

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN



“ABORTO NO PUNIBLE”

- AUTOR: Garnica, María Belén
- CARRERA: Abogacía
- AÑO: 2015

RESUMEN

El aborto es considerado por nuestro ordenamiento jurídico un delito contra las personas. Tal es así, que el Código Penal Argentino lo regula en su artículo 85, dejando en claro que la protección de la vida humana va desde no sólo el nacimiento de las personas hasta su muerte, sino que tiene su punto de partida desde la concepción. Se define *aborto* a la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o por un tercero, con o sin su expulsión del seno materno. En nuestro país, sólo es posible practicarse un aborto legal en tres casos, estipulados en el artículo 86 del Código Penal. El primero de ellos, permite la realización de la interrupción del embarazo cuando la vida o la salud de la madre esté en peligro, y el segundo, cuando el embarazo provenga de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Estos dos incisos, han generado un amplio debate que va más allá de la cuestión social instalada, ya que en el momento de querer practicarse un aborto legal, la interpretación y alcance de los mismos no tiene una tesis en común, provocando de esta manera jurisprudencias distintas y poniendo a la mujer, el embarazo y a principios del Derecho Penal en riesgo.

ABSTRACT

Abortion is considered an offense by our Legal System. Such is the case that the Argentine Penal Code regulates it in its Article 85, which states that human life consists not only on the birth of persons till their death but it also has its point of departure in the conception. Abortion is defined as the deliberate ending of a pregnancy by removing a foetus from the mother's womb, caused by the mother or a third party. In our country, legal abortion is only possible in three instances that are stated in the article 86 of the Penal Code. One of the instances states that the termination of a pregnancy is allowed when the mother's life or health is threatened. As regards the second one, it declares that the termination of a pregnancy can be possible when the pregnancy is a consequence of a rape or an affront to a sexual molestation to an insane or idiot woman. These two sections has brought about a wide controversy that goes beyond the social issue since, at the time of carrying out a legal abortion, the interpretation and significance do not have a common proposition; which arouses different jurisdictions and threatens the woman, the pregnancy and principles of the Criminal Law.

INDICE

INTRODUCCIÓN **7**

CAPÍTULO I: NOCIONES CONCEPTUALES

1) Etiología – Concepto de Aborto	12
2) Bien jurídico protegido	12
3) Teorías de la concepción	13
4) Presupuestos del aborto	14
5) Elementos del aborto	14
a) Embarazo de la mujer	14
b) Muerte del feto causado por la madre o un tercero	14
c) Dolo del autor, sea la madre o un tercero	15
6) Consumación y tentativa	15
7) Tipos de aborto	16
a) Aborto causado por un tercero	16
b) Aborto causado por la mujer	16
c) Aborto preterintencional	16
d) Aborto profesional punible	17
e) Aborto profesional impune	17

CAPÍTULO II: ALCANCE INTERPRETATIVO DEL ARTICULO 86 DEL CODIGO PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL Y SOCIOLOGICO

1) Código Penal	19
a. Antecedentes	19
b. Descripción del artículo 86 del Código Penal	20
2) Análisis legal	20
I. Supuestos de procedencia. Doctrina	20
a) Artículo 86 inciso 1º	20
b) Artículo 86 inciso 2º	22
• Problema de la ambigüedad sintáctica. Posturas	22
3) El problema valorativo	24
I. Conflicto de principios estrictamente legales	24
a) Principio de legalidad	24
b) Principio de reserva	26
II. Derechos fundamentales en pugna	27

a) Derecho a la vida	27
b) Derechos de la mujer	28
• Derecho a la salud y a la atención medica	28
• Derecho a la no discriminación; derecho a la igualdad	29
• Derecho a la información	30
• Derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos	30
• Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico	31
• Derecho a la libertad religiosa y de conciencia	31
III. Discusión valorativa en el ámbito social. Posturas	32
a. Movimientos a favor del aborto: Pro-elección	32
b. Movimientos en contra del aborto: Pro- vida	34

CAPÍTULO III: DERECHO COMPARADO

1) América del Sur. Países	35
a) Venezuela	35
b) Guyana	36
c) Surinam	36
d) Colombia	36
e) Ecuador	37
f) Brasil	37
g) Bolivia	37
h) Paraguay	38
i) Chile	38
j) Uruguay	38
2) Resoluciones de Organismos Internacionales	40
a) Europa	40
✓ Polonia	40
✓ S.T.D.E.H., “ <i>Tysiac vs Polonia</i> ” (2007)	40
b) América del Norte	43
• México	43
• C.I.D.H., “ <i>Paulina de Carmen Jacinto vs México</i> ”(2007)	43
c) América del Sur	45
• Perú	45
• C.E.D.A.W., “ <i>L.C vs Perú</i> ” (2011)	46

CAPÍTULO IV: ABORTO NO PUNIBLE EN ARGENTINA

1) Requisitos	48
a) Peligro para la vida o la salud de la madre	48
b) Demencia	48
c) Idiotez	49
d) Violación	49
2) Jurisprudencia Argentina. Análisis de los fallos	53
a) S.C.B.A “C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico” (2005)	53
• Hechos	54
• Importancia	55
b) S.C.B.A “R., L.M., ‘NN Persona por nacer. Protección. Denuncia ’” (2006).	57
• Hechos	57
• Importancia	60
c) C.S.J.N. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (2012)	61
• Hechos	61
• Importancia	64
3) Realidad social del Aborto en Argentina	67
<u>CONCLUSIÓN</u>	<u>68</u>
<u>REFERENCIAS</u>	<u>71</u>
<u>ANEXO</u>	<u>72</u>

INTRODUCCIÓN

El aborto en Argentina, es considerado un delito contra las personas preceptuado específicamente en el artículo 85 del Código Penal. Desde el punto de vista jurídico se define como la interrupción del embarazo de una mujer por la muerte del feto ya sea causada por la propia madre o por un tercero, con o sin su expulsión del seno materno.

Si bien esta práctica se encuentra prohibida, nuestro país admite la despenalización en tres casos excepcionales, reglamentados en el artículo 86, a saber: cuando esté en peligro la vida o la salud de la madre, cuando el embarazo sea producto de una violación y cuando la embarazada sea mentalmente discapacitada (idiota o demente). Éstos, encuadran la figura de Aborto No Punible, que presenta ciertas controversias actualmente, ya que existen distintas interpretaciones sobre el alcance del mismo, generando posteriormente variedad en las decisiones de la Jurisprudencia Argentina.

El Derecho Penal, a su vez, contiene como máximo exponente regulador el principio de legalidad, que establece como única interpretación de la ley penal lo que textualmente está escrita en ella, brindándole de esta forma seguridad jurídica. El problema radica, cuando existen figuras como en este caso, el Aborto No Punible, en donde la ley presenta diferentes interpretaciones, poniendo en duda, si estos principios reguladores se encuentran en riesgo o no.

La temática refleja un grado de complejidad importante, porque los derechos, bienes jurídicos y principios en juego son fundamentales. Constituye un verdadero analizador social, ya que al ser un tema prioritario de salud pública, pone en cuestión problemas como: el control social sobre el cuerpo de las mujeres, la violación de los Derechos Humanos (que tienen jerarquía Constitucional), la Morbi-Mortalidad materna, la perpetuación de los

estereotipos de género, la intrusión de las jerarquías eclesiásticas en las instituciones y la construcción social de la maternidad.¹

Es por esto que en la presente investigación tiene como objetivos generales el análisis de los problemas interpretativos y valorativos que se manifiestan en el artículo 86 del Código Penal Argentino, como así también, cuales son los principios en conflictos que se manifiestan en la jurisprudencia de la República Argentina. De esto se deriva, a que los objetivos específicos tengan que ver con el análisis de diferentes cuestiones como son: la regulación del aborto no punible en el Código Penal, las diferentes interpretaciones que se le da a la norma desde el punto de vista legal y social, los fallos de los Tribunales Superiores y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como así también, la investigación y desarrollo de cuáles son los principios legales y derechos en pugna que se asientan en el tema.

Para eso, se estudiara a fondo todo lo relacionado con el Aborto No Punible. Desde los conceptos básicos para su entendimiento, la comparación de esta problemática con legislaciones de algunos países latinoamericano, las resoluciones de organismos internacionales, hasta el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación “*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*” (2012) que es primordial en los avances sobre esta materia.

En cuanto al marco metodológico, el presente trabajo se define como tipo de estudio descriptivo. Son exigencias propias de los estudios descriptivos: saber con precisión qué características o atributos del objeto van a ser medidos, haber definido la población y la muestra adecuada a los objetivos del estudio, elaborar o definir las técnicas de recolección y análisis de los datos. (Rut Vieytes, 2004, pág. 94). Este tipo de estudio el más adecuado en cuanto que se pretende describir en profundidad los cambios que trajeron aparejados los siguientes fallos en cuanto al Aborto No Punible: S.C.B.A “*C.P.D.P., A.K. Autorización de*

¹ Recuperado de: www.plataforma2012.org.ar/index.php/documentos/29-pronunciamento-aborto-no-punible-y-aborto-legal-documento-completo

aborto terapéutico” (2005); S.C.B.A “R., L.M., ‘NN Persona por nacer. Protección. Denuncia’” (2006) y “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” – C.S.J.N. (2012).

La estrategia metodológica a utilizar será la cualitativa. La misma está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de algún fenómeno o situación (Sampieri, 2006, pág. 26). Se procederá a recabar datos e información sobre la temática de estudio, sobre diferentes perspectivas y puntos de vista sin efectuar ninguna medición numérica o análisis estadístico en particular, con el solo objeto de comprender el instituto del aborto No Punible y como se aplica éste en los fallos de los Tribunales Superiores y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las fuentes de información son todos aquellos instrumentos o recursos que nos aportan información sobre determinado tema. Las fuentes de información pueden clasificarse en fuentes primarias, fuentes secundarias y fuentes terciarias o de referencias generales (Yuni y Urbano, 2003). El presente trabajo se llevará a cabo mediante la utilización de las siguientes fuentes:

- Fuentes Primarias: son las fuentes directas de información, originales, de primera mano; en este caso particular, se trata de todos los fallos, sentencias y legislación relativos a la temática elegida. Se procederá a trabajar principalmente con el Código Penal y sus leyes; también con fallos de los Tribunales Superiores y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Fuentes Secundarias: son aquellas que comentan, sintetizan o analizan las fuentes primarias de información. En este trabajo se utilizarán como fuentes secundarias libros que contengan elaboraciones doctrinarias o que traten el tema objeto de estudio fijando posición sobre el mismo, como así también diversos comentarios a fallos y artículos de revistas especializadas en derecho. Las utilizadas fueron: *Diario Judicial* y *Justo de voz*.

- Fuentes Terciarias: son aquellos instrumentos que se basan en las fuentes secundarias; en esta investigación se consultarán específicamente libros o manuales que expliquen y analicen las diversas posiciones doctrinarias sobre la materia. Las utilizadas fueron:

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

- Fontan Balestra Carlos (1998), *Derecho penal: parte especial*. (15ª Ed.) Actualizado por Ledesma Guillermo A. C. Argentina: Abeledo-Perrot.

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

- Buompadre J. E. (2000), *Derecho penal - parte especial - tomo I*. Argentina: Nave.

- Balcarce Fabian (2011) *Derecho penal- parte especial*. Córdoba: Advocatus

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

- Gimenez, Oscar Marcelo (2006) *Despenalización del aborto: Entre la Religión y el Estado*. Córdoba: Lerner

- Creus C. (1992), *Derecho penal - parte especial*, (3ª Ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

Para realizar la presente investigación se utilizará como técnica de recolección de datos principalmente la técnica de observación de datos y documentos, analizando las fuentes primarias y secundarias mencionadas anteriormente para dar cuenta del instituto del Aborto No Punible.

En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizarán preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido, en cuanto que las mismas nos permitirán

interpretar adecuadamente las condiciones previstas por la ley para el otorgamiento del instituto, como así también, el análisis de la jurisprudencia, detectando la evolución de las soluciones dentro de una misma jurisdicción a través del tiempo las dificultades y particularidades que se presentan en su aplicación práctica por parte de los Tribunales Superiores y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

CAPITULO I: NOCIONES CONCEPTUALES

1) Etiología – Concepto de Aborto

Etimológicamente la palabra aborto proviene del latín abortus: *ab*, que significa “privación o separación de un límite” y *ortus*, que significa “nacimiento”. Es decir “sin nacimiento”

Desde el punto de vista jurídico aborto se define como la interrupción del embarazo de una mujer por la muerte del feto ya sea causada por la propia madre o por un tercero, con o sin su expulsión del seno materno. (Nuñez, 1976)

Para Buompadre (2000), es la interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del ovulo.

