que las personas puedan tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva con libertad, confianza y seguridad, que en su faz interna esta asociada al cuerpo, la mente, la espiritualidad, las emociones y la salud; y externamente al contexto social, histórico, político y cultural¹⁵⁰. Como consecuencia de este reconocimiento fue promulgada en el año 2002 la Ley argentina 25.673 sobre el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, la cual promueve la creación de un programa específico de salud pública en el ámbito del Ministerio de Salud.

En abril de 2015 el Ministerio de Salud de Nación aprobó una guía en la cual se determina cómo deben actuar los equipos de salud ante la solicitud de una persona que desea interrumpir su embarazo que este dentro de lo que regula el artículo 86 del Código Penal como Aborto No Punible¹⁵¹. Actualmente, de acuerdo con el artículo 86 del Código Penal y

¹⁴⁸Punto 30. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

¹⁴⁹Artículo 12 y 14 inciso 2b Convención Contra todas las formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.

¹⁵⁰Fuente: Que y cuales son los derechos sexuales y reproductivos. *Fundación Húésped*. Recuperado el 15/05/2019 de: <https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/que-son-y-cuales-son/>.

¹⁵¹Protocolo para la Atención de Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo 2015.

la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F;A.L” de 2012¹⁵², las personas tienen derecho a la interrupción legal del embarazo cuando este represente un peligro para la vida o la salud de la mujer y este peligro no puede ser evitado por otros medios¹⁵³; Si proviene de una violación¹⁵⁴.

4.4. Conclusiones.

Dentro de nuestra legislación penal se admite la interrupción del embarazo en ciertos casos 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, también en caso de violación de una mujer idiota o demente. Con respecto a esta última situación, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que cualquier aborto de un embarazo que sea producto de una violación, sin importar la salud mental de la mujer, no es punible, tanto para la mujer como para la persona que cause la interrupción del embarazo, por lo cual era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para la solución de futuros casos análogos¹⁵⁵ debido a que estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino por no respetar al marco convencional de jerarquía constitucional de nuestra Carta Magna¹⁵⁶.

Según la Corte Interamericana, el embrión no puede ser entendido como persona, y la “concepción” tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4.1 de la Convención. Además, que es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general¹⁵⁷ y que las implicaciones jurídicas

¹⁵²C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹⁵³Inciso 1 Artículo 86, Código Penal Argentino.

¹⁵⁴Inciso 2. Artículo 86. Código Penal Argentino.

¹⁵⁵Punto 5. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva” Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹⁵⁶Punto 6 y 7. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹⁵⁷Punto 264. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”¹⁵⁸.

¹⁵⁸Punto 30. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

Conclusiones finales.

Para finalizar el presente Trabajo Final de Grado, elaboraremos las conclusiones generales tratando de contestar a nuestro interrogante inicial: ¿Cuales son las causales que autorizan el aborto en nuestra legislación, y que posibilidad existe de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico, la Interrupción Voluntaria del Embarazo, entendida esta, como nuevas causales de procedencia, fundamentadas en el Derecho a la Vida y el respeto de la Dignidad Humana, la salud mental, sexual y reproductiva?

En el estado actual de nuestra legislación y jurisprudencia encontramos excepciones que determinan situaciones en las cuales se autorizan la práctica de interrupción de un embarazo de manera amparada por la ley. Esto ocurre cuando operan las llamadas causas de justificación o fundamentos de justificación, las cuales consisten en la descripción de acciones y circunstancias en determinadas situaciones de hecho y de derecho que producen el efectos de eliminar la antijuricidad de una acción típica (Fontan Balestra, 2000).

Para que se pueda hablar de un hecho justificado, la acción debe reunir todas las exigencias objetivas contenidas en un tipo penal, más las que prevé el fundamento de justificación. Por eso, la acción típica es y, le es siempre, una parte del hecho justificado (Fontan Balestra, 2000, p .259).

