



TESIS DE MAESTRÍA

EL ABORTO EN ARGENTINA. NECESIDAD DE SU
DESPENALIZACIÓN

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

ALBERTO DANIEL RAMIREZ

DIRECTOR
DR. PABLO GABRIEL SALINAS



TESIS DE MAESTRÍA

EL ABORTO EN ARGENTINA. NECESIDAD DE SU
DESPENALIZACIÓN

ALBERTO DANIEL RAMIREZ

DIRECTOR
DR. PABLO GABRIEL SALINAS

INDICE.

- INTRODUCCIÓN.

Capítulo 1: Nociones preliminares.

Capítulo 2: Antecedentes históricos de la tipificación del aborto en el Código Penal Argentino.

Capítulo 3: Los fallos de la CIDH, CSJN, de la SCJM, SCJBA y de otros tribunales de nuestro país. Consideración crítica.

Capítulo 4: Derecho comparado

Capítulo 5: Estado actual de la cuestión. Salud Pública y Derecho Penal. Fundamentos de la despenalización.

Capítulo 6: Situación socio-sanitaria del aborto en la Argentina. Datos Estadísticos.

Capítulo 7: Proyectos de ley presentados ante el Congreso de la Nación Argentina. Análisis crítico.

- CONCLUSIONES.
- CONSIDERACIONES FINALES
- ANEXOS.
 1. Fuentes Bibliográficas
 2. Fuentes Documentales
 - . Leyes
 - . Proyectos de Ley
 - . Jurisprudencia

INTRODUCCION.

El Código Penal Argentino en el art. 88 reprime con pena privativa de la libertad el aborto voluntario de la mujer lo que representa no reconocer derechos fundamentales de ella como la vida, la intimidad, la libre determinación sobre su propio cuerpo como así la libertad sexual y reproductiva y a la planificación familiar, generando ello además, una situación de desigualdad entre aquellas mujeres con recursos económicos suficientes y las que no los tienen en clara afectación del derecho de igualdad que resguarda el art. 16 de nuestra Constitución Nacional y propiciando que aquellas de bajos recursos deban acudir a un aborto inseguro en lugares que no les pueden proporcionar las mínimas medidas de seguridad para su salud.

Entonces, debemos preguntarnos si es una política criminal adecuada punir la acción de una mujer en estado de gravidez que voluntariamente decide poner fin al curso de su embarazo concurriendo a un médico diplomado y sin distinguir el tiempo que lleva el desarrollo embrionario pero antes de seguir, decimos que conocer éstas discusiones y el análisis de los conflictos a la luz de la Constitución nacional y los tratados internacionales, resulta muy importante porque éstos debates ético-jurídicos son clave para la definición de políticas públicas destinadas a enfrentar nuestros problemas como sociedad, problemas que el Estado debe dar respuesta cuando la salud pública está comprometida vg. lo que ocurre con la mortalidad materna, la violencia contra la mujer o el acceso a la salud.

Para darnos idea de donde nos encontramos hoy en la Argentina donde rige un sistema de indicaciones desde el año 1921, vemos que desde el sistema de salud y muchas veces con la complicidad del sistema judicial, ni tan siquiera se cumple con lo que está permitido y en medio de este *status quo* se pretende avanzar hacia la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante I.V.E.)

En el desarrollo del presente trabajo demostraremos que la decisión de interrumpir el desarrollo del embarazo no debe ser punible ni para la mujer embarazada ni para el médico que la asiste. En procura de ello refutaremos de manera racional y con argumentos jurídicos cada una de las razones que se

esgrimen para mantener el actual estado de cosas, en el cual, el aborto voluntario es un delito contra la vida. Demostraremos en definitiva, que el aborto voluntario es un tipo penal injusto.

Así, los interrogantes que nos inspiran y sirven de disparador son los siguientes: ¿hacia donde nos conduce el Derecho Penal al establecer pena de prisión para quien decide voluntariamente interrumpir su embarazo? y por supuesto, ¿hasta donde debe extender su protección el Derecho Penal? Inmediatamente surgen los demás interrogantes, ¿tiene el feto una autonomía que merece ser tutelada? Y en su caso, ¿en que grado la tiene? ¿es jurídicamente más o menos relevante que la vida de la mujer gestante? ¿Son compatibles las prácticas abortivas hoy permitidas con la obligación de proteger a la persona por nacer?

Con miras a determinar el problema central, decimos que todo tiene su origen en una mala política criminal que dio luz a los arts. 85, 86, 87 y 88 del Código Penal y que representan quizá un resabio de un sistema heteropatriarcal que exigen del Estado políticas que pongan fin a las desigualdades por motivos del sexo que, en el caso del aborto patentizan dichas desigualdades cuando nos enfocamos en los derechos sexuales y reproductivos, por lo cual una mirada en clave feminista resulta hoy fundamental a la hora de definir políticas en relación a los derechos mencionados y principalmente en lo que respecta al acceso a la salud pública.

Conforme al texto del art. 85 del C.P., se reprime con pena de prisión de 1 a 4 años a quien interrumpe el embarazo con el consentimiento de la mujer, mientras no se den alguno de los dos supuestos excepcionales previstos en dicha norma; en tanto el art. 88 del mencionado cuerpo legal, prevé pena de prisión de 1 a 4 años para la mujer que causa su propio aborto o consiente en que otro se lo cause. En el último párrafo declara no punible la tentativa de la mujer. Pero los problemas siguen, no es tan solo la legislación, sino que además las dificultades se ven acrecentadas ante las posturas radicalizadas de distintos sectores de nuestra sociedad que se niegan a un cambio de legislación que permita a las mujeres que se encuentran ante una situación de un embarazo no deseado, puedan hacer efectivos sus derechos,

como los de procrear o no (planificación familiar), a decidir sobre su propio cuerpo (autodeterminación), su intimidad, o su derecho a acceder al sistema de salud, entre otros, pero fundamentalmente que no deban enfrentar riesgos para su vida o salud.

Así, entendemos que la dificultad radica en las barreras sociales existentes que están impidiendo el tratamiento de un tema que resulta fundamental para que las mujeres puedan hacer efectivos los mencionados derechos que involucran principalmente la libertad sexual y reproductiva, situación que no variará en tanto no se reformule el catálogo punitivo.

En el presente trabajo, a través de un abordaje interdisciplinario, y bajo el postulado de que la penalización del aborto constituye una limitación para la autonomía de los progenitores, en especial para la mujer, buscaremos arribar a una conclusión convincente y entusiasta acerca de la conveniencia y necesidad de reformar nuestro Código Penal de forma tal que no siempre y en todo momento, la interrupción voluntaria del embarazo sea un hecho punible.

En suma, demostraremos que en la Argentina actual, una política criminal adecuada debe considerar no punible a toda acción abortiva llevada a cabo por médico diplomado y aceptada voluntariamente por la mujer en estado de gravidez dentro de un límite temporal del desarrollo embrionario que el legislador deberá establecer pero teniendo en consideración primordialmente que el Derecho Penal no está para dar soluciones de todo tipo, menos aún en el caso del aborto que es un tema de salud pública que envuelve una problemática social por sus componentes morales y religiosos y poniendo, además el centro de atención en el principio bioético de autonomía que es el que, entendemos nos proporciona una respuesta racional a favor de los derechos fundamentales de la mujer y que intuitivamente deben prevalecer a los del *nasciturus*.

Conscientes de que estamos ante uno de los temas más escabrosos y controversiales tanto en lo social como en lo estrictamente jurídico-penal, indagaremos sobre las distintas posturas doctrinarias y teniendo en cuenta los conocimientos de la tecno-ciencia y la bioética, iremos en procura de lograr el objetivo antedicho.

Con la convicción que éste trabajo de investigación resultará de utilidad en un futuro muy próximo ya que, consideramos que se avecinan tiempos de cambio, buscaremos entusiasmar a través de un enfoque que sopesa todos los valores en juego y desmitificando postulados falsos que se vienen sosteniendo inveteradamente por los sectores más conservadores de la sociedad, como es la iglesia católica, las asociaciones civiles en defensa de la vida, entre otros.

Con éstas premisas, procuraremos: 1) establecer criterios que determinen hasta donde el Derecho Penal debe extender su protección; 2) establecer pautas diferenciadoras entre el momento en que tiene comienzo la vida y el momento en que la legislación (nuevo Código Civil) señala como comienzo de la existencia de la persona; 3) Demostrar que todos los derechos de la mujer, ante una situación de embarazo no deseado, deben prevalecer y merecen mayor tutela jurídica que la del *nasciturus* hasta cierta etapa del desarrollo embrionario; 4) Demostrar que los riesgos a los que se somete la mujer en conflicto con su maternidad -por sobre todo las de escasos recursos económicos- por tener que recurrir a la clandestinidad y por temor a ser criminalizada, amerita una urgente reforma del código penal; 5) Dejar establecido que la respuesta a los problemas que se presentan en el ámbito de la salud pública, no debe buscarse necesariamente en el Derecho Penal.

Si bien el presente trabajo, incluye datos estadísticos y empíricos también, y en virtud del carácter interdisciplinario que requiere la temática abordada, metodológicamente es por sobre todo, de tipo teórico y doctrinal como una sub clasificación.

Es un trabajo descriptivo y también existirá una etapa heurística de búsqueda de datos y sistematización de la información.

Finalmente se concretará en un aporte bibliográfico y documental como fuentes.

CAPITULO 1

En el presente capítulo abordaremos las nociones más básicas desde donde comenzaremos el desarrollo del trabajo introduciéndonos en el manejo del léxico para seguir con los principios bioéticos considerados como tópicos jurídicos que cumplen un papel importante en la tarea de los órganos jurisdiccionales al momento de resolver los casos bioético-jurídicos. Finalmente nos ocuparemos de los distintos sistemas legales de regulación del aborto con un análisis crítico del sistema de plazos en su relación con la autonomía de las mujeres.

- NOCIONES PRELIMINARES.

Etimológicamente: La palabra aborto procede del latín “*abortus*” o “*aborsus*” derivado de la partícula negativa *ab – orior*, es decir opuesto a nacer o sin nacimiento.

Noción médica: La noción desde el punto de vista de la ciencia médica nos dice que es la interrupción inducida o espontánea del producto de la concepción y en cuanto a los métodos, algunos de los más usados son el legrado, la succión, inyección salina, la píldora (RU 486) y la histerotomía. Como puede observarse y sin entrar en detalles mayores pues no hacen al objeto de éste trabajo, los distintos métodos pueden tener naturaleza química o quirúrgica. Éstos métodos revisten un significativo riesgo para la salud de la mujer, más aún en los casos de aquéllas que por carecer de recursos acuden a sitios clandestinos para abortar, frente a la sanción penal y la amenaza de pena privativa de libertad.

Noción Jurídica: Según expresiones de Breglia Arias, Omar, “se consume el aborto matando al feto intrauterinamente”¹; para Fontán Balestra consiste en la “interrupción del embarazo con la muerte del feto o fruto de la concepción”² en tanto para Sebastián Soler es “toda acción destructiva de la vida anterior al momento de parto, sea que importe la muerte del feto en el

¹ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, *Código Penal Comentado y anotado*, 4ta Edición, Buenos Aires, 2001.

² FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho Criminal, Parte Especial*, Tomo VI, Ed. De Palma, pag. 340

claustró materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura” 3

- PRINCIPIOS BIOÉTICOS

Preliminarmente necesitamos precisar que son exactamente los llamados principios bioéticos y siguiendo a Camilo Tale en un artículo publicado en 1998 4, refiere que clásicamente los principios han sido normas preceptivas, normas más universales que otras, fuentes de otras pero en la bioética contemporánea los llamados principios, no siempre son normas y en vez de tener índole imperativa, suelen funcionar como orientaciones, por ello se opta por uno o por otro ante tal o cual problema bioético, es decir que se elige uno para fundar la decisión y se deja de lado otro.

Tres principios (o cuatro si desdoblamos el primero de ellos), constituyen el eje del modelo ya clásico de la Bioética: Beneficencia (y no maleficencia), Autonomía y Justicia.

Beneficencia (del latín *bonum facere*, *lit.* “hacer el bien”) y No maleficencia (del latín *non malum facere*, *lit.* “no hacer daño”). Quizá sea más propio hablar en español de principios de beneficio y no maleficio.

En cualquier caso, hacer el bien y no hacer el mal constituyen la fórmula originaria de la moralidad individual y social, y ambos, no dañar y ayudar a otro, se pueden derivar de la naturaleza humana.

Suele establecerse una gradación de obligaciones no maleficencia-beneficencia que incluye cuatro elementos en orden jerárquico o preferencial.

1. Se debe no infligir mal o daño (principio de no maleficencia)
2. Se debe prevenir el mal o daño
3. Se debe remover el mal
4. Se debe hacer o promover el bien.

³ SOLER, Sebastian, *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, pag. 110

⁴ *Los tres o cuatro principios de la bioética, ¿son válidos?*, ED, 179-863.

Autonomía: la palabra autonomía deriva del griego autos (propio) y nomos (regla, autoridad o ley) y ha adquirido significados tan diversos como autogobierno, derechos de libertad, intimidad, elección individual, libre voluntad, elegir el propio comportamiento y ser dueño de uno mismo. La autonomía personal es la regulación de uno mismo, libre, sin interferencias externas que pretendan controlar y sin limitaciones personales como por ejemplo una comprensión inadecuada que impidan hacer una elección. Una persona autónoma actúa libremente de acuerdo a un plan elegido. Sin embargo, una persona con déficit de autonomía, o es controlada por otros, al menos en algún aspecto de la vida o es incapaz de reflexionar y actuar en función de sus propios deseos y planes.

Podría bien decirse que todas las teorías sobre la autonomía están de acuerdo en que hay dos condiciones esenciales: a) la libertad (actuar independientemente de las influencias que pretenden controlar) y b) ser agente (tener la capacidad de actuar intencionadamente)

Desde una mirada feminista hacemos referencia a lo expuesto en un pronunciamiento de los feminismos comunitarios en la cumbre de los pueblos del cambio climático (2010) Allí se dijo:

La autonomía como principio anti patriarcal está enmarcada en el contexto de la anti-jerarquía, tanto en el sentido concreto como en el sentido simbólico, ya que autonomía no significa desligarse de los otros, no quiere decir desinteresarse por la comunidad. Autonomía implica un ser y existir desde el propio mundo íntimo y personal en la comunidad con el mundo público....Así ser autónoma, autónomo, es un beneficio para sí misma –para sí mismo- por la coherencia, dignidad y libertad que le significa a la persona. También es un beneficio del que la comunidad no puede prescindir ya que se nutre de esa autonomía para mirar el mundo por los ojos de cada integrante. ⁵

Justicia: Los términos equidad, mérito y titularidad han sido usados por varios filósofos en sus intentos de explicar la justicia. Todas esas explicaciones interpretan a la justicia como trato igual, equitativo y apropiado a la luz de lo que se debe a las personas o es propiedad de ellas. Así, quien tiene una exigencia válida basada en la justicia tiene un derecho y por tanto, se le debe algo.

⁵ Disponible en <http://perspectives.apps01.yorku.ca/2010/05/08/pronunciamiento>

La Bioética, en el modelo principalista, adopta como método el modelo de principios prima facie obligatorios como cánones éticos. Diego Gracia en su obra "Procedimientos de decisión en ética clínica" (Eudema, Madrid, 1991) ha establecido una prioridad de los principios bioéticos donde el de "justicia" y de "no maleficencia" se encuentran en primer término y luego los de "autonomía" y "beneficencia" ⁶. Vale decir que, ante un conflicto entre los principios, siempre deben tomarse soluciones que no sean injustas y que no provoquen daño. En tal sentido, y en los términos de Beauchamp y Childress ⁷ la finalidad de la tutela jurídica de la vida desde la concepción, tiene un propósito de no maleficencia, es decir de abstenerse intencionadamente de realizar acciones que puedan causar daño respecto del ser en gestación.

- SISTEMAS DE REGULACIÓN DEL ABORTO

Desde una perspectiva histórico-comparativa, se puede establecer la existencia, básicamente, de dos sistemas legales de regulación del aborto: el sistema de prohibición absoluta y el sistema de prohibición relativa, admitiendo éste último una sub clasificación entre dos modelos de regulación, el sistema del plazo y el sistema de las indicaciones.

a) Sistema de la prohibición absoluta: Según este sistema, toda conducta provocadora del aborto o dirigida a causarlo, debe ser castigada como delito. Son ejemplos de este modelo de regulación legislativa los códigos europeos del siglo 19 y algunos que rigieron durante el siglo 20, v gr. el código español franquista de 1944 y el código penal italiano de 1930 (Código Rocco).

b) Sistema de la prohibición relativa: Para este modelo de regulación, el aborto provocado, en principio, debe ser castigado como delito, aunque admite supuestos excepcionales de impunidad.

La gran mayoría de los ordenamientos penales de la actualidad, en especial los de América Latina, se encuentran alineados en este modelo. El sistema permite dos variantes: la solución del plazo y la solución de las indicaciones.

⁶ TINANT, Eduardo Luis, *Antología para una Bioética Jurídica*. Editorial LA LEY, 1° Ed. Bs. As. 2004.

⁷ BEAUCHAMP, Tom – CHILDRESS, James, "*Principios de Ética Biomédica*" Cap. 4, New York, 1979.

El primero, el sistema del plazo, supone la impunidad de todo aborto consentido cuando es practicado por un médico y dentro de un plazo establecido legalmente, por lo general dentro del primer período de la gestación, esto es, durante los tres primeros meses del embarazo. Si el aborto debe ser practicado con posterioridad a dicho plazo, el sistema se complementa con ciertas indicaciones que están determinadas de antemano.

La otra variante, es el sistema de las indicaciones. Éste es el modelo por excelencia, casi todas las legislaciones del mundo lo han adoptado.

Para este sistema el aborto está prohibido como principio general durante todo el período de la gestación, pero se admiten ciertas y determinadas excepciones (indicaciones) que posibilitan la realización del aborto. Han seguido este modelo de regulación, entre otros, Argentina, Paraguay, Brasil, Uruguay, México, El Salvador, Panamá, Suiza, Portugal, Gran Bretaña etc.

Tradicionalmente, las indicaciones son cuatro: I. Indicación médica: también denominada necesaria o terapéutica, según la cual la interrupción del embarazo está permitido cuando persigue evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la madre. II. Indicación eugénica: también conocida como indicación eugenésica o embriopatía y consiste en permitir el aborto cuando se presume que el feto nacerá con graves taras físicas o mentales. III. Indicación ética: denominada también jurídica, sentimental, humanitaria o criminológica, cuya aplicación presupone que el embarazo ha tenido su origen en un delito de naturaleza sexual, por lo general, el delito de violación. IV. Indicación socioeconómica: Supone que el nacimiento habrá de producir graves problemas de tipo social y económico a la embarazada o a miembros del grupo doméstico. La indicación ha sido receptada por algunos países de Europa Oriental y, en América Latina, por el Uruguay.

Tanto un sistema como el otro ofrecen ventajas e inconvenientes, pero la preferencia por uno u otro es una opción político-criminal, aunque tal vez -como ha puesto de relieve Feijoo Sánchez- el debate se ha centrado demasiado en la cuestión punición-no punición antes que discutir sobre las

ayudas que la sociedad está dispuesta a aportar para que una madre no tenga que tomar la decisión de abortar ⁸.

Dependerá del legislador ordinario escoger la mejor solución para brindar una eficaz protección a un bien jurídico como la vida prenatal.

Ahora bien, en relación a la autonomía de las mujeres que es el lente principal a través del cual miramos y justificamos la I.V.E. , consideramos que el sistema de plazos es el que más reconoce y se condice con esa autonomía para decidir su plan de vida. Ello es así por cuanto dicho sistema no exige la invocación de indicación alguna, no requiere acreditar el cumplimiento de requisito alguno, ya sea denuncias o la justificación de cualquier otra situación personal. Además, teniendo en cuenta los derechos humanos reconocidos con su actual regulación, forzar a una mujer a engendrar o a proseguir con su embarazo cuando no es su voluntad implica negarle a la mujer subjetividad jurídica convirtiéndola en un instrumento al servicio de intereses ajenos cuando en realidad el Estado debiera garantizar sus derechos.

Desde éste punto de vista, se hace necesario definir y delimitar el alcance de aquella autonomía desde el punto de vista temporal. En otros términos, con el actual marco de derechos humanos, hasta que momento podría la mujer interrumpir su embarazo, esa es la cuestión.

En éste sentido, se ha establecido que el límite es la viabilidad del feto, es decir la posibilidad de vida autónoma extrauterina la cual se alcanza según distintas comunidades científicas entre las veintiuna y veintiseis semanas de gestación. Por ejemplo la Sociedad Española de Pediatría recomienda como límite de viabilidad y con posibilidades de recibir reanimación en sala de partos, las veintiséis semanas cumplidas de edad gestacional y un peso, igual o mayor a 600 g. Aun cuando la supervivencia de los recién nacidos más inmaduros ha ido aumentando en las últimas décadas, definir el límite de la viabilidad sigue siendo hoy complejo y en muchas ocasiones aleatorio, existiendo sin embargo acuerdo para situar este límite entre las semanas 21 a 25.

⁸ Conf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *Compendio de derecho penal, parte especial*, vol.I, p. 293, Editorial R. Areces S.A., Madrid, 2003.

La Sociedad Española de Neonatología (SENeo), a través de su red SEN1500, publica por primera vez los datos de supervivencia y secuelas de los prematuros nacidos en el límite de la viabilidad (22-26 semanas), estratificados por edad gestacional.⁹

Al respecto apunta la Dra. Patricia Gonzalez Prado:

La viabilidad no es un límite fijo al aborto libre, despenalizado y/o legalizado, sino uno que restringe la autonomía de las mujeres. La pauta de viabilidad es el límite para realizar abortos, sin embargo, si estamos ante etapas gestacionales en las cuales el feto es médicamente viable y la mujer que porta ese embarazo decide, por la razón que sea, no seguir adelante con el mismo, ha de reconocérsele y garantizársele la posibilidad de interrumpirlos, en función de su autonomía sexual, corporal, su derecho a la vida y a la salud.¹⁰

Respecto a la postura de la mencionada autora, no estamos en verdad seguros que sea esa la respuesta definitiva a un dilema ético-jurídico donde por un lado tenemos el marco de derechos humanos que protege a la mujer gestante y por el otro la vida intrauterina también protegida por nuestro ordenamiento jurídico y según creemos, en casos excepcionalísimos como éste donde el feto es viable, es decir que ya ha superado las etapas de gestación donde la medicina los considera inviables, los derechos de la mujer entran en retroceso y ya no están tan apuntalados por el mayor valor que va adquiriendo el feto que se acerca a un grado de autonomía que en etapas previas no tenía y es por ello que en situaciones como estas, son los médicos quienes tendrán la decisión final y donde toman importancia los Comités de Bioética.

Además, Gonzalez Prado (2018) cuestiona el criterio conforme al cual no se pueden interrumpir gestaciones avanzadas por el riesgo que implica para la mujer gestante sosteniendo que el riesgo a morir por parto es entre 80 y 160 veces superior al de morir por aborto en Argentina. La autora afirma que es muchísimo más riesgoso para la mujer un parto, que un aborto a cualquier edad gestacional. Así, haciendo referencia a la segunda edición de la O.M.S. de "Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud" (2012) dice que el aborto seguro reduce a mínimos los riesgos. Los datos que

⁹ Puede consultarse en <https://www.analesdepediatria.org/es-limite-viabilidad-actualidad-articulo-S1695403314000630> (ultima visita 26/07/2019)

¹⁰ GONZALEZ PRADO, Patricia. *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres*, pag. 187, Ed. Didot, 2018.

surgen de allí es que el riesgo de muerte por un aborto inseguro es de 30 cada 100.000 mujeres en América Latina y El Caribe y que cuando el aborto inducido es realizado por profesionales capacitados que aplican técnicas médicas y fármacos adecuados y en condiciones higiénicas, este es un procedimiento médico muy seguro (O.M.S., 2012:20-21)

La posición de la autora mencionada puede resumirse en el siguiente postulado: que ninguna mujer puede ser legalmente obligada a asumir el riesgo para su vida que supone la continuación del embarazo, ello sin vulnerar el derecho a la salud integralmente considerada e independientemente de que el embarazo sea producto o no de un ataque sexual. Es decir que para ésta postura (como la misma autora lo ha afirmado) el requisito legal de que se trate de un *riesgo que no puede ser evitado por otros medios*, se da por la traumática sensación de pérdida de control sobre la propia vida al no desear transformar ese embarazo en un proyecto de maternidad.

En apoyo de ésta tesis, Gonzalez Prado cita a la investigadora gineco-obstetra Stella Maris Manzano para quien “es mucho más riesgoso llevar a término un embarazo que interrumpirlo en cualquier edad gestacional” y menciona estadísticas del Ministerio de Salud de la Nación que refieren que el riesgo de morir por complicaciones del embarazo y parto es de una cada 530 mujeres en la Argentina y el riesgo de morir por aborto seguro es de uno cada 200.000 (informe 2008). Asimismo cifras del Ministerio del año 2012 dan cuenta de 283 mujeres muertas por causas vinculadas al embarazo, 11 % de las cuales fueron por abortos inseguros, 56% por causas obstétricas directas, 24% por causas obstétricas indirectas y 9% puerperio.¹¹

Más allá de las estadísticas, debemos decir que otras juristas han formulado afirmaciones en el sentido opuesto; así por ejemplo la Dra. Eleonora Lamm en su exposición ante el Congreso de la Nación en el último debate sobre la I.V.E. producido en el año 2018, manifestó que un aborto tiene mucho más riesgo de muerte que un parto, afirmando además que según datos de la O.N.U., 70.000 muertes se producen cada año como consecuencia de

¹¹ GONZALEZ PRADO, Patricia. *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres*, pag. 281, Ed. Didot, 2018

complicaciones de embarazos y de partos como así que hay más de tres millones de abortos inseguros en adolescentes.¹²

Cabe mencionar que en su exposición la Dra. Lamm no distingue si se está refiriendo a los abortos inseguros o a los abortos seguros aunque damos por sentado que se refiere a los abortos inseguros lo que se induce de la línea argumental de su exposición.

¹² Puede consultarse en <https://www.senado.gov.ar/>. Exposición de la Dra. Eleonora Lamm del día 24/7/2018 ante el Congreso de la Nación Argentina.

CAPITULO 2

Aquí haremos un repaso histórico de cómo se legisló el aborto en nuestro código penal desde su sanción analizando los distintos tipos delictivos contemplados y su estructura desde la dogmática penal y a la luz de las distintas posturas expuestas por la más destacada doctrina de los autores.

Antecedentes históricos de la tipificación del delito de aborto en el Código Penal Argentino.

Argentina se encuentra entre el grupo de países en los que, como regla, el aborto se encuentra criminalizado. El Código Penal indica que el aborto es delito y únicamente suspende su penalización cuando se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre (artículo 86, inciso 1) y cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2). Esta regulación data del año 1922.

Los supuestos de aborto no punibles previstos por el Código Penal rara vez fueron avalados por el Poder Judicial. Esta situación responde, entre otras causas, a concepciones religiosas arraigadas y a una aplicación sesgada de tratados internacionales que protegen expresamente el derecho a la vida desde la concepción. En líneas generales, las decisiones judiciales se han centrado fundamentalmente en proteger el “derecho a la vida” del feto. El derecho a la vida y a la salud de las mujeres, a la privacidad, a la no discriminación, a la autodeterminación reproductiva, a una vida libre de violencia y al no sometimiento a tratos crueles, inhumanos y degradantes, reconocidos por la Constitución argentina y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, si bien son elementos relevantes dentro de la discusión y contrapesan las afirmaciones tradicionales, han tenido hasta el momento muy poca relevancia en la jurisprudencia nacional.

El art. 85 del Código Penal dice: “El que causare un aborto será reprimido: 1.- Con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; 2.- Con reclusión o prisión

de uno (1) a cuatro (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis (6) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”

Entre nosotros, aunque con distintas variantes, el aborto estuvo castigado en todos los precedentes legislativos. Durante el proceso codificador, las formas de impunidad fueron introducidas por la Comisión del Senado, siguiendo los lineamientos del Anteproyecto Suizo de 1916. Actualmente, el código penal prevé distintos tipos de aborto doloso; en el art. 85, inciso primero, se ocupa del aborto sin consentimiento de la mujer (forma más grave), mientras que en el inciso segundo se castiga con menor penalidad el aborto realizado con el consentimiento de la mujer. En ambos supuestos y con distinta penalidad, el hecho se agrava si se produce la muerte de la mujer. En el art. 86, primer párrafo del mismo cuerpo legal, se castiga el aborto profesional, mientras que en el segundo párrafo se encuentran previstos los abortos impunes: el llamado aborto terapéutico y el aborto eugenésico. El art. 87 contempla el denominado aborto preterintencional y el art. 88, finalmente, prevé pena de prisión para el auto aborto o la prestación del consentimiento para que otro se lo causare. El último párrafo del mismo precepto, declara la impunidad de la tentativa de aborto de la propia mujer.

Bien Jurídico. El bien jurídico protegido por las distintas figuras de aborto es la vida del feto. Enseña Jorge Buompadre que en este Título carece de relevancia la protección que se pueda dispensar a otros intereses distintos de la propia vida del *nasciturus*, como ser la salud de la madre, el interés demográfico de la comunidad, etc., que podrían encontrar efectiva protección en otros lugares del ordenamiento punitivo; lo que importa preservar es la vida intrauterina, cuya tutela no sólo surge desde el propio código penal sino que la vida humana tiene reconocimiento expreso en la misma Constitución Nacional, la cual, a partir de la reforma de 1994, que introdujo los Tratados sobre Derechos Humanos, ha establecido que la protección de la vida debe hacerse, por lo general, a partir de la concepción (art. 75 inc. 22). El problema que se presenta consiste en determinar a partir de cuándo estamos en presencia de una vida humana que merezca protección penal. Sobre el particular se han esbozado dos teorías: la teoría de la fecundación, según la cual la vida humana

comienza desde que el óvulo es fecundado por el gameto masculino. A partir de este momento, entonces, existe vida humana merecedora de protección penal.

La otra teoría, denominada de la anidación, determina el comienzo de la vida humana como objeto de protección penal desde que el óvulo fecundado queda fijado (anidado) en el útero materno, fenómeno que se produce, aproximadamente, a los catorce días desde el momento de la fecundación.

Para el citado autor, el objeto de protección en el delito de aborto debe quedar delimitado a partir del momento en que se produce la anidación del óvulo fecundado en el útero de la madre, lo cual implica que la protección penal sólo abarca al embrión y al feto, no así al pre-embrión o embrión preimplantatorio¹³. Antes de la anidación, se tiene dicho, no puede hablarse propiamente de vida prenatal; el comienzo del proceso fisiológico de la gestación tan sólo se produce tras la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Por otra parte, resulta prácticamente imposible la determinación exacta del momento de la concepción¹⁴.

Tal como lo pone de manifiesto Feijoo Sánchez, la razón relevante para sostener la tesis de que la protección penal empieza con la anidación es de índole político criminal: no extender la intervención del derecho penal hasta límites de dudosa legitimidad o en los que el derecho penal perdería totalmente su eficacia como medio de protección. La cuestión decisiva a efectos del alcance del delito de aborto no es en realidad determinar el momento en el que se inicia la vida, sino cuando puede y debe comenzar la protección jurídico-penal de la vida.¹⁵ Razones de seguridad jurídica aconsejan aceptar esta conclusión. El criterio de la anidación permite sostener la tesis de la atipicidad en los casos de embriones fecundados in vitro, como en aquellos supuestos de

¹³ De la misma opinión, FIGARI Rubén E., op.cit., pag. 263; con la teoría de la fecundación, VILLADA Jorge Luis, op.cit., pag. 130.

¹⁴ Conf. CARBONELL MATEU J.C. y GONZALEZ CUSSAC J.L., *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch Libros, pag.103, Valencia, 1999.

¹⁵ Conf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *Compendio de derecho...*, p. 293, Editorial R. Areces S.A., Madrid, 2003.

óvulos aún no implantados (por ej. la mola) ¹⁶ cuando al momento de la conducta el feto está muerto (no existe objeto material) o en los casos de embarazos ectópicos o extrauterinos¹⁷.

Estructura Típica. El aborto es un delito de lesión, instantáneo y de resultado material, cuya estructura exige la concurrencia de tres elementos que son comunes a todas las figuras de aborto previstas en el Código penal: a) una mujer embarazada, b) existencia de un feto y c) la muerte del feto. Puede cometerse por acción o por omisión (impropia). ¹⁸

Tipo Objetivo. a) Sujetos Activo y Pasivo. Sujeto activo del delito de aborto puede ser cualquier persona. Se trata de un tipo de titularidad indiferenciada. Sujeto pasivo, en cambio, sólo puede ser el embrión o el feto. La diferenciación entre embrión y feto no quiere decir que se trate de sujetos distintos, sino sólo de distintos momentos en la etapa de desarrollo de la misma vida humana, pero con idéntica identidad valorativa. Debe descartarse la idea de que el sujeto pasivo del delito de aborto es la madre (Bajo Fernández, Bustos Ramírez), la comunidad (Arroyo Zapatero) o el Estado (Huerta Tocildo). Si el bien jurídico en el aborto es la vida del feto y el sujeto pasivo sólo puede ser el titular de ese tal bien jurídico, entonces no puede más que atribuirse aquella calidad al propio embrión o feto¹⁹. b) Acción Típica. El código penal no define el aborto ni suministra elemento alguno para su definición. No obstante, desde un punto de vista jurídico se lo puede definir como la “interrupción de proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo”. Esta noción jurídico-penal de aborto contiene los tres elementos que –según dijimos más arriba- son comunes a todos los tipos de aborto previstos en el capítulo: estado de embarazo o preñez, un feto con vida y la consecuente muerte del mismo. La acción típica

¹⁶ La mola es un óvulo fecundado y abortivo que, en vez de morir, se hace parásito de la sangre de la mujer. La mola, como señala González Rus, debe equiparse al feto muerto.

¹⁷ Se entiende por embarazo ectópico la nidación y el desarrollo del huevo fuera de la cavidad del útero. En el 90% de estos casos, la implantación se produce en la trompa, aunque también la ubicación puede ser tubárica, tuboovárica, ovárica, abdominal, intraligamentaria y cervical. Se entiende que, habitualmente, los embarazos ectópicos abdominales producen fetos muertos, conf. SCHWARCZ Ricardo Leopoldo y otros, “Obstetricia”, Ed. El Ateneo, Bs. As., 2002, pag. 181.

¹⁸ Conf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *Compendio de Derecho*....p. 288.

¹⁹ Conf. LAURENZO COPELLO Patricia, *Comentarios al Código Penal, parte especial*, p. 291, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997.

consiste en “causar un aborto”, esto es, la destrucción del producto de la concepción, en las fases de su desarrollo embrionario o fetal, dentro del seno materno o por su expulsión provocada. Por lo tanto, quedan al margen de la tipicidad la muerte del feto por expulsión espontánea o natural, los partos anticipados, la destrucción de embriones aún no implantados, los abortos selectivos en casos de embarazos múltiples o la interrupción de un embarazo para implantar el embrión en otra gestante, ya que no se produce la destrucción del objeto material del delito.²⁰

Con respecto a los medios, al no imponer el texto legal ninguna limitación, puede ser utilizado cualquier medio, sin que importe su forma o naturaleza; pueden ser materiales o morales, físicos, químicos, eléctricos, térmicos u hormonales. Lo que importa es que con el empleo de tales medios se cause la muerte del feto. a) Estado de embarazo o preñez: el tipo exige como presupuesto la existencia de una mujer embarazada, careciendo de relevancia que a tal estado se haya llegado a través de un proceso natural o por vía artificial (inseminación). El estado de embarazo (cuya realidad presupone la existencia de un feto) constituye un elemento del tipo objetivo que debe ser comprobado a través de la prueba pericial médica. Los llamados falsos embarazos o embarazos aparentes, deben ser considerados atípicos por falta de objeto material. b) Vida del feto: el delito presupone la existencia de un feto, sin que importen sus condiciones de viabilidad extrauterina, vale decir, su capacidad de vivir fuera del claustro materno. Si el feto está muerto al momento de realizar la acción, el hecho es atípico. Las maniobras abortivas realizadas sobre una mujer que no está embarazada (inexistencia de feto) son atípicas, salvo la responsabilidad por las lesiones que las maniobras pudieren haber causado en el cuerpo de la mujer. La viabilidad intrauterina, entendida como la aptitud para desarrollarse fisiológicamente dentro del seno materno, hasta que se produzca el nacimiento, condiciona la existencia del delito. c) Muerte del feto. El delito se perfecciona con la destrucción del producto de la concepción, con o sin expulsión del seno materno. La muerte del feto es el resultado exigido por el tipo penal. Cuestiones de particular interés se presentan en supuestos en

²⁰ Conf. LAURENZO COPELLO Patricia, *Comentarios al Código...*, cit., p. 295 y sig.. 7 Art. 85 a 88 - Jorge Buompadre.

los que se practican maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada (pero el autor cree que lo está), sobre una mujer que está realmente embarazada, pero el feto está muerto o cuando se presenta un caso de embarazo ectópico. En las dos primeras hipótesis, un sector doctrinal entiende que estamos ante un caso de delito imposible en grado de tentativa (Soler, Fintan Balestra, Gavier, etc.); otros, en cambio -en opinión que compartimos-, defienden la idea de que el hecho, en tales circunstancias, es impune, salvo los daños remanentes que pudieren haberse causado a la mujer (Núñez, Creus, D'alessio, Fígari, Villada, etc.). En los casos de embarazo ectópico o extrauterino, las soluciones están divididas; algunos sostienen la tipicidad de la conducta (el feto tiene posibilidades, aunque mínimas, de sobrevivir); no obstante, su destrucción sería impune sólo si concurriera un estado de necesidad debido al grave peligro que para la mujer generalmente comporta (González Rus, Huerta Tocildo, Rodríguez Ramos, etc.); otros son de la opinión que el hecho es atípico, por inexistencia de objeto material, debiendo ser el dictámen médico el que lo ponga de manifiesto (Laurenzo Copello, Bajo Fernández, Cobo/Carbonell, etc.). Compartimos esta última opinión.

d) El Consentimiento. El art. 85 del cód. penal contempla dos figuras de aborto, que se delimitan entre sí por la existencia o no del consentimiento de la mujer embarazada. En estos supuestos, el consentimiento no opera como una causal de atipicidad, sino que produce sus efectos sobre la pena: el aborto causado sin el consentimiento de la mujer embarazada tiene previsto una penalidad mayor (reclusión o prisión de 3 a 10 años) que el causado con el consentimiento de la mujer (reclusión o prisión de 1 a 4 años). El consentimiento es el acuerdo, permiso o autorización que la mujer embarazada da a otra persona para que ésta practique sobre su cuerpo un aborto. En estos casos, el tercero es el autor del delito (art. 85 inc. 2), mientras que la mujer es penada autónomamente (art. 88). El consentimiento puede ser expreso (directo, explícito o inequívoco), tácito (cuando está constituido por actos que permiten deducir claramente la voluntad de abortar) o presunto (meramente conjetural, existente sólo en la mente del autor), pero en todo caso, sólo tienen eficacia a los fines de la delimitación típica los dos primeros. El consentimiento presunto, que sólo implica una mera conjetura por parte del autor en el sentido

de que la mujer podría prestarse a la maniobra abortiva, sin que se aprecie claramente esa voluntad, carece de valor tipificante del art. 85 inc. 2.

El consentimiento debe ser válido y libremente prestado por una mujer que tenga capacidad para prestarlo. Esta capacidad es la capacidad penal (16 años), no la civil. Los medios violentos, coactivos y defraudatorios, excluyen el consentimiento. La rectificación efectuada con anterioridad a la realización de las maniobras abortivas, traslada el hecho al art. 85 inc. 1 (aborto sin consentimiento).

Tipo Subjetivo.

El aborto es un delito doloso, compatible sólo con el dolo directo. Quedan fuera del tipo subjetivo el dolo eventual (salvo, como veremos, en la hipótesis prevista en el art. 87) y cualquier forma de culpa.

Consumación y Tentativa.

El delito se consuma con la muerte del feto. Las maniobras tendientes a matar al feto, pero que no han producido tal resultado por razones extrañas a la voluntad del autor, quedan en grado de tentativa. Las lesiones al feto carecen de incriminación autónoma, pero su realización se enmarca en el ámbito punible de la tentativa. Las maniobras realizadas sobre un feto muerto, son atípicas, por carencia del objeto del delito.