Según Donna (1999), la esencia de este delito está desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto.

2) Bien jurídicamente protegido

Este instituto principalmente y de manera esencial lesiona el derecho a la vida de un ser. Este implica la destrucción de una vida definitivamente adquirida al que nuestra legislación civil le reconoce en sus artículos 63 y 70, calidad de persona. (Nuñez, 1976)

El objeto de la protección penal es la vida del feto, que es concebido pero no nacido. Éste, es una esperanza de vida humana, que se convertirá en tal cuando el proceso de gestación termine y comience el nacimiento. La ley tutela la vida del feto, independientemente de la vida de la madre. (Balestra, 1998)

La fecundación extracorporea o in vitro (FIV) se realiza en probeta en la que se mezclan los gametos masculinos con los femeninos. Antes de que sean trasplantados al útero de la mujer, no cuenta con protección jurídico penal que brinda la figura del aborto, esto se da debido a que la destrucción de esos óvulos no se ha operado en el seno de la madre ni

expulsados de él prematuramente. Una interpretación contraria se opondría al principio de reserva penal. (Nuñez, 1976)

3) Teorías de la concepción

Para Barcarse (2011), existen tres tesis sobre lo que se entiende por concepción, estas son: la *tesis estricta*, la *tesis de la anidación* y la *tesis del embrión*.

La *tesis estricta*, también llamada “*de la fecundación*”, sostiene que el resguardo penal surge desde el momento de la concepción, esto quiere decir, a partir del momento en el que fecunda el ovulo por el espermatozoide. Esta teoría es la que predomina en nuestro país, que está sustentada por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y seguida por autores como Nuñez, Reinaldi, y Laje Anaya, entre otros.

La *tesis de la anidación*, establece que la vida del feto comienza cuando anida el ovulo fecundado en el útero materno, que sería aproximadamente a los 14 días de la fecundación. Ésta es la postura que siguen autores como Donna y Buompadre.

Y por último, la *tesis del embrión* se considera la más amplia ya que, quienes sostienen esta postura, establecen que la vida del feto comienza a partir de su constitución como vida humana en formación, que ocurre aproximadamente en el tercer mes o 12 semanas de gestación. Este es el periodo de tiempo del cigoto para desarrollarse y formar el embrión que finalmente se transformará en feto.

En el seno de la Convención Constituyente de 1994, con el objetivo de terminar con las discusiones al respecto, se utilizó en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional el término “embarazo” que comprende el periodo que comienza con la concepción-fecundación o concepción-anidación según la posición que se trate. (Nuñez, 1976)

4) Presupuestos del aborto

Según Buompadre (2000), los presupuestos del aborto son dos, estos son:

El *estado de embarazo*, es decir, debe existir una mujer realmente embarazada, lo cual presupone la existencia de un feto. El estado de preñez, existe desde el momento en el que el semen viril fecunda el ovulo femenino y éste anida en la matriz. Con respecto al segundo supuesto,

Y la *vida y muerte del feto*, es decir, el feto debe estar con vida al momento en que se producen las maniobras abortivas, que posteriormente causan su muerte.

5) Elementos del Aborto

a) El embarazo de la mujer

No existe aborto si se impide la fecundación o se destruye una mola (huevo patológico o degenerado). Se configura un delito imposible por idoneidad del objeto aquella maniobra abortiva que se practica una mujer que no está embarazada (ya sea porque no había concebido o por que el feto había muerto con anterioridad). (Nuñez, 1976)

b) Muerte del feto causado por la madre o por un tercero

Puede emplearse un medio físico, químico, una influencia síquica, hasta es posible la comisión de este delito por omisión de la mujer o un tercero. Lo exigible es que el medio utilizado haya causado el aborto, es decir, cuando la muerte del feto ha derivado del empleo o administración del medio abortivo, sin que medie otra fuente causal independiente y preponderante. (Nuñez, 1976)

c) El dolo del autor, sea la madre o un tercero

Quien realizase el aborto tiene que haber obrado con el propósito de causar el aborto. Si se hubiese realizado sin que exista una intención directa de abortar, en el caso de la mujer no es punible. Si por el contrario, en ese caso el tercero no es punible a título de aborto provocado, pero si a puede serlo a título preterintencional. (Nuñez, 1976)

6) Consumación y tentativa

“El delito se consuma en el momento de ser destruida la vida intrauterina que es el objeto de la tutela penal” (Balestra, 1998, p.68)

Sin importar el tipo que se trate, el aborto se consuma con la muerte del feto, es decir, cuando el feto carece de potencialidad vital natural o mantenida artificialmente. Con respecto a la tentativa, sólo el aborto causado a propósito por un tercero admite tentativa punible. El aborto causado por la propia madre la admite pero no es punible, fundamentándose en que sin haber logrado el efecto buscado, queda en la intimidad de la mujer o de su ámbito. Por otro lado, es punible la mujer que consiente a un tercero para que le aplique una maniobra abortiva, aunque no tenga éxito. Los cómplices de la tentativa de la mujer no son punibles. (Nuñez, 1976)

7) Tipos de aborto

a) Aborto causado por un tercero

El aborto causado por un tercero puede ser realizado con o sin consentimiento de la mujer. Sin su consentimiento es más grave que el causado con su consentimiento. Se considera que la mujer presta consentimiento cuando expresa o tácitamente acepta ser sometida a las maniobras abortivas por parte del tercero y se requiere para que sea válido que la mujer tenga capacidad para ser penalmente imputable, es decir, para responder penalmente por el delito que consiente. Si la mujer es inmadura o incapaz de entender o querer o éste se haya logrado por violencia o fraude, es inimputable y el aborto se considera no consentido. Esta clase de aborto se agrava si el hecho fuere seguido de la muerte de mujer. En el caso que fuera no consentido, la pena de reclusión o prisión podrá elevarse en su máximo hasta quince años. Si fue consentido, la pena máxima se elevara a seis años. (Nuñez, 1976)

b) Aborto causado por la mujer

La mujer causa su propio aborto si realiza los actos consumativos de la muerte del feto. Subjetivamente, requiere el propósito de llevarlo a cabo. A su vez, si existiese la participación de un tercero como coautor de esos actos convierte al hecho en un aborto consentido por la mujer. Pero el aborto provocado por la propia mujer es factible con actos de complicidad de terceros. El código Penal lo reprime con pena menor que la del aborto causado por un tercero sin consentimiento de la mujer y con la misma pena que el consentido por ella, el cual queda plasmado en su artículo 88. (Nuñez, 1976)

c) Aborto preterintencional

Se considera aborto preterintencional cuando con violencia se causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de la paciente fuere notorio o le constare. Solo puede ser autor un tercero. Se entiende por violencia al despliegue de energía física contra la mujer, que no necesariamente tiene que ser sobre su cuerpo. Implica desde golpearla hasta utilizar en su contra vías de hecho que no la alcanzan, y también el uso de medios hipnóticos o narcóticos. A su vez, es notorio si, por su exteriorización, se puede advertir sin esfuerzo alguno. Al tercero le consta el embarazo si tiene certeza de que la mujer ha concebido. (Nuñez, 1976)

d) Aborto profesional punible

Este tipo de aborto recae específicamente en médicos, cirujanos, parteras y farmacéuticos. Se configura cuando uno de éstos, abusando de su ciencia o arte, causare un

aborto o cooperare en cualquier medida a causarlo. El profesional abusa de su ciencia o arte si, sin necesidad o finalidad terapéutica, causa o coopera a causar el aborto. Se pena de igual forma que al autor de un aborto provocado, consentido o no consentido por la mujer, y además deberán sufrir inhabilitación por el doble tiempo que el de la condena. La inhabilitación tiene dos objetivos: castigar por la violación al deber profesional dado el abuso cometido y a la vez, es un resguardo ante posibles reiteraciones. (Nuñez, 1976)

e) Aborto profesional impune

Según lo establecido en el Código Penal, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible en los siguientes casos:

a) 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 pudo ser evitado por otros medios menos dañosos.

Este es el caso del aborto necesario o terapéutico, que es justificado por que es indispensable para salud o la vida de la madre. Esa indispensabilidad queda bajo el criterio del profesional interviniente, que su no justificación por algún criterio médico. (Nuñez, 1976)

b) 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.

Este es el caso del aborto eugenésico, que se practica “a los fines del perfeccionamiento de la raza”. Es decir, que su justificación se basa en el interés que para el derecho representa la conservación de la vida del feto. La mujer tiene que haber quedado embarazada a raíz de un acto de violación o de un abuso deshonesto. No se creía que, como

consecuencia del abuso deshonesto, la mujer pudiera quedar embarazada. Las leyes 17.567 y 21.338, a causa de esto, limitaron a la violación la causa de la gravidez. Cabe aclarar que hoy pueden darse atentados al pudor sin penetración sexual de los que resulte un embarazo. Un ejemplo de este, es la inseminación artificial directa o la implantación de óvulos fecundados que la mujer no estaba en condiciones de consentir, los que resultan encuadrables en el actual texto legal. Además de ser víctima de una violación o atentado al pudor, es necesario que la mujer se encuentre en un estado de idiotez o demencia. Los términos idiota o demente deben interpretarse en el sentido de que comprenden todas las afecciones mentales susceptibles de ocasionar taras hereditarias. No es necesaria una declaración judicial, basta con el criterio del profesional interviniente fundado en la ciencia médica, que en este caso también se utiliza como límite la “*no justificación por algún criterio médico*”. (Nuñez, 1976)

CAPITULO II: ALCANCE INTERPRETATIVO DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL Y SOCIOLOGICO

1) Código Penal :

a. Antecedentes legislativos

Los precedentes legislativos del Código Penal siempre condenaron el aborto, no estableciendo excepción alguna a la regla o formas de impunidad. El proyecto de 1917 tampoco la imagino, pero dos años más tarde, el despacho de la Comisión del Senado incorporo formas de impunidad en la figura del aborto tomándolas del artículo 122 del anteproyecto del Código Penal suizo- que tenía errores de redacción que dieron hasta en la actualidad, un lugar para la discusión doctrinaria sobre su alcance- y finalmente fue sancionado por el Congreso por la ley N° 11.179 y cuya vigencia comenzó el 29 de Abril de 1992.

El texto actual del delito de aborto es el original del Código de 1922. Excepto un solo artículo, el número 86 tuvo desde entonces 4 reformas en su redacción:

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

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

Esta reforma tuvo vigencia hasta 1973, que retoma al texto original de 1922; posteriormente vuelve a ser reincorporadas en 1976, y finalmente vuelven a ser derogadas por la Ley 23.077 del año 1984, que reimpone la redacción del texto original del Código Penal.²

b. Descripción del Artículo 86 del Código Penal

El código Penal Argentino establece en su artículo 86 lo siguiente:

“Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

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

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

² Recuperado de: http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/hojas_informativas/09_bergallo_michel.pdf

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

I. Supuestos de procedencia. Doctrina

a) Artículo 86 inciso 1°

Para Balestra (1998), el inciso 1° del Código Penal no ofrece muchas dificultades de interpretación, este tipo de aborto se considera un caso de estado de necesidad, comprendido en la norma general del artículo 34, inciso 3° de dicho código. De éste último se deslizan los valores relativos de los bienes en conflicto: se trata de causar un mal para evitar uno mayor. El debate que se desprende de esta premisa, tiene que ver si el bien mayor es la vida de la madre o la del hijo. El inciso 1° del artículo 86, resuelve dando primacía al grave peligro para la vida y aun para la salud de la madre, cualquiera sea el termino del embarazo. Es importante aclarar que para la ley no es necesario que el mal sea inminente, ni siquiera el peligro; basta con que a juicio del facultativo exista un peligro, que puede ser futuro, para la vida o salud de la madre. Es el medico quien, según sus conocimientos, se encargue de establecer este estado y en esa convicción aplicar el aborto. Además, se requiere el consentimiento de la madre y que el peligro no pueda ser evitado por otros medios.

Según Buompadre (2000), este inciso contempla, no un caso de estado de necesidad sublime en el artículo 34, inciso 3° del Código Penal, sino un caso de necesidad de practicar el aborto para evitar un riesgo o peligro de muerte de la mujer o un daño a su salud. El adjetivo grave, se utiliza para caracterizar el peligro, ya que no se trata de resguardar daños insignificantes o intrascendentes.

