

[Capítulos 12 al 23]

"Toda mujer tiene el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona."

Convención de Belém do Pará. Artículo 4.e.

12. Un caso paradigmático: “Roe vs Wade”.

A comienzos de 1970, Norma McCorvey (bajo el seudónimo Jane Roe, nacida en Luisiana en el año 1947) alegó haber sido violada por una pandilla y a consecuencia de ello haber quedado embarazada.

Norma McCorvey era una mujer pobre, sin educación, ni cualificada, alcohólica y consumidora de drogas. En Septiembre de 1969, con 22 años de edad, descubrió que estaba embarazada. Era su tercer hijo, pues había tenido el primero a los 16 (con un hombre al que abandonó por malos tratos) y el segundo a los 19. En aquel tiempo, el aborto era ilegal en Dallas (Texas) salvo que el embarazo se hubiera producido como consecuencia de una violación o un incesto; y, en el resto del país, sólo se autorizaba en Hawai, Nueva York, Washington, Alaska y California.

Fue conocido como el caso como *Roe v. Wade* porque durante los sucesivos juicios, la demandante siempre fue citada por el apodo legal de Jane Roe; mientras que la otra parte, era el apellido del demandado, el fiscal de Dallas, Henry Wade.

Las abogadas Sarah Weddington y Linda Coffee, recién graduadas de la Facultad de Leyes de la Universidad de Texas, necesitaban una "cliente" para poder atacar la ley que desde hacía 100 años prohibía el aborto en Texas. Ellas convencieron a Norma de que debería procurar un aborto en lugar de tramitar la adopción para su bebé.

Alegó “Roe”, más allá de sus antecedentes, ser una mujer sola, soltera, y le que sería imposible continuar con el embarazo. Manifestó además que no contaba con los medios económicos suficientes para trasladarse a otro Estado del país donde

está permitido el aborto para casos en que corre peligro la salud de la madre si se continuara con el embarazo. Fundó su petición en el derecho a la intimidad personal y en la Decimocuarta Enmienda que incluye, entre otras, la cláusula del debido proceso y la cláusula de protección igualitaria. Concretamente establece: *“Sección 1. Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.”*

Mientras el caso tramitaba en la Corte, “Roe” dio a luz a una beba que fue dada en adopción.

El caso en la Corte de los Estados Unidos “*Roe v. Wade*”, 410 US 113 (1973), se decidió por 7 votos contra 2, y se invalidó una ley penal de Texas que prohibía el aborto excepto en el caso que fuera necesario para preservar la vida materna. En su línea argumental, la Corte alegó que el derecho a la privacidad de la Enmienda 14 incluía el derecho de la mujer a decidir si termina o no su embarazo.

Después de una primera ronda de argumentos en la Corte, el juez Harry Blackmun redactó una opinión preliminar que enfatizaba la vaguedad de las leyes de Texas en cuanto al aborto. Blackmun afirmaba además que las leyes antiabortistas violaban el derecho a la privacidad recogido en la Décimo Cuarta Enmienda a la Constitución, que había sido introducida tras la Guerra Civil, en 1868, con el fin, entre otros, de garantizar los derechos de los antiguos esclavos. Una de las cláusulas de esta enmienda, conocida como “*Due Process Clause*”, establece el concepto de libertad personal y restringe la acción del estado sobre el individuo.

El fallo también se refirió al niño por nacer, al que no llamó persona, y estableció la división en trimestres del desarrollo prenatal del ser humano a los fines de su protección:

Primer trimestre – Aborto libre: durante el primer trimestre el profesional de la salud, en consulta con su paciente, es libre para determinar, sin ninguna regulación del Estado, que, en su juicio médico, se debe terminar con el embarazo de su paciente. Es decir, aborto sin restricciones.

Segundo trimestre – Aborto libre salvo restricciones en atención a la salud materna: durante el segundo trimestre de desarrollo surge un “interés sustancial” (compelling) para que el Estado dicte medidas de limitación del aborto en orden a proteger la salud de la madre.

Tercer trimestre – Aborto libre salvo restricciones en razón de la viabilidad del feto: durante el tercer trimestre el Estado tiene “interés sustancial” como para eventualmente limitar el derecho a abortar. Este “interés” surge en el momento de la viabilidad y ello por cuanto desde entonces “el feto presumiblemente tiene la capacidad de vida útil fuera del útero materno. Entonces, las regulaciones estatales protectoras de la vida fetal después de la viabilidad tienen justificación lógica y biológica. Si el Estado tiene interés en proteger la vida fetal después de la viabilidad puede *“incluso llegar a proscribir el aborto durante ese período, salvo cuando sea necesario para preservar la vida o salud de la madre”*.

Los jueces que votaron en contra, Byron R. White y William H. Rehnquist, manifestaron enfáticamente su disenso. White escribió: *“No encuentro nada en la historia de la Constitución que soporte la decisión de la Corte. La Corte simplemente inventa y anuncia un nuevo derecho constitucional para las madres embarazadas y, con escasamente alguna razón o autoridad para su acción, le da la suficiente sustancia a ese derecho como para invalidar la mayoría de los estatutos que existen sobre el aborto ... Como ejercicio descarnado de poder judicial, puede que la Corte tenga la autoridad de hacer lo que está haciendo hoy; pero, en mi opinión, su juicio es un ejercicio impróvido y extravagante del poder judicial que la Constitución extiende a esta Corte...”*.

Rehnquist, por su parte, señaló que el análisis que la Corte había hecho de la Décimo Cuarta Enmienda era inválido desde un punto de vista histórico: *“Para llegar a este resultado, la Corte ha tenido necesariamente que encontrar en el*

espectro de la Décimo Cuarta Enmienda un derecho que aparentemente era completamente desconocido para quienes la redactaron. Ya en 1821, la primera ley estatal sobre el aborto fue puesta en vigor en Connecticut. Cuando se adoptó la Décimo Cuarta Enmienda en 1868 ya había al menos 36 leyes promulgadas por estados o gobiernos territoriales limitando el aborto”.

En definitiva, se legalizó el aborto en los 50 estados de la Unión.

En 1987, McCorvey (“Roe”) admitió haber faltado a la verdad; es decir, no había sido violada y que el padre de la niña era un hombre al que conocía pero que no amaba al momento de quedar embarazada. Aseguró que el relato de los pandilleros que la violaron era toda una falacia.

Sarah Weddington, la abogada que litigó el caso ante la Corte, pronunció un discurso en el Instituto de Ética de la Educación, en Oklahoma. Allí explicó por qué defendió la improvisada historia y los falsos cargos de violación aducidos por “Jane Roe”; y dijo: *“Mi conducta pudo no haber sido totalmente ética. Pero lo hice por lo que pensé fueron buenas razones.”*

Hugh Hefner, fundador de Playboy, fue quien financió los gastos legales y judiciales de “Roe”, además de haber participado en el *amicus curiae* que se presentó.