Agravante: Con arreglo al texto legal, el aborto se agrava “si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer”. Vale decir que, medie o no la prestación del consentimiento (que tiene eficacia sólo en términos de penalidad), cuando la mujer que ha sido sometida a maniobras abortivas muere, la figura aplicable es la agravada. La agravante configura un caso de aborto (muerte del feto o su tentativa) que produce como consecuencia también la muerte de la mujer. Con otros términos, puede decirse que la agravante requiere la realización de los siguientes pasos: debe haberse configurado el aborto básico (con todos sus elementos constitutivos: mujer embarazada, feto vivo y muerte del mismo o su tentativa) al que se añade la muerte de la mujer, resultado que debe ser la consecuencia del accionar del autor. Si se dan todos estos elementos, la figura aplicable es la del art. 85 en

su tipo calificado. Vale decir, que la palabra “hecho” a que hace referencia el precepto legal, comprende tanto el aborto consumado como su tentativa, ya que ésta no deja de ser un hecho de aborto. El problema se presenta en aquellos casos de inexistencia de embarazo o cuando el feto está muerto. Para un sector doctrinario, en estos supuestos, no resulta aplicable la figura del art. 85, sino que se da una hipótesis de tentativa de aborto imposible en concurso ideal con homicidio culposo. Es la tesis de Soler, Fontan Balestra, Oderigo, Vázquez Iruzubieta, Villada, etc. Esta opinión requiere, para que resulte aplicable el art. 85, la consumación del tipo de aborto (muerte del feto) más la muerte de la mujer. Para otros, por el contrario, en estos casos es de aplicación la figura del art. 85, por cuanto esta no requiere la consumación del aborto, sino solo la realización del tipo del aborto por todos. De modo que, para esta opinión, es suficiente para la aplicación de la agravante, la realización de las maniobras abortivas -aún en supuestos de falso embarazo o de feto muerto- de las que resulta la muerte de la mujer. Por último, para Terán Lomas la hipótesis que estamos analizando encuadra en la figura del homicidio preterintencional, ya que la mujer sobre quien se ejecutan las maniobras abortivas es el sujeto pasivo del atentado y la acción que sobre ella recae -lesiones- es delictiva en sí misma. De nuestra parte coincidimos con la postura que considera que la agravante exige la realización del aborto, o su tentativa, y la consecuente muerte de la mujer, vale decir, la concurrencia de todos los elementos de la figura básica más la muerte de la mujer. Si, por el contrario, las maniobras abortivas son ejecutadas sobre una mujer que no está embarazada o el feto estuviera muerto al momento de producirse tales maniobras, la muerte de la mujer tipificará un homicidio culposo encuadrable en las previsiones del art. 84 del Cód. penal, por cuanto no resulta siquiera imaginable un supuesto de aborto (menos aún, agravado) frente a un feto que no existe, porque ha muerto o porque nunca ha existido.²¹

Aborto Profesional. Art. 86: “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo

²¹ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho. . . , ps. 170 y siguientes; TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., ps. 204 y siguientes y Conf. CREUS- BUOMPADRE, op.cit., pag. 63 y sig. 11 Art. 85 a 88 - Jorge Buompadre.

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 este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de una violación o 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”.

Aborto Profesional Punible: Se trata de un delito que exige una cualificación en el sujeto activo. Sólo puede ser cometido por las personas mencionadas expresamente en el precepto legal: médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos. La enumeración es taxativa. Por lo tanto, quedan excluidos todos aquellos otros profesionales que, por una u otra razón, se encuentran vinculados con el arte de curar pero no están expresamente enumerados en la disposición legal, por ej., enfermeros, practicantes, etcétera. Se trata, como puede verse, de un delito especial propio por cuanto exige, para su realización, una cualidad específica en el autor del hecho. Con arreglo al texto legal, el autor debe causar el aborto o cooperar en su realización, abusando de su ciencia y arte. Existe abuso en el arte o en la ciencia cuando los conocimientos técnicos del facultativo se ponen a disposición de la finalidad delictiva. La cooperación a que hace referencia la ley puede ser física o psíquica. La única diferencia con los abortos previstos en el artículo 85 reside en la cualificación del sujeto activo.

Aborto Profesional Impune.

Por lo general, el aborto es un hecho típico que, en ciertas ocasiones, puede no resultar antijurídico, por ej. cuando concurre una causa de justificación general que deriva en la impunidad del mismo. De la misma manera, la conducta no resulta antijurídica cuando concurren ciertas y determinadas excepciones expresamente contempladas por la ley (son las llamadas indicaciones, cuya implementación son la consecuencia de un determinado programa político-criminal) que convierten al aborto en un hecho impune. El ordenamiento argentino reconoce dos clases de indicaciones en el

art. 86: la indicación terapéutica y la eugenésica. Con arreglo al texto legal, en ambos supuestos, el aborto debe ser practicado por un médico diplomado, esto es, por quien ha obtenido el título universitario respectivo y se encuentra en condiciones de ejercer la profesión de acuerdo con los requerimientos administrativos que son de obligatorio cumplimiento (matriculación). Están excluidos otros profesionales del arte de curar (por ej., parteros) o aquellos que están vinculados a la medicina pero no son médicos (por ej., enfermeros, practicantes, farmacéuticos, etc.). Además de esta cualificación del sujeto activo, el precepto legal exige que se trate de una mujer embarazada que haya prestado su consentimiento para el aborto.

a) Aborto terapéutico:

El aborto terapéutico, también llamado necesario, médico o justificado, está previsto en el inc. 1 del párrafo 2do. del art. 86, con el siguiente texto: “[...] 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 [...]”.

La normativa contempla, como se puede apreciar, no un caso de estado de necesidad subsumible en el art. 34, inc. 3º, Cód. 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 peligro para la vida o la salud de la madre debe ser grave, pero, como se trata de una cuestión valorativa y aun cuando la ley no lo requiere en forma expresa, la gravedad del daño debe estimarse a través de un pronóstico médico, el cual será, en definitiva, el que decida la pertinencia del aborto terapéutico. No se trata de un simple aborto practicado por un médico, sino de un aborto aconsejado por la terapéutica médica. No justifican el aborto, eso sí, la existencia de los peligros genéricos que suelen acarrear los embarazos y los partos ²².

La hipótesis plantea un caso en que el aborto es la única alternativa posible, vale decir, que la situación por la que atraviesa la mujer no puede ser

²² Conf. NUÑEZ Ricardo C., op.cit., I, p. 339. 17 Conf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, Compendio de derecho..., cit., p. 312. 13 Art. 85 a 88 - Jorge Buompadre.

resuelta sino a través de un aborto (cuando el peligro no pueda ser evitado por otros medios, dice la ley).

De lo contrario, el hecho puede resultar punible en los términos del art. 85, inc. 2º del Cód. Penal. Claro que, si la mujer no prestara el consentimiento (por su negativa o por encontrarse imposibilitada de hacerlo, por ej. estado de coma), el hecho aún podría resultar impune si concurrieren circunstancias que indicaran la aplicabilidad de la causa de justificación prevista en el art. 34 inc. 3 del Cód. Penal.

b) Aborto eugenésico.

Con arreglo al inc.2 del párr.2 del art. 86, el aborto es impune “[...] si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Se trata del llamado aborto eugenésico, cuya textura ha generado mucha controversia. El precepto legal regula un supuesto de aborto cometido sobre una mujer idiota o demente, siempre que haya sido víctima de una violación o de un atentado al pudor, no de otros delitos de naturaleza sexual. El problema que en la actualidad se podría presentar con la terminología usada por la norma (aspecto que no ha sido corregido por el legislador) reside en que tales delitos, al menos en su forma tradicional, por imperio de la reforma de la ley 25.087 han dejado de llamarse violación y abuso deshonesto (atentado al pudor en su modalidad tradicional) para pasar a configurar abusos sexuales, entre los cuales, figura ciertamente el antiguo delito de estupro. Vale decir que, por la taxatividad de la norma penal, el estupro no está comprendido en el precepto que estamos analizando, pero al haber desaparecido las denominaciones tradicionales de violación y abuso deshonesto del código penal, debemos preguntarnos ¿qué queda para el estupro del actual art. 120 el cual, según veremos más adelante, constituye un tipo de abuso sexual cuya configuración exige la concurrencia de los elementos descriptos en el art. 119?. Con otros términos, la pregunta que deberíamos hacernos es si el nuevo delito de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima previsto en el art. 120 del C.P. (cuando el hecho es reenviable al tipo del tercer

párrafo del art. 119 –la antigua violación-), aun cuando la víctima fuere idiota o demente, ¿posibilita la realización del aborto eugenésico? Pareciera que la respuesta debe ser negativa. Mientras no se produzca una reforma del art. 86, debemos decantarnos por una interpretación restringida del precepto legal: el estupro (hoy abuso sexual) no está comprendido entre las causales de impunidad del aborto. Tampoco está comprendido en este artículo el supuesto de violación o atentado al pudor de una mujer normal (ni idiota ni demente) - que configuraría un caso de indicación ética o sentimental-, aun cuando el fruto de la concepción padezca alguna afección o tara física o mental que pudiera justificar la realización del aborto (indicación eugenésica), aunque el supuesto podría ser discutible por cuanto la norma sólo habla de “mujer idiota o demente” no de “feto idiota o demente”, o malformado, o con cualquier otro padecimiento o malformación que posibilitara el aborto. La disposición fue tomada casi textualmente (con excepción del incesto) del proyecto suizo de 1916, pero, curiosamente, en aquel país no se convirtió en ley. El Código Penal federal suizo de 1937 (en vigencia desde 1942), por el contrario, eliminó la figura, y en su lugar insertó una cláusula genérica de atenuación libre de la pena, en estos términos: “Si el embarazo ha sido interrumpido *a causa de otro estado de angustia grave* en el que se encontraba la persona encinta, el juez podrá atenuar libremente la pena”. (El destacado es nuestro) Como se puede apreciar, los senadores argentinos –como suele ser costumbre en este país– copiaron un texto extraño, polémico e innecesario, inclusive desechado en el país de origen. Esto les sucede, como dice Ramos, a los que copian sin saber lo que copian. La polémica llegó a su fin con la sanción de la ley 17.567 de 1968, que introdujo un nuevo texto, reproducido por la ley 21.338 de 1976, ambas inspiradas en el pensamiento de Soler, con la siguiente redacción: el aborto no es punible: “Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuera una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”.

Con la nueva redacción dada al párrafo segundo del art. 86, se dejaba en claro que el texto hacía referencia al aborto sentimental cuando el embarazo provenía de una violación a una mujer normal y era practicado de

acuerdo a las condiciones exigidas por la ley, y, por incidencia, al aborto eugenésico cuando la víctima de la violación era una mujer idiota o demente.

La reforma de la ley 23.077, al derogar nuevamente la disposición, volvió las cosas a su estado anterior y, consecuentemente, a las antiguas discusiones a las que puso fin en el año 2012 la Corte Suprema en el fallo “FAL” al aclarar -entre otras cosas- que la excepción prevista en la norma no se acotaba a una mujer incapaz sino a cualquier mujer que hubiera sido víctima de un ultraje sexual.

Respecto al aborto preterintencional previsto en el art. 87 no haremos referencia por ser una figura que escapa al propósito de éste trabajo.

Aborto Causado por la Propia Mujer. Tentativa.

El Art. 88 del Código Penal dice: “Será reprimida con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible”.

La disposición contempla dos figuras: el aborto causado por la propia mujer y la prestación del consentimiento para que un tercero se lo causare. En el primer supuesto, el autor es la propia mujer, que es quien ejecuta el aborto.

La ejecución del aborto por la propia mujer no descarta la posibilidad de actos de cooperación o ayuda por parte de terceros, participación que se resuelve mediante la aplicación de las reglas comunes de los arts. 45 y 46 del código penal. En el segundo supuesto, el artículo solo declara como subraya Aquino, la pena que debe aplicarse a la mujer que consiente que se practiquen sobre ella las maniobras abortivas que darán lugar al aborto.²³ Esta última figura debe siempre hacerse jugar armónicamente con la del art. 85, inc. 2°, Cód. Penal. El art. 88 abarca un caso de delito de acción bilateral, pues requiere la acción conjunta del tercero que practica el aborto (art. 85) y de la mujer que presta el consentimiento (art. 88). La simple prestación del consentimiento sin que el tercero haya realizado actos ejecutivos, queda fuera

²³ AQUINO, Pedro B., *Manual de derecho penal, Parte especial*, dirigido por Ricardo LEVENE (h.), Zavallía, Buenos Aires, 1978, p. 112.

de la punibilidad. La retractación o revocación del consentimiento realizado antes de la provocación del aborto, tiene eficacia desincriminante para la mujer, no así para el tercero que incurrirá en el tipo previsto en el art. 85 inc. 1 del código penal. 24

La tentativa de aborto de la propia mujer no es punible. Se trata de una excusa absolutoria establecida en su favor, aunque también se extiende a los terceros que han participado con actos de complicidad secundaria en el aborto tentado²⁵.

La excusa tiene una razón político criminal que la fundamenta: evitar el escándalo que significaría un proceso judicial frente a un hecho que solo queda en la intimidad de la mujer y que no tiene ninguna repercusión social relevante; para evitar que tal fundamento quede totalmente desvirtuado, es que también la excusa beneficia al cómplice.

²⁴ Así TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 208.

²⁵ A favor de esta opinión, Villada Jorge L., op.cit., pag. 151 y sig.; Parma Carlos, *Código Penal comentado, T.2, parte especial*, pag. 112 y sig. En contra Terán Lomas, Roberto A., ob. cit., p. 208; Aquino, Pedro B., ob. cit., p. 112. Para Laje Anaya, Justo, ob. cit., p. 67, no se trata de una excusa absolutoria, sino de una causal de impunidad, semejante al art. 34, Cód. Penal, porque la tentativa de la mujer no es delito. Con parecida opinión, Fígari Rubén, op.cit., pag., 310. Sin embargo, si lo ejecutado por la mujer es una tentativa, pareciera ser que se hace referencia a una “tentativa de delito” o delito imperfecto, siempre delito al fin.

CAPITULO 3

En éste capítulo revisaremos los más relevantes fallos que han emitido los supremos tribunales de la Nación, algunos provinciales como así también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De los mismos se hará un breve análisis crítico toda vez que los temas que abordan serán desarrollados in extenso en el capítulo 5.

La Corte Suprema de la Nación.

De la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 13 de marzo de 2012 in re “F.A.L. S/Medida autosatisfactiva”²⁶ – F.259 XLVI- surge que corresponde interpretar ampliamente el artículo 86 inciso 2 del Código Penal. A continuación extractamos sus conclusiones:

- Incluye personas con o sin discapacidad psicosocial o intelectual
- Principio de igualdad y no discriminación requiere que no se haga una distinción irrazonable, no justificada entre víctimas de un mismo delito
- De las normas contenidas en los tratados internacionales no se puede establecer un mandato para interpretar restrictivamente el Código Penal (restricciones objetadas por los Comités de seguimiento de los tratados de derechos humanos)
- Proteger el embarazo no es incompatible con permitir su interrupción
- Principio de inviolabilidad de la persona requiere que se considere a las personas como un fin en sí mismas – no pueden ser usadas utilitariamente / no se pueden imponer conductas heroicas.

²⁶ En el caso “A. F. s/medida autosatisfactiva”, la Corte Suprema, por unanimidad y por el voto conjunto del presidente Lorenzetti, de la vicepresidente Highton de Nolasco y de los jueces Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Petracchi y Argibay, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que, en marzo de 2010, autorizara la realización de la práctica de aborto respecto de la joven A.G, de 15 años de edad, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro. La Corte aclaró que, no obstante que el aborto ya se había realizado, se configuraba uno de los supuestos de excepción [...] teniendo en cuenta: a) que el tiempo que implica el trámite judicial de cuestiones de esta naturaleza excede el que lleva su decurso natural, b) que era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para la solución de futuros casos análogos y c) estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

- Principio de legalidad: interpretar restrictivamente la excepción implica ampliar los supuestos de punibilidad

Da lineamientos para una política pública de salud con enfoque de derechos, así dijo la SCJN:

“[...] El artículo 86.2 se aplica a todos los casos de violación con independencia de la capacidad mental de la víctima, esta Corte Suprema considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento. Ello es así ya que media, en la materia, un importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial y es este proceder el que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920”.

“[...] reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos solo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental, implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida. En esta inteligencia, este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que configuren supuestos de responsabilidad internacional”. (Considerando 15)

“[...] Los términos del presente fallo [...] así como la autoridad suprema del pronunciamiento que se deriva del carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes, que posee el Tribunal, resultan suficientes para despejar cualquier duda que pudieran albergar esos profesionales de la salud respecto de la no punibilidad de los abortos que se practiquen sobre quienes invocan ser víctimas de violación” (considerando 24)

De los términos del presente fallo puede resumirse entonces que:

1. No corresponde judicializar los ANP. La judicialización es una práctica institucional:

- a) Innecesaria: no lo requiere el Código Penal
- b) Ilegal: obliga a la víctima de un delito a exponer su intimidad
- c) Contraproducente: la demora pone en riesgo la salud de la mujer

2. La intervención médica debe limitarse a un profesional

- a) Requerir consultas o dictámenes es un proceso burocrático dilatorio
- b) Representa un supuesto de violencia institucional
- c) Se descarta la posibilidad de la persecución penal
- d) El impedimento es una barrera al acceso del servicio de salud, con consecuencias:

3. La obligación del Estado es poner a disposición las condiciones médicas para llevarlo adelante, de una manera rápida, accesible y segura.

- a) No se pueden exigir denuncia, prueba de la violación ni determinación judicial.
- b) Sólo “declaración jurada” sin obstáculos “médico-burocráticos o judiciales”

4. Exhortación a autoridades nacionales y provinciales en el sentido de:

a) Implementar y hacer operativos mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la atención de ANP removiendo barreras de acceso.

b) garantizar información y confidencialidad

c) evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen la intervención y disminuyan la seguridad de las prácticas;

d) eliminar requisitos no médicamente indicados;

e) articular mecanismos para resolver diferencias entre médico/a y paciente;

f) establecer mecanismos que permitan la objeción de conciencia sin perjuicio para la paciente (considerando 30)

g) Establecer protocolos para brindar a las víctimas de violencia sexual asistencia adecuada para su salud física, psíquica, sexual y reproductiva (considerando 31)

h) realizar campañas de información pública para difundir estos derechos

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

A continuación comentaremos los casos resueltos por las Cortes Supremas de las provincias de Mendoza y Buenos Aires advirtiendo preliminarmente que estos fallos judiciales tienen mucho en común y ambos son del año 2006, es decir que ya éstos Supremos Tribunales Provinciales abordaron la discusión mucho antes del paradigmático fallo de la Corte Suprema de la Nación al que nos referimos precedentemente.

Éstos fallos que analizaremos, se expidieron alrededor de la constitucionalidad de las excepciones que el Código Penal argentino contempla, así como su compatibilidad con instrumentos internacionales tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) y sobre el propio alcance de los supuestos establecidos en el Código Penal como así también se expidieron sobre si efectivamente la protección de la persona por nacer desde el momento de la concepción no admite el aborto en ningún supuesto.

Además, dichos fallos y en términos más específicos, analizaron el alcance de las disposiciones de los incisos 1° y 2° del artículo 86 del Código Penal. Así, se refleja la competencia entre interpretaciones restrictivas y amplias del inciso 1° que asocian el peligro para la vida o la salud de la madre exclusivamente con el riesgo de muerte o, en otro sentido, con posiciones más integrales sobre los conceptos de “vida” y “salud”, que incluyen nociones sobre autonomía, salud física y psíquica-emocional, intimidad y desarrollo de las personas. A su vez, se discuten los alcances del inciso 2°, que aparentemente no deja claro si permite el aborto ante cualquier caso de violación o sólo frente a aquellos cometidos contra una mujer “idiota o demente”.

Finalmente, las decisiones judiciales analizadas ponen de manifiesto la discusión en torno a la necesidad o no de obtener una orden judicial que controle la existencia de los supuestos del artículo 86 y que autorice al personal médico a realizar la intervención.

En Mendoza, y con voto destacado de la ministro Aída Kemelmajer de Carlucci comentamos aquí lo resuelto en Expte. N° 87.985 caratulado “Gazzoli Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y Ots. C/ Sin Demandado P/ Ac. De Amparo S/ Per Saltum” (Fallo Primera Instancia Expte. N° 1913/6 - “G. A. R Por Su Hija C. C. A. p/Medidas Tutelares”) del 18 de Agosto de 2006.

Las referidas actuaciones se inician con la presentación de la señora A. M G. en representación de su hija C. C. A., interponiendo medida autosatisfactiva a fin que ordene al Director del Hospital M. Reg. Mendoza tomar las medidas que resulten pertinentes a los efectos de interrumpir el embarazo que actualmente presenta su hija insana (padecía oligofrenia), producto de una violación.

Ante las demoras del Comité de Bioética del Hospital Militar en tomar una decisión, y la proximidad del fin de semana largo, y la gravedad de la situación planteada, piden se resuelva la petición a la brevedad posible y se articula una medida autosatisfactiva ante el Primer Juzgado de Familia de Mendoza donde el Juez Ferrer resuelve diciendo que la joven estaba comprendida en la causal prevista en el art. 86 , 2° parte, ap. 1° del C.P.A.

Ante ello, la progenitora de la joven con discapacidad acude a otro hospital (Lagomaggiore) donde dieron consentimiento informado para hacer la práctica del aborto pero finalmente informaron que no lo harían ya que habían recibido la orden de la justicia de no hacerlo en virtud de una medida de no innovar interpuesta por la ONG Vitam ante la Segunda Camara de Apelaciones y en representación del feto. Finalmente se apela a la via del *per saltum* constatando la S.C.J.M. la urgencia y gravedad institucional.

En éste fallo, la Corte Suprema de Mendoza resolvió de igual manera e incluso haciendo suyas muchas de las argumentaciones de parte de los votos de la mayoría formada en la Corte de Buenos Aires -en fallo R., L. M., 31/07/2006, LLBA 2006 (agosto), 895 que luego trataremos en particular- sobre un caso similar y reforzó aún más, en el marco de la particular situación analizada, el argumento de la libertad sexual y autonomía de las mujeres, diciendo: “[...] es evidente que, frente a la colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos -vida humana vs. libertad sexual y autodeterminación-

en el caso de la concepción producida por violación -abuso sexual con acceso carnal- , la ley hace prevalecer al segundo sobre el primero” (Considerando octavo).

Por otro lado, remarcamos que aquí la Corte introdujo un argumento que bien podría hacerse extensivo a casos que exceden los supuestos de aborto no punible previstos por el Código Penal. En efecto, dijo el máximo tribunal de Mendoza: “[...] el artículo 19 de Nuestra Constitución Nacional, al establecer que: 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 [...], contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad, resultando, sobre todo el primero, esencial para diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos” (Considerando noveno).

Con respecto a la necesidad o no de autorización judicial para realizar la práctica en los casos de abortos no punibles, resolvió el fallo de la Corte Suprema de Mendoza que venimos comentando: “[...] la aplicación del art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma, a criterio de los médicos que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar” (Disposición II de la parte resolutoria).

En sus conclusiones, éste fallo remarcó: “[...] En una sociedad plural no puede pretenderse que todos estén de acuerdo y comulguen las mismas ideas. Somos y pensamos distinto, cada uno elige y desarrolla su plan de vida en base a sus realidades existenciales, sus expectativas y sus convicciones, no existe una única moral, como no existe un único modelo de vida en un sistema democrático respetuoso de las libertades. Por ello, de lo que se trata es de acordar pautas de convivencia que permitan respetarnos y tolerarnos en nuestras diferencias, posibilitando, siempre que no se afecte al interés común,

que cada individuo se desarrolle lo más plenamente posible conforme a sus propias ideas y valores. ...Es indudable que el ordenamiento jurídico tiene esta función de resolución de los conflictos, pero, por otra parte, es bien cierto que la existencia de una norma no dirime definitivamente la cuestión: el debate social permanece y la aplicación misma de la norma puede dar lugar a nuevos conflictos. Por ende, no puede esperarse que un fallo conforme a todos”.-

Por ultimo destacamos el pronunciamiento de la ex ministro de la S.C.J.M. Dra. Aída Kemelmajer respecto de la falta de legitimación sustancial activa de la organización Vitam que fue la O.N.G. que interpuso una medida de no innovar que la Segunda Cámara de Apelaciones de la Provincia hizo lugar para que finalmente interviniera la Suprema Corte por vía del *per saltum*.

Otro caso que se judicializó de manera innecesaria en la provincia de Mendoza fue el de una niña de 12 años de edad que había sido violada por el concubino de la madre y que fue internada en el Hospital pediátrico Humberto Notti sin ninguna justificación clínica.²⁷

En éste caso desde la Defensoría Oficial se tramita la innecesaria autorización que había sido requerida desde el Hospital y a pesar de la advertencia de la agrupación feminista “*Las Juanas y las otras*” de que no se estaba garantizando el acceso a un derecho y que no era necesaria autorización alguna ni la intervención de un comité de bioética, finalmente desde la defensoría se solicitó la autorización que el Juez termina no otorgando basándose en el cambio de opinión de la niña que había manifestado su deseo de no abortar. Vemos aquí como nuevamente, se desconocen los derechos de la mujer de acceder a un aborto legal pues la situación estaba contemplada en una de las causales del art. 86 del C.P. con el agravante de la intervención de grupos católicos que sin ningún derecho intentaron influir en la voluntad y decisión de la niña que pertenecía a una zona rural y una situación muy precaria.

²⁷ Autos 2881/08, B.L.A. p/Medida autosatisfactiva, Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Abordamos aquí el fallo “R., L. M., 31/07/2006, LLBA 2006 (agosto), 895” del Superior Tribunal de la Provincia de Bs.As.

El caso de una mujer de 19 años con discapacidad mental y embarazada como consecuencia de una violación, llegó a la Corte Suprema de Buenos Aires luego de que el pedido de autorización para realizar un aborto fuera rechazado en las dos instancias anteriores donde el argumento central fue: “todo niño tiene derecho intrínseco a la vida desde la concepción”, ello con base en la CADH, en la CDN, tanto como en la Constitución Nacional y de la Pcia. De Bs. As.

Advertimos que en estas instancias inferiores no se declaró la inconstitucionalidad de la norma, lo que llama fuertemente la atención pues estos tribunales inferiores sostuvieron que el artículo 86 del Código Penal no es compatible con la obligación de proteger la vida del *nonato*.

Aún más, la Sra. Juez de menores de primera instancia afirmó: “Ante actitudes que importan un lamentable retroceso en la protección de los derechos humanos, sostenemos el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del *nasciturus* desde el momento de la concepción, invocando como *ultima ratio*, frente a toda situación de duda la aplicación del principio *in dubio pro vida* [...] teniendo en cuenta que todo acto que atente contra la vida del mismo importa un caso extremo de violencia familiar respecto del ser más indefenso, y haciendo aplicación de otro principio liminar del derecho de familia: el del superior interés del menor” (Considerando séptimo, fallo de primera instancia, Tribunal de Menores Nº 5 de La Plata). Al mismo tiempo, como medida de protección en favor del *nonato*, obligó a la mujer embarazada y a su madre -representante legal- a concurrir mensualmente al juzgado con una constancia médica de control del embarazo, a la vez que solicitó a la Subsecretaría de Minoridad de la provincia que “arbitre los medios necesarios para proteger la salud física y psíquica” de la mujer abusada y del feto. Ambas medidas terminaron siendo confirmadas por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata rechazando a la vez el pedido de autorización para realizar la interrupción.

Ante la negativa de la Cámara, la Asesora de menores e incapaces interpone recurso extraordinario de Inaplicabilidad de la Ley y de nulidad, llegando por ésta vía a la S.C.J.B.A.

Llegado el caso a la Corte Suprema de Buenos Aires, el máximo tribunal hacer lugar al recurso extraordinario articulado por la Sra. Asesora de incapaces y abordó el caso desde una diferente perspectiva.

En efecto, de éste fallo puede obtenerse un panorama más completo y cierto sobre la legislación vigente en esta materia tanto en el orden nacional como internacional destacando especialmente el voto del Dr. Hitters, que se expide sobre la mayoría del plexo normativo disponible y aplicable al caso, incluyendo las resoluciones más relevantes y actuales del Comité de Derechos Humanos, del Comité de la CEDAW (Convención sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e incluso del Tribunal Constitucional de Colombia.

Frente a la idea de conflicto entre la obligación de proteger la vida del por nacer y el derecho de la mujer violada, los votos de la mayoría destacaron el carácter relativo del primero y sostuvieron que el mismo ordenamiento internacional que define la obligación de proteger la vida desde la concepción también reconoce el derecho a la vida de las mujeres; a la libertad y seguridad personales; a la preservación de la salud y bienestar; al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y moral; a la prohibición de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; a la no injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, la honra y la reputación; a la no discriminación respecto de la atención médica; a la adopción de medidas adecuadas y no discriminatorias en el campo de las relaciones familiares; al aseguramiento de condiciones igualitarias con los hombres para decidir libre y responsablemente el número e intervalo de los hijos, y finalmente al acceso a la información, educación y medios que permitan ejercer estos derechos. La Corte en éste caso, dejó en claro el grado de complejidad de la discusión como así los diferentes derechos que deben ponderarse a la vez que remarcó que no se requiere autorización judicial ante la situación planteada. Por otra parte, algunos votos señalaron específicamente

que esta obligación de proteger la vida desde la concepción no implica necesariamente la criminalización del aborto. Sobre esto último recordamos que hay opiniones en el mismo sentido en nuestra doctrina como la de destacados constitucionalistas como Bidart Campos y Gil Dominguez.

Lo más importante -según creemos- que podemos extraer de éste fallo, es que no existe una obligación constitucional y tampoco internacional que obligue al Estado argentino a sancionar penalmente algún caso de aborto voluntario. Es decir, que aun reconociendo que existe una obligación de proteger la vida en gestación, ello no implica en manera alguna que debamos incluir en el Código Penal una figura que amenace con pena privativa de libertad a la mujer que desee interrumpir su estado de gravidez, por supuesto que dentro de ciertos límites porque, como todo derecho, no debe ser absoluto.

En éste último sentido, vemos que el mismo fallo alude al carácter relativo de los derechos diciendo: “[...] La relatividad es una nota propia de los derechos, no existiendo en el ordenamiento jurídico positivo, derechos reconocidos y/o protegidos en forma absoluta, sino conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art.14 C.N; Cf. María A . Gelli, “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, p.77; Bidart Campos, “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, 1998, p.493).-

En éste fallo que comentamos, la S.C.J.B.A. ratifica lo que ha había decidido en el año anterior (2005), es decir que no se requiere autorización judicial en los supuestos de ANP. Hay que decir que desde el sistema de salud, el fallo fue desoído y la mujer tuvo que acudir al ámbito privado para acceder a una práctica a la que tenía derecho por lo cual, el Estado argentino incurrió en un claro incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos al violar su obligación de garantizar el respeto a un recurso legal, a la igualdad, a estar libre de tratos crueles e inhumanos, a la intimidad y además el derecho de la mujer a la salud reproductiva. Ello como desarrollaremos en el capítulo 5, constituye violencia institucional.

En un fallo similar, la Suprema Corte de Buenos Aires (Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “C. P. d. P., A. K./autorización”, 28/06/2005, Ac. 95.464.) se expidió respecto a la supuesta

inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del art. 86 del C.P. y su armonización con los Tratados de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución (art. 75 inc. 22 C.N.)

Se trataba de una mujer hipertensa, con una grave enfermedad cardiovascular y una frágil situación económica a la que los médicos del Hospital Evita de Lanús (Pcia. De Buenos Aires) le diagnosticaron que su vida corría peligro si su embarazo llegaba a términos por lo que le indicaron su interrupción. No obstante ello, la mujer encontró no pocos obstáculos ya que, por una parte el Comité Hospitalario de bioética impulsó un pedido de autorización judicial y además el Asesor de menores y el defensor oficial interpusieron recursos de inaplicabilidad de la ley y de nulidad en defensa de la “vida de la criatura por nacer” por lo que el caso llega a la Suprema Corte después de la autorización que ab initio había dado el Tribunal de Familia n° 2.

Así fue que la S.C.J.B.A. rebatiendo el argumento fundado en el art. 12 de la Constitución de la Pcia. De Bs. As ("Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural") sostuvo: “[...] Ahora bien, lo anterior no quiere decir que el art. 86 inc. 1 y 2 sean inconstitucionales. Incluso ello surge de las sentencias de primera y segunda instancia que a pesar de no haberse pronunciado acerca de la constitucionalidad del precepto, se introdujeron en un área que pertenecía a la vida privada de la gestante (art. 19, C.N.) y prohibieron la intervención médica. Se registran varios estudios doctrinarios que se han ocupado sobre la armonización de la normativa involucrada, llegando a la conclusión de que pueden convivir, no siendo en virtud de ello inconstitucionales las excepciones a la incriminación previstas por los inc. 1 y 2 del art. 86 del Código Penal. En esta línea argumental, se ha sostenido que el bien jurídico protegido por la normativa penal, cuando castiga el delito de aborto, es ‘la vida humana en formación’, razón por la cual este delito se ha situado entre los contrarios a la vida o a las personas. Sin embargo, aunque no surja expresamente del texto legal, existen otros bienes que nuestro Código Penal protege jurídicamente al legislar sobre el aborto: la vida de la gestante y su derecho a la autodeterminación, por ello las excepciones a la punibilidad que regulan en los inc. 1 y 2 del art. 86 (Gil Domínguez, Andrés, Famá, María

V., Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, Bs. As., 2006, T° II, ps. 1022)”.-

Continúa el voto de mayoría diciendo: “[...] Consideran Gil Domínguez, Famá y Herrera que si realizamos un análisis axiológico de la normativa penal vigente, encontramos que los conflictos de valores planteados fueron resueltos de la siguiente manera: a- Si la vida de la mujer corre peligro durante el embarazo y se produce una colisión contra la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor vida de la mujer sobre el valor vida humana en formación; b- Si el embarazo es producto de una violación, y se produce una colisión contra la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación” (Gil Domínguez, Famá, Herrera, ob. cit., p. 1023).

Prosiguen su argumentación con una interpretación armónica de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la normativa penal vigente afirmando: “[...] puede concluirse que los constituyentes de 1994 no introdujeron norma alguna a nuestro texto constitucional que permita inferir algún cuestionamiento o modificación, desde la cúspide normativa, del sistema de despenalización del aborto establecido a partir de 1921. De ello se desprende que hubo una confirmación tácita de la constitucionalidad del modelo de regla-excepción al que hemos hecho referencia” (Gil Domínguez, Famá, Herrera, ps. 1032/1033).

Por su parte y ya en relación a la responsabilidad de los médicos y la violación del derecho humano a la salud de la mujer por solicitar autorización para lo que no se requiere, el ministro Roncoroni expresó en su voto: “...entra en el marco de su propia responsabilidad decidir si debe ejecutar o no dicho acto médico (art. 13 inc. c del Código de Ética y 19 inc. 1 y 2 de la Ley 17.132)...[...] los únicos protagonistas de éste acto médico no son otros que la mujer encinta y el médico diplomado, que es el único dotado con el bagaje de conocimientos científico y técnico 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 para evitarlo...] ¿A guisa de qué ha de intervenir el juez?

Tribunal Superior de Formosa

2010 T.S.V. V.,M.M.; S.V.T. s/Aborto (0912/2009)

En este caso, una mujer acude al hospital público después de haberse realizado un aborto séptico donde los médicos denunciaron tanto a ella como a quien la ayudó. La defensoría de la mujer apeló la apertura del sumario criminal en su contra que luego fue anulado por la Cámara y luego por la Corte que se expidió diciendo: “la mujer que actuó en la emergencia requiriendo atención médica urgente...no se hallaba libre para consentir la autoincriminación que formuló. De otra manera se colocaría a la mujer en situaciones de necesidad semejante ante la disyuntiva de solicitar la atención médica bajo la afrenta de un proceso o de no acudir poniendo en riesgo su propia existencia”.²⁸

Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, M., G. L. y otra s/ Acción de amparo²⁹

El presente caso, plantea la solicitud por parte de los padres de una menor de edad de la interrupción de su embarazo, producto de una violación, caso que llega a instancias judiciales, pues el hospital a donde se acudió se niega a practicar el aborto sin autorización judicial. El tribunal otorga el amparo autorizando la interrupción del embarazo. El tribunal que conoce el caso hace un análisis garantista de los derechos de la menor de edad, teniendo en cuenta que el embarazo de la niña fue realizado en contra de su voluntad, por lo que ha violentado su dignidad personal, su integridad física, moral e intimidad personal. El despacho reconoce el espectro amplio del derecho a la salud, al determinar que este incluye un estado de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social; y en consecuencia de continuar el embarazo y la futura concepción, ocasionaría graves daños a la salud psíquica de la niña. Es

²⁸ La sentencia puede verse en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm>. Consultada por ultima vez el 19/10/2020.

²⁹ Puede consultarse en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm>. Consultada por ultima vez el 19/10/2020.

importante la visibilización que realiza el órgano decisorio del incumplimiento de la prestación del servicio de salud, pues pese a que el aborto en estos casos es permitido, los prestadores de salud suelen poner más requisitos que los establecidos legalmente, como en este caso lo hizo la institución de salud, al solicitar autorización judicial que no es necesaria en tanto que “el acto es lícito en el ejercicio de su profesión”. Esto evidencia la falta de conocimiento por parte del sector salud de la legislación, que trae como consecuencia la inaplicación de las leyes con el alcance que debían serlo en beneficio de la salud de las mujeres.

La decisión judicial que comentamos, hace una interpretación acorde a la normatividad internacional en tanto considera que el proyecto de vida puede verse afectado con la continuación de un embarazo que es incompatible con el diseño individual de dicho proyecto y condiciona también afectaciones a la salud de las mujeres. Se asume una lectura de la violencia como un problema de salud pública donde la violación y el abuso sexual causan traumas físicos y emocionales profundos, los cuales se agravan notoriamente cuando hay un embarazo producto de ello. En el tribunal se evidencia una argumentación acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos concretamente la convención sobre los derechos del niño y el concepto de salud de la OMS. El fallo también presenta votos disidentes que reflejan concepciones restrictivas del derecho a la salud de la menor de edad, al señalar que su vida no está en juego, sino la del menor en gestación. Estos votos, a nuestro entender, desconocen los efectos nocivos sobre la salud de la niña, si se llevara a término el embarazo de ella.

Primera Cámara Civil, Comercial y Minas de la Provincia de La Rioja

El presente caso trascendió en nuestro país en el año 2107 en la Provincia de La Rioja,³⁰. Se trataba de Gisela, una joven riojana con un embarazo no viable que llegó a los 5 meses, tuvo que salir a pedir públicamente que el Hospital local le realice un aborto. Se presentaron una serie de medidas legales/administrativas exigiendo que se realice la práctica de interrupción voluntaria del embarazo, teniendo en cuenta el riesgo de vida y

³⁰ Autos B.G.V. s/medida autosatisfactiva. Cámara 1° Civil, Comercial y Minas de La Rioja, 30/08/17.

bajo la normativa de la Ley de Aborto No Punible. Gisela Brizuela había difundido su caso en los medios locales luego de que el hospital le pidiera orden judicial para realizar el aborto de un feto que no nacería con vida y pondría en riesgo la propia, incumpliendo lo contemplado en la Ley de ANP a la que la provincia de La Rioja está adherida. En este caso, a pesar de que su abogada pidió un “aborto inducido”, los médicos realizaron una cesárea por el riesgo que corría al tener 27 semanas de gestación.

Al respecto, la organización feminista Frente Riojano Antipatriarcal, emitió un comunicado explicando que “el caso de Gisela está contemplado dentro de la ley del ANP porque pone en riesgo su salud integral” y teniendo en cuenta que “el concepto de salud integral contempla no sólo aspectos fisiológicos, sino también, su salud psicológica”. Además, denuncian que “los organismos de salud pusieron una barrera inconstitucional al acceso a la práctica legal y a los derechos humanos de Gisela, donde no solo se dilató el proceso, sino que se violó el acceso a la información sobre la situación del embarazo, cuando a partir de las 12 semanas ya se debía informar las características del feto, información otorgada recién a la semana 20 de embarazo, con un claro objetivo de anular su posible decisión.” Por último, el FRA aseguró: “Gisela ha sufrido violencia institucional por parte del Estado” y señaló a las principales instituciones responsables de las políticas públicas para garantizar el derecho a la salud sexual integral y reproductiva de las mujeres y que el Ministerio de Salud de la Provincia es el principal organismo responsable de la aplicación de la ley 26.485, contra todo tipo de violencia hacia la mujer, como así el Hospital provincial regional de la Madre y el Niño, cuyo director es responsable de no garantizar la práctica y de haber solicitado intervención judicial cuando no es necesaria.

La juez interviniente, Petrillo de la Cámara Primera de La Rioja dictó una resolución ordenando al Hospital de la Madre y el Niño a realizar la práctica de manera urgente, ya que Gisela se encontraba con 27 semanas de gestación. Desde lo estrictamente jurídico, la magistrada dijo: “no debe interpretarse que hay colisión de derechos. El derecho a la vida del niño por nacer no se vulneraría, dada la patología que fue acreditada. Menos aún se verificaría la afectación de su interés superior; el que tampoco se verá

perjudicado, en razón de que ninguna medida que tome agravará su condición o posibilidades de sobrevivida (conforme artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño)”. Asimismo la juez expresó: “porque quedó suficientemente acreditado que la salud psíquica y emocional de la accionante está afectada, y que podría sufrir un deterioro aún mayor, si no se adopta una decisión urgente, que permita la inducción del parto. Esa salud, esa integridad, son derechos que están amparados por la Constitución y por Tratados Internacionales de idéntica jerarquía, y son los que cobran especial significación para mí, en esta dolorosa historia, siendo hoy mi deber tutelarlos”.

Lamentablemente, una vez más en nuestro país, un conjunto de instituciones y funcionarios hicieron que el caso se dilate cuando el cuerpo médico que intervino, sabía que el embarazo era no viable desde las 12 semanas, dejando así desamparada a Gisela con sus derechos totalmente vulnerados (derecho a la información, al acceso a la salud integral, a decidir sobre su propio cuerpo - ley 26.529, derechos del paciente -) ³¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) c/ Costa Rica” ³² y omitiendo las instancias recursivas, destacamos lo relevante del fallo donde la Corte además de ratificar que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente, fue más allá, y al tratar el art. 4.1 de la Convención y la naturaleza del embrión, analizó también aspectos relacionados con la interrupción del embarazo.

En primer término, se expidió decididamente sobre los derechos reproductivos diciendo que éstos integran los derechos humanos y que hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear.

En segundo lugar interpretó el término concepción, contenido en el art. 4 de la CADH y lo asimiló a anidación, es decir que para la Corte el término «concepción» al que alude la Convención se refiere al momento en que se produce la anidación.

³¹ Puede consultarse en <http://radiovoce.com.ar/caso-gisela-brizuela-la-rioja-realizara-la-primera-intervencion-bajo-la-normativa-de-aborto-no-punible/>

³² “Artavia Murillo y ots. (fertilización in vitro) c/Costa Rica”, 12.361 (serie C N° 257) Corte IDH.