Balcarse (2011), trata a este supuesto como una causa de justificación específica de la Parte Especial, que ante dos bienes jurídicos en juego, que son la vida del feto y la de madre,

autoriza la realización del hecho típico para salvar la más preponderante, argumentando que no se puede cargar a la mujer con mayores responsabilidades que las propias de la concepción. El tipo objetivo requiere el consentimiento libre y voluntario de la madre, y una decisión médica que fundamente el peligro. Mientras que el aspecto subjetivo de la causa de justificación, requiere que el médico haya actuado con conocimiento de que lo hacía bajo amparo de aquella.

Donna (1999), establece que la regla que se puede extraer de la ley, es la existencia de un conflicto de intereses entre la madre y la vida del feto, que sólo puede ser resuelto por el aborto. Por lo tanto, la muerte del feto sería la solución menos perjudicial en la lucha de ambos bienes jurídicos, siendo para nuestra legislación el de mayor valor la vida de la madre. Para eso es necesario el consentimiento expreso de la misma, no admitiéndose el presunto ni el tácito. Es un estado de necesidad, que solamente puede ser practicado por un médico diplomado, con el fin de salvar a la vida o la salud de la madre, en base a los conocimientos especiales del médico. No es necesario que sea un especialista en ginecología, la ley no exige tal requisito, además que el peligro puede ser detectado por otro especialista, ya que se incluye no solo el funcionamiento orgánico, propiamente físico, sino además la posibilidad cierta de un daño psíquico, tales como las enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas, etc. El problema reside cuando el médico se niega a realizar el aborto basado en objeciones de conciencia, derecho reconocido en nuestra Constitución Nacional. La negativa, en principio quedaría amparada en una causa de justificación, sin embargo, si el hospital es público y no existe la posibilidad de realizarlo en otro, el médico tiene la obligación de realizarlo, porque el valor de la vida de una persona está por encima del problema de conciencia.

b) Artículo 86 inciso 2º

Este inciso ha generado un debate dada la ambigüedad sintáctica de la norma. La doctrina está separada en dos posturas: una *tesis amplia* y una *tesis restringida*. Los autores que sostienen la *tesis amplia*, expresan que el alcance de dicha norma permite que se practique un aborto a cualquier mujer que ha sido violada, como así también a la interrupción del embarazo producto de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente. Quienes sustentan la *tesis restrictiva*, en cambio, establecen que el alcance de dicha norma sólo permite la interrupción del embarazo a las mujeres con discapacidades mentales. A continuación se desarrollara cada una de ellas.

- Problema de la ambigüedad sintáctica. Posturas

Tesis restrictiva

Esta corriente sostiene que el aborto sólo es posible cuando el embarazo es proveniente de una violación o atentado al pudor de una mujer idiota o demente.

El que afirma que ambos términos se refieren a una mujer falta de razón, lo ha sostenido especialmente Peco, usando los siguientes argumentos:

a. Si el Código hubiera querido referirse a la violación de mujer sana, es decir, a todos los casos de embarazo proveniente de una violación, hubiera puesto una coma luego de la palabra “violación” y ante la disyuntiva “o”, cosa que no ha hecho.

b. El Código habla de consentimiento del representante legal, lo cual carece de sentido cuando se trata de mujer mayor de edad no privada de razón.

c. El atentado al pudor, según lo define nuestro Código, no puede dar lugar a la concepción de hijo alguno, puesto que excluye la cópula. (Balestra, 1998, p. 81)

Entre los partidarios de esta teoría se puede mencionar, además de Peco, a Nuñez, Finzi, Daien, Caballero, Lopez Lastra, Terán Lomas y Aquino.

Tesis amplia

Quienes sostienen esta tesis, establecen que el segundo inciso es bivalente, prevé el aborto sentimental y el aborto eugenésico. Esto quiere decir, que el alcance de dicha norma hace referencia a:

1. Un aborto a toda mujer que ha sido violada
2. La interrupción del embarazo sólo a mujeres idiotas o dementes

Los autores que siguen esta corriente sostienen:

Ninguna duda cabe de que el embarazo proveniente de una violación de la que ha sido víctima una mujer idiota o demente, entendiéndose por tal mujer alienada, puede ser objeto de aborto impune. Pero, para expresar ese propósito, le hubiera bastado al legislador con decir, por ejemplo: “si el embarazo proviene de una violación cometida sobre mujer idiota o demente”; con ello la norma quedaba clara y el pensamiento completo. Esto no puede haber escapado al codificador, por muy precipitadamente que se haya hecho la reforma, pues la sola lectura del inciso, tal como está redactado, da a entender bien a las claras que se habla de dos cosas distintas: violación y atentado al pudor. Ello no puede entenderse de otro modo y se comprende que algo ha querido decir el legislador cuando hecho mención expresa de algo que él denomina atentado al pudor. (Balestra, 1998, p.81)

Además, sostienen que el argumento de la coma, por si sólo es de poco valor, ya que interpretado el inciso sin ella carece de sentido. Esto es así, ya que, o se habla de un hecho que no puede dar lugar al embarazo, lo cual no puede suponerse, o se interpreta que por atentado al pudor ha de entenderse acceso carnal. (Balestra, 1998)

Con respecto a la exigencia del consentimiento del representante legal, alegan que también es necesario para cuando el sujeto pasivo es menor de edad, sobre todo cuando la víctima es menor de doce años, caso previsto en el artículo 119 inciso 1º del Código Penal. Además la norma al referirse al consentimiento dice “en este caso”, lo cual reafirma la

bivalencia de la disposición, ya que si se referiría a la violación y al atentado al pudor sobre la mujer idiota o demente, debería decir “en estos casos”. (Balestra, 1998)

Es así que esta doctrina establece como conclusión que el inciso 2° del artículo 86 prevé el aborto sentimental, referido a cualquier modalidad de la violación y el aborto eugenésico exclusivamente para el caso de la mujer idiota o demente. Esta tesis está sostenida, entre otros, por Jiménez Ansua, Ramos, Molinario, Soler, Fontan Balestra, Gomez, y Ghone.

2) Problema valorativo

I. Conflicto de principios estrictamente legales

a) Principio de legalidad

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

Se halla consagrado como garantía penal en la Constitución Nacional, que en su artículo 18 reza lo siguiente: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”*

Se explicita además, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11, inciso 2°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15, inciso 1°), y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9), al establecer lo siguiente:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la

comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”

A su vez, de este principio derivan diferentes garantías. Una de ellas, es la garantía criminal. Ésta, exige que el delito se halle determinado por una ley previa, escrita y estricta. Debe ser previa por el principio de la irretroactividad de la ley penal más severa, ya que es preciso que el sujeto pueda conocer en el momento en que actúa si va a incurrir en un delito y, en su caso, cuál será la pena. Tiene que ser escrita, porque es preciso que se trate de una ley emanada del Poder Legislativo, en su condición de representante del pueblo, sea nacional, provincial o municipal. Por último, el requisito de ley estricta, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en perjuicio del imputado, tanto respecto de la delimitación de la tipicidad como respecto de la determinación de la pena. El resto de las garantías, exigen que el delito y la imposición de la pena, sea determinado mediante una sentencia, según un procedimiento legalmente establecido, y que posteriormente sea efectivamente cumplida. (Lascano, 2002)

b) Principio de reserva

Nuestro Sistema Constitucional contempla este principio en su artículo 19, 2º párrafo que reza: *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”*

Según Núñez (1959), implica la idea política de reservarles a los individuos como zona exenta de castigo, la de que aquellos hechos que por inmorales o perjudiciales que sean, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer.

Este principio, que deriva del principio de legalidad, debe estar claramente trazado. Esto se logra mediante la enumeración taxativa por la ley de los hechos punibles y de las penas correspondientes, de manera que aquellos y éstas representen un numerus clausus en reciproca e inalterable correspondencia.

El derecho penal estructurado sobre el principio de reserva, se opone al edificado sobre el principio de una justicia penal sustancial, inspirada en la lucha efectiva contra los llamados enemigos de la sociedad o del Estado. Esta idea, que ve en el derecho penal un medio utilizable libremente por la sociedad, sin obstáculos legales, para luchar contra el delito, modifica la posición de que las partes que están en juego en la realización de la facultad punitiva. Así, se diferencia un sistema penal fundado en el principio de reserva, que opone al poder punitivo la valla de un catálogo legal de delitos y penas absolutamente circunscripto, haciendo prevalecer la idea de libertad sobre las necesidades de la autoridad, de otro fundado en el principio de justicia penal sustancial, que deriva ese poder punitivo de una legalidad ampliable por analogía o en virtud de fuentes represivas independientes de la ley misma, esforzándose por liberar la represión de todo contralor legal. (Lascano, 2002)

II. Derechos fundamentales en pugna

a) Derecho a la vida

El derecho penal protege la vida humana. Su extinción por obra de un tercero es un delito contra las personas. Médica y culturalmente, la ley penal protege como vida de las personas la subsistencia de su funcionamiento orgánico, cualquiera que sea la conformación corporal de la persona, incluso si es monstruosa; o el grado de su deficiencia fisiológica o la seguridad de que no podrá sobrevivir, siempre que su potencialidad vital funcione naturalmente o pueda mantenerse por medios artificiales. Lo que caracteriza esencialmente la vida humana es la capacidad del organismo del individuo para proseguir funcionando, en alguna medida. A su vez, no sólo es protegida penalmente la vida del ser orgánicamente desarrollado, también lo es el producto de la concepción de la mujer, desde sus primeros instantes, aunque carezca de viabilidad por defecto de las condiciones necesarias para sobrevivir. Es decir, que la protección penal comienza desde el momento de la concepción, pero a los efectos de la definición y del castigo del delito, al derecho penal no le resulta

indiferente el momento inmediato anterior al que la persona por nacer pueda percibirse y matarse desde fuera del seno materno, se está frente al delito de aborto con sus propias escalas penales. A partir de ese instante, el delito es un homicidio. (Nuñez, 1998)

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

Actualmente por la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, el derecho a la vida tiene consagración constitucional con la incorporación de los tratados internacionales de derecho humanos, que gozan de un rango superior a las leyes, por el artículo 75 inciso 22. Algunos de estos son:

-El tratado de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 6 reza *“el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”*.

-La convención de los Derechos del Niño, en el artículo 6 establece lo siguiente: 1. *“Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.”* 2. *“Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”*

-Por su parte, el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*.

b) Derechos de la Mujer³

- Derecho a la Salud y a la Atención Médica:

La constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), establece que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. Derecho a la salud significa que los Estados deben crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible.

Este derecho es reconocido por numerosos Tratados Internacionales, entre ellos están:

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

Por su parte, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) reconocen el derecho a la protección de la salud en el artículo 11, inciso 1 “F”, y con respecto a la atención médica, el artículo 12 inciso 1º, establece la adopción de medidas apropiadas para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, inclusive a los que se refieran a la planificación de la familia. Además, el Comité del CEDAW, hace hincapié en que “*el acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza con obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones*”. En base a esto, piden que en lo posible se reforme la legislación la que castigue el aborto a fin de que las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos, sean eliminadas.

- Derecho a la no discriminación; Derecho a la igualdad

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, entro en vigor como tratado internacional el 3 de Septiembre de 1981 y es dentro de

³ Clasificación extraída de Comité de la CEDAW (1992), “*Recomendación General 21, Igualdad en el Matrimonio y en la Relaciones Familiares*”

los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el documento más amplio y fundamental para la incorporación de la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones. Tiene su génesis en el objetivo de las Naciones Unidas, que son el de reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. En su preámbulo reconoce explícitamente que *“las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”* y resaltan que esa discriminación *“viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana”*. En su primer artículo, define a la discriminación como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (...) en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*. Es por esto, que afirma de manera positiva el derecho de igualdad, al establecer en su artículo 3, que los estados partes deben tomar *“todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”*.

- Derecho a la información

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara en su artículo 19 inciso 2 que *“toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma expresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*

En relación al aborto, implica una obligación positiva por parte del Estado de brindar información completa, correcta y necesaria para proteger y promover la salud y los derechos reproductivos, incluyendo información sobre el aborto. Las mujeres se ven afectadas en su

derecho cuando la información segura sobre servicios seguros de aborto se encuentra restringida o denegada.

- Derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos

Basándonos en la idea del artículo 16⁴ de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, el derecho de éstas a decidir el número y espaciamiento de sus hijos sin discriminación solo puede efectuarse si tienen la posibilidad de acceso a todas las medidas efectivas para controlar el tamaño de sus familias incluyendo el aborto. Sin embargo, el Comité de la CEDAW, en repetidas oportunidades dejó en claro que el aborto no puede utilizarse como un método de planificación familiar, bajo ninguna circunstancia. No obstante, al mismo tiempo, al reconocer la necesidad de la despenalización del aborto, el Comité ha reconocido implícitamente que puede constituir la única manera en que una mujer ejercite su derecho a decidir de manera independiente sobre el número de los hijos y el intervalo entre los nacimientos, sobre todo si quedo embarazada como resultado de violación o incesto, o si su vida o salud corren peligro.⁵

- Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico

El Protocolo de San Salvador estipula en su artículo 15 que *“todas las personas tienen el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico”*.

El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico recae sobre los derechos reproductivos, por ejemplo cuando se le niega a la mujer el acceso a medicamentos efectivos para el aborto no quirúrgico (por ejemplo, el misoprostol, o RU 486). Sin embargo, este tema no fue debatido por ningún órgano de supervisión de tratados.

- Derecho a la libertad religiosa y de conciencia

⁴ La CEDAW estipula en su artículo 16 (1) que *“los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres ...(e) los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”*

⁵ Comité de la CEDAW (1992), *“Recomendación General 21, Igualdad en el Matrimonio y en la Relaciones Familiares”*, párrafo 21.

El artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa “*Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión y sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado*”.

La libertad de religión implica verse libre de cumplir con leyes diseñadas en función de las doctrinas de una religión. Además, incluye la libertad de actuar según la conciencia respecto a doctrinas religiosas no compartidas.

Con respecto al aborto, se genera un debate que hasta en la actualidad prevalece, ya que no se debería obligar a las mujeres a cumplir con leyes basadas principalmente en doctrinas de fe. Éste es el caso de muchas leyes de aborto. La libertad de conciencia y religiosa muchas veces es invocada como argumento por médicos y otros profesionales de salud para oponerse o negarse a realizar el aborto, generando de esta manera una “*protección de conciencia*” jurídica a nivel mundial. El Comité de la CEDAW, ha puesto en manifiesto que los derechos humanos de las mujeres se encuentran vulnerados cuando los hospitales se niegan a proveer un aborto alegando ésta causa. Es por esto que los gobiernos tienen la obligación de asegurar que las mujeres tengan acceso a la asistencia médica necesaria, y una de las formas, es mediante la existencia de métodos razonables en caso de que un médico se niegue a la prestación de un servicio alegando problemas de conciencia.

III. Discusión valorativa en el ámbito social.

La legislación sobre la práctica del aborto en el mundo es muy diversa. Existen países que disponen en sus leyes desde el libre acceso al aborto en servicios sanitarios públicos gratuitos, hasta aquellos que lo penalizan con años de prisión para las mujeres y quienes lo practican. Lo cierto es que, ésta práctica está sujeta al ordenamiento jurídico de cada país, en

los que puede ser tomado como un derecho o un delito penalizado, generando de esta forma un debate abierto que persiste hasta la actualidad.

Diferentes opiniones, argumentos, puntos de vista, ideologías, discusiones políticas, científicas y/o religiosas, han llevado a que exista una gran discusión social basada principalmente en dos movimientos: Los *Pro-Elección* y los *Pro-Vida*

a. Movimientos en favor del aborto: *Pro-Elección*

Los “*Pro-elección*” o también llamados “*Pro Derecho A Decidir*” son organizaciones sociales basadas en la postura de defensa de la soberanía sobre el cuerpo y el derecho a la vida de la mujer. Establecen que la mujer debe tener el control y soberanía sobre su fertilidad y embarazo, abarcando de esta manera los derechos reproductivos, que son: el derecho a la educación sexual, el acceso a un aborto electivo (que sea llevado a cabo dentro del marco legal y por profesionales del área de salud), a la anticoncepción, a los tratamientos de fertilidad y la protección legal contra aborto forzados.

Estas personas y organizaciones sostienen que el tener un hijo es una elección personal que afecta el cuerpo de la mujer y la salud personal. Según ellos, el aborto debería ser legal, sin intervenciones del Estado, para que de esta forma se impida que las mujeres vayan desesperadamente a realizarse abortos clandestinos, poniendo en riesgo su salud, que en muchos casos terminan en muerte⁶. En una entrevista televisiva realizada por C5N, Manuela Castañeira, integrante de agrupación “*Las rojas*” declaró “*Si existiese una legislación por el derecho al aborto libre, legal, seguro y gratuito en el hospital, nosotros estaríamos frenando cientos y cientos de muertes de mujeres y estaríamos frenando que tengan secuelas terribles sobre su cuerpo*” y además sostuvo que “*lo maravilloso de un derecho es que uno puede ejercerlo o no, el derecho no es una obligación y de esta manera*

⁶ Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/Proelecci%C3%B3n>

una mujer va a poder decidir libremente seguir con el embarazo o interrumpirlo si así lo desea”.

Uno de los países que avalan esta ideología, y que además están avanzados en tecnologías y profesionales médicos para la práctica del aborto es Austria. En este país, la ley del aborto fue aplicada en 1975 luego de una larga pelea, en donde la gente se manifestó saliendo a las calles, especialmente mujeres para que se les reconozcan sus derechos y para tener permiso para decidir sobre su propio cuerpo. Esta ley expresa que el aborto está permitido para mujeres mayores de 14 años, no habiendo otro tipo de límite o restricción. Elke Kraft, directora de *PROWOMAN*⁷, una clínica especializada en abortos, manifestó *“Nunca preguntamos el por qué, no necesitamos saber la razón, es una de nuestras características principales. Es una decisión de la paciente y la aceptamos”*. Añadió *“¿Por qué ella debe dar a luz a un bebe si no quiere? Una mujer tiene que tener derecho a decidir sobre su propio cuerpo y nadie más puede decidir sobre él”*. Lo más sorprendente, es que las prácticas de aborto llevadas a cabo por este país, son intervenciones quirúrgicas que duran de tres o cuatro minutos y lo más importante, es que hace más de treinta años ninguna mujer murió a causa de realizárselo.⁸

En Argentina, existen numerosas organizaciones que se llevan a delante esta corriente, entre ellas se pueden mencionar a las *“Las Rojas- Nuevo Más”*, *“Las Juanas”* y *“Mujeres Católicas con derecho a decidir”*.

b. Movimientos en contra de la despenalización del aborto: Pro-Vida

Los *“Pro-Vida”*, tal como indica su nombre, son organizaciones sociales que tienen como posición la defensa del derecho humano a la vida. Uno de sus principales argumentos,

⁷ PROWOMAN, es una clínica austriaca especializada en abortos, que realizan esterilizaciones, recetan anticonceptivos, e informan sobre la reproducción sexual y los métodos para cuidarse.

⁸ Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=YHiTW9hQmkk>

es que la vida humana comienza desde el momento de la concepción, por lo tanto el cigoto, el embrión y el feto son consideradas personas. Para ellos todos los seres humanos tienen derecho a la vida, y esta tiene que ser valorada y respetada desde la fecundación hasta su muerte natural. Cualquier destrucción deliberada de seres humanos, son tomados como asesinatos, es decir, como un delito de homicidio.⁹ Esteban Liendo, vocero de “*Frente Joven*”, una asociación pro-vida, expreso: “*Las organizaciones de derechos humanos creemos que la vida es fundamental y debemos velar por los derechos de los que no tienen voz, están más débiles y más desprotegidos*”. Añadió “*abortar es discriminar y matar, y no sólo muere un bebe sino también se daña muchísimo a la madre*”.¹⁰

Para estos, el derecho a elegir nunca puede estar por encima del derecho a la vida. Consideran que frente al caso de un embarazo no deseado, la mujer tiene la alternativa de entregarlo en adopción, y que bajo ninguna circunstancia la solución es abortar.

Además, impulsan políticas públicas como métodos para evitar el aborto y para la protección de las mujeres, tales serian proyectos para la contención de la madre durante el embarazo, sobre todo en aquellas que no cuentan con los recursos, como así también posterior a éste, como es por ejemplo la ayuda en la crianza del bebe.¹¹

Es importante resaltar, que en la actualidad este tipo de movimientos es normalmente, pero no exclusivamente, asociado con la moralidad cristiana. Existen asociaciones en contra del aborto que son netamente cristianas, pero existen otras, como es el caso de “*Frente Joven*”, que son arreligiosas.

Numerosas asociaciones pro-vida existen en la Argentina, entre ellas podemos mencionar el “*Portal de Belén*”, “*Asociación Pro-Familia*”, “*Jóvenes Pro-vida*”, “*Puerto vida*”, “*Unión de entidades por una vida más humana*” y “*Frente Joven*”.

⁹ Recuperado de : <https://es.wikipedia.org/wiki/Provida>

¹⁰ Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=YHiTW9hQmkk>

¹¹ Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=zcf0xwz_QiU

La iglesia Católica

Siguiendo esta corriente, la Iglesia Católica se postula como la principal defensora del derecho a la vida. Esta institución castiga el aborto desde las raíces mismas de la educación religiosa, la que además tiene como pecado mortal las relaciones sexuales antes del matrimonio, como también están totalmente en contra del uso de cualquier forma de anticonceptivos y preservativos, ni siquiera como forma de protección ante un posible contagio del H.I.V. (Gimenez, 2006)

CAPITULO III: DERECHO COMPARADO

1) Legislación comparada: América del Sur

a) Venezuela

La legislación Venezolana autoriza la realización del aborto únicamente cuando se lo utilice como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta, tal como lo expresa en el artículo 433 3º párrafo del Código Penal Venezolano. Para el resto de los casos se encuentra totalmente prohibido, castigando con pena de seis meses a dos años en el caso de la madre, y de un año a tres años en el caso de que sea realizado por un médico o un tercero. Se pueden aumentar las penas si la madre muere durante el procedimiento.

b) Guyana

En 1995, entro en vigor legislación que legalizó el aborto cuando es realizado por un médico diplomado dentro de las primeras ocho semanas de gestación, con consentimiento de la mujer.

Entre la semana número ocho y la semana número doce del embarazo, el aborto es legal sólo si en el posterior parto se pone en peligro la salud de la gestante o del feto o cuando el embarazo ocurra a pesar del uso de anticonceptivos. Después de las dieciséis semanas de gestación sólo es posible realizarlo en el caso de circunstancias serias relacionadas con la salud.

c) Surinam

El aborto es ilegal en Surinam, sin embargo de acuerdo con la ley general de principios de necesidad, se autoriza para salvar la vida de la mujer encinta. El resto de las causales están prohibidas, con penas de hasta 3 años si la mujer causare su aborto, y de seis meses hasta cuatro años de prisión en el caso que lo provoque un tercero.

d) Colombia

La legislación Colombiana establece en su artículo 122 modificado en 2006 la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los siguientes casos: cuando es producto de una violación, incesto o inseminación artificial no consentida; cuando el embarazo constituye peligro para la salud o la vida de la mujer; y cuando el feto presenta una malformación grave que hace imposible su vida fuera del útero. Es necesaria la denuncia ante Policía o Fiscalía en el caso de una violación y la certificación de un profesional de la salud para el resto de los casos.

Según un estudio realizado por el Ministerio de Protección Social, desde el año 2006 hasta el año 2009, en Colombia se habían realizado 623 abortos legales. La mayoría fueron practicados en un 85% por mujeres de 18 años o mayores, seguidos en un 9% mujeres entre 15 y 17 años y por último con un 6% más de 14 años o menos.

Actualmente, existen grandes obstáculos que impiden a las mujeres acceder al derecho a practicarse un aborto legal y seguro en Colombia. Entre estos se encuentran la falta de información, o la desinformación, que sobre sus derechos tienen mujeres y niñas; las interferencias indebidas de funcionarios en los servicios de salud, para intentar disuadir a la mujer de interrumpir el embarazo; y la imposición de requisitos y trámites adicionales, legalmente no permitidos generando mayor dificultad para acceder al servicio.¹²

e) Ecuador

¹² Recuperado de <http://sipapedialyte.blogspot.com.ar/p/que-el-aborto-ensentido-lato-aborto-es.html>

Este país tiene un avance en materia de Aborto dado que el 28 de Enero de 2014 fue aprobado en Nuevo Código Penal. Este Código Penal establece en su artículo 447 la autorización para la realización del aborto en dos supuestos: cuando el embarazo pone en peligro la vida de la mujer y cuando el embarazo es consecuencia de la violación en una mujer que padece discapacidad mental.