Norma McCorvey, en definitiva, nunca tuvo un aborto. Durante muchos años vivió en Dallas con su pareja. En 1994 escribió su autobiografía, *“I am Roe”*, y durante una firma de ejemplares conoció al ministro evangélico Flip Benham, que la convirtió y la bautizó el 8 de agosto de 1995. Poco después empezó a trabajar con el movimiento anti-abortista Operación Rescate. En 1998 McCorvey se unió a la Iglesia Católica en Dallas, bajo los auspicios del padre Frank Pavone, Director Internacional de Sacerdotes por la Vida.

En el 2005, en un asunto conocido como *“McCorvey vs. Hill”*, Norma McCorvey pidió a la Corte que revirtiera lo decidido en 1973, alegando que el caso debería reabrirse, ante la evidencia de que el aborto daña a las mujeres. La petición fue denegada.

En el caso *“Doe v. Bolton”*, 410 U.S. 179 (1973) se dictó sentencia el mismo día que *“Roe v. Wade”*, y de alguna manera fue intención de la Corte que lo complemente. También por 7 votos a 2, la Corte invalidó una ley de Georgia que autorizaba el aborto sólo cuando la continuidad del embarazo podía poner en riesgo la salud o vida de la mujer, incluyendo la salud mental, en caso que el feto fuera a nacer con un serio defecto, o en caso de embarazo proveniente de violación. Este caso es frecuentemente citado por su definición amplia de salud materna, dado que la Corte incluye factores físicos, emocionales, psicológicos, familiares y aún la edad materna en función del bienestar de la paciente. Dado que en *“Roe”* se autorizaba el aborto, incluso luego de la viabilidad de si estaba en riesgo la vida o salud de la madre, la doctrina de *“Doe”* significó en los hechos la legalización completa del aborto hasta el noveno mes de embarazo.

Este caso ha generado infinitas controversias en los Estados Unidos de América, en razón de que se afirma que Sandra Cano (alias Mary Doe), ha manifestado que fue burlada en su buena fe, porque nunca realmente había querido ni solicitado el aborto y que fue engañada por su abogado para firmar una declaración jurada sobre el aborto en el proceso de su divorcio con su marido y en el reclamo para recuperar la custodia sus tres hijos.

Las revelaciones acerca de que las dos mujeres (*“Roe”* y *“Doe”*) fueron engañadas para interponer sus demandas, argumentos que utilizan las organizaciones “pro-vida” en el mundo, no alcanzan para denigrar lo que en verdad aquí interesa, y es que la Corte de los Estados Unidos de América ha fallado del modo en que se ha referido supra, encontrándose ambas sentencias vigentes hasta la actualidad. En definitiva, si *“Roe”* y *“Doe”* luego se convirtieron al catolicismo y hasta quizás pensaron en tomar los hábitos, esas decisiones también pertenecen a sus esferas íntimas.

13. Instrumentos internacionales.

a. En los documentos de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo, se define a la salud sexual y reproductiva como *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”*.

Se declara expresamente que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres son derechos humanos y que toda persona tiene derecho a decidir libremente sobre su reproducción. Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en documentos internacionales de derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todos los individuos a decidir libre y responsablemente: si tener o no hijos, con quien tenerlos, el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres. Sostiene la obligación del Estado de garantizar el acceso a los servicios de atención de la salud a todas las personas, y en especial a los grupos más desfavorecidos y vulnerables.

Se indica que el aborto es un problema de salud pública que exige servicios y políticas de Estado como parte de su compromiso con la salud de las mujeres y fomenta la realización de un esfuerzo decidido para reducir el número de muertes y la morbilidad causados por abortos realizados en malas condiciones.

b. En consonancia con la Conferencia de El Cairo, en los documentos de la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, se afirma que el tema del aborto es una problemática de salud pública, haciendo especial referencia a la

responsabilidad de los organismos estatales por las consecuencias que tienen para la salud los abortos inseguros.

En ambas Conferencias se ha coincidido en que la salud reproductiva incluye el derecho de mujeres y hombres: a) a disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo; b) a procrear, con libertad para decidir hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia; c) a la información y al acceso a métodos seguros, eficientes y ejecutables de planificación familiar de su elección; d) al acceso a servicios de seguimiento en el embarazo y en el parto sin riesgos, garantizando las mejores posibilidades para tener hijos sanos.

La Plataforma de Acción de Beijing exhorta a los gobiernos a asegurarse que todos los servicios y los trabajadores relacionados con la atención de la salud respeten los derechos humanos y sigan las normas éticas, profesionales y no sexistas a la hora de prestar servicios a las mujeres.

c. También en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999, los gobiernos decidieron ratificar lo acordado en la Conferencia de Beijing en relación con los servicios de aborto: *“En circunstancias donde el aborto no esté en contra de las leyes, los sistemas de salud deben entrenar a sus proveedores y tomar otras medidas para asegurar que el aborto sea seguro y accesible. Deben tomarse medidas adicionales para proteger la vida de las mujeres”*.

d. Por otra parte, en el 98º período de sesiones de marzo de 2010, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas específicamente expresó su *“preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo. (Artículos 3 y 6 del Pacto)”*. Por otro lado señaló que *“el Estado Parte 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.”* Ya en el año 2000 había señalado su preocupación sobre que *“la criminalización del aborto disuada a los*

médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite”, y recomendó la eliminación de todos los obstáculos al aborto cuando éste no está penalizado por la ley.

e. Finalmente, entre los países miembros del MERCOSUR, el Acuerdo N° 06/07, Recomendaciones para las Políticas de Salud Sexual y Reproductiva en los Estados partes y asociados del MERCOSUR, reitera el compromiso de cumplir con las Metas de Desarrollo del Milenio, especialmente la reducción de la mortalidad materna. Y establece en su artículo 1.2.e, el acuerdo de *“Instrumentar y protocolizar el acceso a la interrupción del embarazo en los servicios de salud, en aquellos países cuyas legislaciones así lo habilitan”.*

14. Obligación de los médicos de denunciar.

a. En un muy interesante trabajo que realizó el Dr. Agustín Bastard (publicado en “Compendio Jurídico”, tomo 69, pág. 227, del mes de diciembre del año 2012), señala su autor que *“...de modo alguno puede considerarse como voluntaria la confesión del sujeto que concurre a recibir atención médica cuando corre peligro su vida, por lo que en este caso está claramente viciada esa voluntad...”*; y con base en Pacto de San José de Costa Rica que establece en su artículo 8, inciso 3): *“La confesión del imputado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, sostiene que “...al verificarse que un sujeto concurrió a un nosocomio a recibir asistencia médica, cuando en caso de no hacerlo peligraba su estado de salud, resulta innegable que no existe una libertad en su decisión, por lo que al ser este uno de los elementos que conforman la voluntad, ella se encuentra afectada, sin poder considerarse en consecuencia que la persona ha confesado libremente.”.*

Y agrega que si el artículo 18 de la CN menciona expresamente que son inviolables el domicilio, la correspondencia epistolar y los papales privados, resguardándolos de la autoridad, salvo en situaciones previstas por una norma, también lo es en la intimidad de un individuo el examen del médico al paciente.