Esta afirmación es importante no solo en el campo de la reproducción humana asistida sino también en el de los derechos sexuales y reproductivos, ya que legitima los métodos anticonceptivos, en especial, los hormonales de emergencia, tales como la pastilla del día después. La sentencia permite afirmar que tales métodos no atentan contra el derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos ni son abortivos, debido a que no hay embarazo mientras no hay anidación, proceso que esos métodos impiden.

Asimismo, afirmó que un embrión no implantado, o sea, un embrión in vitro, no es persona y señalando también que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. El embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. Es decir, la protección del derecho a la vida «desde la concepción», mencionado en el art. 4 de la Convención, se vincula al mayor o menor desarrollo de ese embrión.

Esta afirmación es crucial, atento a que, al reconocer condicionalidad, relatividad y gradualidad a la protección del embrión y del feto, las leyes que regulan la interrupción del embarazo tienen que ser coherentes con la regla de que el embrión no tiene derechos absolutos; de allí que una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo que no atendiese a otros derechos en conflicto violaría la Convención. Así, por ejemplo, Nicaragua, con apoyo de los sectores más conservadores de la sociedad latinoamericana, eliminó del Código Penal la eximente de «grave riesgo para la vida o la salud de la madre»; o sea, en Nicaragua, de acuerdo a la legislación vigente, estaría penado el aborto practicado por el médico, aun para salvar la vida de la madre, con su consentimiento. Semejante absurdo no es tolerado por la Convención, conforme la sentencia que se analiza.

Por último, resaltamos del fallo cuando sostiene la necesidad de proteger los derechos humanos, en especial, los derechos de las mujeres y, por eso, el legislador debe permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Al respecto, la Corte recurre a algunos

ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero en los que se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre. En varias de sus decisiones, la Corte destaca lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina, que ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias (Corte Suprema de Justicia de Argentina, “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI, considerando 10.)

Por lo tanto, la Corte Interamericana concluye que el objeto y fin de la cláusula «en general» del art. 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Por eso, no puede alegarse la protección absoluta del embrión, anulando otros derechos, en especial, los derechos de la mujer. Esta afirmación también es de suma relevancia en tanto pone énfasis en el respeto y la consideración de los derechos de la mujer, que también son privilegiados. En suma, una prohibición del aborto que no respete los derechos de las mujeres violaría la Convención.

CAPITULO 4:

Derecho comparado.

En el presente capítulo daremos un repaso histórico de como fue considerado el aborto en los pueblos antiguos pasando luego revista de algunos países europeos y sudamericanos que despenalizaron la figura del aborto voluntario dando una mirada a su actual legislación.

A modo introductivo acerca de las distintas legislaciones, advertimos que existen ordenamientos que prohíben todos o la gran mayoría de los supuestos imaginables de aborto (tal como por ejemplo era el caso de Chile hasta 2017 en que se aprobó la ley que adopta el sistema de causales) mientras que otros lo permiten sin restricción de causales dentro de un determinado plazo que oscila, en general, entre las 12 y las 24 semanas de gestación, como ocurre en la mayor parte de Europa occidental y en EE.UU. Luego, en un nivel intermedio se sitúan aquellas legislaciones que lo permiten siempre y cuando concurren determinadas circunstancias, sistema éste que se le suele denominar régimen de indicaciones o permisos.

- Origen y evolución de la figura.

Por lo general, el aborto no fue castigado en los pueblos antiguos. En la Roma pagana de los primeros siglos y hasta bien entrada la República, predominó el principio estoico *partus antequam edatur mulleris parts est vel viscerum* (el fruto de la concepción es parte de la entrañas de la madre). La represión recién aparece con el cristianismo, tanto que, en tiempos de Adriano, Constantino y Teodosio, el aborto fue asimilado al homicidio. Durante el período de la Carolina se distinguió la muerte del feto animado del inanimado, reservándose para el primer caso la pena de muerte para el autor. En España, la antigua legislación siguió la tradición romanista-germánica, aunque en muchos casos se castigó con pena de muerte el aborto y con sanciones distintas el suministro de sustancias abortivas. Por mucho tiempo se siguió la tesis de la animación fetal como sistema regulador de la penalidad, produciéndose el abandono de este sistema recién con la sanción del código penal de 1822, en el que aparecen descritas las figuras de aborto con consentimiento y sin consentimiento. La codificación posterior, aunque con

diversos matices, siguió los mismos lineamientos, hasta la sanción del código penal de 1944, el cual prohibió no solamente todo tipo de práctica abortiva sino también el suministro de métodos tendientes a evitar el embarazo. En 1985, mediante la Ley Orgánica N° 9, se estableció el sistema de prohibición relativa del Art. 85 a 88 -estableciéndose su castigo como principio general con ciertas y determinadas excepciones. Esta ley introdujo el art. 417 bis del anterior código penal, mediante el cual se declaró la impunidad del aborto cuando hubiere grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, cuando el embarazo fuere el producto de una violación o cuando exista presunción de que el feto nacerá con graves taras físicas o mentales. Vale decir que, mediante la señalada ley de 1985, el legislador español se decantó por un sistema de indicaciones de punición excepcional.

- España

En la actualidad, en España, la reciente Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (BO: 4/3/10), estableció el “sistema del plazo”, por medio del cual se permite el aborto dentro de un período determinado de la gestación.

En efecto, la mencionada ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida y que esa decisión, consciente y responsable sea respetada. El legislador ha considerado razonable de acuerdo a las indicaciones de los expertos y el derecho comparado dejar un plazo de 14 semanas en el cual se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina “autodeterminación consciente” dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante no ofrece una mayor garantía para el feto y a la vez limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el art. 10.1 de la Constitución de España.

Por su parte, el umbral de la viabilidad fetal se sitúa para esta ley, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la 22 (vigésimo segunda) semana de gestación porque, es hasta ese momento cuando la Ley permite la interrupción

del embarazo cuando concurren alguna de las siguientes dos indicaciones: a) grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o b) riesgo de graves anomalías en el feto. Se establece así un límite temporal cierto en la aplicación de la llamada indicación terapéutica de modo que, en caso de existir riesgo para la vida o la salud de la mujer más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, lo adecuado será la práctica de un parto inducido, con lo que el derecho a la vida e integridad física de la mujer y el interés en la protección de la vida en formación se armonizan plenamente.

Por último, más allá de la semana 22, la Ley Orgánica 2/2010 configura dos supuestos excepcionales de interrupción del embarazo: a) El primero se refiere a aquellos casos en que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida porque allí decae la premisa que hace de la vida prenatal un bien jurídico protegido; y b) los casos en que se detecta en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y, en tanto y en cuanto así lo confirme un comité clínico.

- Uruguay

La República del Uruguay, por su parte, adoptó el modelo de consulta con plazo de reflexión.

El Uruguay ha discutido desde 1938, cuando la Ley No. 9.763 modificó el Código Penal, distintos caminos para legalizar o despenalizar el aborto. En 2012 se abrió camino en el ámbito parlamentario un modelo inspirado en algunas legislaciones europeas y en razonables bases argumentales, alejadas de posturas extremas.

Advertimos dos elementos interesantes en la norma que comentamos a saber de: el “equipo interdisciplinario” y el “plazo de reflexión”.

Briozzo (2002) señala que la nueva ley no inventa nada al respecto, y que sólo procura aprovechar otras experiencias que entiende son positivas y cita -dentro de la legislación comparada- el caso de la Ley de Islandia N° 25/975 del 27 de mayo de 1975 que refiere a la ‘necesaria presencia y actuación de un ginecotólogo, visitador social, cirujano, y, cuando fuere del caso, un psiquiatra, en las interrupciones de la gravidez autorizadas por la ley’.

El autor alude también a la norma italiana del 22 de mayo de 1978, Ley No. 194, Art. 2º que establece que los ‘consultores familiares asisten a la mujer en estado de gravidez’, entre otras cosas ‘informándola sobre los derechos que le corresponden’ y contribuyendo a hacer superar las causas que podrían inducir a la mujer a la interrupción de la gravidez. 33

Si bien su búsqueda de un camino intermedio guarda ciertas semejanzas con los distintos “modelos de consulta”, la norma discutida por el parlamento uruguayo es mucho más concisa y sobria, comparada con los ejemplos de Islandia, Italia, Francia y Alemania. En tal sentido, el Artículo 3º afirma: “El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Asimismo informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción”. Y es esencial prestar mucha atención al siguiente párrafo en el entendimiento de que en una futura reforma en nuestro país, sería muy positivo que incluyera una disposición de éste tipo; en efecto, la norma uruguaya dice: “El equipo interdisciplinario deberá constituirse en un ámbito de apoyo psicológico y social a la mujer, para contribuir a superar las causas que puedan inducirla a la interrupción del embarazo, y garantizar que disponga de la información para la toma de una decisión consciente y responsable”. (Cámara de Representantes, 2012, Art. 3º)

Enfatizamos en éste párrafo de la norma porque de esto se trata justamente a nuestro criterio la despenalización, que la mujer gestante lejos de sentirse acorralada, salga de su estado de desesperación y encuentre contención en un equipo médico al que pueda acudir sin temor a ser criminalizada y es así como cobra sentido una reforma del Código Penal Argentino toda vez que la idea es que hayan menos prácticas abortivas.

³³ BRIOZZO, Leonel, 2002. *Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo. Aspectos clínicos, epidemiológicos, médico-legales, bioéticos y jurídicos*. Prólogo del Dr. Héctor Gros Espiell. Edición del Sindicato Médico del Uruguay (SMU), la Sociedad Ginecológica del Uruguay (SGU).

La norma fue aprobada por 17 votos a favor y 14 en contra en el Senado el 17/10/2012, en tanto el presidente de la República, José Mujica, la promulgó el 22 de octubre de 2012.

- Chile

En el caso de la República de Chile, encontramos la Ley N° 21.030 recientemente sancionada que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

En efecto, el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de ley que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario por el siguiente:

"Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.

3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación".

Por su parte, se reemplaza el artículo 344 del Código Penal por el siguiente:

"Artículo 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciera por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio."

La nueva ley de la Rca. De Chile promulgada el 14 de setiembre de 2017 dispone que en cualquiera de las tres causales previstas, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo.

Respecto a las menores, la ley dice: “Tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiéndose por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista [...]”.-

Sobre el particular, se advierte que la ley ha buscado dar celeridad procesal para el supuesto de que no se cuente con la autorización del representante legal y ha procurado respetar el derecho a ser oído por un Juez conforme la CDN.

En lo relativo a la objeción de conciencia, que tanto debate a nivel social e institucional ha generado en nuestro país, la ley chilena dispone: “El médico cirujano podrá abstenerse de realizar la interrupción del embarazo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar enseguida al director del establecimiento de salud de su posición. El establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional a la paciente”.

Ahora bien, si todo el personal ha resultado ser objetor y el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya

manifestado objeción de conciencia, deberá derivar a la paciente en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por alguien que no haya manifestado dicha objeción.

Sin embargo, en el caso de que la paciente requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal de riesgo vital, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo, cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención.

Además, también tienen derecho a la objeción de conciencia, el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones dentro del pabellón quirúrgico durante la intervención y podrá ser invocada incluso por una institución.

Respecto a las penas previstas tanto para la mujer como para los profesionales que realizan una interrupción voluntaria del embarazo fuera de los casos permitidos, vemos que la mujer recibirá una pena de presidio menor en su grado máximo, es decir, de tres años y un día a cinco años de presidio si se realiza un aborto o consiente en que otro se lo haga.

Si lo hace por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio, es decir de 541 días a tres años.

Mientras que el facultativo tendrá penas que van de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años), aumentadas en un grado, dependiendo de las circunstancias.

Con ésta nueva ley, Chile despenaliza el aborto bajo el sistema conocido como de “las tres causales” saliendo así de la prohibición total que regía desde 1989 durante el gobierno militar de Augusto Pinochet.

Como nota distintiva, cabe aclarar que el mencionado proyecto superó el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional de ese país.

- Alemania

En principio, el aborto es ilegal en Alemania, pero no se castiga la interrupción del embarazo durante los tres primeros meses de gestación (doce semanas). Durante este periodo, si no quieren seguir con el embarazo, las mujeres están obligadas a pasar por un centro oficial y certificado, donde reciben asesoramiento gratuito sobre las consecuencias del aborto y sobre las posibles alternativas a la intervención. Las conversaciones son absolutamente confidenciales o, si la mujer lo desea, anónimas. No se informará a nadie más del embarazo.

Una vez realizada esta consulta, la mujer obtiene un certificado que le permitirá interrumpir el embarazo. Aunque no antes de tres días, en los que debe reflexionar sobre su decisión.

Es muy sugerente el caso de Alemania que combina los sistemas de plazo y de indicaciones. Admite el aborto en general durante las primeras 12 semanas y extiende este plazo a 22 semanas cuando existe peligro para la vida de la madre o grave lesión a su salud físico-psíquica o cuando el embarazo tiene su origen en una violación.

Algunos investigadores han señalado que el “modelo de consulta”, al que se arribó finalmente en la Alemania unida en los años 90, debía adecuarse para “convencer a la gestante de llevar el embarazo a término”. “La consulta debe tener un efecto alentador, no intimidador; no debe tener por fin la provocación de sentimientos de culpa, sino hacer inteligible a la mujer que está actuando antijurídicamente, aun cuando no consuma un tipo penal. La gestante debe conservar su anonimidad, pero tiene que comunicar las razones del aborto deseado”. Según datos disponibles en el portal de la Yes to Life Foundation, en Alemania las cifras de interrupciones voluntarias del embarazo se han reducido de modo constante, desde 130.899 abortos en 1996, a 114.500 abortos en 2008. En 2015, el número de abortos alcanzó en Alemania su nivel más bajo desde el establecimiento de estadísticas precisas en 1996.

La evolución confirmaba el traspaso de la barrera de los 100.000 abortos por año, con 99.715 abortos en 2014. ³⁴

³⁴ Los datos están disponibles en: <http://www.ja-zum-leben.ch> (s/f) y www.pensamientocivil.com.ar (26/02/2018)

CAPITULO 5:

Salud pública y derecho penal. Fundamentos de la despenalización.

Aquí desarrollaremos los fundamentos que darán justificación a nuestra postura por la despenalización del aborto voluntario en nuestro país comenzando por hacer precisiones sobre el comienzo de la vida, como está tratado éste momento en nuestro ordenamiento jurídico y que relevancia tiene en el debate. Luego abordaremos en éste capítulo los límites del derecho penal con un enfoque desde la política criminal como también desde el principio de autonomía y su significancia a la luz de la ley y del llamado bloque federal de constitucionalidad. Asimismo, veremos las contribuciones del feminismo en relación a la autonomía de las mujeres para finalizar con una extensa exposición y consideración crítica de los principales obstáculos que aún en la actualidad encuentra la mujer en el sistema de salud y en el judicial para el pleno ejercicio de sus derechos más elementales.

- El comienzo de la vida.

El artículo 86 del Código Penal dispone que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

Es decir, la norma penal justifica el aborto solamente en tres supuestos: peligro para la vida, peligro para la salud, y en caso de embarazo impuesto por violación. En este último caso, se prevé un permiso genérico y uno específico para las mujeres con discapacidad mental. En la Argentina el aborto está despenalizado bajo el modelo de causales desde la aprobación del Código Penal en 1922.

Entonces en nuestro país se reprime con pena privativa de libertad la interrupción voluntaria del embarazo sin distinguir entre diferentes grados de desarrollo del embrión. En general se entiende que se protege la vida desde la

concepción y aquí, antes de proseguir, resulta imperioso hacer algunas precisiones terminológicas. Primeramente aclarar que se entiende por concepción. Según el art. 19 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994): “La existencia de la persona humana comienza con la concepción.” Por su parte el art. 20 del mismo cuerpo legal establece: “Duración del embarazo. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento”.

Podríamos decir que el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la persona dentro de los días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. Es decir que el acto de concebir se considera como el acto de lograr un embarazo, por ello hay que decir que la fertilización es algo previo, es un paso en el camino de la concepción. Ya veremos la relevancia que tiene el término implantación y que mejor para ello que referirnos al caso “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Tribunal, a propósito de expedirse sobre técnicas de reproducción asistida y sobre cuándo debe considerarse que tiene inicio la vida humana, especificó -entre tantas otras cosas- el significado jurídico de la palabra concepción concluyendo que por concepción debe entenderse implantación y consecuentemente el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de persona al que alude el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso mencionado: “ la cuestión sobre el inicio de la vida humana es uno de los interrogantes más complejos sobre los que aún no existe consenso en ningún campo y disciplina [...] se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa”

Hechas éstas precisiones, cuyo valor no puede en manera alguna soslayarse pues no se trata de una voz más, sino de conceptos vertidos por el

tribunal perteneciente al sistema de derechos humanos al que la Argentina ha adherido ratificando la CADH., entendemos que resulta necesario aclarar que una cosa es hablar del comienzo de la existencia de la persona en nuestro derecho positivo y otra distinta es tratar de determinar el momento en que tiene comienzo la vida, cuestión ésta última que para algunos, no reviste mayor relevancia a los fines del tratamiento de un eventual proyecto legislativo de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Son conceptos sustancialmente diferentes. En tal sentido, proponemos como método para comprender ésta diferencia, hacer una comparación con el concepto opuesto, es decir, la muerte o el fin de la vida y vamos a encontrar que tanto la ciencia como la propia ley establecen criterios bien definidos para establecer cuando hay muerte o cuando ha tenido lugar el fin de la existencia de una persona aun cuando muchas de sus células y órganos continúan “vivos” por un tiempo importante.

Es así como en los casos de muerte encefálica, distintos órganos, por ejemplo el corazón sigue latiendo y es por eso que la ley posibilita su transplante, no obstante la persona está declarada “muerta” por el médico que certifica ese estado, pero ya se desarrollará más adelante éste tópico en especial cuando tratemos las distintas teorías existentes sobre el comienzo de la vida, que solo a modo de adelanto diremos que son tres: a) Teoría de la fecundación, b) Teoría de la implantación o anidación y c) Teoría de la aparición de la corteza cerebral.

Prosiguiendo con el análisis, damos una mirada al caso “Portal de Belén vs. Ministerio de Salud y Acción Social” en el cual se solicitó mediante acción de amparo la anulación de la autorización para fabricar Inmediat que había dado el Ministerio señalando que el medicamento produce aborto temprano al impedir la implantación en el útero del óvulo fecundado por la caída del endometrio y que el medicamento produce efectos luego de la concepción por lo cual su utilización violentaría el deber del Estado de proteger la vida desde la concepción. En segunda instancia se rechazó el amparo en base a los siguientes argumentos: 1) El Dr. Rueda dijo que no existía embarazo porque éste se producía a partir de la anidación y al no haber embarazo no existía tampoco delito de aborto ya que éste consiste en la interrupción del

embarazo. Que las conductas en la etapa anterior al embarazo no eran sancionadas represivamente considerando que el reclamo implicaba ampliar indebidamente el tipo penal del delito de aborto significando ello una peligrosa intromisión del poder judicial en un ámbito que no le es propio, ya que es privativo del Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo al promulgar la legislación que aquél dicte; 2) El Dr. Mosquera dijo que la cuestión excede el marco del amparo por ser un tema sobre el cual no hay acuerdo científico ni jurídico y por lo tanto el tema exige un ámbito de mayor debate y prueba. El fallo ha merecido críticas adversas de Héctor Hernandez, Ana María Mac Mally, Carlos Pedroche y Rivarola quienes sostienen que “la vida comienza con la concepción y que todo medicamento que impide la anidación atenta contra la vida” 35

Para la Dra. Graciela Medina “los medicamentos que producen una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación, constituyen técnicas anticonceptivas y no prácticas abortivas”36

En tanto en el ámbito del Derecho Penal, Edgardo Donna señala:

de admitirse la protección penal del nasciturus a partir de la fecundación, las conductas abortivas ocurridas durante el período anterior a la anidación, no podrían castigarse sino como tentativa imposible, pues los medios científicos actualmente disponibles no permiten comprobar el embarazo en dicha etapa inicial a lo que debe agregarse que la propia mujer solo puede sospechar su estado de embarazo pero desconoce si el mismo se ha producido 37

Sin embargo éste no ha sido el criterio sustentado por la C.S.J.N. en cuanto decidió que la llamada píldora del día después, es abortiva señalando que el fármaco “Inmediat”, modificando el tejido endometrial que lleva a inhibir la implantación, constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior y agregó que todo método que impida el anidamiento debe ser considerado abortivo.

³⁵ HERNÁNDEZ, Héctor, MAC MALY, Ana PEDROCHE Carlos *¿ Y el derecho de los niños? (desamparo de la vida del ser humano no nacido)* ED (diario especial de Filosofía del Derecho) del 14 de Mayo del 2001 , en sentido concordante RIVAROLA, Guillermo (h) *La píldora del día después ¿ Anticonceptiva o abortiva*” ED (Diario Especial de Derecho Penal y Política Criminal) del 6 de Octubre del 2000.-

³⁶ MEDINA, Graciela, *Excelente fallo bioético que protege el derecho a la libertad sexual fijando límites y responsabilidades* (libertad de contracepción de una madre soltera mayor de 18 años) J.A. 27/03/2002.-

³⁷ DONNA, Edgardo, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1999. *Derecho Penal, parte especial*, T.I, P.70

Como consecuencia, la Corte Suprema ordenó al Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “Inmediat” popularmente conocido como la “píldora del día después” 38

Ahora bien, definir el comienzo de la vida es una tarea -y siempre lo ha sido- muy difícil. De la prohibición del Código Penal debe interpretarse que hay vida desde la concepción, porque el aborto es tipificado como un delito contra las personas y en particular contra la vida, sin diferenciar conforme al estado de desarrollo embrionario.

Entonces, consideramos conveniente comenzar a redefinir el comienzo de la vida con un basamento científico para pasar desde allí al campo propiamente del derecho y ver que tutela merece el ser en gestación por parte del Derecho Penal.

Carlos Nino (1992) nos habla de convicciones intuitivas y que una de ellas es que el feto, aún en su etapa de desarrollo más temprano, no debe ser tratado como una simple tumoración y que deben existir razones para separarlo del organismo que lo alberga y poner fin a su vida. Otra intuición, es que el feto, aún en su estado de desarrollo más tardío, tiene un *status* moral diferente que el del niño ya nacido, y por ello es que la pena establecida para el caso del aborto no es la misma que la del homicidio.

Otra interesante concepción moral que, según el autor citado, tiene la sociedad argentina es que, así como hay una diferencia moral entre el aborto y el infanticidio, también hay una diferencia moral entre el aborto y el empleo de anticonceptivos. Señala Nino:

ni aún los más fervorosos oponentes del empleo de anticonceptivos proponen castigar ese empleo con la pena del aborto y mucho menos con la del homicidio [...] no es lo mismo el aborto que pone fin a un embarazo resultante de una violación que el que concluye un embarazo resultante de una relación sexual voluntaria y que no es lo mismo el embarazo que se produjo cuando se utilizaron medios anticonceptivos pero éstos fallaron o no se pudieron utilizar por ser inasequibles, que cuando hubo despreocupación o negligencia en el no

³⁸ CSJN. “ Portal de Belén, Asociación Civil vs. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo” fallo del 05/03/2002.

empleo de medios anticonceptivos que si estaban disponibles; que se entiende que hay un límite en las cargas que es legítimo moralmente imponerle a una mujer con tal de que no aborte: aún los más acérrimos opositores al aborto suelen admitirlo cuando corre un serio peligro la vida de la madre ³⁹

Estas concepciones morales o “convicciones intuitivas” -como las denomina Nino- no deberían ser soslayadas por el legislador al momento de elaborar una norma relativa al aborto, más teniendo en consideración que tales convicciones responden al parecer de una ancha franja de la comunidad argentina, según creemos. Por lo demás, es cierto que casi nadie discute que cuando hay riesgo para la vida de la mujer gestante, el aborto estaría autorizado pero centrandó nuestro análisis al aborto voluntario sostenemos que hasta cierto límite merece mayor tutela la mujer y sus derechos sexuales y reproductivos principalmente en razón de su autonomía.

Inspirado en Freitas, Vélez Sardfield estableció como principio la regla que admite la personalidad del concebido y por esto, lo llamó “persona por nacer”. Sin embargo de la lectura de las normas del Código Civil, se colige que el concebido es persona pero supeditada al hecho del nacimiento con vida.

Cifuentes (1997) propone que se entienda que es persona el concebido y que si muere antes de nacer quedan sin efecto los derechos y bienes que en ese tiempo adquirió, sin borrar su personalidad que “tuvo una vida real en el seno de la madre”. El citado autor, sostiene que se le debe atribuir a la persona por nacer el derecho de vivir, el derecho de nacer. Comenta que “[...] las nuevas discusiones sobre la ingeniería genética se reducen a establecer cuando puede considerarse que hay concepción firme y verdadera”.⁴⁰

Se acepta ahora la existencia del llamado pre-embrión hasta los 14 días, el cual no se ha anidado completamente, careciendo de las cualidades de estructuración cerebral y nerviosa autónoma que permita individualizar a un sujeto. Hasta entonces pueden ser un sujeto o más.

³⁹ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Editorial Astrea, editado en Bs.As. Capital Federal, año 1992, pag.236/240

⁴⁰ CIFUENTES, Santos. *Elementos del Derecho Civil Parte General*, Ed. Astrea, 1997.

Quizá entonces, podemos pensar que la concepción de un nuevo ser se concreta a partir del día 14 desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, es decir, cuando el pre-embrión se convierte en embrión.

Sobre su personalidad moral, Nino comenta: “[...] en los primeros meses, el feto no tiene condiciones psíquicas para gozar de derechos, no puede elegir planes de vida, no siente placer ni dolor, no tiene conciencia”.⁴¹

Obviamente aquí Nino se está refiriendo a la etapa del desarrollo embrionario en que aún no hay actividad eléctrica verificable en el encéfalo y que por ende estaríamos ante la misma situación que en el final de la vida cuando hay diagnóstico de muerte cerebral, cuestión ésta de gran relevancia al momento de hacer una valoración de los derechos de la persona por nacer en contraposición a los de la mujer en crisis con su maternidad, aunque – anticipamos- hay quienes sostienen que toda cuestión relativa al comienzo de la vida debería quedar fuera del debate acerca de la despenalización del aborto voluntario por no haber acuerdo ni científico ni social sobre cuando comienza la vida.

Con el objetivo primordial de demostrar que el aborto es un problema de salud pública y en relación con el planteo de Carlos Nino al que hacíamos referencia, citamos al Dr. Cesar Paz y Miño quien es médico genetista, durante más de diez años fue profesor en la Facultad de Medicina de la Universidad Central del Ecuador y hoy dirige el Centro de Investigación Genética y Genómica de la Universidad Tecnológica Equinoccial (UTE). El nombrado Compareció en la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, en el marco de las reformas al Código Integral Penal (COIP), para exponer un tema específico cual era, las razones desde la salud y la medicina genética para despenalizar el aborto y explica por qué el aborto es un tema de salud pública. En tal sentido, Cesar Paz y Miño dijo: “[...] Las madres en edades tempranas, cuando tienen un embarazo no deseado, buscan una salida, como interrumpir el embarazo, por cualquier medio. Entonces cuando estás en un país, como Ecuador, que tiene negado esa opción, la mujer busca como sea una práctica de interrupción. Y esto pasa a ser un embarazo en potencia de

⁴¹ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho...!* Ob. citada.

muerte. Entonces ahí hay una problemática con el derecho de atención de salud. Decimos que la atención de salud debe ser oportuna, de buen nivel, protegiendo la vida de la mujer, pero eso no se cumple cuando la mujer es obligada a hacerse una práctica médica que no es legal, en situaciones desastrosas. Entonces el aborto se transforma en un problema de salud, porque se niega un derecho de atención. Las mujeres sufren complicaciones de una mala práctica. Puede haber perforación del útero, una infección, incluso la muerte. Y los criterios para que esto pase, no son de salud, sino la doble moral de la sociedad que dice a las mujeres: tienes que ser buena madre; no importa qué edad tienes, no importa que no estés preparada fisiológica, ni mentalmente. Una niña de 13 años con una pelvis estrecha, no puede dar parto normal, porque es complicado. Como tiene un útero pequeño, el riesgo del embrión es que va a empezar a desarrollarse hasta un límite. Tiene muchas probabilidades de que el niño nazca pequeño y no tenga el desarrollo cerebral normal. A eso llamamos *crecimientos inter uterinos retardados*. Hay un 18% a 20% de probabilidades de problemas genéticos, cuando hay un crecimiento uterino retardado. Esto es también un problema de salud pública”⁴²

Como puede observarse, estas enseñanzas desde la medicina constituyen un valioso fundamento para la despenalización de la I.V.E.

En el orden de ideas que se viene desarrollando, también consideramos particularmente interesante lo destacado por Mazzinghi (2002) quien apunta que “mientras por un lado hay una liberalización de las formas de generación de vida mediante técnicas de reproducción, por otro lado, la eliminación de la vida en formación (in útero o ex útero) va elevando sus índices, no sólo estadísticos sino de permisibilidad”⁴³ en tanto Massaglia de Bacigalupo (2001) destaca que todo aporte científico es esclarecedor, que las clasificaciones biológicas existen con su innegable valor científico pero a la vez señala que la realidad actual no solo influye en el plano ético y jurídico sino que además son el fundamento de la ética y el derecho.

⁴² Entrevista al Doctor Cesar Paz y Miño por: Ana Acosta @yakuana y Evelyn Ayala @EveArhi en Wambra, medio digital de Ecuador. Última visita 13/10/2020.

⁴³ MAZZINGHI “La interrupción del embarazo: el aborto” Comentario en La Ley, Año 2002. T.A.

Dice ésta autora que hay tres teorías: a) Teoría de la fecundación, b) Teoría de la implantación o anidación y c) Teoría de la corteza cerebral o de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central.

Conforme a la primera, la vida comienza en el instante mismo en el que la cabeza del espermatozoide penetra la membrana que recubre el ovocito.

Según Jean Rostand (premio Nobel de biología) “existe un ser humano desde la fecundación del óvulo”; según ésta postura, el ovocito con su carga genética es ya una nueva persona, una sustancia individual pero hay quienes no comparten la diferenciación con relación a los 14 días señalada por la teoría de la segmentación que ya veremos.

Para la segunda teoría mencionada, el embrión durante sus primeras horas de vida es un conjunto de células indiferenciadas que no es un ser humano y que si bien es una vida, no es humana. Es a partir de la implantación en el útero de la madre cuando comienza la diferenciación de células y tejidos por lo que, recién a partir de ese momento es que se puede hablar de un ser humano.

En tal sentido la American Fertility Society a través de su comité de ética, publicó un informe donde se distingue el término “pre-embrión” del término “embrión”, precisando que hasta el día 14 desde la fertilización debe considerarse “pre-embrión” mientras que a partir de ese día (momento en el que se forma el surco neural) debe hablarse de embrión, entonces recién pasados los 14 días estaremos en condiciones de afirmar que existe una vida humana.

La tercera postura, tiene como base la formación de los rudimentos del sistema nervioso central y considera que la verdadera instancia diferenciadora en la ontogénesis del ser humano, está dada por la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervioso central lo que se lleva a cabo entre los días 15 y 40 en la evolución embrionaria. De éste modo, recién con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables comienza la vida humana propiamente dicha, es decir a partir de la octava semana.

En éste orden de ideas, decididamente nos inclinamos por ésta última postura descripta. Ello así por cuanto, si consideramos que ha sido aceptado conforme a la Ley nacional N° 24.193 de Transplantes de órganos y materiales anatómicos que un ser humano plenamente desarrollado, es un cadáver cuando su cerebro ya no revela la existencia de impulsos eléctricos (cuando cesa la actividad eléctrica del encéfalo) resulta entonces ilógico y contradictorio sostener que hay una persona humana con vida en aquél embrión que no ha alcanzado la evolución suficiente como para haber desarrollado el surco neural con lo cual comienza a formarse el sistema nervioso. Evidentemente éste es un ser mucho menos desarrollado que aquél que ya vivió toda una vida (biológica, intelectual y social) pero se le diagnostico “muerte cerebral”, concepto éste consagrado con la mencionada Ley nacional de transplantes de órganos.

Resulta apropiado recordar lo dicho por la Dra. María Valeria Masaglia de Bacigalupo:

en función de los datos biológicos con los que contamos, es una realidad que las distintas fases de la evolución embrionaria son diferenciables y por consiguiente su valoración desde la ética como su protección jurídica, también deben serlo. En suma, se trata simplemente de adecuar la tarea legislativa a la realidad biológicamente verificable. 44

Señala ésta autora que si bien hay que otorgarle protección al embrión desde el mismo momento de la fecundación, se hace necesario la aplicación de un criterio diferenciador basado en las distintas etapas del proceso evolutivo del ente humano en desarrollo. Evidentemente hay claras diferencias entre un óvulo fecundado, un embrión y un niño ya nacido y es distinta la valoración sobre esos estadios evolutivos. En efecto, la muerte de un niño ya nacido y la de un embrión de menos de dos semanas de gestación, no se sienten de la misma forma como pérdida o como acontecimiento doloroso. Del mismo modo, en distinta escala, no puede enjuiciarse éticamente igual de “malo” un aborto a las tres semanas de embarazo que la muerte de un niño,

⁴⁴ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Nuevas formas de procreación y el Derecho Penal*. Ed. Ad-Hoc, 1ra Edición, año 2001.

ello así en cuanto éste último ya se convirtió en una persona autónoma, rasgo que no tiene el embrión.

Entonces se trata de entender que la obligación ética de respetar la vida humana, recorre una línea fluctuante y mientras más avanzado sea el proceso, más difícil será justificar desde un punto de vista ético la ruptura de ese proceso vital.

Vemos que para ésta autora, es imperioso que se respete el derecho a la vida del “por nacer” pero dicho derecho debe ser reconocido desde que el embrión se implantó en el útero de la madre y no antes, esto es a partir del día catorce conforme la teoría de la anidación. De nuestra parte consideramos apropiado tomar el momento en el cual comienza la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables, sea cual sea el tiempo de gestación que la ciencia establece para ello. Así es que por los motivos que venimos desarrollando, entendemos que es lo más razonable tomar éste momento como límite a partir del cual los derechos de la mujer gestante comienzan a retrotraerse y en su virtud, su protección comienza a ceder frente a los derechos del ser en gestación que a partir de allí incrementa su grado de desarrollo significativamente encaminándose hacia su autonomía.

Entonces, una cosa es el momento en que tiene comienzo la vida lo que para muchos, debería quedar fuera de toda discusión en un proyecto de despenalización del aborto voluntario y otra distinta es determinar un momento a partir del cual se le va a reconocer derechos a la persona por nacer.

En ésta inteligencia, hallamos quizá el fundamento de porque el derecho penal le otorga diferente protección al homicidio y al aborto siendo que en ambos el bien jurídico tutelado es el mismo: la vida humana, sin embargo se advierte claramente que la carga punitiva en el aborto es mucho menor que la que se le asigna a quien mata a otro y ello es así por razón de que éste “otro” que resulta víctima de un homicidio en los términos del art. 79 del C. Penal es una persona tanto en sentido biológico, como intelectual y social, es decir una persona plenamente autónoma, en el sentido bioético y biotécnico del vocablo.

Ésta es la gran diferencia que hay que comprender primariamente desde lo intuitivo y desde los principios bioéticos (que funcionan como tópicos jurídicos) que luego y a lo largo del trabajo iremos desarrollando y agregándole razones de distinta índole, algunas propiamente jurídicas, otras como v.g. puede ser la estadística de las mujeres que fallecen o sufren lesiones a consecuencia de practicarse un aborto en forma clandestina, muchas de las cuales incluso son niñas en los términos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, lo que mencionamos intencionalmente en razón de que ésta Convención es invocada -inapropiadamente como ya explicitaremos- por quienes se oponen a la legalización del aborto.

Al respecto, Edgardo Donna explica:

para una parte de la doctrina, el mayor rigor con el que el derecho castiga los ataques contra la “vida nacida” se explica por motivos ajenos al valor del bien jurídico mientras que otra corriente entiende que el nacimiento supone un cambio cualitativo a partir del cual el valor de la vida humana se ve fuertemente incrementado.

Lo que sucede, al decir de éste autor es que, a diferencia de otros bienes jurídicos, la vida no es un fenómeno estático al que le es posible asignar un valor único e invariable. Por el contrario, éste bien, durante su desarrollo se ve sometido a una serie de transformaciones que definitivamente inciden en su consideración social, lo que termina reflejándose en su diversa valoración jurídica, posición ésta que parecería insostenible desde el punto de vista biogenético y obliga a una interpretación forzada del derecho positivo.

Dice Donna (1999) que el reconocimiento del carácter relativo y variable del valor de la vida humana conlleva un riesgo que estaría dado por un cierto debilitamiento de la protección de tan importante bien jurídico refiriéndose al valor vida, lo que puede dar lugar a equívocos y conducir a inaceptables distinciones cualitativas entre los seres humanos.⁴⁵

Lo que el autor evidentemente está alertando es sobre cierto riesgo que podría involucrar el hecho de hacer distinciones sobre las distintas etapas del desarrollo embrionario siendo natural que ello ocurra pues tanto por una cuestión intuitiva o ya bien por la formación de cada uno de nosotros

⁴⁵ DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal.*, T.I, pag. 71

encontraremos reparos morales al hacer ese tipo de distinciones aunque no hay que perder de vista que en casos extremos que exigen una respuesta estatal, debemos conjugar los distintos valores jurídicos haciéndolos valer en su justa medida (o al menos la mas indicada para el caso) teniendo en cuenta que no hay derechos absolutos y aplicando los principios bioéticos adecuados a los que hemos hecho referencia.

- La autonomía y los límites al derecho penal en un Estado democrático de derecho

Comenzamos aquí a desarrollar todo cuanto respecta al concepto o noción clave que da sustento a nuestra posición y es el de autonomía. Al respecto queremos señalar que cada vez que nos referimos a ella, lo hacemos en el sentido normativo en tanto la autonomía de la que aquí hablamos es una creación jurídica, una ficción creada por el Derecho; de ésta forma no precisamos preguntarnos -a los fines de éste trabajo- y mucho menos demostrar si es posible o no que un ser humano sea autónomo.

El derecho da por sentada la autonomía, entonces un ser autónomo es aquel que la sociedad entiende que debe ser autónomo (porque tiene la edad suficiente para haber desarrollado su raciocinio, para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, etc.) es aquél que puede motivarse en la norma, el que puede conocerla y elegir actuar conforme a ella. 46

Así, vemos que en todo nuestro ordenamiento jurídico, el derecho solamente imputa plenos efectos jurídicos a las acciones de las personas sobre las cuales no ha concurrido ninguna causa que la sociedad acepte como excluyente de la autonomía, al respecto podríamos mencionar cientos de casos; vg. en materia contractual, el Derecho Civil libera de responsabilidad a quienes actuaron con error esencial y excusable pero no libera a quien actuó de forma imprudente y ello es así porque un ser autónomo debe pensar en las consecuencias de sus acciones.

⁴⁶ Conf. ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid 1997, ps. 146/147. , trad. De Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, T.I

En el Derecho Penal particularmente, será pasible de una pena la persona que realice el tipo penal contradiciendo la norma pero siendo plenamente autónoma, esto es, debe ser una persona capaz de ser un sujeto susceptible de reproche penal por no haber cumplido con su deber de hacer u omitir cierta acción.

Lo que venimos desarrollando encuentra su punto de apoyo en el art. 19 de la Constitución Nacional donde los individuos encuentran una esfera de protección, la llamada zona de reserva de la ley porque allí nadie puede legítimamente interferir o bien penetrar en dicha zona. La manda Constitucional dice: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

De la lectura de ésta norma fundamental se infiere que solamente aquellos actos de las personas que interfieran en la esfera de autonomía de otro habilitan la injerencia del Estado. 47 Tal parece que el Derecho Penal no sirve para proteger bienes jurídicos porque por regla, comienza a funcionar una vez que el bien jurídico ya está afectado. 48

Se ha dicho entonces que en definitiva lo que el Derecho Penal protege es la vigencia de la norma, reafirmandola cada vez que alguien comunica cometiendo un delito, que la norma no está vigente respecto de él. 49

Ahora bien, en rigor de verdad la norma penal se dirige a la persona designada como autónoma pero también protege la autonomía. Así por ejemplo, cualquier conducta de alguien que lesione el honor, la vida, el patrimonio, la integridad física de otro, está siempre y en alguna medida lesionando su autonomía, la autonomía del titular de ese bien jurídico digno de tutela y es por eso que entendemos que el Estado está allí autorizado a

⁴⁷ Conf. NINO, Carlos, *Es la tenencia de drogas para fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?* Ed. Astrea, Bs.As. 1991, p. 571/573.

⁴⁸ Conf. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yañez Perez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p.13.

⁴⁹ Conf. Jakobs, Gunther, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2° ed. Corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 12/14

intervenir imponiéndole una pena previamente determinada (principio de legalidad). Es decir que, siguiendo este razonamiento, solamente puede ser delito una conducta cuando la misma tienda a privar a otro de su autonomía, ya sea total o parcialmente.

Entonces, llevando ésta línea argumentativa al extremo y con el postulado de que, conforme al art. 19 de la CN. solo pueden ser delitos las acciones que en alguna medida priven a otro de su autonomía, el aborto mal puede ser un delito toda vez que resultaría inconcebible decir que el embrión que no puede tener vida (en sentido biológico) sino estando dentro del cuerpo de otro sujeto de derechos (la mujer) goce de algún grado de autonomía y menos aún si pensamos que el embrión carece de vida intelectual y social como sí la tiene quien lo está gestando en su seno.