Todos los demás casos están castigados con penas de cárcel de uno a tres años para la persona que practique el aborto y de seis meses a dos años para las mujeres que consientan la interrupción de su embarazo.

f) Brasil

El Código Penal Brasileiro establece la legalización del aborto solo en los siguientes supuestos: cuando el embarazo pone en riesgo la vida de la madre, cuando proviene de una violación o cuando el feto carece de cerebro.

g) Bolivia

El Estado Boliviano establece en su artículo 266 los supuestos en los que se autoriza la realización del aborto. Estos supuestos son cuando el embarazo provenga de: una violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro, incesto y cuando esté en riesgo la vida de la madre. Para todos los casos es necesario una orden judicial y el consentimiento de la mujer.

h) Paraguay

Desde 1937 que el aborto es ilegal en Paraguay salvo en caso de amenaza a la vida de la mujer. Así lo expresa el artículo 109 del Código Penal Paraguayo, subtulado “muerte indirecta por estado de necesidad del parto”, el cual explica que no obra antijurídicamente el que causare la muerte del feto mediante actos propios del parto si ello, según los conocimientos y las experiencias del arte médico, fuere inevitable para desviar un peligro serio para la vida o la salud de la madre.

Según estudios realizados por el Comité Sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 23 de cada 100 muertes de mujeres jóvenes son el producto de abortos ilegales.

i) Chile

Actualmente en la legislación chilena se encuentra totalmente prohibido el aborto en todos los casos.

La Comisión presidencial del Ministerio de Salud está trabajando en un proyecto de ley que busca su despenalización en los casos de violación, riesgo de vida para la madre e inviabilidad del niño en el vientre.

j) Uruguay

La República Oriental del Uruguay en el año 1938 tipificó al aborto como un delito por medio de la ley 9.763, que dos años más tarde fue aprobada. Esta ley reguló el aborto hasta el año 2012, la cual establecía que la mujer que lo practicase iba a sufrir una pena de tres a nueve meses de prisión, y si fuera realizado por un médico u otra persona iba a tener una condena de 6 meses a 24 meses de prisión.

Sin embargo, en el año 2002 el tema de la despenalización fue tomado por el Parlamento Uruguayo. A partir de ese momento se comenzó un debate político, que culminó en el año 2012 con la aprobación de la ley 18.987, llamada “Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo” (IVE). La misma, despenaliza el aborto para mujeres mayores de 18 años o menores de 18 años habilitadas, dentro de las primeras 12 semanas de gestación, que ante situaciones de penuria económica, sociales, familiares o etarias le impiden continuar con el embarazo en curso. Existen además, situaciones excepcionales en las cuales se brindan atención mediante esta ley, como es en caso de violación, que se permite la interrupción dentro de las 14 semanas de gestación previa denuncia judicial, y para los casos de grave

riesgo de salud de la madre o posible malformaciones fetales se puede realizar la interrupción en cualquier momento del embarazo.

Actualmente, indicadores oficiales señalan que, gracias a esta nueva ley, se practican 9 abortos de cada 1000 mujeres de 15 a 44 años, posicionando a Uruguay como uno de los países con menos abortos en el mundo.¹³



14

- 2) Organismos Internacionales
 - a) Europa
 - Polonia

La ley del aborto en Polonia fue introducida en el año 1993, después de la caída del régimen comunista. La ley establece que no va a ser punible la interrupción del embarazo dentro de las 12 semanas de gestación cuando se produzcan tres situaciones “excepcionales”, ellas son: cuando el feto presenta grandes malformaciones, cuando el embazado es proveniente de una violación o incesto y cuando la vida de la madre esté en peligro.

¹³ Recuperado de <http://www.republica.com.uy/tercero-en-el-mundo/501982/>

¹⁴ Recuperado de: <https://dossiergf.wordpress.com/2012/10/26/uruguay-aprueba-la-ley-que-despenaliza-el-aborto/>

Estos supuestos aplicados con el debido rigor y vigilancia que se requiere y sumado a medidas educativas y de ayuda a la mujer, han logrado una gran sanación en el contexto familiar de la estructura social.¹⁵

- S.T.D.E.H., “*Tysiac vs Polonia*” (2007)

Una mujer Polaca que padecía de miopía severa quedó embarazada de su tercer hijo y ante la preocupación de que esto agravara la miopía, solicitó a un hospital estatal se le practicara un aborto, alegando que se encontraba en peligro su salud por el riesgo a quedar ciega en caso de que el embarazo continuara, peligro que fue confirmado por un médico general. A raíz de esto, la mujer fue revisada por dos médicos del hospital de referencia, quienes consideraron que no existía tal peligro y consecuentemente le fue negada su solicitud de interrupción del embarazo. Como resultado de dicha negativa, la mujer dio a luz por cesárea. Según se estableció en la sentencia de referencia, después del parto, la vista de la madre se vio deteriorada gravemente al grado de que únicamente podía ver objetos que se encontraran a máximo metro y medio de distancia. Como anteriormente se mencionó, la legislación de Polonia prohíbe el aborto, sin embargo, existen en tres situaciones excepcionales, entre las cuales se menciona el grave peligro para salud o vida de la mujer encinta. Es así, que en contra de los actos antes mencionados, la madre inició un procedimiento penal en contra de los doctores que le negaron la práctica del aborto, el cual concluyó después de agotar las diversas instancias previstas en la legislación interna en una Corte Distrital que decidió discontinuar el caso.

Además, la actora, inició un procedimiento alegando negligencia médica ante la Cámara de Médicos, el cual resolvió que en el caso no existió tal negligencia.

¹⁵ Recuperado de <http://www.zenit.org/es/articulos/polonia-no-cambia-la-ley-del-aborto>

Finalmente, la mujer presentó una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos alegando que la negativa por parte del Estado a que se le practicara un aborto había violado en su perjuicio los artículos 3, 8, 13 y 14 relacionado con el 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

La Corte Europea de Derechos Humanos al resolver el caso antes relatado estimó, en lo que al presente documento interesa, que sí se había acreditado la violación al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

A su vez, estableció que no era el caso de pronunciarse sobre si el Convenio Europeo, garantiza o no, un derecho a abortar, con lo cual limitó su estudio a las alegaciones por parte de la mujer que se basaran en que se vulneró sin justificación su derecho a una vida privada.

Por lo tanto, en la sentencia se reconoce que la legislación que regula la interrupción del embarazo interfiere con la vida privada, porque a partir del momento en que una mujer se embaraza, su vida privada se conecta de manera directa con la del feto, razón por la cual la Corte sostuvo que en el caso se daba una mezcla de diversos aspectos de la vida privada, por lo que señaló que tal concepto sería evaluado conforme a las obligaciones positivas que tiene el Estado de asegurar la integridad de las futuras madres, en específico en aquellos supuestos en los cuales se le solicita la práctica de un aborto terapéutico. Al pronunciarse sobre el caso

concreto, después de analizar la legislación Polaca sobre el aborto, la Corte estimo que ésta no establece una distinción entre aquellos casos en los cuales no existe disenso entre los dictámenes médicos sobre el riesgo en el cual se encuentra la vida o la salud de la madre, y aquellos en los cuales la opinión de la mujer no concuerda con los dictámenes médicos o médicos emiten opiniones encontradas entre sí, lo que implica la ausencia de un procedimiento para dirimir tales conflictos.

Es así, que la Corte concluyo que en el caso no se demostró que la ley que se le aplica a la demandante tenga mecanismos para poder determinar que se habían reunido los requisitos necesarios para que se le pueda practicar un aborto legal, lo que creo en perjuicio de la ésta una situación prolongada de incertidumbre y angustia al conocer las posibles consecuencias que tendría continuar con el embarazo y el consecuente parto, para su salud.

Fueron estos argumentos los que llevaron a la Corte a declarar que el Estado de Polonia falló en cumplir con la obligación de salvaguardar el derecho de la demandante a una vida privada, en el contexto de determinar si tenía o no derecho a la realización de un aborto legal.¹⁶

- b) América del Norte
 - México

Desde el año 2007, la ley de aborto del Distrito Federal, le reconoce a todas las mujeres el derecho de abortar libremente dentro de las primeras doce semanas de gestación.

A partir de esta innovación legislativa, algunos de los 32 estados del país comenzaron a modificar sus leyes y en la actualidad existen 16 estados que establecen protección al

¹⁶ Recuperado de https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/130/Becarios_130.pdf

derecho a la vida desde la concepción. En estados como el de Guanajuato practicar un aborto se castigara con penas de hasta 30 años de prisión.¹⁷

Independientemente del Distrito Federal, en los otros estados se penaliza el aborto, con excepción en los casos de violación y cuando la vida de la madre corre peligro. Solo los códigos de Guanajuato, Guerrero y Querétalo establecen como única excepción solamente la violación. En el estado de Yucatán incluyen factores económicos cuando la mujer dio a luz a tres o más niños.

- C.I.D.H., “*Paulina de Carmen Jacinto vs México*”(2007)

Una mujer mexicana, llamada Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, cuando tenía catorce años de edad, fue víctima de una violación sexual perpetrada en su domicilio. El hecho, que ocurrió el 31 de Julio de 1999, fue denunciado inmediatamente ante la Agencia del Ministerio Público Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar. Como resultado de dicha violación, Paulina quedo embarazada. Las peticionarias señalan que cuando Paulina del Carmen Ramírez Jacinto y su madre decidieron que un aborto sería la mejor alternativa, acudieron al Ministerio Público para solicitar la autorización requerida. Sin embargo, sostienen que el Ministerio Público primero se rehusó a dar la autorización para que acudieran a una ginecóloga particular pero, posteriormente, el 3 de septiembre de 1999 se otorgó la primera autorización para que la intervención sea realizada en un hospital público. Paulina del Carmen Ramírez Jacinto solicitó cita en el Hospital General de Mexicali, la misma fue otorgada para el 1º de octubre. Esto no ocurrió, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto permaneció en el Hospital hasta el 8 de octubre sin que se realizara la intervención y fue sometida a un injustificado ayuno. Ante esta situación, la demandante y su madre acudieron de nuevo al Ministerio Público, quien reiteró la orden para que se realice el procedimiento médico. El 13 de octubre de 1999, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto

¹⁷ Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_M%C3%A9xico

reingresó al hospital y al día siguiente, sin la presencia de su madre, recibió la visita de dos mujeres ajenas a los servicios de salud que habían sido invitadas por el director del hospital. Dichas mujeres le mostraron videos violentos de maniobras abortivas con el objetivo de persuadirla para que decidiera no someterse a un aborto. Posteriormente hicieron lo mismo con la madre. El 15 de octubre de 1999, momentos antes de iniciar el procedimiento médico, el director del hospital general se reunió con la madre de la demandante para exponerle los supuestos riesgos de la intervención. Según el médico, tales riesgos eran "esterilidad, perforación uterina, hemorragia masiva, síndrome de Asherman y muerte", y señaló además que si a causa de esto moría, la responsabilidad única sería para ella. Ante esta información sesgada e inexacta se logró el miedo de la madre, quien decidió solicitar a los médicos que no procedieran con el procedimiento.

Paulina del Carmen Ramírez Jacinto tenía derecho a un aborto legal, previa autorización del Ministerio Público, ya que, como se mencionó anteriormente, la violación constituye una de las excepciones en las que el aborto no es penalizado (Art. 136 Código Penal de Baja California, México):

“El aborto no será punible: I. (...), II. (...), Cuando el embarazo sea resultado de una violación (...), siempre que el aborto se practique dentro del término de noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará con la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene como prioridad, proteger y promover los derechos de las mujeres de los Estados Miembros de la OEA, y de esta manera garantizar el goce pleno y eficaz de sus derechos fundamentales, en especial a la igualdad, la no discriminación y a vivir libres de la violencia basada en el género.

La Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. La Comisión subraya asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. La CIDH también observa que la salud de las víctimas de violencia sexual debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y en las políticas y programas de salud de los Estados.

Es por esto, que en el caso planteado se ha alcanzado una solución amistosa en la cual el Estado de Baja California, junto con el Estado Central Mexicano, se compromete a abonar indemnización por daño moral y a otorgar variadas prestaciones a Paulina y a su hijo, vinculado con salud, educación y trabajo.¹⁸

- c) América del Sur
 - Perú

La legislación Peruana contempla en el artículo 119 del Código Penal, lo que ellos llaman Aborto Terapéutico. Éste establece que el aborto no es punible cuando la continuación del embarazo implica un riesgo para la vida y para la salud física o mental de la mujer embarazada. Es decir, que se lo aplica como único medio para salvaguardar la vida de la gestante o evitar un mal grave o permanente en su salud. Es necesario el consentimiento de la mujer.