Y con cita de Sebastián Soler, en los supuestos en que el paciente es la víctima exponiendo en forma contundente cómo opera el derecho a la intimidad del sujeto que requiere asistencia médica, nos aclara:

“Se discute si existe o no la obligación de denunciar en los casos en los cuales la denuncia expone al asistido a un proceso absolutamente desvinculado del hecho que motiva la atención profesional, como cuando el médico es llamado por un prófugo de la justicia, que ha resultado la víctima de algún hecho. Las razones para pronunciarse, aún en este caso, por la subsistencia del deber de secreto son las mismas razones de humanidad que fundamentan el secreto médico en general, de manera que nos inclinamos al silencio. (‘Derecho penal argentino’, ed. Tea, 1978, t. IV, pág. 132).”

A esta altura resulta conveniente conocer el marco normativo que rige el asunto.

El artículo 177 del actual Código Procesal Penal de la Nación, dispone:

“Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

- 1. Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.*
- 2. Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”.*

A su turno, y con relación al secreto profesional, el artículo 156 del Código Penal de la Nación, reza:

“Será reprimido... el 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...”

Además, la actual redacción del artículo 277, inciso d) del Código de fondo, castiga a quien:

“No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la acción penal de un delito de esa índole...”

La Ley N° 17.132 (Régimen legal del ejercicio de la medicina), indica en su artículo 11º: *“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, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitar o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal.”.*

Finalmente, el Código de Ética Médica dispone:

“Del secreto profesional

Artículo 66.- El secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la respetabilidad del profesional y la dignidad del arte exigen el secreto. Los profesionales del arte de curar tienen el deber de conservar como secreto todo cuanto vean, oigan o descubran en el ejercicio de la profesional, por el hecho de su ministerio, y que no debe ser divulgado.

Artículo 67.- El secreto profesional es una obligación. Revelarlo sin justa causa, causando o pudiendo causar daño a terceros, es un delito previsto por el artículo 156 del Código Penal. No es necesario publicar el hecho para que exista revelación, basta la confidencia a una persona aislada.

Artículo 69.- El médico no incurre en responsabilidad cuando revela el secreto profesional en los siguientes casos: ... e) Cuando en su calidad de médico tratante hace la declaración de enfermedades infectocontagiosas..

Artículo 70.- El médico, sin faltar a su deber, denunciará los delitos de que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Penal...”.

La conjunción de estas normas, nos refiere Agustín Bastar, tanto los médicos, que adquieren carácter de funcionario público en los hospitales estatales, así como los galenos que prestan funciones en un nosocomio privado, no están obligados, unos ni otros sin distinción, a denunciar los hechos delictuales que llegaren su

conocimiento. Y, citando nuevamente a Soler, explica con claridad que: *“...importa sancionar directamente un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurran a la asistencia pública o a los hospitales de caridad se pondrían automáticamente en manos de la justicia. En cambio, el mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito en su consultorio, comprarle, junto con la tarjeta, el silencio profesional...”* (ob. cit. t. IV - pág. 134).

Manifiesta el autor del artículo que *“El punto central del análisis es determinar, conforme lo evaluado anteriormente, en dónde se concluyó que debía regir la misma regla para los médicos de los hospitales públicos que para los de los privados si la norma citada [en referencia al artículo 177 Cppn.] infringe en este aspecto la CN ... y que para todos los médicos rige exclusivamente la regla establecida en el inciso 2) del artículo 177 del CPPN ... y debe sostenerse que el referido artículo 177, por lo menos en cuanto al aspecto que estamos analizando, de modo alguno viola el principio de igualdad, en tanto claramente el legislador al momento de redactar este artículo contempló la situación de los funcionarios públicos en general en el inciso 1) y estipuló en forma específica la regla para el caso de las personas que prestan servicios de salud en el segundo inciso ... Por todo lo expuesto, realizar una distinción entre los profesionales de la salud de los hospitales públicos y de los privados responde exclusivamente a una errónea interpretación de la normativa y no a una violación constitucional de la norma de procedimiento.”*

Esta vez transcribiendo al Profesor Julio Maier, indica: *“La ley, en el caso de los profesionales de la medicina, ha tenido el cuidado de imaginar ciertas colisiones y resolverlas por anticipado con excepciones, de manera tal que se aclara la aplicación del principio *lex specialitis* particularmente para eludir la obligación de denunciar del profesional del arte de curar ligado al deber de mantener el secreto profesional, obligación que, así, desplaza a la de denunciar, para el caso de concurrencia (excepción a la regla)’ (*Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Bs. As., 2004, t. I, pág. 224).”*

Concluyendo el análisis, traigo a colación un artículo publicado por la Dra. María Susana Ciruzzi, abogada y Miembro Permanente del Comité de Ética del Hospital de Pediatría Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Allí expresa que: *“No debe obviarse que bajo ningún concepto se encuentra en entredicho la figura delictiva de aborto, ni el análisis que aquí se propicia deroga su tipificación. Solamente se intenta formular una interpretación que permita asegurar a quien así lo requiera, la asistencia médica debida, sin que ello importe autoincriminarse y verse sometido a proceso penal por tal circunstancia. Obsérvese que lo que se fulmina es permitir que se inicie una investigación penal con base en la sola presencia del imputado frente al profesional del arte de curar, cuando su propio cuerpo es prueba determinante de responsabilidad penal. Ahora bien, esto no es obstáculo para que la investigación criminal pueda llevarse a cabo a partir de un cauce totalmente independiente de investigación ...*

“Es por esta razón que aún cuando un profesional de la salud erróneamente denuncie un hecho como el analizado, en la creencia -falsa- de que tiene obligación de denunciarlo, no puede iniciarse proceso penal alguno, atento la violación flagrante a la prohibición de autoincriminación forzada, por lo que los órganos competentes deben archivar la denuncia así formulada. Y es por esta misma razón, que un profesional de la salud que guarda el secreto profesional al asistir a una mujer que ha provocado su propio aborto o consentido en que un tercero lo practicara, sin realizar la denuncia penal, no incurre en el delito de encubrimiento (art. 277 Cód.P.), ya que su conducta se encuentra justificada por el cumplimiento de un deber (art. 34 inc. 4 Cód.P.), esto es el secreto profesional...