Suelen decir quienes propugnan seguir considerando al aborto voluntario como un delito, que hay vida desde la concepción, el feto tiene vida. Rebatiendo este argumento, hay que decir que de ninguna manera es lo mismo el embrión (vida en germen) que una persona adulta. Ésta última tiene una vida organizada, hijos, un trabajo que cumplir o bien conseguir trabajo, problemas de distinta índole, un esposo, familia, etc., en tanto el embrión es tan solo una expectativa de vida. Sabemos que existen duros reparos morales al respecto pero en aras de justificar la hipótesis de éste trabajo, recordamos -porque consideramos fundamentales-, la cita del Dr. Eduardo Luis Tinant “[...] la preocupación moral no puede centrarse únicamente en la mera subsistencia biológica. Por ser humana la vida ha de ser reconocida y aceptada en toda su dignidad”.⁵⁰ Ello se condice -pensamos- con aquel postulado conforme al cual la vida humana se compone de una parte biológica, otra intelectual y otra social por lo que, no podría ser entendida faltando alguno de éstos niveles, criterio valorativo éste que ha sido incesantemente mencionado en distintos casos bioéticos tanto en el comienzo de la vida como en el final de ella y que intencionalmente traemos a colación por cuanto consideramos que en el caso del aborto donde debe ponderarse si corresponde darle prevalencia a la vida

⁵⁰ Eduardo L. Tinant, *Antología para una Bioética Jurídica*, La Ley, 2004, p.45, conf. Alburquerque, E., *Bioética...*p.22/29

de la mujer o la del embrión en germen, resulta fundamental tener en cuenta los principios aludidos.

Acaso podemos hablar de dignidad en un embrión que ni tan siquiera ha desarrollado la corteza cerebral y no tiene capacidad sensitiva alguna?, acaso es el *nasciturus* un ser con vida intelectual? O social? y hasta cierto grado de su desarrollo, tampoco podríamos decir que posea biológicamente la condición de persona. Por el contrario, la madre no solo tiene su vida biológica plena sino también está intelectual y socialmente “viva” pero además carga con todo su pesar debido a la situación que experimenta (la de un embarazo no deseado) con todos sus miedos, sus preocupaciones, incertidumbre y malestar físico y síquico propios de esa condición. En otros términos, su salud está deteriorada; a propósito recordamos que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud como “un estado completo de bienestar físico, síquico y social y no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica”

Ahora bien, quienes se oponen a la despenalización del aborto a menudo dicen: “hubiera pensado lo que hacía la madre, hubiera pensado las consecuencias!, se hubiera cuidado!, que de el niño en adopción! y cosas por el estilo que no son más que meros reproches morales. No creemos que éstos sean argumentos válidos y veremos como se desmoronan ni bien avancemos con el análisis.

En primer término, si nos ubicamos en ciertos contextos socio-culturales donde reina la escasez de información adecuada, de estructura sanitaria y asistencia legal, ello representa un obstáculo difícil de superar pero principalmente porque debe respetarse el derecho de autodeterminación de la mujer a decidir que hacer con su embarazo dando así operatividad al principio bioético de autonomía, toda vez que es ella quien llevará la carga de soportar durante nueve meses el producto de una concepción no deseada y no creemos que el Estado -ni nadie- tenga derecho alguno a obligar a una mujer a proseguir con su embarazo hasta su fin, lo que no sería propio de un Estado *de iure*.

A partir del hecho natural del embarazo que desde el inicio compromete todo el cuerpo de la mujer, se experimentan cambios importantes, entre otros las obligaciones derivadas de la patria potestad, etc. pero todo esto es ni más ni menos que un plan de vida. Habrá mujeres que eligen ser madres y otras que no desean pasar por todo lo que ello implica (engordar, ir al médico, criar hijos, etc.) Existen muchos motivos por los cuales una mujer no desea continuar con su embarazo pero lo que debe quedar claro es que todas éstas, son cuestiones privadas de ella que pertenecen a su intimidad donde el Estado le está vedado tomar injerencia, el Estado no puede entrometerse e indagar acerca de esas razones. Así hemos visto en nuestra jurisprudencia, numerosos casos, donde el máximo tribunal de nuestro país ha resuelto haciendo prevalecer la autonomía individual y el derecho a la privacidad de las personas (votos de los jueces Belluscio y Petrachi) como por ejemplo en el caso “Bahamondez”.⁵¹ En efecto, el caso aludido trata de un testigo de jehová que se rehusaba a la transfusión de sangre, más allá de que el caso devino en abstracto pues el paciente recuperó su salud por medios alternativos, la Corte Suprema de la Nación se expidió y si bien trata de un caso en el final de la vida, queremos demostrar que tanto en el principio como en el final de la vida, son de aplicación los mismos principios bioéticos. Queremos destacar además que en este caso, seis de los nueve ministros se pronunciaron a favor de los derechos del paciente, incluyendo el de rehusar el tratamiento ordenado. Los argumentos expuestos se fundaron, en sustancia en el respeto por la persona humana, la inviolabilidad de su vida, su honor, sus creencias y el derecho a la disposición del propio cuerpo o la autodeterminación corporal (jueces Barra y Fayt).-

Con ello pretendemos hacer ver y salvando las diferencias con el aborto voluntario donde el conflicto se plantea con los derechos del embrión, como en distintos casos controversiales se ha apelado a éstos tópicos jurídicos que provienen del campo de la bioética y como el derecho a la intimidad (privacidad) ha sido considerado tanto en el principio como en el fin de la vida.

⁵¹ “Bahamondez Marcelo s/medida cautelar, CSJN, 6/4/93, LL 1993-d-130.

Siguiendo con el derecho a la privacidad, recordamos también el trascendente fallo de la justicia norteamericana “caso Roe vs. Wade” (que desarrollaremos más adelante) de la Corte Suprema que legalizaba el aborto en ese país y donde alegó que el derecho a la privacidad de la Enmienda 14 incluía el derecho de la mujer a decidir si terminar o no su embarazo, sin ninguna regulación del Estado. ⁵²

Vemos que al estar amenazada con pena de prisión toda acción abortiva sin límite alguno en cuanto a etapas de desarrollo embrionario, el mensaje que la mujer recibe de parte del Estado es algo así como decirle que puede hacer con su vida lo que quiera, que tiene libertad de expresión, de transitar, de trabajar, de tener relaciones sexuales con quien quiera y cuando quiera pero cuidado!! si resulta que queda embarazada entonces debe soportar que crezca y se desarrolle un niño en su vientre y deberá dar a luz; es decir, es como si su cuerpo deja de pertenecerle por un tiempo (pasa a pertenecerle al Estado) y luego vuelve a disponer de su propio cuerpo una vez que dio a luz. De esta forma el estado conmina a la mujer en tal situación a ser madre o bien dar el niño en adopción. Resulta evidente que al constreñir a la mujer a continuar con su embarazo en contra de su voluntad, se le está suprimiendo parte de su autonomía con la finalidad de lograr una vida y esta consecuencia que resulta de la penalización del aborto voluntario es inaceptable éticamente porque un ser humano no puede ser tratado como un medio para la consecución de un fin que le es ajeno. ⁵³

Por estas razones, creemos que si la mujer no quiere estar embarazada, absolutamente nadie puede obligarla en favor de una nueva vida que podría resultar eventualmente si ese embarazo llegara a su término.

Quienes se oponen a esto y dicen simplemente: “estamos a favor de la vida”, generalmente arguyen que la mujer debió haber pensado en las consecuencias de sus actos. Desde ya rechazamos éste argumento puesto

⁵² “Roe Vs. Wade”, 410. US.113-1973. Antecedentes y significación del fallo pueden verse en la pag. www.plannedparentood.org.

⁵³ Conf. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. Garcia Morente, Austral, Madrid, 1977, ps. 86/87. También conf. Carlos Nino, *Fundamentos de derecho ...*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 171.

que jamás puede servir de justificativo para privar a la mujer aún más de su autonomía. Creemos que no es un argumento en la medida en que se sitúa en un momento anterior al problema, evadiéndolo y por lo general, éstos sectores no aportan soluciones y se quedan en el mero reproche moral.

Si bien es cierto que los seres humanos debemos pensar en las consecuencias de nuestros actos como seres autónomos que son, vamos a demostrar que no es lo mismo y que es necesario hacer una distinción. En efecto, no es lo mismo no pagar una deuda, incumplir un contrato, o agredir a alguien en la vía pública, etc. y las consecuencias que esto apareja, que las derivaciones de un embarazo. Esto es así por la sencilla razón de que el embarazo es un hecho de la naturaleza, al igual que el acto sexual que lo originó, es algo totalmente ajeno al Derecho, es algo que simplemente sucede.

En otros términos, el embarazo no crea expectativas normativas como sí las crea quien firma un contrato por ejemplo.

Los defensores de que el aborto voluntario siga siendo un delito, ante todos los argumentos que venimos dando, nos seguirán diciendo que igualmente la vida en germen es vida y está protegida y que el feto tiene derechos y que merece protección al igual que toda persona. Bueno, ante esto debemos decir que desde luego que no es lo mismo la vida en germen que la vida de la mujer puesto que ésta, es una persona en todos los sentidos como ya lo señalamos antes. Por esa razón es que al aborto como delito, tiene una pena mucho menor a la del homicidio; es que ya intuitivamente puede advertirse que no es lo mismo interrumpir el desarrollo embrionario (dentro del límite propuesto) que efectuarle un disparo a alguien que va caminando por la vía pública. En efecto las diferentes penas dan cuenta de que el legislador ha hecho una valoración diferente de cada situación. En el caso de quien decide terminar con la vida de alguien, vemos que se afecta su autonomía de forma completa porque esa persona no quiere morir y es completamente independiente de ella.

Advertimos que la pena establecida para el caso del aborto es de 1 a 4 años de privación de libertad en tanto para el homicidio de la madre que

mata a su hijo es prisión perpetua conforme los agravantes previstos en el art. 80 CP.

Los marcos penales sirven como indicadores de la gravedad del injusto.⁵⁴

Más allá de las conclusiones a las que podemos arribar de forma intuitiva, demostramos que, bases eminentemente científicas también nos conducen al mismo resultado. En tal inteligencia hacemos el siguiente razonamiento: vemos que nuestro Código Penal trata la conducta de la mujer y la de quien ejecuta su voluntad en tipos penales diferenciados; la mujer en tanto ser autónomo ejecuta su plan de vida interrumpiendo su embarazo en tanto el médico ejecuta la acción que aquella desea como dueña del cuerpo sobre el cual se va a practicar la maniobra abortiva. Ahora bien, si afirmamos que la autonomía de la mujer hace que la interrupción de su embarazo sea una conducta atípica, también debe ser atípica la acción del médico ya que éste solamente ejecuta lo que la mujer tiene derecho a realizar aplicando *su lex artis*.⁵⁵

Esto es importante consideramos, y debería tenerse presente en oportunidad de darse tratamiento legislativo en una eventual reforma del Código Penal; igualmente ya volveremos con más detalle sobre los deberes y obligaciones del médico.

Por otra parte, el código considera no punible la tentativa acabada de la mujer, una solución legal cuando menos, curiosa si tenemos en cuenta que, desde el punto de vista de la culpabilidad, da lo mismo que el hecho se consume o no. En efecto, la tentativa acabada es la exteriorización de todo lo que el autor puede hacer y se propuso hacer según su representación para consumar el hecho que quiere; pero en fin, no siendo éste el tema central del

⁵⁴ Conf. ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, ps. 36/40.

⁵⁵ Ver JAKOBS, Gunther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*. Trad. Francisco Muños Conde y Pastora García Alvarez, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 62/67.

presente trabajo, no vamos a profundizar en ello porque no responde al objetivo propuesto. 56

Otro de los argumentos que proporcionan los sectores que no quieren la despenalización del aborto voluntario es que nuestro Código Civil considera que la vida comienza con la concepción. Al respecto hay que hacer algunas precisiones comenzando por destacar que nuestro codificador el Dr. Dalmacio Velez Sardfield sostenía que el feto no precisaba ser capaz de prolongar su vida fuera del seno materno (entendemos que se refería a la cavidad uterina anatómicamente hablando) para ser considerado persona, siempre que haya logrado separarse de su madre y respirado aunque sea por un segundo.

Por lo que venimos hablando acerca de la autonomía como principio bioético informante, resulta apropiado detenernos en la nota al art. 3290 del Código Civil, allí el codificador dice. “El hijo, en el seno de la madre, tiene solo una existencia común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual”. De aquí se colige que, naturalmente el feto es parte del cuerpo de la mujer, y por ende, es parte de su autonomía, el feto no es un ser autónomo en sí mismo.

Más allá de lo dicho, es necesario destacar donde se encuentra situado éste artículo que invocamos; la norma es la primera del título: “De la incapacidad para suceder”, dentro del título I de la Sección Primera: “De las Sucesiones”, en efecto, no es un detalle menor si tenemos en cuenta que quienes pretenden que el aborto voluntario siga siendo considerado un crimen, a menudo apoyan su postura en el art. 70 del C. Civil inserto en el título: “De la existencia de las personas antes del nacimiento” y se aferran al mismo sin mayores explicaciones o razones válidas. La norma expresa: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas, y antes de su nacimiento pueden adquirir ciertos derechos, como si ya hubiesen nacido. Éstos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos

⁵⁶ Sobre el tema, puede verse en SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito*, cit. ps. 61/64, 424/429, etc.

en el seno materno, nacieren con vida aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

Como se ve de la lectura de esta disposición, aquí el codificador se proponía resolver el problema de la transmisión de los derechos y de ninguna manera pretendió -según creemos- establecer el momento en que tiene inicio la vida, que es un tema extrajurídico, ni mucho menos cuestión relativa al tema en tratamiento. En efecto, Velez Sardfield era jurista, no médico.

Pero el artículo que comentamos debe ser interpretado además, en función con el art. 3290 del mismo cuerpo legal y su nota para hallar su verdadero sentido ya que el mismo suele utilizarse ganancialmente para decir que hay vida desde la concepción cuando en verdad, la primera parte del art. 70 del Código de Velez dice que allí comienza la existencia de las personas.

Cabe destacar que *persona*, es un término jurídico y no biológico, pero, más allá de todo lo hasta aquí desarrollado respecto a éstas razones que se invocan contra la despenalización del aborto voluntario, debemos enfatizar que no hay acuerdo científico respecto al comienzo de la vida y tampoco hay acuerdo social de manera tal que deberíamos relativizar todo cuanto respecta a ésta discusión. Algunos propician directamente que debería quedar fuera del debate de la despenalización del aborto pero no compartimos ésta postura y nos remitimos a lo que ya sostuvimos en su momento.

Por otra parte, no es cierto que el valor vida (en éste caso una vida en germen) deba prevalecer frente a la autonomía y sino, demos una mirada a lo que ocurre con la eutanasia por ejemplo. Es que no siempre el estado de derecho protege en forma absoluta a la vida, recordemos el ya citado caso “Bahamondez” entre tantos otros.

Vemos que en el caso del suicidio, la decisión de acabar con la vida propia es impune, allí se está poniendo fin a una vida y no se han alzado voces en contra de ello donde se ha valorado más la autonomía de la voluntad que la vida en si misma. 57

⁵⁷ Conf. JAKOBS, Gunther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, cit. p. 31

Lo mismo ocurre con los pacientes que no quieren someterse a tratamientos médicos que le salven la vida o se la prolonguen, es el caso típico de los testigos de Jeovha. Es que toda persona adulta y autónoma tiene el derecho a decidir sobre su cuerpo y a negarse a cualquier intervención aun cuando su omisión le pueda derivar en la muerte y los médicos deben respetar su decisión siempre que la hayan dado a conocer y expresado libremente. Así lo han decidido numerosos fallos como por ej. el caso “Bahamondez” de la CSJN. 58

Estas situaciones que se dan en el fin de la vida, revelan que se le da prevalencia a la autonomía de la persona, entonces porque en el caso del aborto voluntario la solución debería ser diferente nos preguntamos.

Cuál sería el fundamento en el caso de la mujer que quiere interrumpir su embarazo para que su *autonomía* no sea respetada o bien no sea valorada de igual forma? Debemos suponer acaso que la vida en germen es más digna de protección que la de la mujer? definitivamente decimos que no por todos los argumentos hasta aquí desarrollados.

- Política criminal y límites de la intervención penal

La tesis que sostenemos encuentra también su sustento en la idea de mínima intervención penal como idea-guía de una política penal adecuada, al menos a mediano plazo. La adopción de ésta idea en el marco de nuestro estudio se vincula con el respeto de los derechos humanos dentro de la ley penal y el cumplimiento de los requisitos mínimos para su respeto. Siguiendo a Alessandro Baratta (1987) en ésta temática, vemos que los derechos humanos asumen una doble función. Una negativa, concerniente a los límites de la intervención penal y otra positiva respecto de la definición de objeto posible pero no necesario de la tutela por medio del derecho penal. 59

Refiere el autor citado que una política de contención de la violencia punitiva es realista solo si se la inscribe en el movimiento para la afirmación de

⁵⁸ “Bahamondez”, LL 1993-d-130, Corte Sup. De la Nación 06/04/1993, votos de los Jueces Petrachi y Belluscio

⁵⁹ Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales. Ed. Depalma, Bs. As. 1987. *Principios del Derecho Penal Mínimo* por Alessandro Baratta.

los derechos humanos y de la justicia social. Entonces, en el convencimiento que el concepto de derechos humanos en la doble función mencionada constituye el fundamento más adecuado para la estrategia de la mínima intervención penal y para su articulación programática en el cuadro de una política alternativa de control social, resulta pertinente el análisis de los principios que se articulan a nivel de la ley y la idea de mínima intervención penal. Según Baratta éstos se agrupan en dos categorías: Los principios intrasistémicos que indican los requisitos para la introducción de figuras delictivas en la ley y los extrasistémicos que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y construcción de conflictos y problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal.

En función de lo que pretendemos demostrar con éste trabajo consideramos necesario enfocarnos principalmente en los principios de limitación funcional (principios intrasistémicos) y dentro de éstos en los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social, ello en el entendimiento que son los que mejor informan en relación a los objetivos pretendidos. Asimismo, veremos que hay principios extra-sistémicos que tienen la misma virtualidad y que seguidamente desarrollaremos.

Principios intrasistémicos.

Respecto al principio de subsidiaridad, Baratta, refiere: “[...] una pena puede ser conminada solo si se puede probar que no existen modos no penales de intervención aptos para responder a situaciones en las cuales se hallan amenazados los derechos humanos”. Es decir, que necesitaríamos demostrar en forma previa, que la respuesta punitiva estatal no resulta sustituible por otros medios de intervención de menor costo social. Ésta es la idea central que creemos debe prevalecer para no caer en excesos de poder represivo o punitivo, estableciendo límites justos y razonables para el ejercicio del mismo.

En cuanto al segundo principio enunciado, el de proporcionalidad concreta o de adecuación del costo social, nos dice el autor citado:

la violencia penal puede agravar y reproducir los conflictos en las áreas específicas en que aquella interviene [...] existen casos muy evidentes en los cuales la introducción de medidas penales produce problemas nuevos y más graves que aquellos que la pena pretende resolver [piénsese en la criminalización de la interrupción de la gravidez].

A propósito de éste principio enunciado como base de nuestra argumentación podemos hacer una equiparación -siempre dentro del plano de la salud pública- con lo que ocurre con el consumo de estupefacientes y su criminalización; en efecto, ya es bien sabido que la prohibición del consumo apareja mayores inconvenientes provocando que sea más peligroso el uso de la droga atento a la falta de prevención y una estructura sanitaria de contención ya que el consumidor es un enfermo y no un delincuente. Por eso es que insistimos en que todo proyecto de despenalización del aborto debe avanzar hacia su legalización posibilitando el pleno acceso a los sistemas de salud públicos a toda mujer que quiera interrumpir su embarazo como política de contención para las mujeres en crisis con su maternidad y en tal sentido propiciamos que (ya sea por ley o a través de los protocolos facultativos) se establezca un periodo prudente de reflexión que posibilite a la mujer optar por otra alternativa y evitar una práctica abortiva con lo cual se pretende alcanzar el ideal de reducir el número de abortos tal como ha ocurrido en numerosos países como es el caso de Alemania por dar un ejemplo.

Agrega Alessandro Baratta:

El problema del costo social de la intervención penal tiene también gran importancia si se consideran los efectos desiguales de la pena sobre los condenados y sobre su ámbito familiar y social, efectos éstos que dependen del diferente status social de aquellos. La incidencia negativa de la pena es mucho mayor en los estratos sociales más bajos

Continúa explicando Baratta (1987) respecto a éste principio de proporcionalidad concreta, que como guía de la ley penal, debe tener también en cuenta su aplicabilidad a sujetos provenientes de diversos estratos sociales, de lo cual se deriva la exigencia de introducir a la hora de establecer sanciones y beneficios (por razones de justicia) criterios dirigidos a compensar y limitar las desigualdades de los efectos que produce la pena en los condenados y en su ambiente social citando como ejemplos el instituto de la libertad condicional y otras medidas alternativas.

Vemos que la aplicación de éste principio como idea-guía de la ley penal resulta primordial en orden a la justificación de nuestra hipótesis destacando que aunque el autor citado habla de los efectos de la pena sobre los condenados; para nuestro caso (la punición del aborto voluntario) resulta igualmente aplicable ya que solo se trata de momentos distintos en un proceso penal donde, como ya hemos venido desarrollando, la sola expectativa de pena o mejor dicho, la simple amenaza de pena produce consecuencias graves tanto para la mujer que desea interrumpir su estado de gravidez como para todo su entorno familiar y social.

Asimismo, consideramos que no debe soslayarse que en la práctica, son muy escasos y casi nulos los casos que, judicializados arriban a una sentencia en nuestro país toda vez que los operadores judiciales le restan interés a las denuncias por abortos que en su gran mayoría terminan archivados o sobreseídos. Ello es así -según creemos- por una conjunción de factores, por un lado, los Tribunales están abarrotados de expedientes con delitos más graves y por otro lado entendemos que los propios jueces no se encuentran convencidos íntimamente de avanzar en denuncias por abortos en gran medida, por muchas de las razones que aquí enunciamos.

Principios extrasistémicos.

Dentro de ésta categoría abordamos el principio de especificación de los conflictos y de los problemas el cual toma en consideración el hecho de que el sistema penal puede ser interpretado sociológicamente como un aglomerado arbitrario de objetos heterogéneos (comportamientos punibles) que no tiene otro elemento en común más que el de estar sujetos a la respuesta punitiva.

Así, desarrolla el citado autor ¿Qué tienen de común delitos tan diferentes como por ej. el aborto, el funcionamiento ilegal de las instituciones del Estado, la injuria entre particulares y el crimen organizado? ¿Cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema como lo es el penal, de responder, con los mismos instrumentos y los mismos procedimientos a conflictos de tan vasta heterogeneidad?

En suma, un concepto histórico social de los derechos humanos permite incluir como posibles objetos de tutela penal, además de aquellos intereses individuales, también aquellos intereses colectivos como la salud pública, la ecología, las condiciones laborales. A propósito de esto, es decir la perspectiva humanística como fundamento de la política de la mínima intervención penal, en un estudio realizado por Eugenio R. Zaffaroni, se plantea la necesidad de instrumentar la articulación de un concepto amplio de los derechos humanos, individuales y económico sociales como criterio de valoración para un análisis crítico de los actuales sistemas punitivos en los países latinoamericanos.

Este estudio, es parte de una investigación patrocinada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica como modelo de propuesta para una política criminal alternativa.

- La Autonomía a partir de las contribuciones del feminismo.

Preliminarmente queremos dejar en claro que la autonomía sexual de las mujeres no es algo que quede limitado a la cuestión del aborto, así vemos que también está presente y se vincula con otros temas como puede ser el matrimonio o la violencia. Sí estamos convencidos que es en la penalización del aborto donde queda fuertemente comprometida la autonomía sexual y reproductiva de la mujer y es desde ese enfoque donde se advierte más claramente la vulneración de sus derechos a través de una injusta persecución que actúa como productora de desigualdad (no solo con respecto a otras mujeres en función de sus recursos económicos sino además en relación al varón que aportó a la concepción no deseada cuyos derechos sexuales y reproductivos permanecen incólumes) y violencia institucional. Respecto a la violencia institucional, recordamos lo establecido en la Ley Nacional 26.485 de Protección Integral a las mujeres.⁶⁰

⁶⁰ Art. 6: b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

Por su parte la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará) establece que los Estados parte, condenan todas las formas de violencia contra la mujer conviniendo en adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia por todos los medios apropiados y sin dilaciones. Ello, en franca armonía con lo dispuesto en la Ley Nacional 26.485 que además hace directa alusión a la violencia contra la libertad reproductiva.

Respecto a la autonomía sexual de las mujeres, la Dra. Patricia Gonzalez Prado ⁶¹ ha sostenido:

Si pensamos en el acceso a la autonomía sexual y a la reproductiva en particular, resulta evidente que existen obstáculos muy diferentes para hombres, mujeres, lesbianas y sujetos trans. El acceso a la anticoncepción y al aborto, por ejemplo, adquieren peso específico en relación con la autonomía, cuando existe la posibilidad corporal de un embarazo involuntario. El derecho, como expresión privilegiada de uno o varios sistemas de dominación, ha sido y es patriarcal, heteronormativo, individualista, clasista y racista

Para la autora citada los tratados internacionales antes mencionados, han captado las demandas feministas de los años setenta que se traducen en los conocidos postulados: nuestras vidas, nuestros cuerpos, aborto libre y gratuito, etc. y han incluido los derechos sexuales otorgando así un marco de protección como una necesidad, ante la desigualdad social que surge de la diferencia sexual.

Pero la lucha de las mujeres por el reconocimiento de sus derechos sexuales y de reproducción, viene de mucho antes y al respecto no podemos dejar de mencionar a la famosa anarquista Emma Goldman (1869-1940) quien teorizó entre otras cosas, sobre sexualidad y reproducción defendiendo el proyecto de una maternidad libre y la necesidad de acceder a la anticoncepción. Su ferviente y larga lucha contra la explotación y en favor del control de natalidad (algo sobre lo cual en su época estaba prohibido hablar) le valieron hasta el encarcelamiento. Goldman (citada por Gonzalez Prado 2018)

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable..."

⁶¹ GONZALEZ PRADO, Patricia. *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres*. Ed. Didot, CABA, 2018, ps.27/29.

estableció la necesidad de diferenciar entre sexualidad y reproducción, entre matrimonio y amor como clave para el reconocimiento de la autonomía de las mujeres a la vez que consideraba que en el control de natalidad no solo estaba en juego la vida de las mujeres sino además, los sistemas de producción, la economía, la organización del trabajo y la estructura familiar y estatal.

En su ensayo publicado por Mother Earth en 1916, “Los aspectos sociales del control de natalidad”, Goldman apunta:

Un movimiento que busca liberar a la mujer del terrible yugo y esclavitud del embarazo forzoso, un movimiento que introducirá en el mundo un nuevo tipo de maternidad [...] Creo que no aclarará solo el libre debate sobre los contraceptivos, sino la libertad de expresión en la vida, el arte y el trabajo....Ni el Estado, ni los políticos ni la opinión pública han hecho nunca la más mínima prestación a cambio de la vida que la mujer ha dado [...] es la mujer quien arriesga su salud y sacrifica su juventud en la reproducción de la especie. Ciertamente debe tener la capacidad de decidir cuantos niños debe traer al mundo.

También Alexandra Kollontai a comienzos del siglo XX con el propósito de socializar las tareas vinculadas a la maternidad, promovió desde el Estado la creación de una central para la protección de la maternidad y la niñez y asimismo impulsó la ley que eximía de castigo al aborto. Kollontai (citada por Gozalez Prado) sostenía que el principal objetivo era conseguir la igualdad de derechos de la mujer como un elemento productivo en la economía nacional y a su vez como ciudadana en el sector político proponiendo que la maternidad fuera considerada como función social y protegida por el Estado.

Gonzalez Prado (2018) apunta que hay dos ejes de lucha política alrededor de la que se articulan los feminismos, una es el derecho a decidir sobre el propio cuerpo que comprende naturalmente el acceso al aborto que hoy permanece penalizado (sin límite temporal) y el otro eje es el derecho a una vida libre de violencia patriarcal pero además están las demandas de reconocimiento del movimiento trans y del movimiento LGTTBIQ los que forjaron en la Argentina la sanción de la Ley 26.743 de Identidad de Género y la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, la primera de las cuales despatologiza las identidades *trans* y la segunda reconociendo el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo-genero.

Asimismo destaca la autora mencionada que se requieren verdaderos procesos de transformación de las relaciones de poder que además de las leyes que declaran ciertos derechos, debe existir verdadera acción política redistributiva de abolición de privilegios y transformaciones sustanciales a fin de que las leyes no caigan en letra muerta.

En lo que respecta a la violencia sexual, es indudable la directa vinculación que existe con la problemática del aborto y más precisamente con los embarazos que son producto de un abuso sexual que en nuestro derecho autorizan a la víctima a que acceda a un aborto legal pero como ya desarrollaremos en el Capítulo 5, constituye aún hoy un grave problema ya que la mujer debe recorrer un derrotero incansable muchas veces para lograr el pleno ejercicio de ese derecho. Sobre el particular, no podemos dejar de mencionar lo que se ha dado en llamar la “cultura de la violación” que es un término acuñado desde los feminismos en décadas pasadas que hace referencia a una suerte de instrumentalización de la violación con un fin disciplinador tanto en los espacios públicos como en el doméstico.

Acerca de ello nos ilustra Gonzalez Prado (2018) que aún después del fallo FAL, siguen existiendo mitos en relación con la violación, que son moneda corriente en el ámbito judicial y se revelan en frases como “las mujeres también provocan”, “hacen falsas denuncias” “hay que ver por donde andaba”, “como estaba vestida” etc. Refiere esta autora que la cultura de la violación es un hecho y una realidad en la cual los/as Jueces están suficientemente impregnados de ella y que implica la generalización y normalización de la violación a partir de un entramado de creencias y comportamientos sociales tales como la culpabilización a la víctima, la cosificación sexual y la erotización de la violación.

Otro importante aporte nos lo brinda la conocida doctora en antropología, Rita Segato quizá una de las pensadoras feministas más importante de nuestra época; ella analizando la violencia de género nos acerca conceptos muy interesantes que merecen ser destacados para comprender también y verificar si la penalización del aborto tal como hoy permanece, puede ser como muchas autores/as dicen, un resabio de la violencia patriarcal.

En tal sentido, ha expuesto por ejemplo respecto a los femicidios, que los mismos son una problemática que trasciende a los géneros para convertirse en una expresión de una sociedad que necesita de lo que la autora llama “pedagogía de la crueldad” y dice que el ejercicio de la crueldad sobre los cuerpos de las mujeres (también crímenes homofóbicos o trans) no es otra cosa que el disciplinamiento que las fuerzas patriarcales imponen a todos los que habitan ese margen de la política. Refiere que en esos cuerpos se escribe el mensaje aleccionador que ese capitalismo patriarcal necesita imponer a toda sociedad a la vez que destaca que una de las fallas del pensamiento feminista, es creer que el problema de la violencia de género es un problema de hombres y mujeres. La autora considera que es un síntoma de la historia, de las vicisitudes por las que pasa la sociedad y agrega que considerar a la violencia doméstica como un crimen, fue el mayor avance de la CEDAW aunque advierte que la punición y una eventual sentencia no resuelve el problema, porque el problema debe resolverse allá abajo donde está la gran cantidad de agresiones que no son crímenes pero que van formando la normalidad de la agresión.⁶²

Ahora bien, en la actualidad, no podemos escindir toda referencia a los feminismos del concepto de género. La construcción del género, podemos decir que comienza en los años 70, es allí cuando se difunden las primeras definiciones de género, que separan el sexo de género a raíz de investigaciones en sociobiología llevadas a cabo por John Money y Robert Stoller y los movimientos de mujeres en países centrales. Al sexo se le atribuyen las diferencias biológicas, como la anatomía (tamaño y forma corporal) y la fisiología (actividad hormonal de los órganos) que distinguen a varones de mujeres, las que se consideran naturales, universales e inmodificables. El género es definido en relación a las características psicológicas y roles socioeconómicos y culturales, consideradas modificables, que le atribuyen las sociedades a cada sexo. Sin embargo, los términos sexo y género no deben utilizarse indiscriminadamente, ni el género en sustitución del sexo, sino que debe tenerse en claro que el sexo “es lo que entendemos como más o menos determinado biológicamente mientras que el género es construido social, cultural e históricamente” (Facio y Frías, 2005, p. 274). Ahora

⁶² Puede consultarse en <http://latinta.com.ar/wp-content/uploads/2017/05/Rita-Segato-03.jpg>

bien, la crítica a esta lógica binaria varón/mujer para conceptualizar la categoría género, se basa principalmente en un sesgo determinista, su generalización universalizante y su carácter a-histórico (Bonder, 2016).

Sin embargo, hasta los años 80 no se incorporaba a la construcción del concepto de género la categoría etnia/raza. Es recién con los cuestionamientos de las feministas negras, indígenas, lesbianas, etc., al modelo hegemónico de mujer blanca, occidental, clase media y heterosexual, que comienza el proceso de visibilización de la condición de las mujeres en sus diversos aspectos, por considerar lo etnocéntrico y heterocentrado, (Bonder, 2016). En la década del 90, una de las intelectuales feministas más citada y debatida es Judith Butler, filósofa, socióloga, escritora y profesora estadounidense, destacada por sus aportaciones en el campo del feminismo, la Teoría Queer, la filosofía política y la ética y autora de "Cuerpos que importan" (1993), "Deshacer el género" (2004) y "Lenguaje, poder e identidad" (2004). Feminista crítica de la visión teológica, influida por las corrientes posmodernistas y el psicoanálisis freudiano y lacaniano, cuestiona la visión binaria de las relaciones de género y sugiere la posibilidad de elegir la modalidad genérica. En su libro "El Género en Disputa. El feminismo y la subversión de la identidad" (1999), cita entre otras la memorable frase de Simone de Beauvoir "No se nace mujer, se llega a serlo" y, desarrolla su concepción sobre el género y el deseo como una categoría flexible y fluida opuesta a posiciones ontológicas y esencialistas, para explicar las identidades de género, noción clave de la teoría *queer* del movimiento de pensamiento y estudios para la comprensión de la diversidad de sexualidades y expresiones culturales.⁶³ Es una de las teóricas fundadoras de la diferencia sexual, establece alianzas entre el feminismo y los estudioslésbicos y gays, y se inclina en enfatizar más las prácticas sexuales que la identidad de género o sexual (Burgos Díaz, 2007).

⁶³ Judith Butler, profesora de la Universidad de California de Berkeley, dio una conferencia en CABA en el año 2015 "Cuerpos que aún importan" en la que explicó su teoría sobre el género y el deseo fluido y flexible sin necesidad de categorizar. Puede leerse el artículo en https://www.clarin.com/cultura/judith_butler-teoria_queer-untref_0_BJ6KsfYvQg.html

Por su parte, autoras como Alejandra Ciriza ⁶⁴ no desconocen la importancia de las propuestas de Judith Butler en cuanto crítica filosófica del esencialismo pero advierte que resultan problemáticas cuando se intenta trasladarlas de manera inmediata al espacio de la práctica política.

Debemos hoy considerar que a los derechos humanos podemos interpretarlos desde una mirada androcéntrica o una perspectiva de género. En tal sentido, Alda Facio y Lorena Frías afirman que “una cultura androcéntrica es aquella en la que el hombre, sus intereses y sus experiencias son el centro del universo. La perspectiva androcéntrica coloca lo masculino como modelo del ser humano, representante de toda la humanidad, como lo universal, en el centro del universo, el paradigma de lo humano, sin considerar las experiencias ni los puntos de vista de las mujeres, las que son consideradas como “lo otro”, lo subordinado a lo masculino, lo infravalorado, lo dominado (Facio y Frías, 2005). Cuando decimos que el derecho es androcéntrico, hacemos referencia a que parte de la perspectiva masculina como parámetro de lo humano, y que por lo tanto, las leyes genéricas no son neutrales en términos de género, porque parten del sexo masculino como representante de la humanidad. Las leyes son androcéntricas en cuanto no reflejan las necesidades, potencialidades y características de las mujeres, es decir, de más de la mitad de la humanidad. Estas leyes genéricas no son neutrales, tienen género masculino (Facio, 2008). La perspectiva de género en cambio, “introduce la mirada y experiencia del género femenino; cuyos deseos, necesidades y experiencias han sido invisibilizadas o subvaloradas y desde allí contribuye al desmantelamiento de todos los mecanismos y forma que asumen los sistemas de comunicación. El género es múltiple y por ende, las perspectivas de género de las mujeres también lo son” (Facio y Frías, 2005, p. 275).

- En el bloque de constitucionalidad

Aquí vamos a hacer el análisis desde la óptica del Derecho Constitucional y los tratados y convenciones internacionales que una vez internalizados por ley del Congreso, tienen jerarquía supra-legal y

⁶⁴ Citada en Gonzalez Prado, pag. 47, la Dra. Alejandra Ciriza es doctora en Filosofía e Investigadora Principal de INCIHUSA-CONICET CCT Mendoza, especialista en temas de género, teoría feminista y violencias hacia mujeres, entre numerosos temas de derechos humanos.

constitucional los que versan sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la C.N.) como así verificaremos si existe o no violación a nuestra Constitución en un proyecto legislativo que autorice la interrupción voluntaria del embarazo.

Partiendo de la base de que nuestra Constitución Nacional no contiene disposición alguna que establezca una escala de valores donde ciertos derechos deban prevalecer frente a otros, y atento a que nuestro régimen jurídico ha establecido que la vida humana comienza con la concepción, vamos a enunciar a continuación las opiniones de algunos destacados constitucionalistas.

Rodolfo Barra dice:

en nuestra Constitución y a través de los tratados constitucionales, la protección del derecho a la vida -a partir de su momento inicial, la concepción del embrión humano- alcanza un grado de fortaleza que en su complementación con lo dispuesto en la segunda parte del art. 75 inc. 23 de la C.N. tiene una enorme trascendencia interpretativa a los efectos que aquí interesan ⁶⁵

Bidart Campos en relación a la protección de la vida humana en gestación tiene dicho: “la inconstitucionalidad de normas que autorizan prácticas abortivas no significa que las respectivas conductas inconstitucionales deban ser incriminadas y sancionadas penalmente porque hacerlo es privativo de la política criminal del Congreso y no viene exigido por la Constitución” Lo que nos señala aquí el autor es que, son dos cosas distintas, una la de considerar inconstitucional una norma permisiva sobre una conducta contraria a la Carta Magna y otra cosa es que esa conducta deba necesariamente ser tipificada como delito. ⁶⁶

Por su parte, enseña Gil Dominguez (2000) que si bien de los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, surge que el derecho a la vida está protegido desde el momento de la concepción, ello no implica necesariamente que el Estado argentino esté obligado constitucional o internacionalmente a penalizar el aborto voluntario en todo momento y en toda circunstancia; tampoco implica que el valor de la vida

⁶⁵ BARRA, Rodolfo, *La Protección Constitucional del derecho a la vida*. Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1996.

⁶⁶ BIDART CAMPOS, German, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T.III, Ediar, 1991, p. 178.

humana en formación siempre deba prevalecer en caso de conflicto sobre otros valores constitucionales de la mujer y tampoco ello es óbice para que el Estado argentino pueda optar por una vía alternativa a la conminación penal que sea más eficaz, proporcional y necesaria que ésta última. ⁶⁷

En la misma línea de pensamiento pero en una posición más moderada, Nestor Sagués entiende que:

la despenalización del aborto no sería inconstitucional, el aborto discrecional o libre es un acto prohibido por la Constitución pero ello no quiere decir que necesariamente deba ser delito. Sobre esto último tiene la palabra el legislador quien puede o no tipificar penalmente ese aborto como lo ha hecho hasta ahora. Hay infracciones a la Constitución que no importan un delito como por ejemplo no pagar el salario mínimo vital y móvil. ⁶⁸

Vemos entonces que el Derecho Constitucional no resuelve la cuestión por sí solo, solo fija límites y así cuando quienes están a favor de que el aborto siga siendo un delito, suelen decir que la vida en germen es más valiosa que la autodeterminación de la madre, en rigor de verdad, no hay ninguna disposición constitucional que confiera supremacía a alguno de éstos valores pero sí nuestra Carta Magna establece un postulado fundamental en el art. 28 que contiene el llamado principio de razonabilidad. Este dispositivo legal reza: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Es decir que, con ésta disposición, la Constitución manda a que todos los derechos de que gozan los ciudadanos deben ser reglados de manera razonable, sin desvirtuarlos.

De esto se trata entonces, de no desvirtuar derechos de los que ya gozan los ciudadanos, -en nuestro caso, las mujeres- en el afán de proteger otros como es el supuesto de la vida en germen. En efecto, la mujer tiene el derecho a la autodeterminación sobre su cuerpo, a la planificación familiar, a decidir cuando ser madre y cuando no lo cual es parte de su vida íntima.

⁶⁷ GIL DOMINGUEZ, Andrés, “Aborto voluntario, vida humana y Constitución”, Bs.As. Ediar, 2000, p. 170.

⁶⁸ SAGUES, Nestor, “*Elementos de Derecho Constitucional*”, Bs.As. 1999, T.II, p. 323/324.

En éste último sentido nos gustaría referirnos a lo expresado en el caso “Roe vs. Wade” de la Corte Suprema de EEUU que ya en 1973 legalizaba el aborto en ese país y donde alegó que el derecho a la privacidad de la Enmienda 14 incluía el derecho de la mujer a decidir si terminar o no su embarazo. Allí se estableció una división en trimestres en el primero de los cuales el profesional de la salud en consulta con su paciente es libre para determinar sin ninguna regulación del Estado, si interrumpe o no el embarazo.

Pero lo que más quisiéramos destacar de este fallo son las palabras exactas del Juez Blackmun quien precisó:

no escapa la naturaleza emocional y sensible de la controversia sobre el aborto, la fuerte oposición entre puntos de vista diferentes, las profundas y absolutas convicciones que el tema inspira y la influencia que -acerca de lo que se piensa sobre el aborto- ejercen la filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación respecto de los flancos más básicos de la existencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores y las pautas morales que establece y procura cumplir, todo lo cual no obsta a que su tarea sea [...] resolver el tema conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias.