Es importante resaltar que el estado Peruano no contemple que los establecimientos de salud públicos a nivel nacional provean el aborto terapéutico a las mujeres como parte de

¹⁸ Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>

los servicios que ofrecen. Esta medida hecha con el objetivo de que la provisión de este servicio sea de manera oportuna y con estándares de calidad y respeto pleno de las decisiones y derechos de las mujeres, que debería estar contenido en una Guía o Protocolo de Atención del Aborto Terapéutico, que sigue siendo un pendiente en la política pública peruana.¹⁹

- C.E.D.A.W., “*L.C vs Perú*” (2011)

El caso de L.C. vs. Perú resuelto por la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en el 2011 es una muestra clara de las consecuencias del incumplimiento de Perú con la adopción de medidas de no repetición en el caso de K.L. vs. Perú.

En el 2005 el Comité de Derechos Humanos decidió el caso K.L. vs. Perú, en el que K.L., una mujer peruana de 17 años fue obligada, por la negativa de los oficiales del Estado a practicarle un aborto legal, a llevar a término un embarazo de un feto que había sido diagnosticado como anencefálico, una malformación incompatible con la vida. Las autoridades médicas rehusaron realizar un aborto terapéutico legal, con el argumento de que dicho embarazo no comprometía la vida o la salud de la menor. Como se mencionó anteriormente se encuentra previsto en el Código Penal, en el artículo 119, y a pesar de su legalidad, a K.L. le fue rechazado su pedido.

L.C. era una menor de 13 años de nacionalidad peruana, que como producto de una violación, quedó embarazada. Al conocer su estado intentó suicidarse saltando del techo de una casa, como consecuencia de lo cual sufrió una lesión en la columna que la paralizó en las cuatro extremidades. La lesión requería de una cirugía urgente, que el personal médico se negó a realizarle dado su estado de embarazo. L.C. eventualmente sufrió un aborto involuntario y recibió la cirugía correctiva cuatro meses después de la lesión, momento para

¹⁹ Recuperado de <http://www.congresoderechosreproductivos.com/html/informacion/articulos/183-situacion-del-aborto-legal-en-peru>

el cual el efecto de la cirugía era mínimo. L.C. es hoy cuadripléjica y requiere de la ayuda de terceros para llevar a cabo incluso las funciones vitales más básicas.

El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer encontró que Perú había violado los derechos de L.C. de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). El Comité le recomendó al Estado que debía:

“Revisar su legislación con miras a establecer un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico, en condiciones que protejan la salud física y mental de las mujeres e impidan que en el futuro se produzcan violaciones similares a las del presente caso. “Igualmente, le pidió al Estado revisar las conductas de los prestadores de servicios en salud sexual y reproductiva, y adoptar “(...) directrices o protocolos para garantizar la disponibilidad de servicios de salud en centros públicos y el acceso a los mismos”.

El Comité advirtió la ausencia de mecanismos para prevenir que las barreras institucionales obstaculicen el acceso al aborto terapéutico y también recomendó la despenalización del aborto en casos de violación.²⁰

CAPITULO IV: ABORTO NO PUNIBLE EN LA ARGENTINA

En el presente capítulo se indagará el aborto no punible en Argentina, analizándolo desde todos los puntos de vista: cuales son los requisitos que una mujer debe poseer para tener acceso al mismo, como así también como se ve reflejado en la práctica a través del análisis de los fallos de los Tribunales Superiores, y el fallo que marcó un antes y un después en esta materia, “A.F. sobre Medida Autosatisfactiva” emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁰ Recuperado de http://www2.ohchr.org/English/bodies/hrc/docs/NGOs/CenterReproductiveRights_Peru_HRC107.pdf

1) Requisitos

a) Peligro para la vida o la salud de la madre

Cuando se habla de peligro, como ya se vio en apartados anteriores, tiene que ver con la posibilidad de que ocurra un mal para la vida o la salud de la madre. No es necesario que sea grave o inminente, pero si se exige que el aborto sea el único medio para evitar el daño.

En lo que respecta a la salud y la vida de la madre, éste incluye tanto el funcionamiento orgánico, propiamente físico como también la posibilidad cierta de un daño psíquico tales como enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas, etc. (Donna, 1999)

b) Demencia

Etimológicamente deviene del latín *ed* que significa “alejado” y *mens*, que significa mente. Es la pérdida progresiva de las funciones cognitivas por daños o desordenes cerebrales.

Estos déficit cognitivos pueden afectar a cualquiera de las funciones del cerebro, sobre todo a la memoria, el lenguaje, la atención, las habilidades visuales visuoestructurivas y las funciones ejecutivas como la resolución de problemas o la inhibición de respuestas. Sus primeros síntomas, consisten en cambios de personalidad o de conductas leves, que posteriormente se agravan formando cuadros de locura o delirio. Durante la evolución de esta enfermedad, se puede observar desde la pérdida de la orientación espacio-temporal hasta la identidad. Según su avance, pueden mostrar también rasgos psicóticos, depresivos y delirios.²¹

²¹ Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/Demencia>

Para Beeson y Mcdermott (1972), la demencia es una entidad clínica, proveniente de cualquier proceso patológico que afecta los hemisferios cerebrales provocando el trastorno de la capacidad intelectual. La extensión de la lesión cerebral, es la que establece la gravedad.

c) Idiotez

La idiotez, es una enfermedad mental que supone la ausencia casi por completo en un individuo de las facultades psíquicas o intelectuales, es decir, se trata de un retraso mental severo.

En la gran mayoría de los casos, aparece desde el nacimiento mismo del individuo en cuestión, ya sea por causas genéticas o bien por algún inconveniente surgido en la gestación y en menor medida puede desatarse por un golpe, por la falta de oxigenación del cerebro o por la práctica de lobotomía (destrucción total o parcial de los lóbulos frontales del cerebro) También es posible detectarla desde la temprana edad, entre los síntomas más recurrentes se encuentran la incontinencia de esfínteres, inmovilidad, babeo, mudez total o parcial con la emisión de sonidos sin sentido, anti sociabilidad y sin noción del mundo exterior circundante.²²

d) Violación

Actualmente, el término “violación” fue reemplazado por “abuso sexual con acceso carnal”, gracias a la ley 25.087.

El abuso sexual con acceso carnal es entendido como un agravante de la figura genérica de “abuso sexual” comprendida en el artículo 119 del Código Penal, bajo el título de “delitos contra la integridad sexual”.

El bien conocido como “integridad sexual”, al que la ley 25.087 tutela, se caracteriza como el derecho que tienen las personas para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual, o a no tenerlo contra su voluntad. Como así también, a la

²² Recuperado de: <http://www.definicionabc.com/general/idiota.php>

intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de 13 años de edad o incapaces, no pueden manifestar correctamente su consentimiento. (Nuñez, 1976)

El artículo 119 expresa:

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

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

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

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

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

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

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

Como se aprecia, el Código actual trata los abusos sexuales en orden ascendente en cuanto a su gravedad: primero describe el tipo básico; luego los agravantes y por último las circunstancias que a aquél y a éstos los hacen merecedores de una escala penal más rigurosa. (Nuñez, 1976, p 1236)

Tipo básico: Abuso Sexual

El abuso sexual consiste en un atentado a la reserva sexual de la víctima sin consumir totalmente la realización del acceso carnal. Su materialidad implica usar impudicamente el cuerpo, sea mediante actos libidinosos (actos de desahogo sexual que no son de la cópula) o actos objetivamente impúdicos por violar la reserva de sus partes pudendas, cualquiera haya sido la finalidad perseguida por el autor. Este tipo básico de abuso sexual, plasmado en el primer párrafo del artículo 119, exige tocamientos o contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima. Los sujetos activos y pasivos pueden ser tanto la mujer como el varón. El hecho, puede cometerse con aprovechamiento de la condición de la víctima o mediante modos que dobleguen su voluntad. Con respecto al primero, hace referencia a cuando el abuso es a un menor de trece años de uno y otro sexo, en donde la ley presume que la persona carece de la edad necesaria para comprender el sentido de la conducta del autor, invalidando todo tipo de consentimiento prestado²³. Y con respecto al segundo, tiene que ver cuando la persona de uno u otro sexo es mayor de trece años y por cualquier causa se ve imposibilitada de consentir el acto libremente. Entre las imposibilidades se pueden mencionar el empleo de

²³ Nuñez, 1976, p.137 " La norma responde al espíritu de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y que nuestro país, en 1994, elevó a rango constitucional"

violencia, que se lleva a cabo mediante el uso de la fuerza²⁴ o intimidación²⁵; porque está privada de razón, es decir, sufre un trastorno o una detención de sus facultades mentales en ese momento que le impiden comprender el significado del acto²⁶; o por el aprovechamiento de una relación de superioridad que tiene el autor con la víctima, que puede ser de dependencia, de autoridad o de poder, para solicitar favores de carácter sexual cuyo rechazo es considerado por la víctima un mal que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

Agravamientos

I. Sometimiento sexual gravemente ultrajante

El segundo párrafo del artículo 119 se refiere al sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima, configurándolo como el primer agravante del tipo básico del abuso sexual.

“Someter” a una persona, significa dominarla, humillarla, ultrajarla, tratarla con desprecio. Es menoscabar al otro con la conducta de que lo hace objeto. A su vez, éste sometimiento puede ser gravemente ultrajante por dos causas: su duración o por las circunstancias de su realización. Será por su duración, *“cuando se prolongue más tiempo que el que debía, razonablemente, demandar la realización del tipo básico, como es el hecho de encerrarla a la víctima y constituir la prácticamente en prisión durante tres horas”* (Nuñez, 1976, p.140). Por otro lado, será por circunstancias de su realización, cuando por el modo o el lugar elegidos por el autor se provoque una mayor degradación de la víctima como persona, por utilizársela como un objeto. Se toma en consideración para determinarla, lo que

²⁴ Nuñez, 1976, p.137 *“La fuerza consiste en la energía física ejercida por el autor, personalmente o por medio de un tercero o mecánicamente, sobre la persona de la víctima. También, por equiparación, en el uso de medios narcóticos o hipnóticos”*

²⁵ Nuñez, 1976, p.137 *“La intimidación es la violencia moral, consistente en la amenaza dirigida a la víctima de inferirle un daño en su persona, bienes, derechos, intereses o afecciones. El autor puede valerse de la amenaza por palabras o por hechos significativos”*

²⁶ Nuñez, 1976, p.138 *“Es lo que sucede con la persona dormida, ebria, desmayada, etc.”*

para la normalidad exceda el límite del desahogo sexual. Ejemplos de este caso serían actos de bestialidad o la introducción de dedos u objetos en la vagina o el ano. (Nuñez, 1999)

II. Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía (violación)

El tercer párrafo del artículo 119 se refiere al abuso sexual con acceso carnal, configurándolo como el segundo agravante del tipo básico del abuso sexual.

La ley 25.87 sustituyo la expresión “el que tuviere acceso carnal” de la anterior formula por la de “hubiere acceso carnal por cualquier vía”. Y ambas fórmulas difieren. Porque la primera hace referencia a la actividad que debe cumplir el sujeto activo, que es la de “penetrar” mientras que la actual se satisface con que exista un acceso de esa índole, lo que ocurre tanto cuando el sujeto activo del delito es el sujeto que cumple un rol activo en la relación sexual, como cuando aquel sujeto desempeña un papel pasivo. Es este el último caso de la mujer o del varón homosexual que se hacen penetrar aprovechándose de la edad del otro (varón menor de trece años, que asiente aunque resulte jurídicamente irrelevante) o que obligan al varón a hacerlo contra su voluntad valiéndose de violencias o amenazas (aunque no es fácil admitir que, en ese caso, sea factible lograr la necesaria erección) o del empleo de medios hipnóticos o narcóticos, equiparado a la violencia física o abusando coactiva o intimidatoriamente de una relación de dependencia, de autoridad o de poder. En todos esos casos, no hubo consentimiento de quien resulto víctima. (Nuñez, 1976, p. 143)

La violación queda configurada con la penetración en el cuerpo de la víctima del miembro viril²⁷. Basta un mínimo de penetración del pene en la vagina, el ano o la boca de la víctima, aunque no se llegue a eyacular en ellos. A su vez, la violación que admite tentativa, se consuma con el acceso carnal aunque fisiológicamente no se haya alcanzado su perfección. (Nuñez, 1999)

²⁷ Nuñez, 1976, p.144 “No la realizada con los dedos u otra partes del cuerpo ni- a diferencia de la ley española- con algún objeto”

- 2) Jurisprudencia Argentina. Análisis de los fallos
 - a) S.C.B.A. “C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico” (2005)
 - Hechos

La actora por sí, y en representación de sus hijos menores de edad, pidió una autorización judicial para que se le practique una interrupción del embarazo, ya que padecía de miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular, con episodios de insuficiencia cardíaca descompensada y limitación de la capacidad funcional, como así también sufría de endocarditis bacteriana y arritmia crónica con alto riesgo de morbilidad materno fetal. Todas estas, avaladas por certificaciones de los médicos del hospital público donde se asistía.