“Cuando el legislador prohíbe la violación de secretos profesionales se debe entender que ha ponderado previamente los bienes y ha adoptado una solución a esos conflictos de colisión de derechos. Al determinar, mediante la materia de la prohibición, cuáles bienes han de prevalecer, lo que ha hecho es fijar el campo del injusto. Y éste, por su propia naturaleza, es común a todo el Derecho. La expansión del injusto penal alcanza, de este modo, al Derecho Procesal a través

del Derecho Civil, que se ocupa de los actos inválidos. En el ámbito integral del Derecho, el acto jurídico ilícito del médico queda como carente de objeto (art. 963 CC). La denuncia penal, entonces, no puede servir para concretar el injusto penal.” (‘El Secreto Profesional y la Obligación de Denuncia. Extremos Irreconciliables?’; publicado en Debates en torno al Derecho Penal II, Director Dr. Mario Tarrío. Editorial Cathedra Jurídica, 2009).”.

En definitiva, es inválida la prueba de “confesión” obtenida a partir de la concurrencia del sujeto a cualquier nosocomio (público o privado) para ser atendido por un médico, por encontrarse en un grave estado de salud que hace peligrar su vida. Y es a consecuencia de la “confidencialidad” del profesional para con el paciente, lo que impide iniciar causa criminal contra el sujeto, debiendo prevalecer el secreto profesional al que ha prestado juramento.

b. La jurisprudencia.

El plenario “*Natividad Frías*”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, del año 1966, se debatió:

“Si puede 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.”.

La mayoría se inclinó por la negativa, aclarando que, de todas formas, sí correspondía hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices.

El juez Lejarza que formuló el voto que contó con más adhesiones entendió, que en casos como el traído a examen, el médico actuante se encuentran alcanzadas por el secreto profesional, conforme lo ordena el Código penal, visto que no se daba ningún supuesto de revelación por justa causa. Votar de otro modo, señaló el magistrado, importaría violentar la garantía de la no autoincriminación,

contemplada en el artículo 18 (CN) que dispone que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

También se hizo referencia en el fallo a que no corresponde distinguir entre la calidad de funcionario público del médico que cumple su tarea en un hospital público con un nosocomio privado, pues, *“...una solución contraria nos llevaría al absurdo de admitir que un mismo médico estaría o no obligado por el secreto profesional, según actuara en su consultoría particular o en la sala, gabinete o dispensario público. De hecho nos encontraríamos frente al irritante distingo entre el enfermo que cuenta con medios para su asistencia privada y el que, por no contar con ellos, necesita recurrir a un hospital oficial...”*.

Con fecha 12 de agosto de 1997 (c. Z. 17. XXXI CSJN), en el precedente *“Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737”*, (la Corte con una antigua composición de ministros) un caso que si bien no estaba relacionado con el aborto sino con drogas, revocó los argumentos de Natividad Frías. En este antecedente la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que disponía la instrucción del sumario (la imputada había ingerido cuarenta y cuatro cápsulas con clorhidrato de cocaína, para trasladarlas a la ciudad de Buenos Aires, y al sentir fuertes dolores de estómago, se dirigió a un hospital, donde expulsó las cápsulas, que más tarde fueron entregadas por un médico al personal policial) y, en consecuencia, absolvió a la procesada del delito de transporte de estupefacientes por el que fuera acusada. La Corte revocó el fallo y la condenó a la pena de cuatro años de prisión.

El voto mayoritario de la Corte sostuvo que *“la garantía constitucional que prescribe que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo no debe interpretarse de modo que conduzca inevitablemente a calificar de ilegítimas las pruebas incriminatorias obtenidas del organismo del imputado en todos los casos en que el individuo que delinque requiera asistencia médica en un hospital público”* y que *“lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o*

moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado". En su voto, el Dr. Boggiano afirmó que "no cabe equiparar mecánicamente los supuestos de autoincriminación forzada con la situación de quien delinque y concurre a un hospital exponiéndose a un proceso. Este último realiza un acto voluntario con el propósito de remediar las consecuencias no queridas de un hecho ilícito deliberado".

La Corte de Justicia de provincia de Santa Fe, en los autos "*Insaurrealde, Mirta - aborto provocado-*" (Reg. A y S t 148 p 357-428), con fecha 12 de agosto del año 1998 tuvo que resolver el caso de la mujer que asistió a un hospital público en la ciudad de Rosario por complicaciones derivadas de un aborto provocado. La médica que la atendió la denunció ante la justicia. La paciente es procesada y condenada en primera instancia. Al apelar la decisión, la alzada revoca el fallo, sosteniendo que la médica había violado el deber de secreto profesional. La Corte provincial vuelve a la decisión sentada en el primer fallo, dejando sin efecto lo planteado por la Cámara de Apelaciones, condenando a la acusada, y estableciendo el deber de los profesionales de la medicina de denunciar a las mujeres que concurren a los centros de salud por complicaciones de abortos provocados.

El voto principal del doctor Rodolfo Vigo, haciendo una referencia al fallo "*Zambrana Daza*" (ya citado), entendió que en virtud del carácter de funcionaria pública que revestía la médica, esta se encontraba obligada a denunciar los delitos de acción pública que llegaran a su conocimiento en la órbita del ejercicio de sus funciones.

También señaló que la cuestión entre el derecho de la imputada al secreto profesional y el derecho a la vida que se había afectado con el ilícito por ella cometido, y optó por el segundo de los derechos.

Refirió que: *“...el verdadero centro de la cuestión constitucional suscitada en el caso, que no es otra que la relación existente entre el deber de denunciar los delitos -establecido en el art. 180, inc. 1), CPPN, bajo la sanción del art. 277, CP (según el cual se incurre en encubrimiento al ‘dejar de comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo’)-, el deber del Estado de garantizar una aplicación efectiva de la ley penal, el derecho de la imputada al secreto profesional y el derecho a la vida del nasciturus, protegido por el artículo 88, CP, conflicto ante el cual la Alzada se ha pronunciado por la absolutización del secreto médico, en una elección que, en tanto conduce de hecho a la desincriminación del aborto, resulta incongruente con exigencias objetivas de nuestro sistema jurídico (que no tolera la consiguiente desprotección del derecho a la vida: ‘ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar la vida y la seguridad de los gobernados’, ha destacado el Alto Tribunal de la Nación, in re ‘Scamarcia’, del 9/12/1995) y desatiende el sustancial interés del Estado en tutelar, desde el momento mismo de la concepción, la existencia del nuevo ser que, con su aparición en este mundo, enriquece a la humanidad en su conjunto, y cuya supresión debe dar lugar al ejercicio de la potestad punitiva por parte de aquel -lo cual, incluso, aparece como objetivamente preferido por la ley si se considera que el encubrimiento es sancionado con una pena más severa que la violación del secreto profesional, y que mientras este es un delito de acción privada, aquel es de acción pública ejercitable de oficio.”.*

La Sala VII de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, el 17 de abril del año 2007, resolvió la causa *“Gallo, N.”*. La nombrada ingresó a un hospital público (octubre 2006) con un cuadro febril y dolor abdominal, refiriéndole al médico que se había realizado maniobras abortivas (cursaba la undécima semana de gestación). Se le efectuó el raspaje correspondiente y, luego, se anotició a la Policía Federal que recogió el informe del médico de guardia. Se inició la causa penal y en primera instancia se dictó su sobreseimiento con

fundamento en el caso “*Natividad Frías*” y, particularmente, en la circunstancia de que se podía “*inferir que ante la seriedad de su estado de salud la imputada tuvo la necesidad de concurrir al nosocomio para preservar su salud*”.