Dentro de todo lo analizado en esta investigación, hemos visto que en el artículo 86 de nuestro código penal se describen situaciones de hecho y de derecho que eliminan la antijuricidad del delito de aborto. Entre ellas el inciso primero, que determina que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y el inciso segundo, 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 relación al inciso segundo del artículo 86 de nuestro actual código penal es fundamental apuntar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país,

ultimo interprete de nuestro ordenamiento jurídico, ha aclarado en el fallo F;A.1 s/ Medida autosatisfactiva, que de dicho articulo debe entenderse que cualquier aborto de un embarazo que sea producto de una violación, sin importar la salud mental de la mujer, no es punible, tanto para la mujer como para la persona que cause la interrupción del embarazo, interpretación que encuentra fundamentos en el marco convencional de Derechos Humanos de nuestra Constitución Nacional¹⁵⁹, en especial en protección de la dignidad de la persona humana y en defensa de sus derechos personalísimos, derivado de la consecuencia de un abuso sexual, delito gravemente ultrajante de la dignidad de cualquier persona, lo cual exige una reparación inmediata debido a su alta gravedad y sus peligrosas consecuencias para la vida de la victima¹⁶⁰.

Ahora ya aclarado en los párrafos precedentes de esta conclusión cuales son en el estado actual de nuestra legislación y jurisprudencia las causales que autorizan la realización de un aborto, pasaremos a responder la segunda parte de nuestro interrogante principal, en el que analizaremos que otras situaciones podrían ser incorporadas como nuevas causales de justificación, fundamentadas también en marco convencional de la Constitución Nacional, y de los fallos y recomendaciones de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, interpretes de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco de la OEA.

El inciso primero del artículo 86 de nuestro Código penal determina que no es punible el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, 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. Por un lado el riesgo de vida implicaría la posibilidad de muerte de la persona gestante como justificante de la practica abortiva, por otro no queda del todo claro en la segunda parte de el mencionado inciso que debe entenderse por riesgo de la salud de la madre, y es aquí donde de abre el primer interrogante, el cual se refiere a como se debe interpretar el concepto de salud como justificante del aborto.

¹⁵⁹Punto 10 y 18. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva” Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

¹⁶⁰Punto 15 y 16. C S J N. “F;A.L. s/medida autosatisfactiva” Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).

Entre los derechos mas fundamentales que poseen los seres humanos encontramos el derecho a la salud, habría que ver en primer lugar cual el alcance e interpretación que se debe dar a este concepto, que se debe entender por salud, y en que situaciones y circunstancias este derecho fundamental podría actuar como causa de justificación que no atente con otro derecho humano fundamental como es el derecho a la vida. O si se quiere, también, en que situaciones la obligación de proteger la salud de la madre es mas importante que la protección del embrión o de la persona por nacer.

Otro punto importante que surge de esta investigación y relacionado con estos derechos anteriormente mencionados, son el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros C/ Estado de Costa Rica y la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Baby Boy c/ Estados Unidos de América. En el fallo de la Corte se establece al igual que en la resolución de la Comisión que la protección del Derecho a la vida del embrión no es absoluta¹⁶¹, sino gradual e incremental según el grado de su desarrollo¹⁶² y que, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que derecho a la vida estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, con lo cual las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”¹⁶³.

La resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observa que la Declaración Americana no elabora “cuándo comienza la vida”, “cuándo el producto de la concepción se convierte en un ser humano” u otras cuestiones¹⁶⁴. En el Fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos se aclara en cierta medida el concepto de “concepción”

¹⁶¹Punto 311. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁶²Punto 253, 256 y 264. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁶³Punto 30. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

¹⁶⁴Punto 18 y 19 inciso H. Resolución del caso Baby Boy Vs Los Estados Unidos de América. (06/03/1981). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 06/03/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

contenido en el artículo 4.1 de la Convención Americana, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, determinando que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero materno¹⁶⁵. Además, el Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual es fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa *proteger* el derecho a la vida de lo que significa *garantizar* el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica¹⁶⁶.

En el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se aclara que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede, y que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonadotropina Coriónica” que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación¹⁶⁷.