Dicho esto, y sin extendernos más ya que, lo relativo al derecho a la intimidad será tratado en forma especial más adelante, volvemos a nuestro derecho interno, y es el turno de referirnos a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que desde el año 1994 tiene jerarquía Constitucional.

Conforme a éste tratado suscripto por nuestro país, existe la posibilidad de defender los derechos que la Convención consagra ante el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer; ello es así en virtud del Protocolo Facultativo que la Convención consagra y que ha sido aprobado por ley en nuestro país (Ley 26.171). El procedimiento importa la presentación de una comunicación ante el Comité quien evaluará si el Estado no ha cumplido con sus obligaciones y no se haya logrado obtener protección en los Tribunales ordinarios del país. Así las cosas, la penalización del aborto se encontraría rayana con la inconstitucionalidad o bien lisa y llanamente sería inconstitucional ya que la ley que aprueba la Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer, (Ley 23.179) entre sus disposiciones

dice en el art. 2 f): “[...] Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer [...]”; en el art. 2 g) dispone: “[...] Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.”

Por su parte el art. 16 de la Convención reza: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a)...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 [...]”.- (el destacado en cursiva nos pertenece)

Entendemos que es fundamental la consagración de estos derechos en la referida Convención y atento a su jerarquía constitucional, no puede soslayarse a la hora de ir delineando las razones jurídicas que le dan sustento a la hipótesis planteada en éste trabajo, más aún cuando el incumplimiento de las disposiciones de ésta Convención pueden aparejar responsabilidad para el Estado Argentino.

Tampoco podríamos desoír las recomendaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño puesto que el Senado de la Nación le ha reconocido expresamente facultades interpretativas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

En efecto, la Ley 27.005 aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones adoptado por la Asamblea General de la ONU el 19 de diciembre de 2011, que consta de veinticuatro (24) artículos, cuya copia autenticada forma parte de la presente ley dice su artículo primero.

Hacemos referencia expresa a éste Comité en tanto el mismo ha priorizado el derecho de las adolescentes embarazadas recomendando al

Estado argentino para que garantice el pleno acceso a la salud y a un aborto seguro.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto establece en su art. 1° que “niño es todo ser humano menor de 18 años” tampoco es obstáculo para legalizar el aborto voluntario por las razones que venimos desarrollando y fundamentalmente porque ningún derecho es absoluto incluido los derechos del feto. Nuestro ordenamiento jurídico, en general reconoce protección a la persona desde el momento de la concepción pero cuando la persona por nacer y sus derechos entran en conflicto con los de la mujer gestante que -por la razón que sea- no quiere seguir adelante con su embarazo, se presenta el problema que hay que resolver siendo entonces la despenalización dentro de cierto límite temporal, la solución a un problema social concreto que como ya dijimos, es eminentemente de salud pública y en esto remitimos a los números estadísticos puntualizados en el Capítulo VI.-

Es preciso aquí destacar que muchas de las pacientes que concurren apremiadas por su situación de salud a los hospitales públicos (generalmente por complicaciones a raíz de maniobras abortivas caseras o clandestinas) son menores de edad, lo que no es un dato menor si tenemos en cuenta que los sectores que pretenden mantener el actual *status quo*, hacen referencia a la CDN, olvidando que muchas de las mujeres que concurren apremiadas a un hospital público con riesgo cierto para su salud, son niños en términos de la Convención. Sin embargo quienes se oponen a la legalización, parecen más preocupados por los derechos del embrión (que solo es una expectativa de vida) que por los de una niña que tiene una vida completa en todos los sentidos y que se encuentra en un estado de vulnerabilidad tal (con su embarazo no deseado) que la deja fuera de la tutela legal a contramarcha de lo que se supone debería ocurrir bajo un enfoque que le otorgue plena operatividad al principio del interés superior del niño, regla guía de la CDN.

En efecto, la Convención ha elevado éste principio del “interés superior del niño” al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y

respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella.

Cabe destacar que la Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y consecuentemente podemos decir con razón que definitivamente es un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del aludido principio. Así, los derechos del niño se aplican a todos por igual y constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de desarrollar políticas tendientes a la satisfacción de los derechos que contempla. En tal sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas atinentes de la infancia y adolescencia.

Siendo entonces un instrumento contra la discriminación, vemos entonces que la CDN es sin duda uno de los pilares legales fundamentales - junto a la CEDAW- sobre los cuales se sustenta nuestro argumento principal en favor de la despenalización y legalización de la IVE puesto que redundaría en beneficio de todas las mujeres, tanto adultas como menores de edad que se encuentren en crisis con su maternidad.

Respecto a lo que establece la CADH acerca del derecho a la vida y que esta se protege desde el momento de la concepción, muchas veces invocado por quienes -desde distintos sectores- se oponen a la despenalización y legalización del aborto voluntario, decimos que en manera alguna un proyecto en tal sentido violaría la Convención. ⁶⁹

En efecto, el art. 4.1. de la CADH dice: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, *en general*, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...]".-

⁶⁹ Conf. Dra. Aída Kemelmajer, ver en pag. www.senado.gov.ar exposición de la ex Ministro de la SCJM en el plenario sobre la interrupción voluntaria del embarazo del día 11/07/2018.

Adviértase que hemos destacado intencionalmente en cursiva el término “en general” pues el mismo tiene el propósito de establecer que pueden eventualmente haber excepciones y en verdad ocurre que la vida cotidiana puede presentar cantidades de casos en los que esta regla general deje de serlo y sin lugar a dudas el caso en el cual los derechos del feto colisionan con los de la mujer gestante, es uno de ellos.

Entonces, volviendo a que no existen derechos absolutos, mal puede invocarse a la Convención para sostener una supuesta inconstitucionalidad de un proyecto que despenalice el aborto voluntario en nuestro país y en éste punto remitimos a lo expuesto en el Capítulo III donde remarcamos que una prohibición del aborto que desconozca los derechos de la mujer, violaría la CADH, ello así en virtud de que como bien dijo la Corte IDH en “Artavia Murillo” el embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. Es decir, la protección del derecho a la vida «desde la concepción», mencionado en el art. 4 de la Convención, se vincula al mayor o menor desarrollo de ese embrión.

En definitiva la Corte -cuya fuerza interpretativa no podemos desconocer- ha calificado a la protección del embrión y del feto de tal forma que le ha otorgado un carácter condicional, relativo y gradual. Por ello, es que las leyes que regulen la interrupción (en nuestro caso voluntaria) del embarazo deben guardar coherencia con la regla conforme a la cual el embrión no tiene derechos absolutos; de allí entonces es que sostenemos que una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo que no atendiese a otros derechos en conflicto, más que los del feto, violaría la Convención pero por supuesto que si el feto alcanza un grado de desarrollo tal que está próximo a adquirir autonomía, la valoración de sus derechos y los de la mujer es diferente y en definitiva será el médico o cuerpo médico que asista la práctica quienes resolverán conforme su *lex artis* y la ley vigente.

Destacamos que quienes sostienen que un proyecto de legalización del aborto voluntario violaría la CADH, en rigor de verdad, hacen una interpretación sesgada de sus términos otorgándole carácter absoluto a los derechos que protege desoyendo la doctrina de la Corte IDH, como así de la

CSJN y los criterios valorativos de estos tribunales y de los más destacados juristas de nuestro país.

Acerca de la importancia que tienen los fallos de la Corte IDH y ya para ir concluyendo éste punto, debemos decir que no se trata de una voz más sino de la expresión más autorizada de la región y que resulta obligatoria para todos los Estados que han ratificado la CADH. Por su parte, la Argentina, no solo ratificó la Convención sino que le otorgó jerarquía constitucional.

En tal sentido, cabe recordar lo dicho por nuestra Corte Federal en el caso “Mazzeo” ⁷⁰ donde enfatizó: “la interpretación de la CADH debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH [...] a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino [...] esta pauta de interpretación no lo es solo para resolver conflictos judiciales, sino también como una manda para otros poderes del Estado [...]”.-

Entonces, conforme a ésta doctrina, cada juez de la Argentina debe ejercer oficiosamente el test de convencionalidad y por su parte, cada ley que sancione el Poder Legislativo debe adecuarse al llamado “bloque de constitucionalidad federal”. En efecto, también en el caso “Almonacid Arellano v. Chile” ⁷¹ la Corte IDH afirmó que los poderes judiciales del sistema interamericano deben tomar en cuenta no solo la CADH sino también la interpretación que de ella hace ese tribunal por ser su intérprete final.

Éste criterio fue recogido por nuestra Corte Suprema de la Nación en jurisprudencia que, además invoca el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados y reiterándola en sentencias como la del caso “Rodríguez Pereyra, Jorge y otro v. Ejercito Argentino s/daños y perjuicios” ⁷² donde reafirma el control de oficio de constitucionalidad de las normas con base en el deber del control de convencionalidad.

⁷⁰ CSJN en “Mazzeo, Julio Lilio s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330.3248.

⁷¹ Corte IDH en Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

⁷² CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

- En el sistema internacional de derechos humanos

En abril de 2011, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) responsabilizó al Estado argentino por no haber garantizado el acceso a un aborto permitido (aborto por violación de una mujer con discapacidad mental) desde 1921 por el Código Penal (avalado además por la Suprema Corte de la Pcia. de Bs As en 2007).

El 3 de agosto de 2011, la Asamblea General de la ONU presentó un informe en el que se exhorta a los Estados a despenalizar el aborto. El Informe fue elaborado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, Anand Grover. En este documento se afirma que la aplicación de algunas leyes penales y otras restricciones jurídicas que impiden o dificultan el acceso a determinados bienes de salud sexual y reproductiva, como los métodos anticonceptivos, el aborto, o la educación sexual constituyen una forma injustificable de coerción sancionada por el Estado y una violación del derecho a la salud, a la autonomía, a la dignidad humana y a la igualdad de las mujeres.

En marzo de 2011, la CIDH en el marco de la audiencia sobre los Derechos Reproductivos de las Mujeres en Latinoamérica y el Caribe, realizó un pronunciamiento en el que sostiene que los Estados deberían eliminar la sanción penal para la interrupción del embarazo para garantizar el derecho a la salud de las mujeres. 73

El Informe de Human Rights Watch sobre la Argentina publicado en 2010, plantea una fuerte crítica al Estado argentino por la falta de políticas públicas serias en materia de derechos sexuales y reproductivos.⁷⁴

Durante los últimos años ha habido una serie de Recomendaciones e informes de los órganos de seguimiento de los tratados de derechos humanos a la Argentina: “Preocupa al Comité que la penalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial

⁷³ En el marco del 141º periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH, desde Washington DC. 25 de marzo de 2011.

⁷⁴ Human Rights Watch. Informe “¿Derecho o Ficción? La Argentina no rinde cuentas en materia de salud reproductiva”, 2010.

incluso cuando la ley se lo permite [...]”.- (Comité de Derechos Humanos, “Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000)

También sostuvo el comité: “El Estado debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas“(Comité de Derechos Humanos de ONU. Informe: Argentina. 2010)

Una de las preocupaciones del comité es “[...] el alto porcentaje de muertes maternas, especialmente de las adolescentes, relacionadas con los abortos y en los largos procedimientos de interrupción legal del embarazo cuando es resultado de una violación”. Reclamo el Comité que los médicos apliquen las normas “sin intervención de los tribunales” y con la simple solicitud de las niñas y mujeres que fueron víctimas del delito (Recomendaciones del Comité por los Derechos del Niño de Naciones Unidas. 2010).-

Más recientemente, en las Observaciones finales del Comité sobre el quinto informe periódico de la Argentina, en agosto de 2016, expresó en lo relativo a la Interrupción voluntaria del embarazo:

11. El Comité nota con satisfacción la decisión de la Corte Suprema de Justicia (caso F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, 2012) en que se reafirmó el derecho de las mujeres a interrumpir sus embarazos en todas las circunstancias permitidas por la ley incluyendo cuando el embarazo es producto de una violación sexual, sin importar la capacidad intelectual o psicosocial de la mujer.

También mostró el Comité su preocupación porque la aplicación de dicha decisión no sea uniforme en el Estado parte y que el aborto legal resulte, muchas veces, inaccesible por la falta de instrumentación de protocolos médicos, del ejercicio individual de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud u otros obstáculos y en rigor de verdad nuestra realidad demuestra que tenía razón el Comité en mostrar preocupación por estas razones toda vez que en algunas provincias de la Argentina como por ejemplo Mendoza aún no existe un protocolo de actuación. Asimismo, el Comité destacó estar preocupado por los altos índices de abortos clandestinos

que han resultado en mortalidad materna, así como por los embarazos de adolescentes.

En sus observaciones sobre el referido informe además dijo el

Comité:

12. El Estado parte debe revisar su legislación sobre el aborto, incluyendo su legislación criminal [...] El Estado parte debe, asimismo, asegurar que todas las mujeres y niñas puedan acceder a los servicios de salud reproductiva en todas las regiones del país y que las barreras legales, el ejercicio de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud y la falta de protocolos médicos no obliguen a las mujeres a recurrir al aborto clandestino que pone su vida y su salud en riesgo.

Asimismo, entre las consideraciones que tuvo el Comité, destacó sobre la imperiosa necesidad de que el Estado parte multiplique y asegure la aplicación de programas de educación y sensibilización a nivel formal (escuelas y colegios públicos y privados) e informal (medios de comunicación y otros) sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos a la salud sexual y reproductiva.⁷⁵

Por último y ya con una mirada más global, vale la pena recordar, a este respecto, que el único tratado internacional que se pronuncia directamente sobre el aborto es el Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África (coloquialmente conocido como Protocolo de Maputo) que complementa la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. En él se establece que los Estados parte deben tomar todas las medidas que resulten necesarias para "proteger los derechos reproductivos de las mujeres a través de la autorización del aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto, y donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto".

Ahora bien, vemos que en los demás sistemas, es decir, el sistema universal de Naciones Unidas y en los sistemas regionales europeo y americano, no existe ninguna disposición específica sobre el aborto y son los órganos especializados encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados propios de cada sistema, los que a través de recomendaciones, observaciones

⁷⁵ Información que puede consultarse en www.onu.org.ar

o en la resolución de casos concretos, se han pronunciado sobre el tema, tal como es el caso que hemos mencionado previamente donde el Comité de la ONU formuló recomendaciones dirigidas a nuestro país.

Un dato importante es que en el sistema universal de derechos humanos, existe un solo caso de denuncia o queja individual en el que un órgano supranacional ha responsabilizado a un Estado por su normativa sobre el aborto. Nos estamos refiriendo al Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso K.L. Vs. Perú emitido en el año 2005.⁷⁶

En este caso el Estado peruano, a través del Director de un hospital público, le negó el servicio de aborto terapéutico a una menor de 17 años, a la que se había diagnosticado un embarazo de feto anencefálico, o sea, que moriría indefectiblemente durante el embarazo, el parto o al poco tiempo de nacer. En su Dictamen el Comité de Derechos Humanos determinó que el Estado peruano violó el artículo 70 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes), al someter a la adolescente al sufrimiento de tener que continuar la gestación de un embarazo inviable, y el art. 17 del mismo tratado (derecho a no sufrir interferencias arbitrarias en la vida privada), ya que el Estado peruano se negó a actuar conforme a la decisión de abortar de la adolescente. A esto se sumaron sendas violaciones a los arts. 24 (derecho a medidas especiales de protección para los menores) y 2 (derecho a recurso judicial efectivo) puesto que la menor no contó con un recurso adecuado para impugnar la decisión del Estado de no prestarle el servicio referido.

Se trata entonces de la primera resolución en la que un órgano supranacional internacional de protección de derechos humanos responsabilizó a un Estado por no haber provisto del servicio de aborto legal a una mujer, y ordenó adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

⁷⁶ Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1153/2003, Decisión del 24/10/2005; Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otro lado, constituye un verdadero hito en el reconocimiento de los derechos de las mujeres por ser la primera resolución enmarcada en una petición individual que trató a la negación del aborto como un problema de derechos humanos.

- Derecho a la intimidad y prohibición de autoincriminación

Otra de los motivos que nos llevan a sostener que la IVE no debe ser penalizada, se relaciona con el derecho a la intimidad y con el derecho a no auto-incriminarse ya que, si bien no es la razón decisiva y principal, no podemos obviar que en un proceso penal en el que deba investigarse y determinar si existió o no un aborto, no podría prescindirse del cuerpo de la mujer pues éste se constituye en elemento de prueba y así el procedimiento se torna sumamente intrusivo y termina por vulnerar derechos y garantías de la mujer que están amparados constitucionalmente.

En efecto, vemos que la mayoría de las veces, la *noticia criminis* llega a conocimiento del Fiscal o Juez de turno por la denuncia que hizo un médico que, conforme a su condición de funcionario público, la ley le impone la carga de tener que denunciar el hecho pues, prima facie es un hecho punible; el caso es que la mujer que acude a un hospital público generalmente lo hace porque no tiene medios económicos y en virtud de que ha padecido una complicación por un aborto mal hecho, practicado en forma casera o clandestina por curanderos y sin los cuidados adecuados. Ésta es la realidad cotidiana. Ahora bien, ocurre que a pesar del deber que tiene de denunciar el médico que trabaja en un hospital público, creemos que lo que debe siempre prevalecer es su deber de guardar el secreto profesional y esto así porque el cumplimiento de un deber especial -el del medico- prevalece sobre un deber de carácter general cual es el que tiene en su calidad de funcionario público (no como médico) ⁷⁷

Así las cosas, vemos que en tanto el médico está autorizado a denunciar a sus pacientes, se llega al absurdo y más que absurdo a una situación de absoluta desigualdad toda vez que la mujer que no tiene medios

⁷⁷ Así se decidió en “Zambrana Daza, Norma Beatriz”, Cámara Nac. Crim. Y Corr, Sala 1°, 14/02/1995; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, n° 8, B, Ad-Hoc.

para pagar atención médica en forma particular, se ve privada de su derecho a la intimidad quedando atrapada en una injusta situación de tener que optar entre morir sin solicitar ayuda médica o bien autoincriminarse y afrontar una expectativa de condena penal. La situación de desigualdad es evidente frente a quienes pueden pagar un médico que no es funcionario público y que por ende no tiene deber de denunciar.

Ya habíamos hablado de la situación de desigualdad social en la que se encuentra la mujer carente de recursos que quiere interrumpir su embarazo frente a las que pueden costear la medicina privada, pero adviértase que aquí estamos enfocando el tema desde otra arista que involucra la posición del médico, y que sitúa a la mujer de bajos recursos no solo en situación desigual con relación a quienes si los tienen sino que además se les priva de su derecho a la intimidad. Ocurre que el médico además de su posición de “garante” respecto de su paciente, es un funcionario público con el deber de denunciar un delito y que puede, eventualmente incurrir en el tipo penal previsto en el art. 156 del C.P. (Revelación de Secreto) que reprime con multa e inhabilitación especial al que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

Conforme al texto del dispositivo legal citado, la pregunta que deberíamos hacernos es si constituye “justa causa” la obligación del médico de denunciar a su paciente que desea interrumpir su estado de gravidez y sobre esto vamos a referirnos a continuación procurando profundizar un poco más sobre el particular y sobre la base de lo que han sostenido nuestros tribunales en fallos relevantes como los citados “Natividad Frias” y “Zambrana Daza”.

Por su parte, advertimos que la autoincriminación que supondría exhibirle el cuerpo donde se encuentran las evidencias de la comisión de un delito a un médico-funcionario público, nunca podría servir para iniciar un proceso penal y menos aún para fundar una sentencia condenatoria por la simple razón de que el acusado de un delito tiene el derecho a no declarar contra sí mismo. No es que nunca una declaración incriminante pueda ser utilizada como prueba de cargo, sino que una confesión de ese tipo debe ser

formulada libre y voluntariamente y no es el caso de quien acude al hospital por estar en riesgo su vida; aquí la autoincriminación no es libre en manera alguna y así lo han expresado cuantiosos fallos. 78

En el aludido caso “Natividad Frias”, el *thema decidendum* era si podía instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de un cargo oficial.

Antes de proseguir quisiéramos remarcar en forma previa que ante todo, la mujer abortante es una paciente y que el médico, es ante todo un profesional del arte de curar, siendo su calidad de funcionario público una contingencia, dicho esto veremos los argumentos que dieron los jueces que votaron por la negativa, es decir que no podía instruirse sumario criminal en las circunstancias antedichas.

El Dr. Lejarza dijo: “El ejercicio de un cargo oficial no releva de cumplir con el deber de guardar secreto [...] el ordenamiento legal es hermético y no consiente su propia violación. Además, el interés público no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel”

Asimismo sostuvo: “Aceptar la validez de las manifestaciones inculpativas que el confidente pueda hacer respecto de su asistida lleva a la pérdida de las garantías que para ella representa el deber del secreto reglado”.

Quintana Ripollés (citado por el Dr. Lejarza en su voto) explica que para el médico, la mujer abortante es antes que nada una paciente a la que está obligado a asistir y procurar curación; y que obligarle, en tales condiciones, a denunciar a su propia cliente, además de constituir una flagrante violación del secreto profesional, redundaría en un grave perjuicio y riesgo de las asistidas, ya que ante el temor de que la consulta médica las conduzca a la prisión y al deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de comadres o curanderos.

⁷⁸ “Natividad Frias”, Cam. Nac. De Apel. Crim. y Corr. Capital Federal en pleno, 21/8/1966.

Vamos a referirnos ahora a otro fallo emblemático, hablamos de lo que la CSJN resolvió en “Baldivieso”, también aquí el conflicto radica en el derecho a la intimidad (interés individual) vs. el interés de reprimir el delito (interés social); o bien podría plantearse así: por un lado el deber de guardar secreto profesional (interés individual) vs. el deber de denunciar un delito (interés social); afortunadamente nuestro máximo tribunal se inclinó por el respeto de los derechos individuales dando un giro copernicano en su doctrina sentada hasta ese momento a partir del ya mencionado precedente “Zambrana Daza”. En efecto, en “Baldivieso” se regresa al criterio que durante mucho tiempo existió a partir del plenario “Natividad Frías” que comentábamos líneas atrás y en donde los votos de los Dres. José M. Lejarza, Roberto A. Amallo, Jose L. Romero Victorica y Jorge Frías Caballero resultan sumamente esclarecedores y que resumimos en el voto del Juez Lejarza en puro honor a la brevedad pues en líneas generales expresa los fundamentos del resto de los votos de mayoría.

Invocamos el precedente “Baldivieso” ⁷⁹ con la intención de destacar la doctrina allí sentada a través del voto de la Sra. Ex Ministro Carmen Argibay en cuanto delimita de forma magistral el ámbito de las garantías constitucionales que fueron objeto de análisis, esto es por un lado el derecho a la intimidad y la prohibición de declarar contra sí mismo por otro.

Recordamos que César A. Baldivieso ingresó al Hospital San Bernardo ubicado en la capital salteña y tras diagnosticársele una obstrucción intestinal producida por la presencia de cápsulas que contenían clorhidrato de cocaína, fue intervenido quirúrgicamente y se le extrajeron de su cuerpo trece envolturas y otras tantas que expulsó naturalmente. Todas ellas fueron incautadas por personal policial al que los médicos del nosocomio habían puesto sobre aviso y finalmente fue condenado por como autor responsable del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5°, inciso c de la ley 23.737).

Como se advierte, las circunstancias son muy disímiles a las que motivaron el plenario “Natividad Frías” que se trató de la práctica de un aborto y en tal sentido nos parece primordial destacar la aclaración preliminar que hace

⁷⁹ “Baldivieso, Cesar Alejandro” CSJN, Causa n° 4733, B. 436. XL; del 20 abril 2010.-

la Dra. Argibay en su voto donde hace referencia a que es en la desproporción tan patente del daño que enfrenta la mujer que se practica un aborto donde radica la autoridad y permanencia del precedente "Natividad Frías". También dijo la ex Juez de la Corte Suprema que son estas mismas particularidades las que hacen objetable la extensión de esos argumentos a procesos en los que se investigan otros delitos cuya criminalización por la ley no está rodeada de similares reservas y tampoco han sido objeto de tan intenso debate social como el provocado por la penalización del aborto.

Entonces, luego de esas aclaraciones, se pasó al análisis del resto de los argumentos de la defensa y aquí es donde -como decíamos- se dió un giro copernicano respecto de la postura fijada en "Zambrana Daza" por cuanto allí al discutirse si podía considerarse válida la prueba incriminatoria obtenida durante la atención médica, en contra de la misma persona que ha concurrido a un hospital en procura de asistencia, la conclusión fue que las manifestaciones que se formulan en ese contexto no violan la prohibición de autoincriminación del artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto deben considerarse partes del desenlace posible de una acción ilícita ejecutada con conocimiento de los riesgos que involucra.

Aquí es donde queremos detenernos intencionalmente en virtud de que el análisis se va a centrar en el derecho a la intimidad y toda vez que éste derecho constituye uno de los pilares fundamentales que sostienen la justificación de la hipótesis de éste trabajo.

En efecto, el voto que comentamos destaca que si bien Baldivieso no fue en ningún sentido obligado a declarar contra sí mismo, ello sin embargo no agota el análisis constitucional y restaba examinar si la sentencia apelada podía superar un escrutinio basado en el derecho a la vida privada que, a través de diversas garantías específicas, establece también el artículo 18 de la Constitución Nacional. Así, explica que una interpretación de la garantía constitucional que se apoye en la falta de conformidad del imputado con la obtención de determinados medios de prueba, importaría no poder cumplir satisfactoriamente la función judicial penal. Continúa diciendo que la intimidad o privacidad, se encuentra protegida por nuestro derecho vigente con desigual

intensidad según cuál sea el aspecto de la vida privada que se busca resguardar y que no es el mismo tipo de aseguramiento el que provee el artículo 19 de la CN que el resultante del artículo 18. Explica que el primero de los preceptos mencionados está dirigido a excluir de todo tipo de interferencia estatal aquellas acciones que en modo alguno afecten a terceros, es decir, que no generen efectos dañosos sobre otras personas y que la prohibición de interferir en tal tipo de acciones es absoluta. En cambio -dice- la protección acordada por el artículo 18 de la CN, se refiere a la exclusión de terceros (los funcionarios públicos entre ellos) de ciertos ámbitos propios de la persona, a los que también se puede llamar "privados" o "exclusivos" como lo es el domicilio o vivienda, pero también incluye el artículo 18 de la CN a los papeles privados y a la correspondencia epistolar. Ahora bien, destaca que a diferencia de la protección asignada por el artículo 19 de la CN, la interferencia en estos ámbitos privados por parte de las autoridades públicas no se halla excluida de manera absoluta, sino que se la sujeta a determinados requisitos, tal como la orden de autoridad competente.

Como se ve, el análisis es exhaustivo pero necesario porque entendemos que es de suma importancia comprender cabalmente en que norma de nuestro ordenamiento jurídico debemos ubicar la preservación del derecho a la intimidad (privacidad) ya que la conclusión a la que se arriba en éste emblemático fallo es absolutamente aplicable a los casos de IVE que puedan presentarse en la vida cotidiana y más aún cuando es tema no resuelto en nuestra sociedad pero que estimamos volverá a ser objeto de debate en el Congreso de la Nación, que -como ya dijimos- es solo cuestión de tiempo.

Prosiguiendo con el análisis del fallo, y a modo de conclusión, puede decirse entonces que el artículo 19 CN no otorga inmunidad contra la interferencia estatal respecto de acciones delictivas y esto es así aun cuando incluya la consulta a un médico. A partir de aquí la Dra. Argibay entendió que correspondía proseguir con el análisis de la intimidad (cuya vulneración se aducía) en función de la protección que acuerda el art. 18 CN que protege específicamente, el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, es decir los ámbitos donde transcurre la vida privada de las personas.

Dicho esto, la ex Juez razonó que en el sentido expuesto, es difícil concebir un ámbito más "privado" que el propio cuerpo y dijo que si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada "en un sobre" esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona y es aquí donde el derecho a repeler invasiones de terceros es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal [del que tanto hemos hablado desde el inicio de éste trabajo], por lo que este ámbito debe tener la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional.

Entonces, es en este ámbito de privacidad en el que debe situarse la figura del secreto médico -según el fallo- y en cuanto exige a los profesionales de la salud mantener la confidencialidad sobre la información obtenida a través del vínculo profesional con su paciente, deber que es definido y reglamentado en el art. 11 de la ley 17.132, sobre Ejercicio de la Medicina. ⁸⁰

Ahora bien, de lo dicho se colige que cuando un médico atiende a su paciente, no cabe presumir, en principio, que haya una renuncia a la reserva garantizada por la Constitución pero, no obstante ello, hay que recordar -una vez más- que no hay derechos absolutos y por ende, el derecho a la vida privada tampoco lo es. En tal sentido, el fallo menciona algunos ejemplos de casos que, según la legislación, se permite la injerencia en ése ámbito protegido. Así, la confidencialidad cede frente a la obligación de denunciar ciertas enfermedades venéreas (leyes 11.359, 11.843, 12.331 y 16.668, respectivamente), las enfermedades infectocontagiosas a las que se refiere la ley 15.465 y otras tantas excepciones que surgen de la ley 23.798 de la lucha contra el sida que releva al médico del secreto "para evitar un mal mayor".

Por otra parte, son las normas procesales penales las que establecen los recaudos que preceden el avance del Estado en determinados

⁸⁰ Art. 11, Ley 17.132: Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer - salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal

ámbitos como el domicilio, la intrusión en el espacio de privacidad que rodea la relación médico-paciente, que en el caso en examen están dispuestas en el art. 177 del CPPN que -como dice el voto que comentamos- establece un doble estándar, uno para los funcionarios públicos y otro para las personas que ejerzan el arte de curar donde los primeros tienen el deber de denunciar todo delito que llegue a su conocimiento en ejercicio de sus funciones, en tanto los segundos solamente los delitos contra la vida y la integridad física que no hayan sido conocidos bajo el amparo del secreto profesional. Entonces, cuando se trata de personas que revisten ambas condiciones se presenta el problema de decidir cuál de los dos deberes deben cumplir, puesto que al momento de su aplicación, pueden resultar mutuamente excluyentes.

Había pues, una confluencia de normas en el caso “Baldivieso” que razonablemente produjo incertidumbre en los médicos sobre cual era la acción debida aunque lo interesante, según entendemos, es lo que sostuvo la Dra. Argibay en el sentido de que ello no puede redundar en perjuicio del imputado al momento de decidir sobre la procedencia de la acusación en su contra. Éste es para nosotros un “estándar jurídico” fundamental a tener en cuenta a la hora de decidir en un caso en el que se presente una mujer en un establecimiento público solicitando que se le practique un aborto, donde estarán involucradas las normas procesales del estado provincial respectivo (el Código Procesal Penal de Mendoza regula en el art. 234 el deber de guardar secreto de los médicos -entre otros-)⁸¹ y a ellas habrá que remitirse y aplicarlas en función con lo que establece la mencionada Ley de ejercicio de la Medicina y el resto del ordenamiento legal pero lo que nunca debe ocurrir es que se haga recaer en perjuicio del acusado cualquier confusión o incertidumbre que surja de la confluencia de las leyes aplicables.

Sobre el particular, Sebastian Soler (1951) citado en el fallo enseña:

⁸¹ Art. 234 CPPM - Deber de Abstención. “Deberán de abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los Ministros de un culto [...] los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto [...]. Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá sin más a interrogarlo”.

si a los médicos funcionarios públicos se les exige el deber de denunciar propio de todos los funcionarios, entonces se produciría un efecto social discriminatorio entre las personas que tienen recursos para acceder a la medicina privada y aquellas que sólo cuentan con la posibilidad que brindan los establecimientos estatales: las primeras contarían con una protección de un secreto médico (y, por ende, de su salud) más amplio que las segundas.

En el caso de Mendoza, la aludida obligación de denunciar está prevista en el art. 329 del CPPM (ley 6.730)⁸²

Volviendo al destacado voto que comentamos, y ya para ir terminando decimos que en el mismo se concluyó que el deber de denunciar que pesa sobre los médicos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá y que además de no encontrarse obligados a dar noticia a la policía, los médicos que atendieron a Baldivieso tenían prohibido hacerlo, según la interpretación que se hizo de las normas que reglamentan este aspecto de la vida privada. Por otro lado, se sostuvo que ninguna alegación se había hecho de que estuviesen presentes algunas de las circunstancias que relevasen a los médicos del secreto, esto es, que hubiesen actuado en el entendimiento de que se encontraban ante un delito contra la vida o la integridad física o que estuviesen ante la necesidad de evitar un mal mayor, establecidas respectivamente o en el artículo 177.2 del CPPN y en el art.11 de la ley 17.132.

En virtud de ello, se hizo lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revocó la sentencia apelada, se declaró la nulidad de todo lo actuado en esta causa y se absolvió a César A. Baldivieso, del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5° inciso c de la ley 23.737) por el que fuera acusado.

Finalmente destacamos que en éste fallo prevaleció la postura mayoritaria conforme a la cual, el secreto médico debe prevalecer ante el interés del Estado en la persecución de los delitos y para apuntalar ésta posición, nada mejor que dar un repaso a lo que establece el Código de Ética para el Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina.

⁸² Art. 329 CPPM: "Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios públicos que los conozcan [...]; 2) Los médicos, parteras [...] que conozcan esos hechos al prestar auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido esté por ley bajo el amparo del secreto profesional [...].-

En efecto, el Art. 102, dice: “El secreto profesional es un deber ético que en el miembro del Equipo de Salud nace de la esencia misma de su profesión y se relaciona con el respeto a la libertad del paciente. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la respetabilidad del profesional y la dignidad de la Medicina exigen el secreto”.

Como se advierte, son numerosos los valores que el médico desconocería si optara por darle prevalencia a la obligación de denunciar que prevén algunos ordenamientos procesales. De nuestra parte veníamos hablando del derecho a la intimidad como el valor fundamental a preservar a través del secreto profesional pero de pronto vemos que conforme al Código de Ética, el profesional de la salud tiene muchos otros motivos por los cuales debería respetar y preservar celosamente el secreto al que juró fidelidad y que van más allá de la dignidad e intimidad de su paciente ya que puede verse comprometida la honra de las familias, la respetabilidad del profesional e incluso la dignidad de la propia Medicina como valores que inspiran y a la vez marcan fuertemente la dirección que debe orientar la conducta de los médicos en el ejercicio de su profesión.

Por su parte resulta fundamental prestar atención a la letra del art. 217 del mencionado Código de Ética que dice: “El secreto profesional y de confidencialidad son *derechos inalienables* de los pacientes (el destacado es nuestro) y sigue diciendo: “El Equipo de Salud está obligado a constituirse en celoso custodio de los mismos. Las instituciones Asistenciales deben actuar consensuadamente con los profesionales para normatizar que el contenido de los informes y certificaciones impidan vulnerar los derechos citados, además de cuidar cualquier otra forma en que, dentro de la Institución, pueda violarse el secreto profesional”.

De los términos de ésta disposición surge claramente la importancia que se le asigna al secreto profesional desde las normas que regulan el ejercicio de la medicina; por un lado declarando inalienables los derechos de los pacientes y estableciendo el deber de “cuidar de cualquier otra forma” en que pudiera violarse el secreto profesional.

A la par de las normas citadas y ya desde la óptica de la relación profesional-paciente la Ley nacional 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud establece en su artículo 2: “Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: [...] c) Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la *dignidad* humana y la *autonomía* de la voluntad (el destacado es nuestro) así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326; d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente...”.

Vemos entonces como estas normativas protegen fuertemente el derecho de los pacientes a que se reserven sus datos y su historial clínico con la sola excepción de que un decisorio judicial o bien la autorización del propio paciente releven al médico de ese deber que surge tanto de la Ley nacional 25.529 como del Código de Ética para el Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina.

Asimismo queremos remarcar, como la mencionada ley que regula la relación entre paciente y profesional, hace alusión al estricto respeto por la *dignidad humana* y la *autonomía* de la voluntad, como así también alude a la *intimidad*, derechos y principios éstos en los que se han inspirado numerosos fallos judiciales que hemos venido mencionando a lo largo del trabajo y que son casos bioéticos que dan testimonio de como éstos principios han servido para resolver conflictos que se presentan tanto en el comienzo de la vida como en el final y en los cuales hemos hecho principal hincapié en aras de justificar la hipótesis de nuestro trabajo.

En suma, con todo lo dicho surge evidente la necesidad de que el Estado desarrolle políticas claras y también envíe mensajes claros al sector de la salud a través de los respectivos ministerios, tomando como referencia los ya citados fallos judiciales que son ejemplares pero que sin embargo vemos que en la práctica no se toman en cuenta, ello en detrimento de los derechos de los ciudadanos que ocasionalmente cumplen el rol de pacientes.

- Los obstáculos del sistema de salud y judicial como violación de los derechos humanos de las mujeres en los ANP.

Acerca de los ANP, es sabido que la sentencia FAL de la SCJN (2012) marcó un punto de inflexión estableciendo el máximo tribunal, entre otras cosas, la innecesariedad de autorización judicial para realizar un aborto legal y que tampoco se necesita denuncia en caso de violación (solo presentación de una declaración jurada) sin embargo existe al día de hoy una gran deuda del Estado en relación con los derechos sexuales y reproductivos y la autonomía sexual de las mujeres en virtud de que los tribunales del país se han mostrado en general, muy reticentes a la aplicación de los parámetros dados en dicho fallo y por el contrario se han volcado muchas veces hacia los discursos más conservadores pasando por alto incluso que la Corte Suprema señaló también a éstos obstáculos para la realización del aborto no punible como casos de violencia institucional.

Previo al fallo “FAL” ello fue lo que ocurrió los casos que llegaron a la S.C.J.B..A y a la S.C.J.M. y que hemos detallado en el capítulo 3 al que remitimos para los detalles.

En éstos casos tratados se advierte como se desconocen los derechos fundamentales de la mujer como el derecho humano a la salud, además de la vulneración de su autonomía sexual y reproductiva. Tal es así, que la mujer encuentra un primer obstáculo en el sistema de salud cuando desde los Hospitales se solicita autorización judicial para lo que no se requiere porque la misma ley penal (art. 86) ya lo autoriza pero además, ocurre que los médicos funcionarios públicos desconocen también la abundante jurisprudencia

existente en relación a la falta de necesidad de autorización y a ello se le suma que a veces la solicitud de autorización viene dada por los Comités Hospitalarios de bioética cuya legitimación para actuar es cuando menos, muy dudosa.

Los Comités Hospitalarios de Bioética

En verdad, creemos que las recomendaciones de éstos Comités, conforme lo regulado por la Ley 24.742,⁸³ no tienen fuerza vinculante y además no eximen de responsabilidad ética y legal al profesional interviniente ni a las autoridades del hospital (art. 4) y por otra parte hay que decir que ni siquiera existe un dilema ético cuando se trata de un ANP por la sencilla razón de que la ley penal autoriza éstos ANP desde su sanción en el año 1922 reconociéndole a la mujer este derecho a interrumpir su embarazo en los casos excepcionales allí previsto y en los cuales, como ya sostuvimos antes, se le ha dado prevalencia al derecho a la vida de la mujer y a su integridad sexual y reproductiva por sobre la vida por nacer, lo cual además guarda armonía con el marco constitucional de nuestro país.

Al respecto Gonzalez Prado (2018) menciona el caso de Mendoza (autos 2881/08/1F, B.L.A. p/Medida Autosatisfactiva) donde los codefensores oficiales solicitaron un improcedente dictamen al comité de bioética del Hospital de Niños H. Notti. La autora apunta que dar intervención a éstos comités *ad-hoc* constituyen violencia institucional contra las mujeres que solicitan un ANP e incurren así en una vulneración de derechos que le da continuidad a la expresión de violencia patriarcal prevista en la Ley 26.485.

| Por cierto, si tenemos en cuenta el marco legal dado por la ley 24.742 que regula las funciones y el campo de actuación de éstos comités y el marco de derechos humanos de la C.N., resulta difícil justificar la intervención

⁸³ Ley 24.742, Artículo 1°-En todo hospital del sistema público de salud y seguridad social, en la medida en que su complejidad lo permita, deberá existir un Comité Hospitalario de Etica, el que cumplirá funciones de asesoramiento, estudio, docencia y supervisión de la investigación respecto de aquellas cuestiones éticas que surgen de la práctica de la medicina hospitalaria.

Art. 2°-Los Comités Hospitalarios de Etica funcionarán como equipos interdisciplinarios integrados por medicas, personal paramédico, abogados, filósofos y profesionales de las ciencias de la conducta humana, que podrán pertenecer o no a la dotación de personal del establecimiento. Desarrollarán su actividad dependiendo de la dirección del hospital, y quedarán fuera de su estructura jerárquica.

de los mismo y más difícil aún es explicar cual es el criterio para la selección de sus integrantes. Para ir cerrando éste punto, recordamos parte del fallo FAL de la S.C.J.N.:

Las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo [...] se debe señalar que esta práctica irregular no solo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su art. 7 pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma un acto de violencia institucional en los términos de los arts. 3 y 6 de la Ley 26.485...(considerando N° 24).

Tanto en éste caso que llegó al máximo tribunal como el de Mendoza antes señalado y muchos otros, Gonzalez Prado refiere que estas actuaciones arbitrarias de los Comités Hospitalarios de Bioetica no son episodios aislados sino que son respuestas sistemáticas del ámbito sanitario que se explican a partir del análisis de sus composiciones. Apunta la autora que éstos comités instrumentalizan la herramienta del dictamen para expresar el propio sistema de creencias de quienes lo integran y terminan así convirtiéndose en una barrera para que las mujeres puedan acceder a un derecho que tienen cual es el de acceder a un aborto. Tal es así que algunos autores/as como Paola Bergallo (citada por Gonzalez Prado) sostienen que es una deuda jurisprudencial con los derechos humanos de las mujeres, la declaración de inconstitucionalidad de la intervención de los mencionados comités o grupos de profesionales.

La exigencia de denuncia en los ANP producto de un abuso sexual.