Sin embargo, la Cámara echó por tierra el plenario “*Natividad Frías*” y resolvió de manera contraria.

Sus principales argumentos fueron los que siguen: no existe autoincriminación pues ella se da, únicamente, en procesos judiciales, y no es el caso. Además, consideró que la denuncia de aborto efectuada por el médico es válida, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderle. Por lo demás, agregó que el hecho de que ciertos sectores de la población sean los más afectados respecto de ciertos delitos (en el caso, el aborto), no se sigue una justificación para sustentar una tesis desincriminante. Y acerca de la disyuntiva “muerte o cárcel”, sostuvieron que morir producto de las heridas producidas por el aborto o ser enjuiciada por acudir a un hospital es una consecuencia ex post facto del propio delito cometido; y que la decisión de morir (por no concurrir a un nosocomio) es una decisión íntima de la propia mujer que dispone de su propio bien jurídico vida, luego de disponer de la vida de un tercero, concretamente la del feto.

Resalto una frase muy poco feliz y de mal gusto que los señores jueces volcaron en su fallo, en referencia a la validez de la instrucción sumarial, pese a que la *notitia criminis* proviene de la propia mujer que concurrió a la guardia médica en búsqueda de ayuda profesional. Textualmente refirieron: “*Dicho de modo más claro: lo que no se puede es abortar -vaya la paradoja- la formación de la causa*”.

La Asociación Argentina de Mujeres Jueces repudió el fallo de la Sala VII. Señalaron que “*...constituye un retroceso en materia de resguardo de la vida y derechos de las mujeres, a la par que implica discriminar a la mujer carente de recursos para hacerse atender en forma privada y una violación a la garantía constitucional de no declarar contra sí mismo, expresada claramente en los*

instrumentos internacionales que nuestro país ha suscripto y por lo que responderá ante la comunidad internacional.”.

Agregaron que el precedente constituye la revocación de una doctrina mantenida durante 41 años en un plenario, el cual se había transformado ya en una verdadera costumbre judicial, que de un día al otro fue dejada de lado por una de las Salas del fuero.

Gracias a Dios, la Corte, con una nueva composición, en el fallo B.436 – XL, caratulada *"Recurso de hecho deducido en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° 4733"*, con fecha 20 de abril del 2010 hizo lugar a un recurso extraordinario y resolvió absolver al nombrado César Alejandro Baldivieso, quien fuera condenado a la pena de cuatro años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes

El 20 de octubre de 2002, Baldivieso ingresó para su atención a la guardia de un hospital en la ciudad de Salta, y luego de ser atendido por los médicos fue intervenido quirúrgicamente habiéndosele extraído trece cápsulas de cocaína y, en igual número, otras que evacuó naturalmente. Enterado el personal policial, se presume que la información que brindaron los galenos, el Procurador General consideró que lo que correspondía analizar *"...consiste en que no puede utilizarse la información aportada por el imputado al concurrir a un hospital público y revelar, directa o indirectamente, su conducta anterior ilícita. En ese sentido, las alegaciones relativas a la violación de la garantía contra la autoincriminación y la violación del secreto médico son dos especies diferentes del género común de la imposibilidad de valorar la información y los elementos de prueba obtenidos a partir de la actividad del propio acusado de concurrir al servicio de asistencia médica pública"*.

Como se ve, una vez más nos encontramos entre la disyuntiva de la muerte o la cárcel, y la contradicción entre el deber del médico de guardar el secreto profesional y su obligación, como funcionario público, de denunciar el delito que conoce en ejercicio de su función.

Lo destacado del fallo es la claridad con que la ministra Carmen Argibay (no podía ser de otro modo), expone sus argumentos para arribar a la solución que entiende justa. Refiere que el artículo 177 Cppn. establece dos estándares diferentes respecto del deber de denunciar los delitos que lleguen a conocimiento de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. En el primer inciso se refiere a los funcionarios y empleados públicos. Pero el segundo inciso, referido específicamente a las personas que ejerzan el arte de curar, limita esta obligación los delitos contra la vida y la integridad física que no hayan sido conocidos bajo el amparo del secreto profesional. En un caso, el médico se encontraría, a la vez, obligado a denunciarlo, por ser funcionario; relevado de denunciarlo, por ser médico y no tratarse de un delito contra la vida o la integridad física; o incluso, impedido de denunciarlo, por tratarse de un hecho conocido con motivo o en razón de la atención médica. Finaliza su voto expresando que *“el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá”*, entendiéndolo que *“además de no encontrarse obligados a dar noticia a la policía, los médicos que atendieron a Baldivieso tenían prohibido hacerlo”*.

Pareciera que además de las opiniones encontradas que existen en la doctrina, también se han provocado fracturas en la jurisprudencia (pese a que hasta el presente rige el precedente *“Baldivieso”*), lo que obligaría al Congreso de la Nación, mediante una reforma a las leyes que rigen la materia, a poner fin a tamaña confusión (deber de denunciar - secreto profesional), ni más ni menos, porque el desconcierto puede, en caso de aborto, llevar a una mujer a la cárcel. Sin embargo el citado Anteproyecto del Código penal, no ha propiciado modificación alguna en el delito de violación de secretos, y las que se han producido en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por la Ley N° 27.063 (aún no ha entrado en vigencia por cuestiones de *“implementación”*), no son significativas. El nuevo artículo 204 señala que: *“Tendrán obligación de*

denunciar los delitos de acción pública: a. los magistrados y demás funcionarios públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones; b. los médicos, farmacéuticos o enfermeros, siempre que conozcan el hecho en el ejercicio de su profesión u oficio, salvo que el caso se encuentre bajo el amparo del secreto profesional...”

En definitiva, en uno y otro caso (ley de fondo y de forma) el legislador ha entendido que la conjugación de ambos artículos no colisionan y son claros en su redacción, o, simplemente, ha querido dejar librada su interpretación a los señores jueces.

15. Diez Razones.

En el diario “Página 12”, del 9 de marzo del 2015, la Dra. María Elena Barbagelata afirma que hay diez razones para dar el debate sobre la despenalización del aborto.