Para finalizar estas conclusiones sostendremos que la posibilidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico, la Interrupción Voluntaria del Embarazo, entendida esta, como nuevas causas de justificación fundamentadas en el Derecho a la Vida y el respeto de la Dignidad Humana, la salud mental, sexual y reproductiva, dependerá por un lado en cada caso en particular del análisis del nivel de desarrollo del embrión dentro del útero materno y de la producción de la hormona denominada “Gonadotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella, ya que antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

¹⁶⁵Punto 187 y 189. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁶⁶Punto 187 y 311. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

¹⁶⁷Punto 187. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

Los argumentos mostrados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclara un poco más lo que debe entenderse por concepción, a través del análisis de las bases científicas disponibles, lo que no queda del todo aclarado es el momento desde que momento después de producida la concepción estamos ante la presencia de una Persona Humana y no una potencial persona, resaltando en este sentido que el Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual es fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa *proteger* el derecho a la vida de lo que significa *garantizar* el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica¹⁶⁸.

¹⁶⁸Punto 311. Sentencia caso Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro). (20/11/2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.

Bibliografía.

Doctrina.

- BECERRA FERRER. HARO. GENTILE. HERNANDEZ. MOONEY. VALEZ. ARMELLA. BARRERA BUTILER. GHIBAUDO. GODOY. LOPEZ AMAYA. ROSSETI. BARONE. BRUGGE. ISSA. ORTIZ. ROSTAGNO. VIDAL. (1995). *Manual de Derecho constitucional, tomo I.* (2ª Ed). Córdoba, Argentina. Editorial Advocatus.
- BUTELER CACERES, José. (2000). *Manual de Derecho Civil. Parte general.* Córdoba, Argentina. Editorial Advocatus.
- CAMPAÑA NACIONAL POR EL DERECHO AL ABORTO LEGAL, SEGURO Y GRATUITO. (2017/21/05). *Proyecto. Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito.* Recuperado el 21/09/2018 de: <http://www.abortolegal.com.ar/proyecto-de-ley-presentado-por-la-campana/>.
- CATTANEO, V y SUAREZ, N. (2017/03). *Ley nacional de salud sexual y procreación responsable N° 25673 y decreto reglamentario 1282/ 2003.* (Versión Electrónica), *Diccionario enciclopédico de la legislación sanitaria argentina del Ministerio de Salud de la Nación.* Recuperado el 23/09/2018 de: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/ley-nacional-de-salud-sexual-y-procreacion-responsable-no-25673-y-decreto-reglamentario>.
- CATTANEO, LEONE, MUSACCHIO y WASYIYK FEDYSZAK. (2017). *Derechos sexuales y derechos reproductivos de las personas con discapacidad.* Recuperado 15/05/2019 de: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derechos-sexuales-y-derechos-reproductivos-de-las-personas-con-discapacidad>.
- CENTRO DE INFORMACION JUDICIAL. (2012/13/03). *La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados.* Recuperado el 21/05/2019 de: <https://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>.
- CIFUENTES, S. (1995). *Los derechos personalísimos.* (2ª Ed). Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

- CIFUENTES, S. (1999). *Elementos de Derecho civil, parte general*. (4ª Ed). Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES. (2012/28/11). *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica..* Recuperado el 20/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/caso-artavia-murillo-y-otros-fecundacion-in-vitro-vs-costa-rica/>.
- EL PAIS. (2012/12/21). *Costa Rica, condenada por prohibir la fecundación in vitro.* Recuperado el 22/05/2019 de: https://elpais.com/internacional/2012/12/21/actualidad/1356055534_630622.html.
- FERNANDEZ, M. (2015/24/06). *Aborto no punible: Nuevo protocolo para garantizar el acceso. La Voz.* Recuperado el 23/09/2018 de: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/aborto-no-punible-nuevo-protocolo-para-garantizar-el-acceso>.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. (2000). *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo-Perrot.
- FUNDACION HUSPED. *Que y Cuales son los Derechos Sexuales y Reproductivos.* Recuperado el 15/05/2019 de: <https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/que-son-y-cuales-son/>.
- GAMBOA, Ramón. (1996). *Derecho Constitucional y Federal*. San Miguel de Tucumán, Argentina. Editorial El Graduado.
- GOMEZ HAISS, Dante. (2017/13/10). *La salud como derecho humano y social de primer orden.* Recuperado 12/05/2019 de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/04/12/la-salud-como-derecho-humano-y-social-de-primer-orden/>.
- LA NACION. (2018/10/08). *Aborto: “Tras un debate histórico el senado rechaza la legalización”.* Recuperado el 20 /09/ 2018 de: <https://www.lanacion.com.ar/politica/aborto-tras-un-debate-historico-el-senado-rechazo-la-legalizacion-nid2160706>.
- LAMM, Eleonora. (2017). *Derechos personalísimos: su novísima recepción legal en el CCyCN. Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina.*

Recuperado el 15/05/2019 de: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derechos-personalisimos-su-novisima-recepcion-legal-en-el-ccycn>.