Otro obstáculo en el caso de los ANP producto de un abuso sexual, lo constituye la exigencia de una denuncia que se transforma en una barrera para el acceso a la salud. En efecto, como ya lo sostuvo la C.S.J.N. en la sentencia FAL, no se requiere denuncia sino solo la declaración jurada de la víctima o su representante legal pero además por lo sostenido en el mismo fallo citado, ello conformaría violencia institucional que por otra parte, encuentra

sustento en lo previsto en la Ley 26.485 de protección integral hacia la mujer que en su art. 18 prevé la obligación de denunciar situaciones de violencia contra las mujeres y niñas en cabeza de las personas que se desempeñan en servicios asistenciales, sociales, educativos y de la salud, en el ámbito público o privado. En función de ello, es fácil deducir que la ley no le confiere facultad alguna a los operadores del ámbito de la salud para exigir una denuncia formal como requisito para acceder a los servicios que prestan y no solo ello, sino que además en muchos casos tienen el deber de denunciar la violencia sexual sufrida por una mujer o niña por lo que no corresponde en el caso de niña o adolescente exigir denuncia de un representante legal, situación que además, debe ser merituada en función del sistema de protección especial que inaugura el nuevo Código Civil en el artículo 26⁸⁴ con el llamado principio de autonomía progresiva que lo receipta del artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño.

Así en el ya citado fallo L.M.R. en la Provincia de Bs. As. la mujer violada tuvo que acudir al ámbito privado para acceder a una práctica a la que tenía derecho, ello ante la negativa del Hospital a practicarle el aborto solicitado y por lo cual, el Estado argentino incurrió en un claro incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos al violar su obligación de garantizar el respeto a un recurso legal, a la igualdad, a estar libre de tratos crueles e inhumanos (CEDAW, art.12), a la intimidad y además el derecho de la mujer a la salud reproductiva. Ello, como decíamos antes, constituye violencia institucional. Aquí, como en otros casos, al exigir la denuncia como requisito para el acceso a la salud, se crea una barrera que va en contra del

⁸⁴ ARTICULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

ordenamiento jurídico ya que no hay ningún instrumento legal que exija a la denuncia como una condición para acceder a una interrupción del embarazo, ello además de lo sostenido por la C.S.J.N. en tal sentido.

Por último señalamos lo que prescribe la guía técnica para la atención de abortos no punibles elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación en el año 2007 (publicada en 2015) la que establece que es suficiente la declaración jurada de la mujer que ha sufrido la violación para proceder a la interrupción del embarazo por ésta causal que prevé el C.P.A. y que en caso de ser una niña se incorporará su declaración jurada y la de su representante legal para habilitar el aborto no punible. Al respecto volvemos a remitir y tener en cuenta que los equipos médicos deberán actuar conforme al sistema de capacidad diseñado por el nuevo Código Civil (autonomía progresiva).

El requerimiento de autorización judicial como violación al derecho humano a la salud.

Varios de los tribunales supremos de nuestro país incluida la Corte nacional se han expedido al respecto; los casos citados en el capítulo 3 (al que remitimos) son ejemplos de situaciones en las que se solicitó autorización para lo que estaba permitido.

En efecto, en los años 2005 y 2006 en las sentencias conocidas como A.K y L.M.R. respectivamente, se expide la S.C.J.B.A. en el mismo sentido de que no se requiere autorización judicial en los supuestos de ANP. pero lamentablemente, estos pronunciamientos del máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires, no fueron tomados en cuenta desde el sistema de salud.

En el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “C. P. d. P., A. K./autorización”, 28/06/2005, Ac. 95.464, cabe destacar que todos los jueces, tanto los que votaron a favor del aborto terapéutico como los que lo hicieron en contra, coincidieron en criticar severamente a los médicos que exigieron la autorización judicial. Así, el ministro Pettigiani expuso: “..esta cuestión debe ser decidida exclusivamente

en base al criterio médico..” ; por su parte el ministro Negri dijo: “..fue un pedido adicional, excesivo e innecesario que demoró la situación..”

A pesar de ello, en este caso, se activó desde el hospital el pedido de autorización y a partir de aquí ya desde la justicia se respondió con más barreras ya que dos funcionarios fueron designados para defender los derechos del embrión o feto; por un lado el asesor de menores e incapaces y el defensor oficial como tutor *ad litem* del producto de la concepción. Aquí nos encontramos con un problema ya que éstos funcionarios desconocieron la jurisprudencia y doctrina imperante en la materia haciendo referencia a un conflicto entre sujetos lo que constituye un grave error de enfoque desde la perspectiva jurídica. Al respecto apunta Gonzalez Prado (2018) que un embrión o feto no es un sujeto de derecho sino un objeto de protección y que no es posible extender la ficción jurídica civilista que se explica por la necesidad de regular el ejercicio del derecho de propiedad a la cuestión del aborto por lo cual resulta una dañosa extrapolación extender la figura del tutor *ad litem* del feto a la cuestión del aborto porque ésta pone en juego derechos humanos de la mujer que porta ese embarazo.

En suma, consideramos muy irresponsable la intervención de éstos funcionarios judiciales ya sea por desconocimiento del derecho o bien por tomar una posición conservadora, (tal vez por una combinación de ambas) toda vez que la dilación que tuvo lugar a partir la apelación articulada, expuso a la mujer a un riesgo cierto para su vida y su salud de forma innecesaria y totalmente injusta ya que se le desconocieron derechos fundamentales como el acceso a la salud integral y a la integridad física y psíquica. Ciertamente es incomprensible que se le de prevalencia a los derechos de un embrión como si fueren más importantes que los que tiene la mujer gestante quien además de su vida biológica, goza de una vida intelectual y social que el producto de la concepción no tiene; ello en flagrante violación además de lo resuelto por la C.I.D.H. en el comentado fallo “Artavia Murillo” al que remitimos en puro honor a la brevedad.

En el ya antes mencionado caso conocido como L.M.R de la S.C.J.B.A. (2006) también se tuvo que llegar al máximo tribunal de la provincia

para que se le reconociera el derecho a un ANP, aquí una mujer de 19 años con discapacidad debió recurrir al ámbito privado para acceder a una práctica a la que tenía derecho toda vez que el fallo favorable de la Suprema Corte no tuvo eco en el sistema de salud. Cabe destacar que en éste caso particular, debido a las violaciones de los derechos humanos de la que fue víctima ésta joven con discapacidad, hubieron organizaciones feministas que presentaron denuncias ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que derivaron en condena de ese organismo al Estado argentino.

En la Corte mendocina con respecto a la necesidad o no de autorización judicial para realizar la práctica en los casos de abortos no punibles, el fallo “Gazzolli” que comentamos en el capítulo 3 sentenció: “[...] la aplicación del art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma, a criterio de los médicos que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar” (Disposición II de la parte resolutoria).

En la provincia de Mendoza se dio otro caso más de una judicialización innecesaria de un aborto legal; fue el caso de una niña de 12 años que había sido víctima de un abuso sexual con acceso carnal por parte de su padrastro.⁸⁵ Hablamos de una judicialización innecesaria toda vez que desde el hospital Notti se le dijo a la madre que se requería autorización judicial, pues nada más inexacto. Otra vez, una barrera al acceso de derechos consagrados y que estaban siendo desconocidos desde el sistema de salud y luego desde el sistema judicial, los codefensores intervinientes en representación de la niña terminaron solicitando una autorización que no hacía falta impidiéndole a una niña víctima de violación que accediera a un aborto al que tenía derecho de acceder.

Más recientemente tenemos otro caso testigo que es el de “Lucia” nombre ficticio con que tomó estado público hasta en medios extranjeros.

⁸⁵ Autos N° 2881, B.L.A. p/medida autosatisfactiva, Tribunal de Familia N° 1, 1° Circunscripción judicial de Mendoza.

Lucía, es una niña de 11 años que fue violada por el novio de su abuela en Tucumán y a quien el Estado provincial intentó por todos los medios negarle el acceso a su derecho al aborto. Lucía llegó al hospital “Eva Peron” el 11 de febrero de 2019 junto a su mamá, también víctima de violencia de género, repitiendo: “Quiero que me saquen de adentro lo que me puso el viejo”.

En nota al diario Infobae ⁸⁶ Nora Pulido, coordinadora del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia que se encarga del seguimiento de la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en la Argentina, es una de las tres mujeres que viajarán a Washington, Estados Unidos, a la audiencia temática del 27 de septiembre de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para denunciar los obstáculos que enfrentan las niñas y las adolescentes embarazadas producto de una violación para acceder a un aborto, derecho que fue ratificado por la Corte Suprema de la Nación en el fallo FAL en 2012. Pulido irá junto a Fernanda Marchese, directora ejecutiva de ANDHES (Abogados y abogadas del Noroeste argentino en derechos humanos y estudios sociales) y Celia Debono, coordinadora nacional de CLADEM (Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer). Lo que denunciarán es que las provincias argentinas, escudándose en el federalismo, no aplican el Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la Interrupción Legal del Embarazo (ILE), elaborado en 2012 por el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del entonces Ministerio de Salud de la Nación. Es que Tucumán es la única provincia del país que no está adherida a la Ley nacional N° 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable. Si bien es una ley nacional, cada provincia tienen la potestad de adherir o no hacerlo, sin embargo, parte de lo que denuncian es que Tucumán no cumple lo dictado por la Corte Suprema, el Código Penal y los tratados internacionales que tienen mayor jerarquía legal.

Al ver que pasaban los días y nadie intervenía ni ayudaba a su hija de 11 años, la mamá de Lucía, desesperada, le pidió a una familiar que

⁸⁶ Ver nota Infobae, 6/11/2019.

buscara “a las de los pañuelos verdes” y fue así como llegó a las activistas feministas y a las organizaciones Andhes y Cladem, que la patrocinaron.

Cecilia Ousset y José Gijena, una pareja de ginecólogos, intervinieron a Lucía y le realizaron una microcesárea en un quirófano vacío, porque todos los agentes de salud se proclamaron objetores de conciencia. Como la bebé murió pocos días después, un grupo de abogados y abogadas de Tucumán denunciaron por homicidio a los médicos. Lucía, que no se llama Lucía y a quien se le puso ese nombre para proteger su identidad y privacidad, está sana, aunque nunca será la misma niña que antes. Tuvo que cambiarse de escuela y todavía no pudo volver a su pequeño pueblo, de menos de 500 habitantes, porque el arzobispo de Tucumán Carlos Sánchez violó su anonimato y llamó a todos los fieles de la provincia a rezar por ella, con nombre y apellido.

Este caso en la provincia de Tucumán es un caso testigo de cómo el Estado nacional no garantiza el acceso a un aborto legal en las niñas y al decir de Florencia Vallino, abogada de la familia de Lucía: “El Estado es responsable de generar igualdad en toda la ciudadanía, que no sea basada en la discriminación”. Aún no elevaron a la CIDH una petición individual donde se denuncie este caso porque quieren agotar todas las instancias locales antes, mientras el abusador de la niña está en prisión preventiva y falta para su juicio.

El Sistema de Salud Provincial (Siprosa) demoró alrededor de un mes la decisión y la interrupción del embarazo se dilató al punto de llegar casi a las 24 semanas, a pesar de que hacía un mes que la niña había expresado su voluntad de abortar. Como se ve, una perversa y cruel trama institucional antiderechos sometió a la niña a tratos crueles innecesarios para forzarla a parir una criatura de alrededor de 600 gramos, con pocas probabilidades de sobrevivir, que quedó internada en el servicio de Neonatología.

El Siprosa fue postergando la decisión de la interrupción del embarazo hasta que fue intimado el lunes por la juez de Familia, Valeria Brand, a proteger los derechos de Lucía, que estaban siendo vulnerados y es aquí donde éste caso cobra mayor relevancia merced a un fallo inédito. En efecto, ocurre que ante el fallecimiento de la bebé, la mencionada magistrada dictó un

interesante fallo donde sostuvo que la bebé nacida de la cesárea realizada a "Lucía", no puede ser inscripta como su hija porque la menor, "no tuvo voluntad procreacional ni vocación de maternar". La juez en lo Civil en Familia y Sucesiones, Valeria Brand, señaló que no encontró "antecedentes" en el país de una resolución judicial similar. El fallo inédito, se fundamenta en el interés superior de la niña y en tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional.

La magistrada detalló que la niña de 11 años que fue sometida a una cesárea luego de pedir acceso a una Interrupción Legal del Embarazo (ILE) y que, por este motivo, "jamás podría figurar en ningún caso como progenitora. Fue una niña con un embarazo no deseado, producto de un abuso sexual que expresó su voluntad de interrumpir legalmente esa gestación forzada". La sentencia, establece que "la neonata" -que nació con vida y falleció diez días después- no puede ser inscripta como su hija, ni en el acta de nacimiento ni en la de defunción. Cabe señalar que finalmente se la anotó en el registro estadístico de "nacido vivo" con un nombre elegido por los empleados del Hospital Eva Perón y con el apellido de "Lucía".

En el fallo también se destaca que el "interés superior de la niña debe resguardarse no sólo desde la faz de la Salud Pública sino también y fundamentalmente desde la faz administrativa a fin de evitar la re-vulneración de los derechos de la niña en tanto haber resultado víctima de un delito infamante con una de las secuelas más lacerantes para su edad y grado de madurez".⁸⁷

Más allá de la jurisprudencia citada y aún en las posturas más extremas que consideran que todo aborto es delito (como si no estuviesen escritas las excepciones del art. 86 del C.P.) vemos que tampoco tendría sentido solicitar autorización judicial por razón de que sería un absurdo solicitar autorización para cometer un delito. En tal hipótesis, que Juez podría darla?

Al respecto ha dicho Bidart Campos:

⁸⁷ Fallo T.A.S. s/Especiales (Residual) Expte. 450/19, Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones V, 19/03/2019.

O lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada y entonces no hace falta tal autorización porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que prima facie, coincide con un tipo penal y entonces la autorización no puede concederse porque un juez no puede dar una venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero por inútil y el segundo por imposibilidad jurídica ⁸⁸

Por su parte Gil Dominguez ha destacado:

Es insoportable ver como en este país la pobreza se castiga aún en aquellas situaciones en donde claramente el ordenamiento jurídico posibilita la realización de determinadas conductas. ¿O a caso los médicos le pedirían autorización a un juez para operar una vesícula o hacer un by pass?. Seguramente no, pero como el aborto tiene una “connotación especial”, aunque el ordenamiento lo permite en los supuestos en donde se verifique peligro para la vida o la salud de la mujer, no lo practican por miedo a los “futuros juicios”. Si un médico tiene un problema de principios, la objeción de conciencia lo protege. Si un médico tiene temores de realizar su arte (aún contando con Comités de Bioética que puedan aportar una fundamental opinión interdisciplinaria), lamentablemente se ha equivocado de profesión; porque sino qué sentido tiene acudir a un juez (que por ser abogado y tener conocimientos de medicina) consultará con otro médico para verificar si la conducta está prohibida o permitida según los saberes del arte de curar. Y mientras tanto el tiempo corre y el daño (físico, moral y psicológico) en la mujer (pobre) se profundiza. ⁸⁹

Entonces, numerosos casos como los comentados se traducen en una preocupante situación donde prácticamente no hay consecuencias para los reiterados incumplimientos de los deberes de funcionario público cuando con dichos incumplimientos tanto administrativos como políticos se violan ni más ni menos que derechos humanos consagrados. En el caso de los jueces, habida cuenta de los tratados internacionales suscriptos por la Argentina e incorporados a la C.N., deberían ser sometidos a un *jury* de enjuiciamiento cuando menos al negarle a un mujer una práctica a la que tiene derecho y al negarle un derecho humano como el derecho a la salud, tal lo que debería ocurrir si un juez/a se negase a otorgar un divorcio por sus convicciones religiosas, sería inaceptable. De la misma manera, el caso de otros funcionarios públicos como los defensores/as que actúan en representación de

⁸⁸ Bidart Campos, German, 2001:114

⁸⁹ Gil Dominguez Andrés “El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los hospitales públicos lo pueden practicar sin requerir autorización judicial”, 34 y sgtes. “Suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal”, LL 29/07/05

las menores víctimas de violación y solicitan autorización judicial cuando en realidad no requieren de esa autorización, también deberían ser sancionados porque entendemos que son directamente responsable de las dilaciones que terminan retrasando e impidiendo el acceso de las mujeres a un aborto al que tienen derecho. Lamentablemente en nuestro país, son muchos los casos donde éste tipo de dilaciones permite que mientras se tramitan los recursos articulados y se resuelven en la justicia los pedidos de asociaciones que actúan en defensa del producto de la concepción, éste va avanzando en su desarrollo y luego nos encontramos con que aún cuando se logra la autorización, ya es tarde y los médicos vuelven a negarse a la práctica por el estado avanzado que tiene el embarazo. Esto constituye violencia institucional en los términos de la ley 26.485.⁹⁰

Si quisiéramos explicarle a un estudiante de derecho que es todo aquello que no debe hacerse ante un pedido de ANP desde el ámbito judicial, - donde nunca debería haber llegado la petición- nada mejor que tomar como caso testigo el ya aludido fallo de la S.C.J.B.A. “R.L.M, N.N. persona por nacer”.

En efecto, para comenzar, desde la Unidad de Instrucción N° 5, su titular incurrió en un claro desconocimiento del derecho y como consecuencia de una serie de medidas innecesarias que tomó no hizo más que obstaculizar el acceso de la menor a la salud y a la justicia. Ello así en virtud de que extrajo copia de la investigación de la denuncia por abuso sexual que denunció la madre de la menor discapacitada para remitirla al juzgado de menores en turno, luego cuestionó indebidamente la constitucionalidad de la excepción prevista en el art. 86 inc. 2° del C.P. y como si esto fuera poco, obstaculizó el pedido de la madre de la niña diciendo que no estaba suficientemente acreditado el grado de incapacidad mental de la menor embarazada como así tampoco estaba acreditado si la patología que padecía era congénita o no. En primer lugar, entendemos que si cuestionaba la constitucionalidad de dicho dispositivo legal, debería haberse expedido en uno u otro sentido y hacer el planteo de inconstitucionalidad en la forma prevista por

⁹⁰ Conf. Gonzalez Prado, Patricia, *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres*, Ed. Didot, pag.211, 2018.

la ley ritual, cosa que no hizo limitándose a decir que era dudosa y esto es un recurso facilista ya que no se adopta posición y a la vez limita derechos a quien ya ha sido víctima de un grave delito sexual.

En segundo término, hay que decir que era totalmente inadecuado e irrelevante determinar si la patología mental que adolecía la niña era congénita o no ya que el sistema de indicaciones que autoriza la práctica del aborto en nuestra ley no exige probar tal extremo y resulta ciertamente muy difícil de comprender hacia donde apuntaba esa exigencia.

Más recientemente, en el año 2017, otro caso trascendió en nuestro país, ésta vez en la Provincia de La Rioja, ⁹¹ Gisela es una joven riojana con un embarazo no viable que llegó a los 5 meses, tuvo que salir a pedir públicamente que el Hospital local le realice un aborto. Junto a abogadas y organizaciones feministas se presentaron una serie de medidas legales/administrativas exigiendo que se realice la práctica de interrupción voluntaria del embarazo, teniendo en cuenta el riesgo de vida y bajo la normativa de la Ley de Aborto No Punible. Gisela Brizuela había difundido su caso en los medios locales luego de que el hospital le pidiera orden judicial para realizar el aborto de un feto que no nacería con vida y pondría en riesgo la propia, incumpliendo lo contemplado en la Ley de ANP a la que la provincia de La Rioja está adherida. En este caso, a pesar de que su abogada pidió un “aborto inducido”, los médicos realizaron una cesárea por el riesgo que corría al tener 27 semanas de gestación.

Al respecto, la organización feminista Frente Riojano Antipatriarcal, emitió un comunicado explicando que “el caso de Gisela está contemplado dentro de la ley del ANP porque pone en riesgo su salud integral” y teniendo en cuenta que “el concepto de salud integral contempla no sólo aspectos fisiológicos, sino también, su salud psicológica”. Además, denuncian que “los organismos de salud pusieron una barrera inconstitucional al acceso a la práctica legal y a los derechos humanos de Gisela, donde no solo se dilató el proceso, sino que se violó el acceso a la información sobre la situación del embarazo, cuando a partir de las 12 semanas ya se debía informar las

⁹¹ Autos B.G.V. s/medida autosatisfactiva. Cámara 1° Civil, Comercial y Minas de La Rioja, 30/08/17.

características del feto, información otorgada recién a la semana 20 de embarazo, con un claro objetivo de anular su posible decisión.” Por último, el FRA aseguró: “Gisela ha sufrido violencia institucional por parte del Estado” y señaló a las principales instituciones responsables de las políticas públicas para garantizar el derecho a la salud sexual integral y reproductiva de las mujeres y que el Ministerio de Salud de la Provincia es el principal organismo responsable de la aplicación de la ley 26.485, contra todo tipo de violencia hacia la mujer, como así el Hospital provincial regional de la Madre y el Niño, cuyo director es responsable de no garantizar la práctica y de haber solicitado intervención judicial cuando no es necesaria.

La juez interviniente, Petrillo de la Cámara Primera de La Rioja dictó una resolución ordenando al Hospital de la Madre y el Niño a realizar la práctica de manera urgente, ya que Gisela se encontraba con 27 semanas de gestación. Desde lo estrictamente jurídico, la magistrada dijo: “no debe interpretarse que hay colisión de derechos. El derecho a la vida del niño por nacer no se vulneraría, dada la patología que fue acreditada. Menos aún se verificaría la afectación de su interés superior; el que tampoco se verá perjudicado, en razón de que ninguna medida que tome agravará su condición o posibilidades de sobrevivida (conforme artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño)”.

Asimismo la juez expresó: “porque quedó suficientemente acreditado que la salud psíquica y emocional de la accionante está afectada, y que podría sufrir un deterioro aún mayor, si no se adopta una decisión urgente, que permita la inducción del parto. Esa salud, esa integridad, son derechos que están amparados por la Constitución y por Tratados Internacionales de idéntica jerarquía, y son los que cobran especial significación para mí, en esta dolorosa historia, siendo hoy mi deber tutelarlos”.

Lamentablemente, una vez más en nuestro país, un conjunto de instituciones y funcionarios hicieron que el caso se dilate cuando el cuerpo médico que intervino, sabía que el embarazo era no viable desde las 12 semanas, dejando así desamparada a Gisela con sus derechos totalmente

vulnerados (derecho a la información, al acceso a la salud integral, a decidir sobre su propio cuerpo - ley 26.529, derechos del paciente -)⁹²

Este caso, exhibe nuevamente el desprotegiendo de las instituciones médicas, inclusive el Ministerio del área de Salud de la Provincia, hacia las mujeres que solicitan la interrupción (legal) del embarazo ya que hablamos de una de las excepciones previstas en el artículo 86 del C.P.

Respecto a los protocolos de actuación y su aplicación en relación a los casos de ANP, la doctora Eleonora Lamm⁹³ ha sostenido: “no es más que una guía de práctica; la adhesión al mismo no evidenciaría más que una voluntad política de cumplir o no cumplir la ley, “pero la ley se tiene que cumplir con o sin protocolo” y agregó: “el derecho al aborto está contemplado en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y en el 86 del Código Penal; en la Convención de Cedaw y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En este sentido, dijo que la consigna no debería ser ‘aborto legal para no morir’, sino ‘aborto legal para decidir cómo vivir’, porque las mujeres no tienen que estar al borde de la muerte para reclamar por sus derechos”.⁹⁴

La legitimación procesal de organizaciones que invocan representación de los derechos del embrión o feto.

Aquí asistimos a otro de los problemas que la mujer encuentra en el camino hacia el reconocimiento de sus derechos, otro obstáculo más importa ésta cuestión de la supuesta legitimación activa de las ONG que solicitan intervención en los procesos judiciales iniciados para lograr una autorización en la justicia que en verdad, como ya hemos venido desarrollando, no se requiere.

Estas organizaciones invocan actuar en representación de los derechos de la persona por nacer. La pregunta es: realmente tienen un interés legítimo estas organizaciones? Ciertamente y desde el campo de lo estrictamente jurídico-procesal, se hace muy difícil encontrar una respuesta

⁹² Puede consultarse en <http://radiovoces.com.ar/caso-gisela-brizuela-la-rioja-realizara-la-primer-intervencion-bajo-la-normativa-de-aborto-no-punible/>

⁹³ Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona. Licenciada en Derecho por la Universidad de Cuyo, Mendoza, Argentina. Master en Bioética y Derecho por la Universidad de Barcelona.

⁹⁴ Puede consultarse en <http://www.unidiversidad.com.ar/nadie-quiere-abortar>

adecuada que justifique su intervención en un proceso que ya de por sí importa una afectación a los derechos de la mujer pues hablamos de situaciones de ANP que son legales y no requieren de autorización judicial. Entonces, nos encontramos a menudo con ésta instancia donde los jueces, con un cuestionable y/o escaso fundamento, terminan otorgando legitimación a éstas entidades contribuyendo así a dificultar aún más el reconocimiento de los derechos de quien ha sido víctima de un abuso sexual o bien está comprendida en alguna de las causales previstas en el art. 86 del C.P. que autorizan la práctica de un aborto.

En apoyo a lo que sostenemos, resulta valioso referirnos a un caso ocurrido en Mendoza (2006) que llegó a la Suprema Corte vía *per saltum* donde la ministro Aída Kemelmajer se pronunció de forma categórica sobre la falta de legitimación sustancial activa de la organización “Vitam” que en representación del feto, logró que la Segunda Cámara de Apelaciones ordenara al Hospital no realizar la práctica del aborto por medio de una medida de no innovar. Allí, el voto de la Dra. Kemelmajer en la Sala I de la SCJM dijo:

La resolución de la Cámara de Apelaciones que acoge la cautelar, omite toda consideración sobre la legitimación activa. Sin embargo, es criterio de ésta Sala, en seguimiento de la jurisprudencia reiterada y constante del país, que la ausencia de legitimación debe ser declarada oficiosamente, aún cuando no se la hubiere opuesto ya sea como excepción o como defensa de fondo. En ambos expedientes (el iniciado por la representante legal de la incapaz embarazada y el amparo) no están en juego intereses de incidencia colectiva. Por el contrario, lo discutible es el derecho de una persona a ejercer las facultades que se estiman concedidas individualmente por el ordenamiento positivo argentino (C.P. y C.N.) Tengo pues en claro que ni Vitam Asociación Civil sin fines de lucro, ni ninguna otra persona ajena a la intervención médica requerida, está legitimada para recusar al Tribunal ni, mucho menos, para plantear la suspensión de la interrupción ordenada por un tribunal competente en el ámbito de sus funciones específicas⁹⁵

Consideramos ejemplar el voto de la destacada jurista mendocina remarcando en cuanto expresa que ninguna persona ajena a la intervención médica estaría legitimada para plantear la suspensión de un procedimiento que ya fue ordenado por un juez competente. Este fallo establece un límite muy

⁹⁵ Expte. 2009/6 – 1F C, S.M. y ots. V. sin demandado p/acción de amparo s/per saltum, Sala I, Agosto de 2006.

claro que no puede ni debe ser soslayado por ningún tribunal de la provincia cuando deban resolver sobre casos similares pues resulta insostenible que sea en el propio ámbito de la justicia donde un ciudadano/a encuentre obstáculos para el reconocimiento de los derechos que la ley le asigna.

Finalmente, con base en dichos fundamentos, el Supremo Tribunal de Mendoza, dejó sin efecto las resoluciones dictadas por la Segunda Cámara de Apelaciones declarando firme la decisión del Juez de primera instancia (Primer Juzgado de Familia).

Los periodos de reflexión. Crítica.

Cierta parte de la doctrina, especialmente autores/as que enfocan la defensa de la autonomía de las mujeres a partir del derecho a decidir sobre su propio cuerpo y la violencia patriarcal como el otro eje, han cuestionado severamente a éstos llamados periodos de reflexión en virtud de que los consideran un obstáculo (por eso hacemos referencia a ellos en éste capítulo) para el acceso a los derechos de las mujeres.

Así por ejemplo es el caso de la Dra. Patricia Gonzalez Prado (2018) quien en su libro “El aborto y la autonomía sexual de las mujeres” formula una crítica a la imposición estatal de un periodo de reflexión diciendo, entre otras cosas, que estas instancias se habilitan exclusivamente cuando una mujer decide interrumpir un embarazo y no cuando decide continuarlo pese a los riesgos para su vida y salud. Refiere la autora que así se considera a la subjetividad femenina como lábil, incompleta, débil, incapaz, etc. y que esta argumentación no puede superar un test de constitucionalidad por desconocer el marco nacional e internacional de los derechos humanos. Así, sostiene que los periodos de reflexión vulneran la capacidad que el derecho reconoce como principio a todos los seres humanos y, al institucionalizar una instancia evangelizadora estatalmente organizada, atacan las libertades y derechos constitucionalmente reconocidos.

Bien, con todo respeto a su posición, no la compartimos porque consideramos que la autora en su permanente rol y trabajo como activista feminista resulta muy factible que a veces éste posicionamiento en tal rol, le

haga perder cierta objetividad y en éste caso en particular, entendemos que ha olvidado en primer término que estamos ante un tema muy controversial que implica un conflicto de derechos por lo cual, la situación no puede ser meritada de la misma forma y con los mismos parámetros que una situación normal como sería la de que una mujer decida seguir adelante con su proceso de gestación donde en la mayoría de los casos, se supone que esa voluntad está presente en ambos progenitores pero incluso hay casos donde la mujer decide seguir adelante a pesar de su pareja o ex pareja (en referencia a quien participó en esa concepción) cuando esta no esté de acuerdo. Obviamente que la mujer que quiere ser madre, sabe de los riesgos que ello implica y creo que nunca puede compararse con la situación, principalmente psicológica y emocional en la que se encuentra una mujer en crisis con su maternidad por ello creemos que la comparación es inadecuada.

Desde éste punto de vista consideramos errática la posición de la autora en cuanto sostiene que de ésta forma se menosprecia la subjetividad de la mujer considerándola incapaz o débil; creemos que en manera alguna esto es así y solo se trata de brindarle contención e información adecuada a la mujer que está en conflicto con su maternidad lo cual hace indudablemente que su capacidad de decisión pueda estar afectada por cientos de situaciones por las que puede estar atravesando no solo desde lo anímico o lo emocional sino también desde lo económico y lo psíquico. Es por esta razón por la que en la mayoría de los países del mundo han legalizado la I.V.E. y es por tal razón que las legislaciones han contemplado éstos periodos de reflexión con el principal fin de brindarle la asistencia necesaria en tal difícil momento donde, insistimos hay un conflicto con los derechos de la persona por nacer cosa que no se presenta cuando una mujer decide seguir adelante con la gestación.

Al mismo tiempo, cuestionamos la apreciación de la Dra. Gonzalez Prado en cuando sostiene que en un parto se corre más riesgo para la salud de la mujer que ante un aborto y al respecto citamos las palabras de la Dra. Eleonora Lamm en su exposición en el Congreso de la Nación en el último debate dado en el año 2018 donde entre otras cosas sostuvo que un aborto

tiene mucho más riesgo de muerte que un parto. Allí mencionó estadísticas de la ONU. Para más detalles remitimos al sitio. ⁹⁶

⁹⁶ <https://www.senado.gov.ar/micrositios/ive/4>

CAPITULO 6:

Situación socio-sanitaria del aborto en la Argentina. Datos estadísticos.

Al igual que algunos otros países de América latina, la Argentina cuenta con una estimación del número de abortos inducidos por año. Esta estimación fue realizada a solicitud del Ministerio de Salud de la Nación utilizando dos metodologías validadas internacionalmente: el método basado en las estadísticas de egresos hospitalarios por complicaciones de aborto y el método residual. Con el primero, el número de abortos inducidos en el año 2000 fue de 372.000 a 447.000, con una razón de aborto inducido por nacimiento de 0,53 a 0,64: esto significa más de 1 aborto por cada 2 nacimientos. Con el segundo método, la estimación para 2004 indica que se realizaron entre 486.000 y 522.000 abortos. ⁹⁷

Desde el punto de vista de las consecuencias que el aborto inducido tiene para la salud de las mujeres, sólo se dispone de la información sobre los egresos de establecimientos públicos por diagnóstico por causa que publica la Dirección de Estadísticas e Información en Salud del Ministerio de Salud. ⁹⁸ La información de los años 1990, 1995 y 2000, así como en los egresos anuales de 2005, a 2010 muestran que las mujeres de 20 a 24 años representan la mayor proporción del total de los egresos por complicaciones de abortos. En 2010, 52817 mujeres estuvieron internadas en hospitales públicos por complicaciones de un aborto.

Desde hace dos décadas el aborto ocupa el tercer lugar entre los egresos por causas relacionadas con el embarazo, parto y puerperio a nivel nacional. ⁹⁹

Cuando en el 2000 la Argentina asumió los compromisos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) se estimó que sería necesario un descenso del 5,5% anual de la RMM mundial para alcanzar la meta

⁹⁷ Pantelides E, Mario S: *Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina*. Notas de población (CEPAL) 2009. 87:95-120.

⁹⁸ Las publicaciones del Ministerio sólo incluyen los establecimientos del sector público.

⁹⁹ Ministerio de Salud. Dirección de Estadísticas e Información de Salud. <http://www.deis.gov.ar>

comprometida en el ODM 5 (Mejorar la salud materna). Para que la Argentina cumpla con la meta comprometida para el año 2015, la RMM debería llegar a 13 x 100.000 nacidos vivos en ese año, lo que podría lograrse si se hubiera dado un descenso anual del 5,4% desde 1990 hasta el final del período (año 2015). Sin embargo, el descenso anual ha sido tan sólo de 1%. De continuar este mismo ritmo de descenso, la RMM llegará a 40,4 x 100.000 nacidos vivos en el año 2015; una magnitud 3 veces superior a la comprometida por el país.

100

Para el período 2007/2011, el aborto fue la primera causa individual de muerte materna (23%), tal como lo ha sido en las últimas 3 décadas. En el mismo quinquenio, más de la mitad de las provincias (17 de 24) tuvieron las complicaciones relacionadas con el aborto como la primera causa individual de muerte materna. 101

Recientemente, el actual Ministro de Salud de la Nación Adolfo Rubinstein admitió que el aborto es la primer causa de muerte materna en el país y que anualmente se registran 50.000 internaciones en establecimientos públicos por casos de interrupción de embarazos complicados. Refirió: “Es un problema de salud pública y que solo en el año 2016 murieron 43 mujeres por ésta causa. En los últimos años, en la Argentina, hay entre 40.000 y 50.000 abortos inducidos codificados como tales en los hospitales públicos, que representan la mitad de la película: el 50% de las camas. Después, tenemos el número de abortos totales que se practican en el país de forma ilegal, que es un número que desconocemos. Cuando Francia tomó la decisión de despenalizar el aborto, el presidente de ese momento, Valéry Giscard d'Estaing, que era muy católico, dijo: ‘Más allá de mis creencias personales y religiosas, vivo en un Estado laico’; La Argentina es un Estado laico”. 102

¹⁰⁰ Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva de Argentina. <http://www.ossyr.org.ar>

¹⁰¹ Romero M. Abalos E, Ramos. *La situación de la mortalidad materna en Argentina y el Objetivo de Desarrollo del Milenio*. Hoja Informativa 8. Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva de Argentina. http://www.ossyr.org.ar/pdf/hojas_informativas/

¹⁰² el Dr. Rubinstein es médico graduado en Economía de la Salud y Magister en Epidemiología clínica de la Escuela de Salud Pública de Harvard. Nota de Diario La Nación, 05/03/2018.-

Mario Bustos Guillén, Director del Hospital público Luis Lagomaggiore de Mendoza, al ser entrevistado por el proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, dijo en nota al Diario Los Andes del 24/06/2018: “Quizás en el hospital Luis Lagomaggiore sea donde más se percibe en la provincia la realidad de las mujeres que llegan con un aborto clandestino que se complicó.

Explicó que se trata de la mayor maternidad de Mendoza, con 6 mil partos al año y relató que hace unos días, la tocoginecóloga Cecilia Ousset, se manifestó a favor de la ley luego de relatar las penurias que vivió en la atención de pacientes con abortos clandestinos y de haber tenido un récord de 18 casos en una guardia. Preguntado por si es habitual que lleguen mujeres con riesgo de vida por abortos clandestinos, respondió que desde que es director, no niega que haya ocurrido pero no dio precisiones sobre la cantidad.

Además agregó:

Vienen algunas chiquitas con un estado general bastante delicado; en el hospital lo que se hace es un legrado cuando el aborto ya ocurrió. En 2017 se hicieron 727 legrados y este año, de mayo hasta acá aproximadamente unos 3 por día. Se actúa cuando ya se ha producido un aborto. Lo que tenemos que hacer es saber en qué condiciones viene y qué necesidades tiene la mamá, si se la interna, si se le hace legrado inmediatamente. Le hacemos un interrogatorio tratando de que nos cuente los detalles, aunque por lo general no nos cuentan por el miedo. Hoy en el hospital se están haciendo los legrados, no los abortos. Supongo que el protocolo será similar a lo que sucede hoy con las mujeres a las que se les realiza un legrado: se la interna, se la valora para conocer su estado general, pasa a quirófano hasta que se recupere y luego se le da el alta. Calculo que si hoy podemos hacer frente a eso, que te repito son 3 por día, llegado el caso de que se apruebe la ley se tendrá que hacer algo parecido. Tampoco creo que vengan masivamente.

Hemos reproducido textualmente las palabras del médico que dirige uno de los Hospitales públicos más importantes de la provincia de Mendoza por la importancia que advertimos en su testimonio de una realidad que muchos niegan, y sobre todo queremos destacar su referencia a “chiquitas” dando cuenta así que muchas de las pacientes que concurren apremiadas por su situación de salud, son menores de edad, lo que no es un dato menor si tenemos en cuenta que los sectores que pretenden mantener el actual *status quo*, hacen referencia a la CDN, olvidando que muchas de las mujeres que

concurrir apremiadas a un hospital público con riesgo cierto para su salud, son niños en términos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

También dijo el galeno que ahora generalmente se usa el “misoprostol” y que ya no se usan más las ramas, agujas, ruda u otras cosas. Tampoco es bueno usarlo porque puede ser peligroso, pero se produce el aborto de una manera menos invasiva y con estas nuevas técnicas son menos peligrosos. Nos es difícil determinar cuál es la causa del aborto –dijo- es muy difícil darse cuenta y es muy difícil que te lo cuenten, justamente porque está penalizado. Respecto al uso de misoprostol, también señaló: “Si bien el misoprostol no es 100% seguro, no llegan en un estado tan desesperante como solían llegar. Cuando llegan hay que ver que no quede algún resto adentro, hay riesgo de infecciones, hemorragias, si no se ha evacuado todo lo que se tenía que evacuar, ahí es donde tenemos que intervenir nosotros.”

Asimismo en relación con el acceso a la salud sexual y reproductiva, el informe “Aportes para un debate necesario: mitos y realidades sobre el aborto” realizado desde la Dirección Provincial Materno Infantil de Mendoza, entre los años 2001 y 2005, el doctor Carlos Cardello decía:

Las mujeres llegan a los hospitales públicos cuando la situación se desbordó, a pesar de las evidencias físicas, es difícil que cuenten lo que hicieron [...] La interrupción del embarazo antes de las veinte semanas de gestación, hoy constituye uno de los problemas de salud pública más graves que tiene la provincia. En Mendoza y sin incluir al sector privado, se registra un aborto por cada cinco nacimientos. En los países desarrollados que brindan a las mujeres servicios de salud seguros, la probabilidad de muerte como consecuencia de un aborto, es de un caso por cada cien mil. En Mendoza, el riesgo relativo de muerte por aborto es 107 veces más alto.¹⁰³

En 2016, siendo Ministro de Salud de Mendoza, Armando Calletti reconoció a Página 12 que: “En Mendoza hay 3.200 internaciones pos aborto, es decir, de mujeres que llegan con complicaciones de abortos. El aborto es la segunda causa de mortalidad materna en la provincia. Por eso decidimos que es un problema de salud pública. No se puede no ver esta realidad que genera una gran injusticia, porque muchas mujeres no tienen acceso a una prestación

¹⁰³ Puede consultarse en Gonzalez Prado, Patricia, Aborto y la autonomía sexual de las mujeres, Ed. Didot, pag. 249.

en tiempo y forma y sufren infecciones por abortos hechos en malas condiciones. Esta situación causa un alto costo sanitario. En los últimos cuatro años hubo 14 muertes por abortos clandestinos”.¹⁰⁴

Según datos revelados por la Asociación por los Derechos Civiles,¹⁰⁵ desde la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en 2012 [fallo FAL] ocho jurisdicciones aprobaron protocolos que se corresponden, en buena medida, con lo establecido por el Máximo Tribunal. Se trata de Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego.

Nueve jurisdicciones no tienen protocolos. Se trata de la jurisdicción nacional, y las provincias de Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán.

Ocho jurisdicciones regulan los permisos pero con exigencias que pueden dificultar el acceso a los abortos no punibles. Se trata de Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta.

Es preciso destacar que el Poder Ejecutivo nacional tampoco ha cumplido aún con lo dispuesto por el Máximo Tribunal. Hasta el momento, el Ministerio de Salud de la Nación, responsable de la política sanitaria de nuestro país, no le ha dado rango de resolución ministerial a la Guía Técnica de Atención Integral de Abortos No Punibles, paso ineludible para que dicho instrumento tenga el efecto legal necesario para garantizar el acceso efectivo a la interrupción del embarazo.

Desde inicios de 1980, el aborto inseguro producto de la ilegalidad y clandestinidad es la primera causa por la que las mujeres embarazadas mueren en la Argentina. Representan un tercio de las muertes maternas. Solo Jamaica y Trinidad Tobago en América Latina presentan esta misma característica de la estructura de la mortalidad materna, donde las

¹⁰⁴ Puede consultarse en: <http://venceremos-arg.org/2018/06/13/las-cifras-del-aborto-mendoza/> Última consulta 10/09/2019.