1. Porque penar la interrupción voluntaria del embarazo implica considerar que la mujer no es un sujeto de derecho sino una cosa. Que no puede decidir sobre su cuerpo, no tiene libertad ni dignidad como ser humano que merezca el respeto a su capacidad de decisión sobre su salud, su maternidad, sus proyectos y planes de vida y su privacidad. Implica que la mujer es considerada como una cosa, sobre la cual otros deciden por ella.
2. Porque penar es discriminatorio, ya que la aplicación de esta pena afecta a las mujeres en forma desproporcionada. La discriminación no sólo es directa, también asume formas indirectas: es cuando los efectos negativos pesan sobre las mujeres y no sobre todos los miembros de la sociedad en general, y con mayor razón, cuando sus efectos recaen en especial sobre las mujeres pobres.
3. Porque penar no previene la interrupción del embarazo.
4. Porque no se cumple la finalidad de la pena, cuyo objetivo es la resocialización de quien es sancionado, tal como afirma nuestra Constitución Nacional. Sólo sirve como castigo y genera un trato cruel hacia las mujeres.

5. Porque lo que se castiga es, en definitiva, la decisión de no querer convertirse en madre.

6. Porque existen disponibles otros recursos más idóneos para evitar los abortos, que son medidas extra-penales, es decir fuera del derecho penal: medidas de seguridad social y de salud sexual y reproductiva, incluyendo educación sexual.

7. Porque penar además de ser un recurso inidóneo es innecesario. Su efecto real conduce a aumentar los abortos inseguros y la mortalidad materna. La pena por aborto es contraria al principio de necesidad.

8. Porque la pena debe ser el último recurso: la "ultima ratio" por su naturaleza represiva, cruel y discriminatoria. Antes están las medidas extrapenales.

9. Es inaplicable. En la práctica no hay casi denuncias ni condenas. La figura penal opera como una amenaza que termina fortaleciendo el circuito económico de las prácticas de salud, con el riesgo de que quien no puede pagar, termine en el aborto inseguro con riesgo de vida. Si realmente fuera una pena aplicable, tendríamos que estar privando de la libertad por lo menos a 500.000 mujeres por año (es el número estimativo de abortos anuales) más los profesionales intervinientes, lo que da la pauta del despropósito de los que insisten en mantener esta figura penal.

10. No estamos discutiendo la legalización del aborto en cualquier tiempo de la gestación. Las propuestas legislativas y la legislación comparada admiten la decisión de interrumpir el embarazo voluntariamente en las primeras semanas de gestación. Es necesario reconocer y armonizar los derechos de la madre con otros derechos que tendrán una protección gradual e incremental en el derecho, según su desarrollo. Pasadas las 14 semanas prácticamente ninguna legislación admite la interrupción excepto otras causales que comprometan la salud, la vida o la integridad de la mujer.

Nadie está a favor del aborto, pero queremos discutir otras soluciones. Estamos propiciando un debate en serio que encauce la cuestión fuera del derecho penal y dentro del derecho a la salud con un enfoque de los derechos humanos de las mujeres, libres y dignas.

16. Una muerte más. Y van ...

Mónica Menini, abogada, especialista en Género y Políticas Públicas, es miembro de “Católicas por el Derecho a Decidir”, el 19 de diciembre de 2014 escribió:

Laura Veroni tenía 27 años y cuatro hijos de 12, 8, 6 y 4 años, trabajaba en la Cooperativa Evita XXI del programa Ellas Hacen. Denunció varias veces a su pareja por violencia familiar. El domingo por la mañana llegó al Hospital Público Materno Infantil sintiéndose muy mal. Según los médicos, la joven estaba con mucha fiebre y no podían bajarle la temperatura. Luego descubrieron que presentaba septicemia. Fue entonces cuando Laura contó que le había pagado a una señora para abortar. El miércoles 17 de diciembre, Laura falleció.

En el año 2011 después de la muerte por aborto clandestino de una niña de 13 años, el ministro de Salud de la provincia de Salta dijo que de enero a septiembre habían tratado 1608 abortos en la Maternidad de Salta, de los cuales 499 habían sido de extrema gravedad. Después de ese dato, que parece que se le escapó al ministro, nunca más tuvimos datos sobre aborto en Salta, están cerrados con siete llaves. Ni pedidos de informes de legisladores, contesta el ministerio.

Por si a alguien se le ocurre decir o pensar “por qué no se cuidó antes de abortar”, empecemos por decir que la violencia crónica en la pareja además de ser física y psicológica, económica, financiera, también es sexual.

Por si a alguien se le ocurre decir o pensar “para qué tienen tantos hijos, será para cobrar las asignaciones”, empecemos por decir que Laura tuvo su primer hijo a los 15 años y fue una más de las adolescentes que en Salta nunca tuvieron educación sexual integral. Aunque sí tuvo seguro educación religiosa, aunque haya concurrido a una escuela pública (porque en Salta es ley lo que es inconstitucional). Digamos que en el año 2013 el embarazo en la adolescencia, según las cifras oficiales, subió de 17 a 22 por ciento.

Por si a alguien se le ocurre decir o pensar que “esta mujer estaba en contra de la vida”, empecemos por decir que quienes siguen sosteniendo la hipocresía del aborto clandestino son los que están a favor de la muerte, no es verdad que están

a favor de la vida, porque Laura... está muerta y sus hijos, su madre, sus compañeras de la cooperativa la querían viva, tenía mucho por hacer, mucho amor por dar a sus hijitos, mucha vida por delante.

Ni una muerta más por aborto en Argentina. La legalización del aborto es una deuda de la democracia para con los derechos humanos de las mujeres. Como señala el lema de la Campaña por el Derecho al Aborto legal, seguro y gratuito: "Educación sexual integral para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir".

Publicado por el diario "Página 12".

17. Otras diez razones.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) publicó un cuadernillo donde señala que el aborto:

1. No disuade a las mujeres de practicarse abortos.
2. Afecta, restringe y viola derechos humanos fundamentales de niñas, adolescentes y mujeres.
3. Induce a las mujeres a recurrir a métodos de aborto inseguros y riesgosos para su vida y su salud. En Argentina se estima que se practica un promedio de entre 486 mil y 522 mil abortos clandestinos al año.
4. Aumenta la mortalidad y morbilidad de las mujeres por abortos inseguros.
5. Impacta negativamente en el acceso a los abortos legales.
6. La falta de acceso a abortos seguros cuando está en riesgo la vida o salud de la mujer produce muertes indirectas. Las últimas estadísticas oficiales, de 2012, muestran que el 30 por ciento de las muertes de mujeres se debieron a causas obstétricas indirectas: mujeres que fallecieron por un problema de salud que se agravó como consecuencia del embarazo, parto o puerperio. La muerte de muchas de estas mujeres era evitable si hubiesen recibido consejería integral en anticoncepción que les permitiera prevenir un embarazo que afectara aún más su estado de salud o si, una vez embarazadas, hubiesen sido asesoradas acerca de

los riesgos para la salud o informadas de su derecho a interrumpir el embarazo en condiciones legales y seguras.