El Tribunal de Familia N° 2 de Lomas de Zamora decidió mantener la dispuesto por la Juez en Trámite, quien había declarado que se encontraban facultados los profesionales correspondientes para llevar a cabo la práctica para interrumpir el embarazo, basándose en el artículo 86 inciso 1° del Código Penal.

A partir de esto, el Asesor de Incapaces N°2 junto con el Titular de Defensa N°1, en representación de la persona por nacer, interpusieron recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de la ley en contra de dicha decisión²⁸.

La Suprema Corte decidió rechazar por *unanimidad* el recurso extraordinario de nulidad. Entre sus fundamentos podemos mencionar lo que expresó el Juez Soria en su voto:

Los defectos que a criterio del recurrente refleja el trámite del proceso suscitan un asunto que, en principio, no franquea la esfera de la revisión intentada, por lo que no

²⁸ S.C.B.A. “C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico” (2005) consid. 1

*corresponde su consideración (conf. Ac. 86.142, sent. de 17-XII-2003). No es viable el tratamiento por medio del recurso extraordinario de nulidad de los presuntos errores de procedimiento anteriores a la sentencia, pues la funcionalidad del remedio indicado estriba en la reparación de vicios formales del fallo ajenos a los errores de juzgamiento, no ya para corregir falencias verificables en el iter preparatorio.*²⁹

Con respecto al recurso de inaplicabilidad, también interpuesto, fue rechazado por la **mayoría** de los votos. El juez Roncoroni (cuyo criterio fue mayoritario) expresó que el recurso carece de insuficiencia ya que formula objeciones de orden procesal sin tener en cuenta el contenido de la sentencia que se recurre, no estableciendo cómo que es que la descripción del estado de salud de la madre, que ya obra en el expediente, no encuadra en el artículo 86 inciso 1. Como así tampoco frente a la conclusión de que hay un “alto” riesgo de muerte, no era posible aplicar dicha disposición. Añadió que los fundamentos de los recurrentes sobre la falta de pruebas que demuestren la posible muerte de la madre por la continuidad del embarazo, son solo apreciaciones insuficientes para abrir la revisión extraordinaria. Y remarco, que como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, solo es posible invocar la inaplicabilidad de la ley argumentando su inconstitucionalidad, objeción que los recurrentes omitieron establecer. Es así como la Corte desestimo ambas peticiones y dio lugar finalmente a la interrupción del embarazo.³⁰

- **Importancia**

Este fallo fue de suma importancia, ya que no solamente se cumplió con lo establecido en el artículo 86 inciso 1º, sino que también se determinó que los médicos se encuentran facultados a interrumpir el embarazo sin la necesidad que intervenga la justicia.

²⁹ S.C.B.A. “C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico” (2005) consid. 5

³⁰ S.C.B.A. “C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico” (2005) *Diario Judicial* recuperado 27/06/05 de http://www.diariojudicial.com/contenidos/2005/06/28/noticia_0006.html

El Código Penal no contiene ninguna disposición que haga referencia a la necesidad de una autorización judicial. La práctica del aborto bajo circunstancia del artículo 86 solo requiere la existencia de las condiciones exigidas por la norma. No es necesaria como condición previa al aborto, ni el juez está obligado a intervenir en caso de una petición expresa, ya que, siendo del fuero penal o civil, carece de competencia para decidir en una cuestión de esta naturaleza. La decisión en estos casos, pertenece al ámbito privado del individuo, sin que ello importe compromiso alguno para el orden público ni para los derechos de terceros. (Buompadre, 2000)

Es así como el Juez Roncoroni sin lugar a dudas, expreso

El inciso 1 del art. 86 del Código Penal no demanda tal autorización de los jueces y no sería prudente que lo hiciera. Si por caso, el cuadro temido se desatara en estos momentos mientras los Ministros de esta Corte debatimos en torno a la autorización pedida, sería insensato que los médicos no actuaran a la espera de que terminemos nuestras cavilaciones e, incluso, de que se recorran los tramos y los tiempos de un eventual recurso federal. Si eso ocurriera la posibilidad de dar satisfacción al derecho de la solicitante -o lo que es igual, la operatividad y eficacia del derecho en sí mismo- se habría desvanecido, del mismo modo, quizás, que la vida de la madre y el feto que anida en su vientre, por una insoportable falta de atención oportuna.

Los únicos protagonistas de este acto médico, tanto en los períodos previos o iniciales de información y gestación de la decisión, como en los subsiguientes de toma responsable de la misma y los finales dirigidos a concretarla o actuarla, no son otros que la mujer encinta y el médico diplomado, que es el único dotado con el bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permita apreciar, con la debida justeza, si el grado de peligro para la salud o la vida de la madre justifican la adopción de la práctica que ella consiente y si no hay otro medio de evitarlo. Si alguna duda tiene habrá de acudir a la consulta médica o la

junta con otros profesionales del arte de curar y al Comité de bioética -como se hizo en el caso- pero nunca al Juez. (S.C.B.A “C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico” (2005) páginas 18 y 19)

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

- Hechos

El 24 de Junio de 2006, la señora V.D.A., madre de L.M.R, presento una denuncia ante la Delegación Departamental de Investigación en Función Judicial I de la Plata expresando que su hija de 19 años que padece de deficiencia mental había sido violada por su tío. En ocasión de formular esta denuncia, pidió que se le realizara la interrupción del embarazo, ya que su hija no estaba en condiciones de tener un bebe, alegando su discapacidad y también la falta de recursos económicos. El Defensor General Departamental, brindando asesoramiento profesional a la madre, dio intervención a la Jefa de Ginecología del Hospital San Martin, para que realice la interrupción del embarazo, sin la necesidad de la autorización judicial, como así lo expresa el artículo 86 inciso 2º del Código Penal. A lo que la Titular de la Unidad de Instrucción N°5 mediante un resolutorio formal, expreso su opinión a lo que para ella serian la diferentes con el caso S.C.B.A. “C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico” (2005) (desarrollado anteriormente), mencionando dudosa constitucionalidad al permiso emergente del artículo 86 inciso 2º, y la ausencia de la acreditación de la capacidad mental de la menor. En consecuencia, la Jueza de Menores considero que debían reunirse los requisitos necesarios establecidos en dicho artículo, solicitando los estudios necesarios para acreditarlos. Posteriormente, los exámenes médicos

dictaminaron que la L.M.R padecía de un retraso mental moderado, y que su coeficiente intelectual era igual al de una nena de ocho años y a su inmadurez psicosocial.

La Jueza de Menores dictó sentencia expresando que a pesar de que no existan dudas sobre la enfermedad mental que padece la víctima, no sería una reparación al daño otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es él bebe y, fundamentándose en normas de los pactos internacionales (arts. 4.1., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6.1 y 2 y reserva de Argentina al art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño), de la Constitución nacional (art. 75 inc. 22) y de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts. 12 inc. 1 y 36) resolvió no hacer lugar a lo que entiende, ha sido una petición judicial para efectuar prácticas abortivas en la persona de la menor y, como medida de protección al niño por nacer y a la menor, ordenó la concurrencia mensual a dicho órgano con constancia médica de control de embarazo y oficia a la Subsecretaría de Minoridad a los efectos de arbitrar todos los medios necesarios para la protección de la salud física y psíquica de la menor de autos y del niño por nacer.

El fallo fue apelado por la representante legal de la joven L.M. agraviándose en primer término por que no se había hecho pedido de una venia jurisdiccional, ya que el artículo 86 inciso 2º no requería dicha autorización tal como lo había expresado en el fallo S.C.B.A. “*C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico*” (2005).

La Cámara de Apelaciones rechazó dicho pedido, alegando en primer término que el a-quo luego de cumplir con el recaudo de tomar contacto personal y directo con la menor, de conformidad con las previsiones del art. 50 del decreto ley 10.067/83 (v. fs. 103)- asignan a las expresiones formuladas por la señora V.A. a fs. 51 el alcance de una expresa solicitud de autorización judicial para interrumpir el embarazo de su hija. Además, agregó, que a diferencia del mencionado caso de autorización del aborto terapéutico, L.M.R. no presenta riesgo de vida o salud en el proceso de continuar con el embarazo. Es por esto, que se solicitó

que se instruya a la jueza de menores para que extreme el control de L.M. R., en compañía de su progenitora, en cuanto a la evolución del embarazo y supervise de manera constante y directa el estado de salud de la menor como del niño por nacer por intermedio de la Subsecretaría de la Minoridad.

La sentencia fue recurrida por la Asesora de Menores e Incapaces, en representación de la víctima invocando recursos extraordinarios de inaplicabilidad y nulidad de la ley.

La Corte Suprema de Justicia Bonaerense hizo lugar a los recursos y aprobó de esta manera la realización del aborto. Entre sus argumentos se encontraban la falta de necesidad de autorización judicial para proceder el aborto cuando se cumplen las exigencias del artículo 86 inciso 2°. El tribunal sostuvo que los derechos no son absoluto sino que admiten una razonable reglamentación, siendo dicho artículo una de ellas. Además se manifestó que no es posible equiparar jurídicamente el feto con una persona ya nacida, no encontrando en la Constitución pauta alguna que obligue a tal consideración; la vida del feto concebido como producto de una violación, se opone directamente a la dignidad de una mujer. Y por último se señaló que el artículo 86 inciso 2° continuaba vigente, por lo tanto, debía ser cumplido si existían las causales que para proceder al aborto.³¹

A pesar de que la autorización ya estaba dada, los médicos del Hospital San Martín se negaron a practicarle el aborto, con fundamento en que el embarazo estaba atravesando su séptimo mes de gestación, y no era posible practicarle un aborto, sino “una inducción a un parto prematuro”, que la Corte no había aprobado. En definitiva no se cumplió el fallo, aunque L.M.R logró abortar en forma clandestina. Toda esa inercia burocrática generó que el caso llegara a Naciones Unidas, en donde el Comité de Derechos Humanos sancionó a la República Argentina, por inacción y desprotección de la joven, obligándolos a pagar una

³¹S.C.B.A. “R., L.M., ‘NN persona por nacer. Protección. Denuncia’” (2006) *Justo de Voz* recuperado 05/15 de http://www.justodevoz.com.ar/index.php?seccion=actualidad_detalle&id=67

indemnización adecuada y advirtiéndoles que tomen medidas para que hechos similares no ocurran en el futuro.³²

- Importancia

En este caso se ve reflejado claramente como a pesar de cumplir con todos los requisitos que impone la norma, no es posible acceder a un aborto no punible.

En primer lugar, por parte de la justicia que hizo caso omiso a jurisprudencia del mismo tribunal en cuanto a la autorización judicial, que resultaba innecesaria en este caso, ya que a pesar de las controversias que existe en cuanto al alcance del inciso segundo del artículo 86, no existen lugar a dudas que en caso de violación a mujeres idiotas o dementes esta permito practicárselos.

Posteriormente, implantando un “conflicto de leyes” invocando leyes de Tratados Internaciones, que en nuestro país tienen jerarquía, para dejar sin efecto una ley en vigencia. No se tiene en cuenta además, que existen Tratados Internacionales que tienen la misma jerarquía que protegen a la mujer y sus derechos, como vimos anteriormente.

A pesar de que la Corte Bonaerense dio lugar al aborto, la víctima tuvo que llegar a una tercera instancia para poder tener una autorización, provocándole de esta manera un doble perjuicio, ya que no solo se ve en la frustración de que sus derechos no son escuchados, sino que además existía un embarazo que biológicamente seguía avanzando poniendo en riesgo su salud.

Por último, hay que resaltar que L.M.R no sólo tuvo que vivir situaciones injustas a nivel judicial ya que luchó para conseguir el permiso y obtenerlo, sino que posteriormente le fue inútil porque se vio negada desde el punto de vista médico. No tuvo acceso a ninguna de

³² S.C.B.A “R., L.M., ‘NN persona por nacer. Protección. Denuncia’” (2006) *Justo de Voz* recuperado 05/15 de http://www.justodevoz.com.ar/index.php?seccion=actualidad_detalle&id=67

las posibilidades, obligándola a tener que actuar de forma clandestina, en situaciones y riesgos que ningún ser humano se merece vivir.