- LA VOZ. (2015/24/06). *Aborto no punible: Nuevo protocolo para garantizar el acceso*. Recuperado el (23/09/2018) de: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/aborto-no-punible-nuevo-protocolo-para-garantizar-el-acceso>.

- LA VOZ. (2018/ 18/12). *Aborto no punible: qué dicen el Código Penal y el fallo F.A.L.* Recuperado el 21/05/2019 de: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/aborto-no-punible-que-dicen-codigo-penal-y-fallo-fal>.

- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. (1995). *Tratado de Derecho Civil-Parte General. Tomo I'*. (16ª Ed). Buenos Aires, Argentina. Editorial Perrot.

- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2002/10/30). Programa Nacional de Salud Sexual. *Infoleg*. Recuperado el 20/09/2018 de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79831/norma.htm>.

- MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE LA NACION. *Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*. Recuperado el 15/05/2019 de: <https://www.argentina.gob.ar/salud/saludsexual/derechos>.

- NIKKEN, Pedro. (2010). *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*. XXVIII Curso Interdisciplinario del IIDH Recuperado el 11/05/ 2019 de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>.

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Derechos Humanos*. Recuperado el 10/05/2019 de: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

- PEYRANO, Guillermo. (2003). *El Derecho a la vida y el comienzo de la vida humana*. Rosario, Argentina. Centro de Estudios Interdisciplinarios de los Derechos de la Personalidad de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

- PIQUÉ, María. (2013). Artículo 4. Derecho a la Vida. En E. Alonso Regeira (Ed.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino* (pp. 39-62). Buenos Aires, Argentina. La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho.

- SAGASTUME GEMMELL, Marco A. (1991). *Que son los Derechos Humanos: Evolución Histórica*. Guatemala. Editorial Ministerio de Gobernación.
- HERNANDEZ SAMPIERI, FERNANDEZ COLLADO Y BAPTISTA LUCIO. (2006). *Metodología de la investigación*. (4ª Ed). D.F, México. Editorial McGraw-HILL/ INTERAMERICANA EDITORES S.A.
- YBARRA, G. (2018/10/08). *Aborto: Tras un debate histórico el Senado rechazo la legalización*. *La Nación*. Recuperado el 20/09/2018 de: <https://www.lanacion.com.ar/2160706-aborto-tras-un-debate-historico-el-senado-rechazo-la-legalizacion>.
- YUNI, J. y URBANO, C. (2003). *Técnicas para Investigar y Formular proyectos de investigación*. Córdoba, Argentina. Editorial Brujas.

Legislación.

- Constitución Nacional Argentina.
- Código Civil y Comercial Argentino.
- Código Penal Argentino.
- Ley 25673, año 2002.
- Ley 24.658 de 1996.
- Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo año, 2015.
- Proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo año, 2018.
- Dictamen de Consenso de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina, Julio 2018.

Instrumentos Internacionales.

- Constitución de la Organización Mundial de la Salud 1948.

- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1948.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948.
- Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos 1993.
- Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979.
- Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.
- Convención Internacional de Viena, 1980.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

Jurisprudencia.

- C I D H. “Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica”. Recuperado el 22/05/2019 de: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Artavia-Murillo-vs.-Costa-Rica.pdf>.- (sentencia fecha 28/11/2012).
- C S J N. “F.,A.L. s/medida autosatisfactiva”. Fallo N° 259. Recuperado el 26/02/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46273.pdf> (Sentencia de fecha: 13/03/2012).
- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Baby Boy Vs Estados Unidos de América. Resolución N° 23/81. Fecha 06/03/1981. Recuperado el 06/06/2019 de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf.