7. Tiene un impacto diferenciado en mujeres pobres y jóvenes. Las mujeres de nivel socioeconómico medio y alto acceden a una atención sanitaria adecuada y segura y, en general, no sufren complicaciones postaborto. Las de bajos recursos, en muchos casos adolescentes, se ven obligadas a practicarse intervenciones en la clandestinidad y en condiciones sanitarias precarias.

8. Expone a las mujeres a ser víctimas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes y de violencia institucional.

9. Valida un mercado millonario y clandestino que lucra con la autonomía de las mujeres. El mercado paralelo moviliza alrededor de mil millones de pesos al año por abortos clandestinos, según cálculos de 2009. En los últimos años, estas cifras se elevaron en forma exponencial.

10. La norma penal es escasamente aplicada.

18. Jurisprudencia: aborto eugenésico y sentimental.

Eugenésico. El 31 de julio de 2006 la Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, resolvió la causa Ac. 98.830, "*R.L.M., N.N. Persona por nacer. Protección. Denuncia*".

La intervención de la SCBA tuvo lugar luego de que la Cámara en lo Civil y Comercial de La Plata confirmara la sentencia de primera instancia que rechazaba la autorización de interrupción del embarazo pedida por V.D.A. -madre de R.L.M.- que era una menor de 19 años con discapacidad mental y que había sido violada, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 86, Cpn. R.M.L., con serias dificultades para comprender los hechos y dirigir sus acciones, quedó embarazada luego de haber sido violada, aparentemente, por su tío. Al momento de radicar la denuncia, su madre manifestó: "*...Yo sólo quiero saber si es posible interrumpir este embarazo, dado que mi hija por la discapacidad que padece, no se encuentra en condiciones de traer a un hijo al mundo, y tampoco podemos junto a mi otra hija hacernos cargo del bebe que está por nacer*".

Llegado el asunto a sede judicial, la UFI N° 5, se opuso a la práctica por considerar que no estaban debidamente probados los requisitos que exige el artículo 86 Cp. para el aborto eugenésico. El fallo es adverso, prohibiéndose el aborto y la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata confirma el decisorio. Finalmente, la Corte de la provincia de Buenos Aires lo autorizó.

Sin embargo, los médicos del Hospital San Martín de la ciudad de La Plata al que concurrió la menor se negaron a actuar, atento el avanzado estado de su embarazo (siete meses). En definitiva no cumplieron con el fallo.

La médica del Servicio de Ginecología, Liliana Soria, quien calificó el estado de L. M. R. y del feto como perfecto, explicó que, según lo concluido tras los estudios pre quirúrgicos, *“estamos frente a un caso en el que ya no puede practicarse un aborto sino una inducción a un parto inmaduro, que no es lo que dispuso la Corte”*.

De los votos de los jueces se pueden extraer los siguientes argumentos: La falta de necesidad de autorización judicial para proceder al aborto cuando se satisfacen las exigencias del artículo 86, inciso segundo, Cpn., esto es, la violación; la incapacidad de la víctima; y la autorización de su representante legal. En definitiva, si el embarazo es fruto de una violación, se produce una colisión derechos y el aborto está permitido puesto que prima la libertad sexual de la mujer. También sostuvo el tribunal que los derechos no son absolutos sino que admiten una razonable reglamentación siendo, precisamente, el referido artículo 86 (Cpn.) una de ellas.

Uno de los magistrados, el Dr. Soria, manifestó que no es posible equiparar jurídicamente al feto con una persona ya nacida, no encontrando en la Constitución pauta alguna que obligue a tal consideración; y por tanto consideró que la vida del feto, concebido como producto de una violación, se opone directamente con la dignidad de la mujer (con fundamento en la tutela de su honor, la reserva y pudor sexual, así como el derecho a la autodeterminación de su plan de vida y su maternidad). A su turno, el Dr. Roncoroni señaló que el citado artículo 86, inciso segundo (Cpn.) aún no ha sido derogado por lo que se

encuentra en plena vigencia y en consecuencia debe ser cumplido, obviamente, cuando se den las causales que exige la norma para proceder el aborto.

Finalmente, cuadra mencionar que las disidencias que se plantearon fueron, en general, fundadas con base en los Tratados internacionales que protegen la vida desde el momento de su concepción; y, en particular, por considerar que en el caso no tendría sentido causar la muerte del feto, por cuanto esa resolución no evitaría ningún daño mayor.

Días después de dictada la sentencia, la familia, acompañada de organismos de mujeres, contactó distintos hospitales y centros de salud, dentro y fuera de la provincia, pero ninguno accedió a realizar el aborto. Pese a ello, la madre logró que se practicara de manera clandestina el aborto de su hija el 26 de agosto de 2006.

Toda esa inercia burocrática provocó que el caso llegara a Naciones Unidas. El 29 de marzo de 2011 el Comité de Derechos Humanos (ONU), mediante Comunicación CCPR/C/101/D/1608/2007, sancionó a la República Argentina por inacción y desprotección a la joven, obligando al Estado a una indemnización adecuada, además de advertirle que tomara medidas para que hechos similares no se repitieran en el futuro.

Sostuvo: "9.4 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora en el sentido de que el Estado parte, al no disponer de mecanismos para que a L.M.R. se le permitiera interrumpir su embarazo, es responsable por omisión de una violación del artículo 2 del Pacto. El Comité observa que los recursos judiciales promovidos internamente para garantizar el acceso a la interrupción del embarazo fueron resueltos favorablemente para L.M.R. con el fallo de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, para llegar a ese resultado la autora debió pasar por tres instancias judiciales, el período del embarazo se prolongó de varias semanas, con las consecuencias que ello implicaba para la salud de L.M.R. y motivó que, finalmente, tuviera que acudir a su realización de manera clandestina. Por estas razones el Comité considera que la autora no dispuso de un recurso efectivo y

que los hechos descritos configuran una violación del artículo 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 7, 17 y 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto.

11. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a L.M.R. medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada. El Estado parte tiene también la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro.

12. (...) el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen."

Sentimental. El 13 de marzo de 2011, en la causa “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, (F 259 XLVI), la Corte de Justicia de la Nación se expidió acerca del alcance de la causal de no punibilidad del aborto contenida en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal; concretamente, la no punición del aborto si el embarazo proviene de una “*violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*”.