¹⁰⁵ Asociación por los Derechos Civiles. <http://www.adc.org.ar/nuevo-informe-de-la-adc-sobre-el-cumplimiento-de-la-sentencia-de-la-corte-suprema-sobre-aborto-no-punible>. s/f

complicaciones relacionadas con el aborto alcanzan el 30% del total de muertes maternas. 106

El mapa del aborto en el Mundo marca la diferencia entre los países desarrollados y los rezagados: en verde, los que permiten la interrupción voluntaria del embarazo; en naranja, los que ponen restricciones; en rojo, los que lo prohíben. América Latina está en sintonía con África y Medio Oriente.

El escenario es complejo porque el aborto es un derecho nulo para quienes no quieren seguir adelante con un embarazo no deseado. Y en numerosas ocasiones ni siquiera es accesible para quienes estarían habilitados por la ley a interrumpir una gestación: la ONU alertó hace tres meses que en la Argentina esto ocurre y se da por falta de instrumentación de protocolos médicos, objeción de médicos y otro tipo de barreras judiciales.

Conforme al mapa que elabora El Center of reproductive rights (1992-2016) Argentina está junto a otros países sudamericanos como Perú, Venezuela, Ecuador y Bolivia entre los países que ponen restricciones para la realización de un aborto al igual que un gran número de países africanos; en tanto Australia, EEUU, Canada y casi toda Europa y Asia son los países que permiten la interrupción voluntaria del embarazo. Luego están los que lo prohíben como Brasil, Colombia, Chile y Paraguay en America Latina y la mayoría de los países Africanos.

Se advierte claramente al analizar las estadísticas, que son los países más desarrollados del mundo los que han avanzado en ésta materia y aparecen como los más vanguardistas al reconocerle a la mujer el derecho a practicarse un aborto cuando esa es su voluntad.

Una investigación reciente, publicada en la prestigiosa revista de medicina Lancet señala, luego de un análisis de las estadísticas sanitarias mundiales, que las leyes restrictivas no están asociadas con tasas de aborto

¹⁰⁶ Romero M, Chapman, Ramos S, Abalos E. *La situación de la mortalidad materna en Argentina*. Hoja Informativa 1. Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva de Argentina. http://www.ossyr.org.ar/pdf/hojas_informativas/

más bajas, y que las tasas de aborto son menores en las subregiones con normas más permisivas.

Un informe del International Journal of Gynecology and Obstetrics destacó a Uruguay como el segundo país con menor mortalidad materna solo superado por Canadá. Esa cifra es consecuencia de la aplicación del modelo de reducción de riesgo y daños del aborto inseguro seguido por la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo aprobada en 2012. Allí se destaca que en el país vecino el aborto pasó de provocar el 37,5 % de las muertes maternas en el periodo 2001-2005 a solo el 8,1 % en 2011-2015.

Datos de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la OMS indican que la tasa uruguaya de fallecimientos vinculados a embarazo, parto, puerperio y aborto es la más baja de America Latina y el Caribe con 14 muertes cada 100.000 nacidos vivos. El informe del International Journal of Gynecology and Obstetrics precisa que de acuerdo a las estimaciones de la OMS para 2015, Uruguay redujo la mortalidad materna en 59,5 % en los últimos 25 años con un promedio anual de descenso del 3,7 %. 107

El Secretario de Salud Pública de la ciudad de Rosario, el médico Leonardo Caruana, manifestó que a partir de distintas políticas tomadas en ese distrito, "desde 2012 no hay muertes maternas por aborto". Siendo uno de los expositores que llevó al Congreso ejemplos de la experiencia del sistema sanitario de su ciudad, expresó que su experiencia en la ciudad tiene que ver primero con un sistema de salud cercano, accesible, universal, gratuito y basado en derechos. Expresó que es fundamental hacer una interpretación no restrictiva del artículo 86 del Código Penal [sigue las recomendaciones del fallo FAL] y particularmente no restringiendo los protocolos, se avanzó mucho en la ciudad. Expresó que hay una experiencia concreta de garantizar primero todos los medios anticonceptivos.

Dijo que seguramente se avanzará en más derechos y en más autonomía en un contexto de una sociedad que está evolucionando en relación

¹⁰⁷ Datos disponibles en la pag. Web www.abortolegal.com.ar

a todo lo que tiene que ver con la autonomía del cuerpo, con el derecho, con las formas de decidir y con la autodeterminación de cada una de las personas.

Señaló también que hay una curva drástica descendente de la tasa de mortalidad materna que es diferenciada con respecto al país, y la ausencia de muerte materna por aborto. Desde 2012 no hay muertes maternas por abortos en Rosario dijo, y que disminuyó también el número de prácticas en los hospitales, como asimismo el número total de interrupciones no ha aumentado. Atribuyó la disminución del número de complicaciones y de prácticas hechas en los hospitales, al hecho de que desde hace un tiempo se hacen en un lugar más cercano que es el centro de salud. ¹⁰⁸

A modo de cierre de éste capítulo, hacemos referencia a lo expuesto por la abogada mendocina Eleonora Lamm (Doctora en Derecho y Master en Bioética y Derecho) quien explicó que, legalmente –a nivel mundial–, está demostrado que despenalizar el aborto no aumenta el número de abortos, y penalizarlo tampoco lo disminuye. Por lo tanto, propuso que para que haya menos interrupciones de embarazos se debería enfatizar en educación sexual, en anticonceptivos y en implementar políticas públicas que reduzcan el número de embarazos no deseados. ¹⁰⁹

¹⁰⁸ Nota de Infobae del 19/5/18. Dr. Leonardo Caruana, Secretario de Salud Pública de la ciudad de Rosario.

¹⁰⁹ Puede consultarse en <http://www.unidiversidad.com.ar/nadie-quiere-abortar>

CAPÍTULO 7:

Consideración crítica sobre los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la Nación Argentina.

En éste último capítulo haremos enunciación de los principales proyectos de ley presentados ante el Congreso incluido el que procura una reforma integral del Código Penal para luego formular nuestra crítica al respecto.

Varios proyectos se han presentado en el Congreso de la Nación intentando dar respuesta a la problemática existente y creemos que el redactado por la Asociación Civil de la Campaña Nacional por el aborto seguro, legal y gratuito sería el más adecuado en virtud de sus fundamentos, los que compartimos plenamente y por sobre todo porque ha tomado las recomendaciones que la Corte Suprema de la Nación hizo en el comentado fallo “FAL” y obviamente porque responde a la postura que defendemos en el presente trabajo.

Respecto del proyecto presentado por la Diputada Vilma Ibarra, también lo consideramos bueno en general, ya que se le puede observar algunas disposiciones como la de su art. 10 cuando dice “En ningún caso será punible la mujer que causare la interrupción de su propio embarazo o consintiere en que otro se la causare”; en efecto, ya en el artículo primero éste proyecto autoriza la IVE bajo las causales que allí se establecen, por cuanto éste artículo 10 resulta redundante e innecesario, además confunde al decir “en ningún caso” cuando en el art. 1° están definidas las causales, la primera estableciendo un límite en el desarrollo fetal (lo fija en la semana doce) y a partir del cual la conducta deberá ser punible ya que es inconcebible que un feto próximo a alcanzar un grado de autonomía (como podría ser en un cuarto o quinto mes de embarazo) sea sin más, desprotegido por la ley penal.

En definitiva, éste proyecto se adecua bastante bien a los estándares jurídicos que han ido definiendo tanto nuestro máximo tribunal de justicia como la CIDH.

Puntualmente, consideramos muy positivo que se haya dejado establecido que la existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad a las autoridades del establecimiento de salud, remarcando que están obligados a disponer las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de la mujer a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la presente ley; definitivamente entendemos que esta disposición es fundamental para que el sistema de salud sea operativo y pueda cumplirse con el espíritu de la ley.

Asimismo el proyecto que comentamos, como cualquier otro, debería hacer alguna referencia a que, ante determinado avance de la gestación, o ante determinada contingencia de carácter eminentemente clínico, es el médico quien tiene actuar conforme a su *lex artis*. Además, nada dice sobre la tentativa de la mujer y simplemente elimina el art. 88 del C.P. También creemos que debería contemplar un plazo mayor entre la primera entrevista y la aceptación de la decisión de la mujer, ya que tan solo se fija en 48 horas, lo que nos parece un tiempo demasiado breve si se piensa que la idea a la que apunta, es que la mujer pueda reflexionar y tomar una decisión libre.

En cuanto al proyecto presentado por el Diputado Pinedo también merece fuerte crítica al sustituir el artículo 88 del C.P. estableciendo una pena de prisión de 1 a 4 años a la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare y confiriéndole facultades al Juez para reducir la pena a la mujer al mínimo legal en atención a su edad, su educación, la calidad de los motivos que la determinaron a actuar, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario, etc. Ciertamente éstas facultades para meritar la pena ya están previstas en el art. 41 del Código Penal por cuanto resulta innecesario incluirlas en ésta norma o cualquier otra norma específica ya que, llegado el caso que una causa penal por aborto llegase a juicio oral, el Juez ya dispone de las facultades que le confiere el art. 41 C.P. para morigerar la pena. Igualmente, recordemos que prácticamente no se tiene conocimiento de caso alguno que haya llegado a esa instancia y esto es algo que el autor de éste proyecto pareciera no haber tomado nota.

Respecto al anteproyecto del nuevo Código Penal redactado por la llamada Comisión Borinski (el nombre responde a Mariano Borinski, Juez de la Cámara Federal de Casación Penal que la preside) , vemos que con respecto al aborto, en la Comisión se decidió mantener las causales actuales de aborto no punible con una redacción superadora a opinión de algunos y donde establece que no es punible el aborto cuando el embarazo sea producto de un abuso sexual o cuando sea con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o "mental" de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

En verdad, no nos conforma del todo la nueva redacción aunque creemos que es superadora respecto de otros proyectos al conferirle facultades al Juez para dejar en suspenso la pena o eximir a la mujer de la aplicación de la misma.

En efecto, con respecto a la sanción impuesta a la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare, se prevé la posibilidad de que el juez disponga que la pena de prisión -que podrá ser de 1 a 3 años- se deje en suspenso o que la exima de ella, teniendo en cuenta los motivos que la impulsaron a cometer el hecho y su naturaleza, su actitud posterior y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar pena privativa de la libertad. Nos parece un acierto que le otorgue al Juez la posibilidad de meritar tales circunstancias a los fines de eximir de pena a la mujer, no así como se propuso en el proyecto del diputado Pinedo que vinculaba todas esas causales para determinar el *quantum* de la pena a imponer (reducir la pena al mínimo legal – dice textualmente -) cosa que criticamos en razón de que a tal efecto, esas causales ya están previstas en el art. 40 y 41 del Código Penal y ciertamente queda como una fórmula híbrida que no atiende la tendencia de la región y del mundo en ésta materia y suena al propósito de pretender albergar las dos posturas que se enfrentaron en el debate que recientemente tuvo lugar en el seno del Congreso de la Nación por el aborto voluntario.

Así, no advertimos que el proyecto haya captado los lineamientos del fallo “FAL” de la Corte Suprema de la Nación, sobre todo por no hacer ninguna referencia a la eventual responsabilidad de los hospitales y centros de salud cuando impliquen una barrera para el acceso al sistema, además se advierte que entre los casos en los que el aborto no es punible no incluye la inviabilidad del feto como ocurre con los supuestos de anencefalia, caso éste último que si contempla por ejemplo el proyecto presentado por las organizaciones que conforman la campaña nacional por el derecho al aborto legal, seguro y gratuito.

Además, con respecto a la tentativa no punible, de nuestra parte consideramos que si lo que se busca es proteger y mantener la unidad familiar, también debería contemplar la ley, la no punibilidad de la conducta de quien lo practica cuando queda en grado de connato toda vez que el fin perseguido podría quedar al desnudo por el *estripitus fori*, al conocerse un proceso penal en contra del médico ya que en el proyecto, se sigue sancionando penalmente al profesional que lo practica. Ciertamente resulta poco coherente y principalmente no arroja luz sobre toda la normativa existente que a diario lleva los médicos a judicializar prácticas de manera innecesaria. Ya habíamos advertido en el desarrollo del trabajo sobre las normas que regulan la medicina y en la redacción de éste proyecto, evidentemente no se ha tomado nota de ello como así tampoco de los estándares jurídicos que han proporcionado tanto nuestra Corte Suprema de Justicia como la Corte IDH.

También resulta muy llamativo en este anteproyecto que por un lado contemple una causal de eximición de pena a criterio del Juez para la mujer y a la vez se castigan las lesiones al feto (se incorpora la figura de “persona por nacer”) otorgándose así un valor a esa conducta en particular para el tercero que la provoca, dejando impune a la mujer. Ciertamente cuesta entender una relación lógica con el resto de las disposiciones pero claramente, si, como se dice se ha procurado armonizar todos los derechos (a la vida de la persona por nacer, a la libre disposición del cuerpo de la mujer, a su autonomía, etc.) no creemos que ese propósito se haya logrado al incorporar ésta figura.

Entonces, consideramos que respecto a la IVE, éste anteproyecto enmarcado en lo que se conoce como “Justicia 2020” ha dejado pasar una gran oportunidad para dar respuesta a un problema de salud pública de muchos años.

CONCLUSIONES:

De los estudios desarrollados, hemos visto que una vez que se ha producido la concepción, a los progenitores no le quedan opciones de planificación familiar por virtud de la forma en que nuestro Código Penal regula su tutela a la vida intrauterina generando con ello una situación de absoluta desigualdad social toda vez que la penalización conduce a las mujeres de los sectores socio-económicos más bajos a recurrir a un aborto inseguro por no tener los recursos suficientes como para solventar un nivel mínimo de atención, lo cual a su vez, deriva en un elevado porcentaje de lesiones por tal causa e incluso la muerte.

Por otra parte, es bueno preguntarse si la tipificación del aborto voluntario como delito, evita en manera alguna que las mujeres en crisis con su maternidad aborten. En rigor de verdad, es sabido que no. En efecto, la criminalización del aborto es una medida absolutamente ineficaz para proteger la vida en gestación, pues no disuade a las mujeres de su práctica, por lo cual la justificación de la penalización por medio del argumento de la protección de la vida en gestación no tiene sustento en la realidad.

La despenalización del aborto no pronostica un número mayor de abortos, si reduce la mortalidad materna y la morbilidad materna.

Estadísticas y estudios mundiales muestran que donde las leyes son restrictivas, la mayoría de los abortos son inseguros y las tasas de aborto son altas.

Las mujeres a pesar de su penalización, cuando se encuentran frente a situaciones límites en sus vidas, deciden practicarse un aborto; la diferencia es que algunas con medios suficientes acuden a lugares seguros y otras no y con el agravante que un gran número lo hacen asumiendo serios

riesgos para su integridad física y su propia vida. Cuando hablamos de la vida de la mujer, no hay que perder de vista que ella tiene una vida biológica, intelectual y social, es por ello que al sopesar los bienes jurídicos tutelados por la norma penal cuando éstos entran en conflicto, corresponde asignarle mayor valor a los derechos de la mujer frente a los de la persona por nacer que no goza de autonomía. Ésta *autonomía* es el principio bioético que nos permite resolver la problemática en cuestión en favor de la mujer y sus derechos fundamentales, pues el feto no tiene vida intelectual ni social en tanto su vida biológica esta en ciernes. Por ello es que el delito de aborto se castiga con una pena mucho menor que el homicidio, penalidad que jamás nadie cuestionó.

Pensamos que no debe ser punible en la Argentina ni para la mujer ni para el médico, toda acción abortiva llevada a cabo por médico diplomado y aceptada voluntariamente por la mujer en estado de gravidez cuando tiene lugar durante las primeras semanas de embarazo, siempre estableciendo un límite temporal (que podría quedar entre la semana decimosegunda o decimocuarta de desarrollo embrionario como límite máximo). Hasta esa etapa -por los motivos que desarrollaremos a lo largo del trabajo- no debe ser castigada tal acción debiendo otorgársele preferencia a la mujer en la tutela jurídica cuando el feto está lejos de convertirse en una “persona autónoma”, es decir cuando no estamos en presencia aún de un ser humano y no tendría condiciones psíquicas como para ser considerado centro de imputación de derechos.

Ello así, por ser el momento biológico hasta el cual no se ha formado la corteza cerebral pero además y como valor agregado, decimos que la hipótesis que sostenemos se fundamenta en que el Derecho Penal no puede ni debe dar soluciones a problemas que son de salud pública, por lo que, en casos como el del aborto o como el del consumo de drogas, son problemáticas sociales que deben encontrar respuesta en otras ciencias como la medicina, la bioética u otro modo alternativo de solución y teniendo presente que desde siempre se ha sostenido que el Derecho Penal debe ser la última *ratio*.

Pero además, hay valoraciones que hacemos, que no son propiamente jurídicas sino más bien sociológicas o puramente intuitivas; así nos preguntamos si es justo que una mujer, en momentos como los que transitamos, además de tener que sobrellevar las numerosas dificultades que la vida actual presenta (escasos recursos económicos, muchas muy por debajo de la línea de pobreza, madres solteras, con otros hijos que alimentar, etc.) tenga además que soportar la amenaza estatal de ir a prisión por tomar una decisión que versa sobre su embarazo, sobre un embarazo que por la razón que sea, no desea continuar. No parece justo y a propósito, recordamos que además de la autonomía, entre los otros principios bioéticos están el de justicia, beneficencia y no maleficencia.

Desde el discurso jurídico, creimos siempre que había que ir al extremo de refutar cada uno de las razones que daban los defensores de la penalización y así estimamos haberlo hecho destacando que despenalizar y legalizar no es exactamente lo mismo; en efecto, decimos que hay que despenalizar para terminar con el miedo de las mujeres a interrumpir su embarazo por la amenaza de pena; en cambio la legalización apunta a que las mujeres tengan la posibilidad de acceder a un aborto seguro y gratuito terminando así con el actual estado de desigualdad entre las mujeres con recursos económicos suficientes y las que no lo tienen.

Asimismo, entendemos que de nada serviría derogar la figura penal prevista en el artículo 88 del Código Penal que reprime con pena privativa de libertad a la mujer que causa su propio aborto o consiente en que otro se lo cause, sino se avanza con la legalización lo que posibilita que la mujer en crisis con su maternidad, pueda libremente concurrir a un establecimiento público y que un profesional de la salud le brinde la asistencia necesaria para que aquella tome una decisión consiente y libre, evitando de esa forma también alimentar el negocio clandestino que hoy es una lamentable realidad. Por ésta razón es que carecería de sentido despenalizar sino se legaliza también.

Ya acercándonos al fin de nuestro trabajo, decimos que se puede proteger la vida desde la concepción dando especiales derechos y cuidados a las mujeres en situación de embarazo no deseado brindándoles apoyo

psicológico y económico; además como ya vimos, la persona por nacer tiene derechos de orden patrimonial en forma condicional (desde el momento de la concepción) y estas normas civiles que protegen la vida desde ese momento en manera alguna implica la obligación del Estado de encarcelar a una mujer que no desea ser madre porque a ella le asiste el derecho a la realización de su propio plan de vida, siempre con el debido cuidado y asistencia del Estado para lograr su propósito de interrumpir su estado de gravidez.

Queremos dejar muy claro que en manera alguna consideramos que al aborto sea algo bueno en sí mismo; ninguna mujer sale feliz luego de una intervención de tales características, solo señalamos lo contraproducente que es la penalización de esa conducta en virtud de las consecuencias negativas que le son inherentes por lo que propiciamos una mirada hacia las legislaciones que así lo han entendido, aunque cabe precisar que una reforma legislativa en el sentido propuesto en éste trabajo, de nada serviría sino fuera acompañada por el sistema público de salud que asista integralmente a la mujer que se encuentra en ésta situación de conflicto con su maternidad.

En efecto, postulamos que todo proyecto de despenalización del aborto voluntario debe ir acompañado de un programa nacional de atención y contención de la mujer en crisis con su embarazo a través de equipos multidisciplinarios y debiendo ser una obligación para aquellas mujeres que opten por practicarse un aborto en hospitales públicos, la de concurrir a los mismos durante los dos primeros meses del embarazo a los efectos de realizar un abordaje de su problemática y verificar si la crisis puede ser superada de otra forma evitando el aborto y de no ser así, garantizar su práctica segura y gratuita.

Asimismo, queremos remarcar que un programa así debe estar convenientemente complementado con leyes y programas de educación sexual y planificación familiar que permita -sobre todo en adolescentes- evitar embarazos no deseados y además que las mujeres de bajos recursos puedan acceder a métodos anticonceptivos seguros. Acerca de esto recordamos las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos de ONU en el sentido de adecuar la legislación para evitar situaciones de embarazos no

deseados y sobre todo abortos en adolescentes por lo que, remitimos a lo dicho en el Capítulo V.

Ya finalizando, decimos que aun cuando la situación actual de quienes deciden interrumpir su embarazo ya no se presenta de forma tan grave como antes (por el uso del *misoprostol* en reemplazo de métodos caseros), arribamos a las mismas conclusiones porque la convicción que nos lleva a justificar nuestra postura, se basa primordialmente en hacer prevalecer la autonomía de la mujer y su derecho a la intimidad, para que de esa forma no queden en letra muerta y sean plenamente operativos sus derechos sexuales y reproductivos, su derecho a la autodeterminación y a la planificación familiar como así también su derecho a la salud como un derecho humano y a tomar una decisión que versa sobre su propio cuerpo.

En efecto, ello nos es suficiente y nos basta con los conocimientos que nos acercan tanto las ciencias médicas, como la bioética y las ciencias jurídicas (derecho Constitucional, Penal, Civil e internacional) con lo que queremos significar que no precisamos de cientos o un gran número de muertes o graves lesiones en la salud de las mujeres para llevar adelante una reforma de la ley penal en el sentido expuesto, mas allá de lo alarmante que resultan los datos estadísticos de muertes por causa de abortos realizados sin las condiciones adecuadas.

Con respecto al supuesto carácter inconstitucional que tiene la pretendida reforma que autorice la I.V..E. , citamos a una de las juristas más destacadas, que recientemente en entrevista brindada a Radio Universidad, (18/6/2018) la ex ministro de la Suprema Corte de Mendoza, Aída Kemelmajer, pasó por el aire de Radio U y brindó su parecer respecto a la sanción inicial que obtuvo la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en la Cámara de Diputados. Allí la Dra. Kemelmajer aseguró que quienes dicen que la norma contradice los tratados internacionales “hacen una interpretación aislada y con criterios absolutos de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Internacional de Derechos del Niño”.

La ex ministro dice que quienes se oponen a la legalización del aborto entienden que “como la Convención dice que la vida se protege en

principio desde la concepción, la Argentina estaría obligada a penalizar la interrupción del embarazo en toda circunstancia”.

“Esa interpretación ya ha sido rechazada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, explica la jurista y agrega: “Cuando la Convención se discutió, justamente se colocó esa palabra, ‘en general’, para sostener que la protección no es absoluta, sino que acepta excepciones”.

Comulgamos absolutamente con las enseñanzas de la destacada jurista, principalmente en cuanto hace referencia a la relatividad de los derechos, en efecto, no hay derechos absolutos, ni los que el embrión tiene ni los que la mujer gestante tiene, solo se trata de dar respuesta a un problema de salud pública que involucra un conflicto entre dos bienes jurídicos que nuestro ordenamiento tutela y frente a un caso concreto es necesario dar una respuesta rápida y eficaz y evitar que los derechos de todo ciudadano se vean frustrados por tener una legislación ambigua o que de lugar a diferentes interpretaciones y esos derechos (sexuales y reproductivos, planificación familiar, intimidad, autodeterminación, etc..) se vean diluidos por ejemplo por una decisión judicial tardía como ya ha ocurrido y en esto reiteramos lo dicho por la Corte IDH en “Artavia Murillo” cuando sostuvo que cualquier decisorio que le otorgue carácter absoluto a los derechos del embrión en desmedro de los de la mujer gestante, violaría la Convención.

Por otra parte, es importante destacar que, la mayoría de las veces quienes se presentan a un hospital con complicaciones por haberse realizado una maniobra abortiva en lugares no habilitados, sin asepsia ni seguridad alguna, son menores de edad, niñas en términos de la Convención Interamericana de los Derechos del Niño y sin embargo pocas veces se alzan voces en reclamo de sus derechos pero sí vemos a muchos sectores muy preocupados por los derechos del embrión, que no decimos que no los tenga, solo que al encontrarse muy lejos de adquirir autonomía, son los derechos de la mujer gestante los que deben prevalecer por todos los motivos que ya fueron expuestos a lo largo de éste trabajo y a donde remitimos. Por tal razón es que sostenemos que a veces se hace una interpretación antojadiza de la CADH en tanto entendemos que la misma, como así todo nuestro ordenamiento jurídico

positivo también rige para las niñas que resultan tempranamente embarazadas ya sea producto de un abuso sexual o por el motivo que sea.

En nuestra sociedad y en relación a éste tema, se advierte cierta hipocresía fundamentalmente desde las voces que llevan las asociaciones “pro-vida” o de la Iglesia Católica pero que, insistimos, ninguna solución plausible le dan al problema existente pero sí estamos seguros de que el Estado tiene la obligación de resolverlo en cuanto se trata de un tema de salud pública, que nos lleva a delinear una política criminal adecuada a éstos tiempos pero siempre puntualizando que estamos ante un tema político que por tal razón, puede cambiar en el futuro.

CONSIDERACIONES FINALES:

Del análisis de los argumentos desarrollados consideramos que la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo constituye en la actual legislación, un tipo penal injusto que debe ser adecuadamente regulado en el catálogo punitivo de forma tal que contemple la evolución del desarrollo embrionario dando así justa respuesta a los hoy postergados derechos de la mujer gestante y abriendo camino a la vez a la legalización a los fines de dar solución al problema de salud pública que hoy tiene la Argentina por un lado y por el otro terminar con la situación de desigualdad en que se encuentran las mujeres que carecen de recursos económicos quienes -entre otras cosas- se ven forzadas a elegir entre su salud o autoincriminarse al tener que exhibir sus cuerpos (donde se encuentran las evidencias de la comisión de un delito) a un médico-funcionario público; lo cual, nunca podría servir para iniciar un proceso penal por razón de que el acusado de un delito tiene el derecho a no declarar contra sí mismo y tal confesión no puede ser utilizada como prueba de cargo en virtud de que no ha sido formulada libre y voluntariamente.

Convencidos de que el problema abordado es de salud pública, entendemos que ante el estado actual de la cuestión, debe promoverse una urgente reforma del catálogo punitivo argentino modificando el art. 88 del Código Penal adecuando el resto del articulado en el sentido antes indicado y adoptando criterios diferenciadores conforme al estado de desarrollo embrionario y valiéndose de los postulados y paradigmas provenientes de la

bioética, la tecno-ciencia, la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional pero sobre todo considerando los beneficios que ello reportaría al garantizar el Estado condiciones sanitarias apropiadas para la mujer que desee interrumpir su embarazo evitando la clandestinidad con las consecuencias ya mencionadas. Por supuesto, que todo lo dicho debe encontrar algún límite, por lo que, la protección penal deberá comenzar desde cierto momento del desarrollo del feto, precisamente cuando éste ya esté próximo a adquirir un grado de autonomía tal, en el que los derechos de la mujer ya dejan de tener prevalencia.

El resto de los casos -fuera del aborto voluntario- cuando la mujer corre algún riesgo para su integridad física, o la concepción es producto de un abuso sexual o la vida del feto es inviable fuera del útero, es el profesional de la salud quien debe dar respuesta conforme a su criterio y su arte y no un Juez, más allá de lo cual, conviene que la ley penal sea clara en tal sentido y en lo demás, serán los protocolos los que completen la forma de abordaje pero siempre bajo el eje fundamental de los criterios ya establecidos por la CSJN en el mencionado fallo "FAL".

Además, entendemos que la no punibilidad ni siquiera equivale a un estatus de legalidad en el sentido de reconocimiento por el derecho de la autonomía de las mujeres para decidir, pero definitivamente creemos que es el argumento más fuerte a partir del cual hemos desarrollado la fundamentación de la hipótesis y ello así porque el cuerpo de la mujer jamás puede ser considerado como un instrumento de la procreación para satisfacer fines de terceros o dicho de otro modo, para conformar intereses que son ajenos a los de la propia mujer, ello así, al menos en un Estado democrático de derecho y mucho más aún en una República como la nuestra que se rige por una Constitución de neto corte liberal.

Creemos además, que resulta fundamental para el debate y sirve de basamento primordial para consolidar nuestra convicción sobre el tema abordado, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en tanto están reconocidos como derechos humanos con garantías constitucionales al igual que el derecho a la vida. En efecto, la Convención sobre la Eliminación de

todas las formas de Discriminación contra la Mujer, le reconoce en el art. 16 inc. e), el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer éstos derechos y asimismo el derecho al acceso a los servicios públicos de salud en igualdad de condiciones.

Convencidos que es en la penalización del aborto donde más queda comprometida la autonomía sexual y reproductiva de la mujer y que es desde ese enfoque donde se advierte más claramente la vulneración de sus derechos a través de una injusta persecución que actúa como productora de desigualdad, es que propiciamos una reforma del Código Penal que concilie los dos derechos en pugna y capte los estándares jurídicos establecidos tanto por nuestro máximo tribunal de justicia como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de tal forma nuestro catálogo de leyes penales guarde relación de coherencia con el plexo de tratados internacionales que forman el llamado bloque de constitucionalidad federal.

Precisando el concepto anterior, no decimos que deba derogarse toda disposición relativa al aborto del C.P.A., sino que debe regularse de forma tal que la mujer gestante que está en conflicto con su maternidad tenga la opción de poder interrumpir un embarazo que no desea para que de esa forma sean operativos sus derechos, nos referimos a su derecho a la intimidad, su derecho a la salud (derecho humano) y el acceso pleno al sistema de salud, su derecho a planificar su vida y a decidir sobre su cuerpo, ya que, como se explicó a lo largo de este trabajo, el embrión no es un individuo toda vez que depende absolutamente del organismo de la mujer que lo está gestando y en rigor de verdad, es un objeto de protección, más no un sujeto de imputación de derechos.

Por tal razón, y como no hay derechos absolutos, lo que debe hacer una próxima reforma del Código Penal, es establecer un límite temporal a partir del cual comience la protección penal y que podría fijarse en las doce primeras semanas conforme a los argumentos de la ciencia médica que ya hemos desarrollado. Despenalizar entonces es para nuestra postura establecer un límite de tiempo en la sanción penal al aborto que tenga en cuenta el

carácter progresivo del desarrollo embrionario en función con el concepto de autonomía, y el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal que no está para dar respuesta a todo conflicto social pero considerando principalmente que el problema del aborto en la Republica Argentina es un problema de salud publica.

Pero si bien el hecho de considerar al aborto como un problema de salud publica nos da un fuerte argumento para bregar por la despenalización del mismo (en los términos antes señalados), no es el único ya que la problemática actual, nos enfrenta con la insostenible posición en la que queda el colectivo de mujeres como ciudadanas de segunda clase. En efecto, cada vez que a una mujer se le niega el acceso al sistema de salud, se le ponen trabas burocráticas cuando requiere el servicio de salud aún en los casos en los que está autorizado el aborto, siendo así revictimizada en la justicia dilatando una autorización que no debe exigirse, o disponiendo la conformación de un comité de bioética cuando no hace falta (caso de los abortos no punibles), todo lo cual degrada la ciudadanía de la mujer; degradación que proviene además, de un sistema jurídico con resabios patriarcales que le impiden tomar una decisión sobre su maternidad al vulnerar su autonomía y dignidad personal.

Por otra parte no pueden soslayarse, sin vulnerar todo el plexo de derechos humanos reconocidos (bloque de constitucionalidad federal) los contundentes fundamentos jurídico-políticos y también filosóficos que apuntalan a la autonomía de las mujeres en relación con el riesgo que supone para su vida y su salud un embarazo involuntario. En efecto, teniendo en cuenta la definición de salud conforme al concepto integral de la O.M.S., es decir en su más amplio sentido como un bienestar psico-físico-social y emocional, no queda sino considerar a la autonomía de las mujeres como un factor ineludible de resolución del conflicto que conlleva una situación de embarazo no deseado pues es inaceptable que la decisión de continuar no sea propia de la mujer sino de otros individuos, ya sean personas físicas o jurídicas como es el Estado a través del sistema jurídico impuesto al que se le suma un sistema de salud muchas veces cómplice del avasallamiento de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, desde los dictados de la dogmática penal, también surgen fuertes fundamentos que justifican la despenalización del aborto a la vez que echan por tierra los endeble argumentos de quienes se oponen a un proyecto de reforma que autorice la I.V.E. fincados principalmente en la supuesta inconstitucionalidad de aquellos por desconocer los derechos de la persona por nacer. En tal sentido, como lo hemos descrito a la largo del trabajo, son numerosas las razones que llevan a interpretar que el *status* jurídico de la vida humana en gestación es diferente del que le asigna nuestro catálogo punitivo (vigente desde 1922) a la vida humana independiente, cuestión ésta que resulta crucial a la hora de resolver el conflicto de derechos que implica la I.V.E. La inclusión de los cuatro artículos referidos al aborto en el capítulo I del Título I del Libro Segundo, bajo el epígrafe “Delitos contra la vida”, podría hacer pensar que el codificador no ha querido introducir disparidades en la consideración de ambos bienes jurídicos, pero un análisis integral de tales preceptos nos lleva irremediamente a verificar la mayor jerarquía que se le asigna a la vida humana independiente por sobre la vida en formación.

En efecto, apenas comenzamos el análisis, advertimos que en la redacción de los artículos 85 a 88 del C.P. además de la vida humana intrauterina, otros bienes jurídicos fueron tomados en cuenta por el codificador de 1922, y los que aparecen en cabeza de la mujer gestante siendo ellos los derechos a la vida, la integridad psicofísica y la libertad, o bien a la autodeterminación personal. Ya vimos que en el sistema de indicaciones de nuestro Código, en caso de conflicto de intereses entre la vida o la salud de la gestante y la vida del embrión o feto, el legislador se ha inclinado por privilegiar a los derechos de aquella por sobre los del embrión; es decir que la vida humana independiente y su integridad resultan más valiosas que la intrauterina a tal punto que el mero “peligro” para la salud de la mujer (que tampoco es necesario que sea grave conforme a vasta jurisprudencia) autoriza la interrupción voluntaria del embarazo en sacrificio a la vida intrauterina.

El otro bien jurídico que el legislador consideró al elaborar los tipos legales (tanto prohibitivos como permisivos) es la libertad o autodeterminación de la mujer, que no sólo se manifiesta en el requisito del

consenso que se requiere de aquella para proceder a la concreción de un aborto no punible, sino en la notoria disparidad de respuestas punitivas para el autor de la modalidad dolosa básica según haya existido o no aquel consenso, decreciendo la escala penal –si lo hubo– de los tres a diez años de prisión a uno a cuatro años de pena privativa de libertad (artículo 85, incisos 1° y 2°, 1ª parte, respectivamente). Si comparamos estos montos de pena con otras figuras delictivas contra las personas, se advierte una clara diferencia en el valor que el legislador le asigna a la vida humana dependiente (embrión o feto) por ejemplo en el aborto practicado sin consentimiento de la mujer, vemos que posee asignada una escala idéntica a la de las lesiones gravísimas a un individuo nacido (art. 91 C.P.) y es lógico; por cuando debemos tener en cuenta que en esa especie delictiva (aborto practicado sin consentimiento) se conjuga el ataque contra la vida humana dependiente y contra la libertad de la mujer afectada.

Otra nota distintiva desde el punto de vista de la tipicidad legal, es la que resulta de como se ha legislado en la tentativa donde también se advierte una diferencia ya que disminuye el nivel de protección jurídico-penal asignado a la vida en formación. En efecto, conforme lo dispone el artículo 88 in fine del C. Penal, la tentativa de aborto por parte de la mujer no es punible. Independientemente de las razones político-criminales que pudieron guiar al codificador a exonerar de pena a la autora del intento, lo cierto es que se revela una vez más el diferente trato asignado a la vida dependiente frente a la independiente.

En definitiva, decimos que un proyecto para legalizar la I.V.E. no debe ni puede apartarse de éstas consideraciones.

Saliendo de la dogmática, e introduciendonos en el plano de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y especialmente la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sobre todo los artículos 2º, 3º y 5º a 16, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en sus artículos 4.f y 6.a, vemos que sólo una lectura sesgada de tales documentos puede pasar por alto el cúmulo de derechos reconocidos

a la mujer de cara a su libertad de decisión en temas vinculados a su salud, la familia y la maternidad, de la misma forma cuando se interpreta sesgadamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que introduce una salvedad de importancia al prescribir que el derecho a que se respete la vida estará protegido por la ley “y, en general, a partir del momento de la concepción”. La locución adverbial “en general” ya explicamos que su inclusión en el texto de referencia, fue consignada ex profeso y nos está indicando que pueden darse posibles excepciones como sería el caso de la mujer grávida en conflicto con su estado y que origina la situación de derechos en pugna que convoca a este trabajo.

Recordamos que ésta interpretación sobre el derecho a la vida de la CADH ya fue avalada por la Dra. Aída Kemelmajer, quien enseñó que quienes dicen que la norma contradice los tratados internacionales “hacen una interpretación aislada y con criterios absolutos de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Internacional de Derechos del Niño” por lo que sostienen que como la Convención dice que la vida se protege en principio desde la concepción, la Argentina estaría obligada a penalizar la interrupción del embarazo en toda circunstancia”.

A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sienta el principio conforme al cual los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida (art. 6.1.), no obstante, se advierte que no es un derecho absoluto ya que la misma Convención atenúa y modera tal derecho al referir que aquellos han de garantizarse en la máxima medida posible (art. 6.2.), de donde se infiere que, ante determinadas situaciones, pueda, excepcionalmente, ceder esa garantía de supervivencia, establecida como regla general.

Ahora bien, volviendo a los derechos de la mujer (salud, maternidad, planificación familiar, etc.) vemos como no pueden soslayarse el cúmulo de derechos de la que es titular, todos los cuales integran el llamado bloque federal de constitucionalidad. Así, conforme a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, surge la obligación de los Estados parte, a adoptar “todas las medidas apropiadas para

eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica [...] inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”, como lo prescribe el artículo 12, inciso 1. Otra obligación asignada a los Estados Partes, se refiere a la adopción de “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares [...] en particular, asegurar en condiciones de igualdad [...] derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos”, todo ello se conjuga con el axioma de la dignidad humana al que tantas veces hizo referencia nuestro máximo tribunal de justicia.

La última convención mencionada, la CEDAW habla de “derecho a decidir libre y responsablemente...”, estamos profundamente convencidos de que aquí encontramos la razón fundamental que nos lleva a sostener nuestra posición respecto a la I.V.E. y en ese sentido exaltamos el valor de la Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo de España (a la vez que la ponemos de ejemplo a seguir) en tanto reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida y que esa decisión, consciente y responsable sea respetada. En efecto, el legislador español ha considerado razonable de acuerdo a las indicaciones de los expertos y el derecho comparado dejar un plazo de 14 semanas en el cual se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo *sin interferencia de terceros* [el destacado es nuestro] ya que de no ser así, se violentaría lo que la STC 53/1985 denomina “autodeterminación consciente” toda vez que la intervención de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante limitaría la personalidad de la mujer, valor amparado en el art. 10.1 de la Constitución de España que reconoce a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad como derechos que son fundamento del orden político y de la paz social.

Ya finalizando estas consideraciones, recordamos que la Asamblea General de la ONU presentó un informe en el que exhortó a los Estados a despenalizar el aborto en un documento en el que afirma que la

aplicación de algunas leyes penales y otras restricciones jurídicas que impiden o dificultan el acceso a determinados bienes de salud sexual y reproductiva, como los métodos anticonceptivos, el aborto, o la educación sexual constituyen una forma injustificable de coerción sancionada por el Estado y una violación del derecho a la salud, a la autonomía, a la dignidad humana y a la igualdad de las mujeres. También la CIDH en el marco de la audiencia sobre los Derechos Reproductivos de las Mujeres en Latinoamérica y el Caribe, se pronunció diciendo que los Estados deberían eliminar la sanción penal para la interrupción del embarazo para garantizar el derecho a la salud de las mujeres y por su parte, ha habido Recomendaciones e informes del Comité de Derechos Humanos mostrando su preocupación por el alto porcentaje de muertes maternas, especialmente de las adolescentes, relacionadas con los abortos y porque la penalización del aborto disuade a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite y sosteniendo que el Estado debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas.

Entonces, lo que decimos, es que de todos los variados fundamentos que hemos expuesto, algunos de los cuales se relacionan con la dogmática y los límites de intervención penal, y tantos otros, lo cierto es que la libertad de decidir de la mujer sin intervención de terceros al amparo del art. 19 de la C.N. y su art. 16 que garantiza la igualdad ante la ley, es sin duda el principal de todos los fundamentos que se apoya en el principio de autonomía a través del cual se abre paso el reconocimiento pleno de los derechos fundamentales de la mujer como el derecho a la intimidad, el acceso a la salud, la libertad de decidir y de planificación familiar.

Así las cosas, se requiere de una reforma legislativa consiente de la problemática de salud existente, que tenga como eje los lineamientos dados por nuestro máximo tribunal de justicia en el comentado fallo "FAL" como así la doctrina emergente de la voz más autorizada de la región, cual es la Corte IDH y así también las leyes extranjeras como la española, la alemana o la uruguaya entre otras sin olvidar las recomendaciones de los organismos de control del

sistema internacional de derechos humanos y de esa forma dar respuesta a una necesidad que hará indudablemente una sociedad más justa porque “lo que es insoportable no puede ser de derecho” (Gerhard Struck, “Tópica jurídica”).-

ANEXOS

1. Fuentes Bibliográficas

AQUINO, Pedro B., Manual de derecho penal, Parte especial, dirigido por Ricardo LEVENE (h.), Zavalía, Buenos Aires, 1978

BARATTA, Alessandro, Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales. Ed. Depalma, Bs. As. 1987. Principios del Derecho Penal Mínimo.