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

- Hechos

A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut (ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G.) que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación.

No obstante informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., “presentaba síntomas depresivos, ideas suicidas persistentes” y que “el embarazo era vivido como un evento extraño, invasivo. En su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre” por lo que se estimó que “la continuidad de este embarazo contrala voluntad de la niña implicaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida”.

Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. (madre de la niña “A.G.”). 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 2º, 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 innecesaridad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorga 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.

Aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del *nasciturus*, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” F. 259. XLVI. No obstante de haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica médica, actuó con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravió por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional artículo 75, inciso 23; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 3º y artículo 4º; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º y artículo 6º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1º y artículo 6º).

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

representación del *nasciturus* y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida.

Que así las cosas, esta Corte considera que para el ejercicio de su jurisdicción no resulta obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. en el Centro Materno Infantil de Trelew.

Los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva (C.S.J.N.), toda vez que se plantea que el tribunal superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía al interpretar el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal. Asimismo, el tratamiento del tema resulta pertinente por esta vía puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible.

Por último, que dada, por una parte, la esencia de los agravios traídos a discusión, la cual radica en última instancia en la interpretación de normativa constitucional y convencional y visto el carácter federal que reviste el planteo, esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional.³³

³³ C.S.J.N. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (2012)

Una vez narrado los hechos, procederemos a explicar lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que mediante su decisión unánime puso fin a las discusiones de interpretación respecto del artículo 86 inciso 2°.

- **Importancia**

Este fallo puso fin a las discusiones que suscitaban del artículo 86 inciso 2°, estableciendo finalmente la no penalización del aborto a causa de violación de cualquier mujer. Específicamente son tres los aspectos importantes, estos son:

- a. Violación y atentado al pudor
- b. Improcedencia de la judicialización del caso
- c. Declaración Jurada

A continuación se desarrollara y explicara cada uno de ellos:

- a. Violación y atentado al pudor

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

porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de éste puso fin a las diferentes interpretaciones que derivaban del inciso segundo, dando triunfo a la tesis amplia. Por eso, en conjunto a las disposiciones que se establecen sobre violencia sexual (artículo 119 de Código Penal), toda víctima que quede embarazada producto de una violación, puede realizarse un aborto no punible.

b. Improcedencia de la judicialización del caso

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

En base a este punto, el Tribunal consideró ineludible destacar que actualmente 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 los preceptos, exigiendo donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación.

Agrega: Que es debido a ello que este Tribunal se ve forzado a tener que recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los

diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”

Que teniendo a la luz aquella manda constitucional es que debe interpretarse la letra del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible.

En este apartado el Tribunal dejó en claro que es la embarazada la que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico.

c. Declaración Jurada

En referencia a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación. Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier

imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.

Como el Tribunal lo explica, sólo es necesario para poder practicarse un aborto no punible la realización de una declaración jurada, ya sea por la víctima o su representante, manifestando que el embarazo proviene de una violación. Porque, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado.

3) Realidad social de aborto en Argentina

Si bien en nuestro país el aborto está penalizado y sólo lo admite en casos tipificados en el Código Penal como vimos a lo largo de este trabajo, existen cifras que demuestran que esto no se cumple y son totalmente desalentadoras.

Según Jorge Vinacur, médico y miembro de la sociedad de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires, en Argentina se ha estimado que existen entre 400.000 y 500.000 abortos por año, estableciendo que de cada 3 nacimientos vivos, hay dos abortos, y en la mayoría de los casos se trata de abortos ilegales.

Ahora bien, de estas cifras surge una consecuencia a tener en cuenta, que son alrededor de 100 mujeres muertas a causa de abortos clandestinos. Según Esteban Banga, médico del hospital Avellaneda, las mujeres llegan en condiciones deplorables por haberse

realizado maniobras abortivas, que en muchos casos no son posibles de salvar teniendo como resultado catastrófico la muerte de la mujer. Por otro lado, existen también los casos en los que la mujer por miedo a ser castigadas por la ley ni siquiera van a centros asistenciales dejando a su voluntad lo que puede provocarle este proceso que en muchos casos tienen el mismo resultado.

Lo que más se destaca de esto, es que son más las mujeres de bajos recursos las que tienen que sufrir este tipo de cuestiones. En primer lugar por no contar con la educación sexual suficiente como son los métodos de anticoncepción para poder elegir que es lo que quiere para su sexualidad, sino que además, son las que en caso de quedar embarazadas no cuentan con los recursos económicos para posteriormente mantener a ese bebe, y en último caso, por no contar con la posibilidad de atenderse en un centro asistencial.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se desarrolló en profundidad lo que es el aborto no punible en todos sus puntos de vista, desde cómo surgió la ley, su interpretación, derechos y valores en juego, hasta como se aplica en la actualidad. No quedan dudas que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida, ya que es por esto, que el mismo se encuentra comprendido en la categoría de delitos contra las personas.

Ahora bien, después de haber hecho toda la investigación acerca de este tema, resulta totalmente necesario analizar las fallas que, se considera, existen y cuáles podrían ser las soluciones para que nuestro ordenamiento jurídico las subsane.

En primer lugar, se va a dejar en claro la posición acerca de esta cuestión que socialmente está muy instalada. Se considera sin lugar a dudas que el aborto no tiene que ser ni legalizado ni penalizado totalmente, esos extremos serían un perjuicio muy grande para nuestra sociedad ya que los bienes en juego son muy altos para ponerlos en riesgo. Lo mejor es un punto medio entre ambos, que en este caso es el Aborto No Punible, como mejor

manera de equilibrar las posturas y hacerlas razonables. Se consideran increíblemente justos los requisitos para poder acceder a un aborto legal, que son el peligro a la vida o a la salud de la madre y cuando el embarazo provenga de una violación. Pero actualmente en nuestro país, el artículo que preceptúa el aborto no punible contiene fallas que afectan a las personas y a los principios, y a la vez vulneran nuestros derechos.

La mejor forma de comenzar este análisis es partiendo del origen: la descripción del artículo 86 del Código Penal. Como se demostró, dicho artículo presenta problemas de interpretaciones en cuanto alcance del mismo, sobretudo el inciso 2º que genera dos teorías, la amplia y la estricta. La primera hace referencia a la posibilidad de que toda mujer que haya quedado embarazada producto de una violación tenga acceso a un aborto no punible, mientras que la segunda sólo lo permiten en los casos de violación de las mujeres idiotas o dementes. Si bien esta cuestión ha sido resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del fallo “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva” (2012), se considera que el Código Penal debería hacer la modificación en el inciso, agregando la coma en el lugar que corresponde. Además, el artículo debería contener todos los requisitos que fueron aclarados a través del fallo mencionado. Por eso, es que resultaría conveniente hacer una nueva redacción del artículo 86, que sea completa, en la que se explicita que solo es el médico quién puede determinar si procede el aborto, que haga mención sobre la innecesaridad de la autorización judicial como la judicialización del caso y, por supuesto, la correcta redacción de los incisos. De esta forma no se violaría el principio de legalidad, ya que impediría hacer diferentes interpretaciones del mismo, y no daría lugar a ningún tipo de dudas. También, permitiría que las mujeres estén más informadas sobre sus derechos, permitiéndolas actuar de manera rápida (siempre que cumplan con los requisitos) y no tengan miedo. Hacerles valer sus derechos, a través de un aborto seguro y que éstos no sean vulnerados.

Como segunda cuestión, a la par de lo dicho, resulta de suma importancia resaltar lo que sucede en nuestro país actualmente. El número de las estadísticas sobre abortos clandestinos crece durante los años y cada vez hay más muertes de mujeres que se someten a condiciones inhumanas para practicarse una interrupción del embarazo. Es por esto que se considera que el Estado debe implementar políticas públicas para concientizar a la sociedad sobre la educación sexual. Que a través de los hospitales, las escuelas, y los centros de salud, eduquen a las personas y sobretodo las mujeres, desde temprana edad para que sepan lo que es la sexualidad. Que sea una información completa, de cómo conocer el cuerpo humano, como son las relaciones sexuales y los métodos de anticoncepción. Ésta sería la forma que se considera que la mujer puede decidir libremente sobre su cuerpo. Educándola y haciéndola entender que su cuerpo tiene vida y si no quiere quedar embarazada puede tomar los recaudos necesarios para no engendrar vida en su vientre.

Como tercera cuestión, concientizar a los médicos. Los médicos son una parte fundamental para que el derecho al aborto no punible sea posible. Como se vio durante el trabajo, son sus conocimientos los que van a determinar si es posible llevar a cabo o no dicha interrupción del embarazo. Concientizarlos sobre sus deberes en esta cuestión, garantizaría una plena ejecución del mismo.

Por último y para concluir, el balance realizado dada la investigación presente en materia de aborto no punible es sumamente positivo, ya que fue evolucionando con los años. La mujer también se encuentra en una posición distinta, si bien sigue luchando por una igualdad en condiciones con el hombre, sus derechos son escuchados y respetados. Quedan cosas por hacer sobre esta cuestión, pero con los años y con personas en la política que vean las deficiencias en la sociedad, van a poder ser resueltas favorablemente para todas nosotras, las mujeres.

REFERENCIAS

Doctrina:

- ✓ Nuñez R. C. (1999), *Manual de derecho penal – parte especial*, (2ª Ed.). Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- ✓ Fontan Balestra Carlos (1998), *Derecho penal: parte especial*. (15ª Ed.) Actualizado por Ledesma Guillermo A. C. Argentina: Abeledo-Perrot.
- ✓ Soler Sebastián (1945), *Derecho penal argentina*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- ✓ Buompadre J. E. (2000), *Derecho penal - parte especial - tomo I*. Argentina: Nave.
- ✓ Balcarse Fabian (2011) *Derecho penal- parte especial*. Córdoba: Advocatus
- ✓ Donna, Edgardo Alberto (1999) *Derecho penal- parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni
- ✓ Gimenez, Oscar Marcelo (2006) *Despenalización del aborto: Entre la Religion y el Estado*. Córdoba: Lerner
- ✓ Creus C. (1992), *Derecho penal - parte especial*, (3ª Ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ✓ Beeson Paul B. y Mcdermott Walsh (1972), *Tratado de medicina interna de cecil-loeb, tomo I*, (13ª Ed.). México: Nueva Editorial Interamericana.

Legislación

- ✓ Código Penal de la Nación Argentina
- ✓ Código Civil de la Nación Argentina

- ✓ Constitución Nacional Argentina
- ✓ Comisión Europea de Derechos Humanos
- ✓ Comité para la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación

Contra la Mujer

- ✓ Protocolo San Salvador
- ✓ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- ✓ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- ✓ Convención sobre los Derechos del Niño

Jurisprudencia

- ✓ S.T.D.E.H., “*Tysiac vs Polonia*” (2007)
- ✓ C.I.D.H., “*Paulina de Carmen Jacinto vs México*” (2007)
- ✓ C.E.D.A.W., “*K.L vs Perú*” (2005)
- ✓ S.C.B.A “*C.P.D.P., A.K. Autorización de aborto terapéutico*” (2005)
- ✓ S.C.B.A “*R., L.M., ‘NN Persona por nacer. Protección.*

Denuncia’”(2006)

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

ANEXO

Código Penal Argentino:

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

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

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

- Art 86: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o su arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

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

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

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

- Art. 119:

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

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

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

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

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

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

Código Civil Argentino:

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

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

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

Constitución Nacional:

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

- Artículo 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

- Artículo 75: “Corresponde al Congreso:

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

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de

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

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

Comisión Europea de Derechos Humanos:

- Artículo 2 (Derecho a la vida):

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

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

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

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

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

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

Mujer:

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

- Artículo 12:

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

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

Protocolo de San Salvador:

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

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

- a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
- b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
- c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

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

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

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

- Artículo 12:

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

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

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

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

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

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

- Artículo 15:

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

a) Participar en la vida cultural;

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

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

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

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

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

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

- Artículo 6: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

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

- Artículo 9:

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

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

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

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

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

- Artículo 18:

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

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

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la

seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

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

Convención de los Derechos del Niño:

- Artículo 6:

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

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

- Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal):

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

- Artículo 7 (Derecho a la Libertad Personal):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Garnica Maria Belén
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	36.122.251
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Aborto no punible.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	belu_garnica_8@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

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

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

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

Lugar y fecha:

Firma

Aclaración

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

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

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