BARRA, Rodolfo, La Protección Constitucional del derecho a la vida. Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1996.

BEAUCHAMP, Tom – CHILDRESS, James, “Principios de Ética Biomédica” Cap. 4, New York, 1979.

BIDART CAMPOS, German, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. T.III, Ediar, 1991.

BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, Código Penal Comentado y anotado, 4ta Edición, Buenos Aires, 2001.

BRIOZZO, Leonel, 2002. Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo. Aspectos clínicos, epidemiológicos, médico-legales, bioéticos y jurídicos. Prólogo del Dr. Héctor Gros Espiell. Edición del Sindicato Médico del Uruguay (SMU), la Sociedad Ginecológica del Uruguay (SGU).

CARBONELL MATEU J.C. y GONZALEZ CUSSAC J.L., Derecho penal, parte especial, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1999.

CIFUENTES, Santos. Elementos del Derecho Civil Parte General, Ed. Astrea, 1997

DONNA, Edgardo, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1999. Derecho Penal, parte especial.

FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, Compendio de derecho penal, parte especial, vol.I. Editorial R. Areces S.A., Madrid, 2003.

FIGARI Rubén E., op.cit., pag. 263; con la teoría de la fecundación, VILLADA Jorge Luis, op.cit., pag. 130.

FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Criminal, Parte Especial, Tomo VI, Ed. De Palma.

GIL DOMINGUEZ, Andrés, Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Bs.As. Ediar, 2000.

GONZALEZ PRADO, Patricia; Aborto y la autonomía sexual de las mujeres, CABA 2018, Ed. Didot.

HERNÁNDEZ, Héctor, MAC MALY, Ana PEDROCHE Carlos ¿ Y el derecho de los niños? (desamparo de la vida del ser humano no nacido” ED (diario especial de Filosofía del Derecho) del 14 de Mayo del 2001 , en sentido concordante RIVAROLA, Guillermo (h) La píldora del día después ¿ Anticonceptiva o abortiva” ED (Diario Especial de Derecho Penal y Política Criminal) del 6 de Octubre del 2000.

JAKOBS, Gunther, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2º ed. Corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Gunther, Suicidio, eutanasia y derecho penal. Trad. Francisco Muños Conde y Pastora García Alvarez, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

KANT, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, trad. de M. Garcia Morente, Austral, Madrid, 1977.

LAURENZO COPELLO Patricia, Comentarios al Código Penal, parte especial, pag. 291, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997.

LAURENZO COPELLO Patricia, Comentarios al Código penal, cit., pag. 295 y sig.. 7 Art. 85 a 88 - Jorge Buompadre.

MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. Nuevas formas de procreación y el Derecho Penal. Ed. Ad-Hoc, 1ra Edición, año 2001.

MAZZINGHI “La interrupción del embarazo: el aborto” Comentario en La Ley, Año 2002. T.A.

MEDINA, Graciela, Excelente fallo bioético que protege el derecho a la libertad sexual fijando límites y responsabilidades (libertad de contracepción de una madre soltera mayor de 18 años) J.A. 27/03/2002.-

NINO, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional. Editorial Astrea, editado en Bs.As. Capital Federal, año 1992.

NINO, Carlos, Es la tenencia de drogas para fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres? Ed. Astrea, Bs.As. 1991

NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal; Parte Especial, 3° Ed, 2008, Edit. Lerner

PANTELIDES, E, Mario S: Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina. Notas de población (CEPAL) 2009. 87:95-120.

ROMERO M. ABALOS E, Ramos. La situación de la mortalidad materna en Argentina y el Objetivo de Desarrollo del Milenio.

ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte general, trad. De Diego Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, T.I “Fundamentos, la estructura de la teoría del delito”, Civitas, Madrid 1997

SAGUES, Nestor, “Elementos de Derecho Constitucional”, Bs.As. 1999, T.II.

SANCINETTI, Marcelo, Teoría del delito y disvalor de la acción. Ed. Hammurabi.

SOLER, Sebastian, Derecho Penal Argentino, Parte Especial, pag. 110

TINANT, Eduardo Luis, Antología para una Bioética Jurídica. Editorial LA LEY, 1° Ed. Bs. As. 2004.

TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 208.

WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, trad. de Bustos Ramírez y Yañez Perez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970

ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996

2. Fuentes documentales

a) Leyes

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, ed. La Ley, Ed. 2007
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Comentado, Director Daniel R. Vítolo (prologo Aída Kemelmajer de Carlucci), Ed. Erreius, 2016.
- Código Penal Argentino, Ed. Ediciones del País, 41° ed. 2016
- Código Procesal Penal de Mendoza, Dirección de Fallos Judiciales (SCJM), Texto ordenado con Leyes 1.908, 6.730 y ley 8.869 a junio de 2015.
- Código Procesal Penal de la Nación, Ed. Infojus 1° Ed., Diciembre 2104.
- Código de Ética para el Equipo de Salud, 2° Ed., Directores Prof. Dr. Hurtado Hoyo, Elias, Dr. Dolcini, Horacio y Dr. Yansenson, Jorge con la colaboración de la Sociedad de Ética en Medicina – AMA - ; 2012.
- Constitución de la Nación Argentina Comentada, Humberto Quiroga Lavié, Ed. Zavallía, 3° ed. Bs.As. , 2000
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención Internacional de los Derechos del Niño
- Convención sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas)
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Resolución 39/46 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984)
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Ley Nacional N° 27.005 aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley Nacional N° 23.179 (aprueba la Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer)

- Ley Nacional N° 23.338 (aprueba la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,).- Promulgada el 19/08/1986.
- Ley Nacional N° 26.171 (aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer adoptado por la Asamblea de la ONU)
- Ley Nacional N° 23.054 (aprueba la CADH).- Promulgada el 19/03/1984
- Ley Nacional N° 23.849 (aprueba la Convención de los Derechos del Niño).- Promulgada el 19/03/1990.
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. «BOE» núm. 55, de 4 de marzo de 2010, Referencia: BOE-A-2010-3514 (España)
- Ley nacional N° 17.132, “Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas” (sancionada el 24/01/1967 y publicada en el BO N° 21119 del 31/01/1967)
- Ley nacional N° 26.529, “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” (sancionada el 21/10/2009, promulgada de hecho el 19/11/2009, y publicada en el BO N° 31785 del 20/11/2009)
- Ley N° 21.030, regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales en la República de Chile, promulgada el 14/09/2017.
- Ley Nacional N° 25.326 de Protección de los datos personales, sancionada en Octubre 4 de 2000 y promulgada en Octubre 30 de 2000.
- Ley Nacional N° 26.743 de Identidad de Género, sancionada el 09/05/2012.
- Ley Nacional N° 26.618 de matrimonio igualitario.

- Ley Nacional N° 24.742 “Comité Hospitalario de Etica. Funciones. Integración” (Sancionada: Noviembre 27 de 1996 y Promulgada: Diciembre 18 de 1996)
- Ley N° 27.499, Ley “Micaela” de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado.

b) Proyectos de Ley

Proyectos de ley presentados ante el Congreso de la Nación Argentina.

- Proyecto presentado por las organizaciones que conforman la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito.

El presente proyecto fue presentado por primera vez en la Cámara de Diputados el 28 de mayo de 2007. El objetivo de los firmantes era que el mismo adquiriera estado parlamentario para darle tratamiento junto con las demás iniciativas referidas a esta temática.

Sin embargo en marzo de 2010, sin ser tratado, el proyecto perdió estado parlamentario. Pero el día 16 de marzo de 2010 en un importante acto con diputados que apoyan el proyecto, las organizaciones que conforman la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito volvieron a presentar el proyecto de ley, esta vez con más de 33 firmas de diputados y apoyo y representación de casi todos los bloques de la Cámara de origen, y con expediente 0998-D-2010.

Iniciado: Diputados Expediente: 0998-D-2010 Publicado en: Trámite Parlamentario n° 15 Fecha: 16/03/2010.

El mismo proyecto originó también el Expte. N° 2700-D-08; Fecha: 28/05/08, también fue presentado en la Cámara por las organizaciones integrantes de la “Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito” el 28 de mayo de 2007 bajo el N° 092-P-07. Cada dos años el proyecto vuelve a presentarse si no logra su tratamiento en el recinto, siendo la última presentación el día 9 de abril de 2014, con el número de expediente 2249-D-2014.

El texto del proyecto original tuvo modificaciones con el tiempo.

2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria”¹¹⁰

H. Cámara de Diputados de la Nación

Presidencia

0230, 0443, 0444, 0569,0897, 1082, 1115, 1376, 1817-D-18 y 2492-D-17

OD 155

Buenos Aires,

Señora Presidenta del H. Senado.

Tengo el agrado de dirigirme a la señora Presidenta, comunicándole que esta H. Cámara ha sancionado, en sesión de la fecha, el siguiente proyecto de ley que paso en revisión al H. Senado.

El Senado y Cámara de Diputados, etc.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

TÍTULO I

Modificación del Código Penal

Artículo 1º- Sustitúyese el artículo 85 del Código Penal el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 85: El que causare un aborto será reprimido:

1) Con prisión de tres (3) a diez (10) años si obrare sin consentimiento de la mujer o persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer o persona gestante. Los médicos, cirujanos, parteros, farmacéuticos u otros profesionales de la salud que causaren el aborto o cooperaren a causarlo sin

¹¹⁰ Este proyecto cuenta actualmente con media sanción (octubre/2020)

consentimiento de la mujer o persona gestante sufrirán, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

2) Con prisión de tres (3) meses a un (1) año si obrare con el consentimiento de la mujer o persona gestante y el aborto se produjere a partir de la semana quince (15) del proceso gestacional, siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86 del presente Código.

Artículo 2º- Incorpórase como artículo 85 bis del Código Penal el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 85 bis: Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena la autoridad de un establecimiento de salud o profesional de la salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

La pena se elevará de uno (1) a tres (3) años si, como resultado de la conducta descrita en el párrafo anterior, se hubiera generado perjuicio en la vida o la salud de la mujer o persona gestante.

Artículo 3º- Sustitúyese el artículo 86 del Código Penal el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 86: No es delito el aborto realizado con consentimiento de la mujer o persona gestante hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional.

En ningún caso será punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer o persona gestante:

a) Si el embarazo fuera producto de una violación, con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el/la profesional de salud interviniente;

b) Si estuviera en riesgo la vida o la salud de la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano;

c) Si se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto.

Artículo 4°- Sustitúyese el artículo 88 del Código Penal el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 88: Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año la mujer o persona gestante que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare cuando el mismo fuera realizado a partir de la semana quince (15) del proceso gestacional y no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86 del presente Código. La tentativa de la mujer o persona gestante no es punible.

El juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso en atención a los motivos que impulsaron a la mujer o persona gestante a cometer el delito, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y la apreciación de otras circunstancias que pudieren acreditar la inconveniencia de aplicar la pena privativa de la libertad en el caso.

TÍTULO II

Interrupción voluntaria del embarazo

Artículo 5°- Objeto. Esta ley tiene por objeto garantizar el derecho de las mujeres o personas gestantes a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con las disposiciones de la misma.

Artículo 6°- Derechos protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial, los derechos a la dignidad, la vida, la autonomía, la salud, la integridad, la diversidad corporal, la intimidad, la igualdad real de oportunidades, la libertad de creencias y pensamiento y la no discriminación. En ejercicio de estos derechos, toda mujer o persona gestante tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo de conformidad a lo establecido en la presente ley.

Artículo 7°- Supuestos. Se garantiza el derecho a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo con el solo requerimiento de la mujer o persona gestante hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional. Fuera del plazo dispuesto, se garantiza el derecho de la mujer o

persona gestante a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en los siguientes casos:

a) Si el embarazo fuera producto de una violación, con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el/la profesional de la salud interviniente;

b) Si estuviera en peligro la vida o la salud de la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano;

c) Si se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto.

Artículo 8º- Consentimiento informado. Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo en los casos previstos en la presente ley, se requiere el consentimiento informado de la mujer o persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y el artículo 59 del Código Civil y Comercial. Ninguna mujer o persona gestante puede ser sustituida en el ejercicio de este derecho.

Artículo 9º- Personas menores de edad. Si se tratara de una adolescente, niña o persona gestante menor de dieciséis (16) años, la interrupción voluntaria del embarazo se debe realizar con su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el artículo 7º de su decreto reglamentario 415/06. En particular, debe respetarse el interés superior del/a niño/a o adolescente y su derecho a ser oído.

Artículo 10.- Personas con capacidad restringida. Si se tratara de una mujer o persona gestante con capacidad restringida por sentencia judicial y la misma no impidiere el ejercicio del derecho que otorga la presente ley, ella debe prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna. Si la sentencia de restricción a la capacidad impide el ejercicio del derecho previsto en la presente ley o la persona ha sido declarada incapaz, el consentimiento informado debe ser prestado con la correspondiente asistencia prevista por el sistema de apoyos del artículo 32 del Código Civil y Comercial o con la asistencia del representante legal, según

corresponda. En ambos supuestos, ante la falta o ausencia de quien debe prestar el asentimiento, puede hacerlo un allegado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Civil y Comercial.

Artículo 11.- Plazo. La mujer o persona gestante tiene derecho a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en el sistema de salud en un plazo máximo de cinco (5) días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que determina la presente ley, la ley 26.529 y concordantes.

Artículo 12.- Consejerías. Realizada la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, el establecimiento de salud debe garantizar a aquellas mujeres o personas gestantes que lo requieran:

a) Información adecuada;

b) Atención previa y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo de carácter médica, social y psicológica, con el objeto de garantizar un espacio de escucha y contención integral;

c) Acompañamiento en el cuidado de la salud e información adecuada y confiable sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos anticonceptivos previstos en el Plan Médico Obligatorio y en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable establecidos por la ley 25.673 o la normativa que en el futuro los reemplace. La atención y acompañamiento previstos en este artículo deben basarse en los principios de autonomía, libertad, intimidad y confidencialidad, desde una perspectiva de derechos que favorezca la autonomía en la toma de decisiones. Cuando las condiciones del establecimiento de salud no permitiesen garantizar la atención prevista en el inciso b), la responsabilidad de brindar la información corresponde al/la profesional de la salud interviniente.

Artículo 13.- Responsabilidad de los establecimientos de salud.

Las autoridades de cada establecimiento de salud deben garantizar la realización de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos establecidos en la presente ley y con los alcances del artículo 40 de la ley 17.132 y el artículo 21 de la ley 26.529 y concordantes.

La interrupción voluntaria del embarazo establecida en la presente ley se debe efectivizar sin ninguna autorización judicial previa. No pueden imponerse requisitos de ningún tipo que dificulten el acceso a las prestaciones vinculadas con la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo garantizarse a la mujer o persona gestante la utilización de la mejor práctica disponible según las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y una atención ágil e inmediata que respete su privacidad durante todo el proceso y garantice la reserva de la información aportada. En el caso excepcional de ser necesaria la derivación a otro establecimiento, la interrupción voluntaria del embarazo debe realizarse en el plazo establecido en el artículo 11 y las demás disposiciones de la presente ley, siendo responsable de la efectiva realización el establecimiento derivante.

Artículo 14.- Acceso.

La interrupción voluntaria del embarazo debe ser realizada o supervisada por un/a profesional de la salud. El mismo día en el que la mujer o persona gestante solicite la interrupción voluntaria del embarazo, el/la profesional de la salud interviniente debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la prosecución de la práctica y los riesgos de su postergación. La información prevista debe ser clara, objetiva, comprensible y acorde a la capacidad de comprensión de la persona. En el caso de las personas con discapacidad, se debe proporcionar en formatos y medios accesibles y adecuados a sus necesidades. En ningún caso puede contener consideraciones personales, religiosas o axiológicas de los/as profesionales de la salud ni de terceros/as.

Se deben establecer mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento del plazo y condiciones establecidas en la presente ley a las mujeres o personas gestantes privadas de su libertad. Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa derivada de su cumplimiento, sin perjuicio de los casos de imprudencia, negligencia e impericia

en su profesión o arte de curar o inobservancia de los reglamentos y/o apartamiento de la normativa legal aplicable.

Artículo 15.- Objeción de conciencia.

El/la profesional de la salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción voluntaria del embarazo tiene la obligación de garantizar el acceso a la práctica y no puede negarse a su realización. El/la profesional mencionado/a en el párrafo anterior sólo puede eximirse de esta obligación cuando manifestare su objeción previamente, de manera individual y por escrito, y la comunicare a la máxima autoridad del establecimiento de salud al que pertenece. La objeción puede ser revocada en iguales términos, y debe mantenerse en todos los ámbitos, públicos o privados, en los que se desempeñe el/la profesional. El/la profesional no puede objetar la interrupción voluntaria del embarazo en caso de que la vida o la salud de la mujer o persona gestante estén en peligro y requiera atención médica inmediata e impostergable. Cada establecimiento de salud debe llevar un registro de los profesionales objetores, debiendo informar del mismo a la autoridad de salud de su jurisdicción. Queda prohibida la objeción de conciencia institucional y/o de ideario.

Artículo 16.- Cobertura.

El sector público de la salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados creado por ley 19.032, las entidades y agentes de salud comprendidas en la ley 26.682 de marco regulatorio de medicina prepaga, las entidades que brinden atención dentro de la reglamentación del decreto 1993/2011, las obras sociales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, las obras sociales del Poder Legislativo y Judicial y las comprendidas en la ley 24.741 de Obras Sociales Universitarias, y todos aquellos agentes y organizaciones que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliadas o beneficiarios independientemente de la figura jurídica que posean, deben incorporar la cobertura integral de la interrupción voluntaria del embarazo prevista en la presente en todas las formas que la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda. Estas prestaciones quedan incluidas en el Programa

Médico Obligatorio (PMO), así como también las prestaciones de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

Artículo 17.- Registro estadístico.

Créase un registro de estadísticas, monitoreo y evaluación de la interrupción voluntaria del embarazo, a efectos de generar información actualizada relativa a la implementación de la presente ley. La autoridad de aplicación, en articulación con las jurisdicciones provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios, debe arbitrar los medios a fin de llevar un registro estadístico en todo el territorio nacional de: a) Las consultas realizadas a los fines de acceder a lo dispuesto por la presente ley; b) Las interrupciones voluntarias del embarazo efectuadas, indicando el plazo y cuál de los supuestos del artículo 7° de la presente ley hubiera sido invocado; c) La información de los registros de objetores previstos en el artículo 15 de la presente ley; d) Todo dato sociodemográfico que se estime pertinente para evaluar en forma anual los efectos de la presente ley, así como los indicadores de seguimiento que pudieren realizarse. En todos los casos se tomarán los recaudos necesarios para salvaguardar el anonimato y la confidencialidad de los datos recabados.

Artículo 18.- Definiciones. A los efectos de la presente ley, interrupción voluntaria del embarazo y aborto son considerados términos equivalentes y salud se entiende conforme a la definición que establece la Organización Mundial de la Salud (OMS).

TÍTULO III

Políticas de salud sexual y reproductiva. Educación sexual integral.

Artículo 19.- Políticas de salud sexual y reproductiva. Educación sexual integral. El Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios tienen la responsabilidad de establecer políticas activas para la prevención de embarazos no deseados, y la promoción y el fortalecimiento de la salud sexual y reproductiva de la población. Estas políticas deberán estar enmarcadas en los objetivos y alcances establecidos en las leyes 25.673, 26.150, 26.485 y 26.061, además de las leyes citadas anteriormente en

la presente ley. Deberán además capacitar en perspectiva de género a todos/as los/las profesionales y personal de la salud a fin de brindar una atención, contención y seguimiento adecuados a las mujeres que deseen realizar una interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la presente ley. El Estado debe asegurar la educación sexual integral, lo que incluye la procreación responsable, a través de los programas creados por las leyes 25.673 y 26.150. En este último caso, deben incluirse los contenidos respectivos en la currícula obligatoria de todos los niveles educativos, independientemente de la modalidad, entorno o ámbito de las distintas instituciones educativas, sean éstas de gestión pública o privada, lo que deberá hacerse efectivo en todo el territorio nacional a partir del próximo ciclo lectivo. La educación sexual integral es un derecho y deberá impartirse en todo el sistema educativo sin excepción y con especial referencia y atención a las comunidades más vulnerables y a la diversidad e identidad de los pueblos originarios.

Artículo 20.- Comisión Bicameral de Seguimiento de la Normativa sobre Salud Reproductiva y Educación Sexual. Créase la Comisión Bicameral de Seguimiento de la Normativa sobre Salud Reproductiva y Educación Sexual, la que tendrá las siguientes funciones:

a) Solicitar informes de las autoridades de los ámbitos nacional, provincial y municipal, referidas a la implementación de las medidas contenidas en las leyes 25.673, 26.061, 26.150 y 26.485, y concordantes, así como de entidades privadas que trabajen en la materia;

b) Receptar denuncias y/o informes provenientes de miembros de la comunidad educativa sobre la falta u obstrucción de la aplicación efectiva de la ley;

c) Convocar a funcionarios encargados de la aplicación del Programa de Educación Sexual Integral para que informen acerca de la implementación efectiva de la ley;

d) Promover reuniones científicas que ofrezcan alternativas para la más eficaz aplicación de la normativa en cuestión;

e) Impulsar, a partir de la evaluación que formule, la sanción de nuevas normas, o reformas a las existentes, con el fin de remover los obstáculos que se hayan presentado y favorezcan el logro de los objetivos propuestos;

f) Presentar un informe anual circunstanciado del estado de aplicación de las normas en la materia. La comisión establecerá su estructura interna y dictará su propio reglamento de funcionamiento.

Artículo 21.- Composición. La Comisión Bicameral prevista en el artículo anterior estará integrada por siete (7) diputados/as y siete (7) senadores/as nacionales, respetando la proporcionalidad de cada representación legislativa, y será presidida, anualmente y en forma alternativa, por cada Cámara.

TÍTULO IV

Disposiciones finales

Artículo 22.- Autoridad de aplicación. La autoridad de aplicación de la presente ley será establecida por el Poder Ejecutivo nacional.

Artículo 23.- Orden público. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la

República Argentina.

Artículo 24.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

PROYECTO DE LEY ¹¹¹

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

TÍTULO I

Capítulo I

Interrupción voluntaria del embarazo

Artículo 1: Interrupción voluntaria del embarazo. En ejercicio de sus derechos humanos, toda mujer u otras identidades con capacidad de gestar tienen derecho a decidir voluntariamente y acceder a la interrupción de su embarazo hasta las catorce (14) semanas, inclusive, del proceso gestacional.

Artículo 2: Derechos protegidos. Esta ley garantiza a toda mujer o persona gestante, sin distinción de nacionalidad, origen, condición de tránsito y/o estatus de residencia/ciudadanía, todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial, los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, la vida, la autonomía, la salud, la educación, la integridad, la diversidad corporal, la identidad de género, la diversidad étnico-cultural, la intimidad, la igualdad real de oportunidades, la no discriminación y a una vida libre de violencias.

Artículo 3: Definiciones. A los efectos de la presente ley, “interrupción voluntaria del embarazo” y “aborto” son considerados términos equivalentes. El término “salud integral” debe interpretarse sin excepción conforme a la definición que establece la Organización Mundial de la Salud (OMS): la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades. Las expresiones “mujer u otras identidades con capacidad de gestar” y “mujer o persona gestante” son equivalentes.

¹¹¹ Este proyecto tiene estado parlamentario (octubre 2020)

Artículo 4: Causales. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo primero y más allá del plazo allí establecido, toda mujer o persona gestante tiene derecho a interrumpir su embarazo en los siguientes casos:

a) Si el embarazo fuera producto de una violación, con el solo requerimiento y la declaración jurada de la persona ante el/la profesional o personal de salud interviniente.

b) Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la mujer o persona gestante.

Artículo 5: Plazos y condiciones.

a) Toda mujer o persona gestante tiene derecho a acceder a la realización de la práctica del aborto en los servicios del sistema de salud, en un plazo máximo de cinco (5) días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que determinan la presente ley, la Ley 26.529 y concordantes.

b) Toda mujer o persona gestante tiene derecho a que la interrupción voluntaria del embarazo sea realizada o supervisada por un/a profesional o personal de salud.

c) Si la interrupción voluntaria del embarazo se llevara a cabo en un establecimiento de salud, sus autoridades deben garantizar la realización de la práctica sin requerir autorización judicial previa.

d) Debe garantizarse a la mujer o a la persona gestante el cumplimiento de las recomendaciones de la OMS para acceder a una práctica segura y una atención que respete su privacidad durante todo el proceso y garantice la reserva de la información aportada.

Artículo 6: Acceso a la información. En la primera consulta el/la profesional o personal de salud interviniente debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica y los riesgos de su postergación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5 de la presente ley. La información provista debe ser objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible, científica, actualizada y laica de manera tal que garantice la plena comprensión de la persona. El sistema de

salud debe garantizar un/a intérprete de la lengua o idioma en la que se comunica la persona que requiere la práctica. En el caso de las personas con discapacidad, se debe proporcionar en formatos y medios accesibles y adecuados a sus necesidades. En ningún caso puede contener consideraciones personales, religiosas o axiológicas de los/las profesionales o personal de salud ni de terceros/as.

Artículo 7: Asesorías. Realizada la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, el establecimiento de salud debe garantizar a aquellas mujeres o personas gestantes que así lo requieran:

a) Información sobre el procedimiento que se llevará a cabo y los cuidados posteriores necesarios, siguiendo los criterios del artículo anterior.

b) Atención de salud integral previa y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo, que provea un espacio de escucha y contención integral.

c) Acompañamiento en el cuidado de la salud e información objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible, científica, actualizada y laica sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos anticonceptivos previstos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y en la Ley 25.673 o la normativa que en el futuro la reemplace.

La atención y el acompañamiento previstos en este artículo deben basarse en los principios de autonomía, libertad, intimidad y confidencialidad, desde una perspectiva de derechos. Estos servicios en ningún caso podrán ser obligatorios ni condición para la realización de la práctica.

Artículo 8: Consentimiento Informado.

Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, se requiere el consentimiento informado de la mujer o persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la Ley 26.529 y concordantes y el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Artículo 9: Niñez y adolescencia.

a) Si la interrupción voluntaria del embarazo debe practicarse en una persona menor de trece (13) años de edad, se requerirá su consentimiento informado con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as o representante legal. En ausencia o falta de ellos/as, se solicitará la asistencia de las personas indicadas en el artículo 4 del decreto reglamentario 1282/2003 de la Ley 25.673, en el artículo 7 del decreto reglamentario 415/2006 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. En este supuesto, no se deberá requerir autorización judicial alguna.

b) Si la interrupción voluntaria del embarazo es requerida por una persona adolescente de entre trece (13) y dieciséis (16) años de edad, se presume que cuenta con aptitud y madurez suficientes para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento. En aquellos casos en que esté en riesgo grave la salud o la vida, por condición preexistente, circunstancia esta que deberá constar en la historia clínica fundadamente, la persona adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as. En ausencia o falta de ellos/as, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso a) del presente artículo. En el caso de existir intereses contrapuestos entre la persona adolescente y el/la adulto/a responsable, será el/la profesional o personal de salud interviniente que deberá decidir de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación.

c) La persona mayor de dieciséis (16) años tiene plena capacidad para ejercer los derechos que otorga la presente ley. En todos los supuestos contemplados en los artículos que anteceden serán de aplicación la Convención de los Derechos del Niño, la Ley 26.061 y los artículos pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación, en especial en lo que hace al interés superior y el derecho a ser oído/a de todo/a niño, niña y adolescente y que su opinión sea tenida en cuenta.

Artículo 10: Personas con discapacidad y personas con capacidad restringida.

Toda mujer o persona gestante debe brindar en forma personal su consentimiento libre e informado para interrumpir su embarazo. Ninguna mujer o persona gestante puede ser sustituida en el ejercicio de este derecho por terceras personas, independientemente de su discapacidad, diagnóstico en su salud o determinación judicial sobre su capacidad jurídica. Si se tratare de una persona con capacidad restringida judicialmente y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la presente ley, podrá prestar su consentimiento informado requiriendo, si lo deseara, la asistencia del sistema de apoyos previsto en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación. Si se tratare de una persona declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este, la de un allegado en los términos del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Capítulo II

Cobertura

Artículo 11: Cobertura. El sector público de la salud, las obras sociales enmarcadas en la Ley 23.660 y Ley 23.661, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados creado por la Ley 19.032, las entidades y agentes de salud comprendidas en la Ley 26.682 de marco regulatorio de medicina prepaga, las entidades que brinden atención dentro de la reglamentación del decreto 1993/2011, las obras sociales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, las obras sociales del Poder Legislativo y Judicial y las comprendidas en la Ley 24.741 de Obras Sociales Universitarias y todos aquellos agentes y organizaciones que brinden servicios médico-asistenciales a las personas afiliadas o beneficiarias, independientemente de la figura jurídica que posean, deben incorporar la cobertura integral y gratuita de la interrupción voluntaria del embarazo prevista en la presente ley en todas las formas que la OMS recomienda. Estas prestaciones quedan incluidas en el PMO con cobertura total, así como también las prestaciones de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

Capítulo III

Políticas de salud sexual y reproductiva. Educación sexual integral

Artículo 12: Políticas de salud sexual y reproductiva. Educación sexual integral. El Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios tienen la responsabilidad de implementar la Ley 26.150 de Educación Sexual Integral, estableciendo políticas activas para la promoción y el fortalecimiento de la salud sexual y reproductiva de toda la población. El contenido curricular sobre aborto debe ser enseñado como un derecho de las mujeres y personas gestantes, a través de contenidos científicos, laicos, confiables, actualizados y con perspectiva de género que puedan fortalecer su autonomía. Deben incluirse los contenidos respectivos en el currículo de todos los niveles educativos, independientemente de la modalidad, entorno o ámbito de las instituciones educativas, sean estas de gestión pública estatal, privada o social, lo que deberá hacerse efectivo en todo el territorio nacional a partir del ciclo lectivo inmediatamente posterior a la entrada en vigencia de la presente ley.

Estas políticas deberán estar enmarcadas en los objetivos y alcances establecidos en las leyes 25.673, 26.061, 26.075, 26.150, 26.206, 26.485, 26.743 y 27.499, además de las leyes ya citadas en la presente ley. Deberán además capacitar en servicio sobre perspectiva de género y diversidad sexual a todos/as los/as docentes y a los/as profesionales y otros/as trabajadores/as de la salud a fin de brindar atención, contención y seguimiento adecuados a quienes deseen realizar una interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la presente ley, así como a todos/as los/as funcionarios/as públicos/as que actúen en dichos procesos.

TÍTULO II

Modificación del Código Penal

Artículo 13: Sustitúyase el artículo 85 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 85: Quien causare un aborto será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años si obrare sin consentimiento de la mujer o persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere

seguido de la muerte de la mujer o persona gestante. Los/las profesionales o personal de salud que causaren el aborto o cooperaren a causarlo sin consentimiento de la mujer o persona gestante sufrirán, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

Artículo 14: Incorpórese como artículo 85 bis del Código Penal de la Nación el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 85 bis: Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena la autoridad de un establecimiento de salud, profesional o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados. La pena se elevará de uno (1) a tres (3) años de prisión si, como resultado de la conducta descrita en el párrafo anterior, se hubiera generado perjuicio en la salud de la mujer o persona gestante. Si como consecuencia de esa conducta resultara la muerte de la mujer o persona gestante, la pena se elevará a cinco (5) años de prisión.

Artículo 15: Sustitúyase el artículo 86 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 86: No es delito el aborto realizado con consentimiento de la mujer o persona gestante hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional. Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer o persona gestante:

a) Si el embarazo fuera producto de una violación. Se debe garantizar la práctica con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el/la profesional o personal de salud interviniente.

b) Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la mujer o persona gestante.

Artículo 16: Sustitúyase el artículo 87 del Código Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 87: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la mujer o persona gestante fuere notorio o le constare.

Artículo 17: Sustitúyase el artículo 88 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 88: La mujer o persona gestante que causare su propio aborto o consintiere en que otro/a se lo causare en ningún caso será penada.

TÍTULO III

Disposiciones finales

Artículo 18: Autoridad de aplicación. La autoridad de aplicación de la presente ley será establecida por el Poder Ejecutivo Nacional.

Artículo 19: Orden público. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina.

Artículo 20: Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

(S2950/06) Proyecto de Ley.

- Proyecto de Ley de la Diputada Vilma Ibarra. Texto original (archivado en 2010)

El Senado y la Cámara de Diputados ,...

Artículo 1º.- Toda mujer podrá decidir la interrupción voluntaria del embarazo en cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) antes de las doce semanas de gestación;

b) si el embarazo es producto de la comisión de un delito contra la integridad sexual, mientras sea inviable la vida del feto con independencia del cuerpo de la mujer.

c) si existe peligro para la vida o la salud de la mujer;

d) si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina;

Artículo 2º.- La interrupción voluntaria del embarazo, realizada en concordancia con lo dispuesto en la presente ley, sólo podrá ser practicada por un profesional o un equipo de profesionales médicos y será considerada a todos los efectos, como una práctica médica sujeta a las responsabilidades previstas en las leyes que regulan el arte de curar.

Artículo 3º.- El médico al que se le solicite la interrupción voluntaria del embarazo deberá informar, de manera clara y acorde a la capacidad de comprensión de cada mujer sobre:

a) la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo según las condiciones de la presente ley;

b) la posibilidad de adopción y los programas de apoyo social y económico a la maternidad;

c) las características de la intervención, riesgos y evolución previsible;

d) el servicio de consejería previo y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo, previsto en el artículo 8º de la presente ley.

Luego de cumplido con lo dispuesto en el párrafo anterior, el médico dejará a la libre voluntad de la mujer la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

El médico deberá registrar en la historia clínica el cumplimiento de su deber de informar así como la decisión de la mujer.

Debe mediar un plazo de al menos 48 horas entre la primera entrevista en la que la mujer solicitó la interrupción del embarazo y la entrevista en que comunica formalmente su decisión al médico.

Si la decisión de la mujer es la interrupción voluntaria del embarazo el médico deberá, además, adjuntar el consentimiento informado a través de una declaración de voluntad de la mujer autorizando la intervención.

Artículo 4º.- Si se trata de una mujer declarada incapaz en juicio se requiere el consentimiento informado prestado por su representante legal.

Si se trata de una mujer menor de edad, en concordancia con la Ley de Salud Sexual y Reproductiva 25.673 y la Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño 26.061 y los decretos reglamentarios de ambas normas, la presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849).

Artículo 5º.- Las prestaciones necesarias para la interrupción voluntaria del embarazo realizada en los términos de la presente ley serán incluidas en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia -o el que lo reemplace- y contarán con la cobertura total de todos los servicios de salud del subsector estatal, de obras sociales y privado.

Artículo 6º.- Los médicos o personal auxiliar del sistema de salud que tengan objeciones de conciencia para intervenir en los actos médicos

necesarios para la interrupción voluntaria del embarazo, deberán comunicarlo a las autoridades de los establecimientos a los que pertenecen dentro de los treinta días contados a partir de la promulgación de la presente ley. Quienes ingresen posteriormente, deberán manifestar su objeción en el momento en que inician sus actividades en el establecimiento. El ejercicio del derecho de objeción de conciencia no tendrá consecuencia laboral alguna.

Los profesionales y auxiliares que hubieran manifestado a las autoridades de los establecimientos su voluntad de ejercer la objeción de conciencia con respecto a los actos médicos necesarios para la interrupción voluntaria del embarazo que en ellos se practiquen, deberán respetar dicha postura en todo ámbito, público o privado, en que ejerzan su profesión.

La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento de salud que corresponda, quienes están obligados a disponer las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de la mujer a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la presente ley.

Artículo 7º.- El Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación será la autoridad de aplicación de la presente ley.

Artículo 8º.- El Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación reglamentará, en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva creado por ley 25.673, la implementación del servicio de consejería previo y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con el cumplimiento de los objetivos de dicha ley.

Artículo 9º.- No se requerirá la intervención o autorización de ninguna autoridad judicial o administrativa para practicar la interrupción voluntaria del embarazo regulada por la presente ley.

Artículo 10º.- En ningún caso será punible la mujer que causare la interrupción de su propio embarazo o consintiere en que otro se la causare.

Artículo 11º.- Modifícase el artículo 85 del Código Penal, que quedará redactado de la siguiente forma:

“Artículo 85.- El que causare la interrupción de un embarazo será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Si la conducta reprimida en este artículo la realizaran médicos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte, sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena”.

Artículo 12º.- Deróganse los artículos 86 y 88 del Código Penal.

Artículo 13º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Vilma L. Ibarra.-

- (S-1823/18) Proyecto de Ley:

Modificación del art. 88 del Código Penal respecto de las atenuantes para los casos de aborto. El Senado y Cámara de Diputados,... Artículo 1º- Sustituyese el artículo 88 del Código Penal por el siguiente: Artículo 88º- Será reprimida con prisión de 1 a 4 años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. El Juez podrá reducir la pena a la mujer al mínimo legal en atención a su edad, su educación, la calidad de los motivos que la determinaron a actuar, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, y las consecuencias lesivas que hubiese sufrido como consecuencia del hecho. La tentativa de la mujer no es punible. Artículo 2º- Comuníquese al Poder Ejecutivo. Federico Pinedo.-

- N° de Expediente 0275-D-2006. Proyecto de Ley.

Modificación del art. 86 del Código Penal sobre despenalización parcial del aborto. Firmantes Conti, Diana Beatriz. Giro a Comisiones Legislación Penal, Familia, mujer, niñez y adolescencia. El Senado y Cámara de Diputados. (se reedita la propuesta en expte. S-2473/04)... Artículo 1º.- Modifícase el artículo 86 del Código Penal, que quedará redactado de la

siguiente forma: "Artículo 86: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble de tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de la comisión de un delito contra la integridad sexual; 3. Si se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina del feto". Artículo 2°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

- Anteproyecto del nuevo código penal argentino (Comisión "Borinsky")

Libro Segundo de los Delitos, Título I. Delitos contra las personas.

Capítulo 1: Delitos contra la vida

Artículo 85.- El que causare un aborto será penado: 1°) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta a quince QUIINCE (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. 2°) Con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a SEIS (6) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Artículo 86.- 1. Se impondrán las penas establecidas en el artículo 85 e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. 2. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada no es punible: 1°) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o mental de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2°) Si el embarazo proviene de un abuso sexual.

Artículo 87.- 1. Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años, al que con violencia causare un aborto sin haberse representado esa consecuencia, si el estado de embarazo de la mujer fuere notorio o le constare. 2. Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años y, en su caso,

inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, al que causare un aborto por imprudencia, negligencia o por impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo. El aborto imprudente causado a si misma por la mujer embarazada no es punible.

Artículo 88.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años, a la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer embarazada de causar su propio aborto no es punible. El juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso o eximirlo de ella, teniendo en cuenta los motivos que impulsaron a la mujer a cometer el hecho, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar pena privativa de la libertad

Libro Segundo de los Delitos, Título I. Delitos contra las personas, Capítulo 3: Lesiones a la persona por nacer

Artículo 95.- Se impondrá prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, al que causare a una persona por nacer una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en él una grave afectación física, o mental.

Artículo 96.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o de SEIS (6) a VEINTICUATRO (24) días-multa, al que por imprudencia o negligencia, impericia en su arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo causare la lesión o enfermedad del artículo 95.

Artículo 97.- Las lesiones a una persona por nacer causadas por la mujer embarazada no son punibles.

c) Jurisprudencia

“Artavia Murillo y otrs. (fertilización in vitro) c/Costa Rica”, 12.361 (serie C N° 257) Corte IDH.

“Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Corte IDH sentencia del 26 de septiembre de 2006.

“Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, CSJN, 6/4/93, LL 1993-d-130.

“Baldivieso, Cesar Alejandro” CSJN, Causa n° 4733, B. 436. XL; del 20 abril 2010.-

“B.L.A. p/medida autosatisfactiva”, Tribunal de Familia N° 1, 1° Circunscripción judicial de Mendoza; Autos N° 2881.

“B.G.V. s/medida autosatisfactiva”. Cámara 1° Civil, Comercial y Minas de La Rioja, 30/08/17.

“Cano Sonia M y otros c/Sin demandado p/ Acción de Amparo”, Expte. N° 2009/6/1F , 2° Cámara de Apelaciones de Mendoza, 20/08/2006.

“C. P. d. P., A. K./autorización”, 28/06/2005, Ac. 95.464. Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires

“F., A.L. s/medida autosatisfactiva”, F. 259 XLVI, 13/03/2012, SCJN.

“G. A. R Por Su Hija C. C. A. p/Medidas Tutelares”; Expte. N° 1913/6, 18 de Agosto de 2006, Primer Juzgado de Familia de Mendoza.

“Gazzoli Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y Ots. C/ Sin Demandado P/ Ac. De Amparo S/ Per Saltum” SCJM, Expte. N° 87.985

“Mazzeo, Julio Lilio s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, SCJN, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330.3248.

“M., G. L. y otra s/ Acción de amparo” Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro.

“Natividad Frias”, Cam. Nac. De Apel. Crim. y Corr. Capital Federal en pleno, 21/8/1966.

“Portal de Belén, Asociación Civil vs. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo” fallo del 05/03/2002; CSJN.

“R., L. M., 31/07/2006, NN persona por nacer, causa N° 98.830, LLBA 2006 (agosto), 895”. Superior Tribunal de la Provincia de Bs.As.

“Roe Vs. Wade”, 410. US.113-1973 Corte Federal de los EEUU.

“Rodriguez Pereyra, Jorge y otro v. Ejercito Argentino s/daños y perjuicios”; CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

“T.A.S. s/Especiales (Residual) Expte. 450/19, Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones V, 19/03/2019.

“2010 T.S.V., V.,M.M.; S.V.T. s/Aborto (0912/2009) Tribunal Superior de Formosa

“Zambrana Daza, Norma Beatriz”, Cámara Nac. Crim. y Corr. Sala 1°, 14/02/1995; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, n° 8, B, Ad-Hoc.