Los hechos: el 3 de diciembre del año 2009 la señora A.L.F., se presentó ante el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Comodoro Rivadavia y, conforme el relato que le formulara su hija, denunció que su marido “... el viernes 13 de noviembre de 2009 a la noche, cuando todos dormían, N. fue a la cama de A.G., que estaba durmiendo en la misma habitación con sus hermanas K.G. y L. N.. Ella se despertó y advirtió que N., le estaba sacando la ropa, quiso resistirse y él le hizo señas de que no dijera nada y se le sube encima queriendo penetrarla. Ella sentía dolor y aunque ella no habló mucho, le dijo que le hizo doler y por preguntas de la denunciante a su hija cree que N. la penetró y eyaculó. A.G. le

dijo que cuando N. salió de arriba de ella se fue al baño y vio que le sangraba la vagina y largó líquido. Dice que su hija tuvo miedo de gritar por las represalias que N. podía tomar contra su abuela que dormía en la habitación de los varones pues sabía que N. tiene su arma reglamentaria en la casa y que es violento pues ya le había pegado a la denunciante ...". Manifestó que en esa ocasión ella había viajado a Buenos Aires para unos controles médicos de otro de sus hijos y que la niña había quedado al cuidado de la abuela.

Lo más relevante de lo resuelto por el tribunal se vincula con la interpretación que realiza de esa norma, al sostener que se encuentra alcanzada toda violación, sin importar si se trata de una mujer idiota o demente o cualquier mujer. Indicó que resolver de manera forma contraria el Estado argentino incurriría en severa responsabilidad internacional, toda vez que no estaría acatando las recomendaciones de organismos internacionales.

También estableció que no es necesaria autorización judicial para la realización del aborto en esos casos; y, además, que alcanza con una declaración jurada para probar la violación, sin necesidad de denuncia policial ni pruebas ciertas de la violación de la que fue víctima la mujer. En definitiva, que: *"manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal."*

A más de lo dicho, la Corte también considero que tal vez el requisito único de la declaración jurada pudiera dar lugar a "violaciones ficticias" (es decir, mujeres que podrían concurrir a realizarse el aborto pero no por haber sido producto el embarazo de una violación sino de una relación consentida). Y a ese dilema respondió: *"no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud."*

Y, como se ha señalado más arriba, los jueces exhortaron a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos y a disponer un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. Sin embargo, también como se dijo, a más de tres años del fallo, sólo las provincias de Chubut, Santa Fe, Chaco, Jujuy, Misiones, Tierra del Fuego, La Rioja y Santa Cruz han cumplido con el fallo de la Corte, mientras que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias de Río Negro, Neuquén, Salta, Entre Ríos, La Pampa, Córdoba y Buenos Aires, si bien dictaron “protocolos” incluyeron requisitos no exigidos por el tribunal, con el único designio de obstaculizar las prácticas.

Con independencia de lo resuelto por nuestra Corte, fue muy importante y rico en ideas el dictamen que elaboró la Dra. Stella Maris Martínez, titular del Ministerio Público de la Defensa (publicado en La Ley, el 15/03/2012). Allí dijo que en el derecho civil *“...desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (art. 63º Cód. Civil) pero priva a las personas por nacer de la mayoría de lo que suelen considerarse atributos fundamentales de las personas, como el nombre, estado y domicilio. Tampoco pueden adquirir todos los derechos, sino sólo algunos, como si hubiesen nacido (art. 60º Cód. Civil). Y no pueden contraer obligaciones, ya que se los considera como si hubiesen nacido solamente para todo lo que sea favorable, lo cual contradice el concepto mismo de persona (todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; art. 30 Cód. Civil). El remate de esta situación ficcional, donde una persona por nacer se considera como si fuese igual que una persona nacida, acarrea otra irrealidad que es pura creación legal, dado que si naciere sin vida o muriese antes*

de estar completamente separado del seno materno, se considera al feto como si nunca hubiese existido (art. 74° Cód. Civil).”.

19. Análisis del delito de aborto en nuestra legislación vigente. Código Penal.

No puedo concluir el artículo sin antes hacer alguna referencia a las figuras del aborto que castiga nuestro Código penal; y en el acápite que le sigue haré algunas manifestaciones respecto de las “nuevas” modificaciones que propicia el Anteproyecto. Y ex profeso las he dejado para el final porque el objeto de estas notas es bregar por una mejor comprensión acerca de la necesidad y las razones que imponen la urgente despenalización de esa conducta. Ninguna veleidad por pretender que todo lo aquí escrito pueda asemejarse siquiera a un vademécum sobre el aborto. Toda la jurisprudencia nacional, citada en apretada síntesis, tuvo por objeto comparar los tan disímiles fundamentos que los señores jueces utilizaron para fundar sus fallos. Y los precedentes internacionales espero que hayan sido de utilidad para conocer qué sucede con el aborto en otras latitudes.

Hecha la aclaración, sabido es que el delito de aborto se encuentra tipificado en los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal de la Nación Argentina.

Haré una breve síntesis acerca del delito y los tipos penales, por si algún lego trasnochado recaló en estas páginas y aún persiste en su lectura, a consecuencia, únicamente, de su insomnio. Contribuiré, al menos, a que logre conciliar el sueño.

El delito de aborto.

1. Su bien jurídico protegido es la vida del feto, concebido pero aún no nacido.

La doctrina nacional sostiene que la razón de ser del castigo atenuado, por intermedio de la figura del aborto, estriba en que no puede ser equiparado en gravedad con el homicidio, pues la vida en aquél caso no puede considerarse definitivamente adquirida, en tanto es una esperanza más que una certeza; de ahí la diferencia de penalidades. De todas formas lo que se tutela es la vida del feto con independencia de la vida de la madre.

2. Se ha visto supra que las legislaciones sobre la punición del aborto varían singularmente en cada país, desde la restricción total que existe en Chile, las excepciones que rigen en otros, como el aborto terapéutico o eugenésico, la inclusión de las figuras del aborto preterintencional, el culposo, las lesiones al feto, y hasta la “cuasi” despenalización total como sucede en los Estados Unidos de América, a partir del año 1973, conforme el fallo “Roe vs Wade”, oportunamente analizado.

3. En nuestro país fue penalizado desde la sanción del primer Código Penal (1886) sufriendo, según las reformas y los gobiernos innumerables modificaciones, encontrándose vigente actualmente la redacción original del Código del año 1921.

También hemos visto las razones que esgrimen unas y otras posturas, sean a favor o en contra por la no punición del aborto. Dijimos que, entre las primeras, se ubican las que sostienen que se trata de una restricción de la autonomía y autodeterminación de la mujer, no se cumple la finalidad de la pena que es la de resocialización, porque en definitiva lo que se castiga es la decisión de no querer convertirse en madre, porque la pena debe ser la última ratio, porque se induce a las mujeres a recurrir a métodos de aborto clandestinos, etcétera. Mientras que entre las segundas están las ideas que se inclinan por entender, básicamente, que la protección penal comienza con la concepción, pues desde ese momento hay una individualidad genética, esto es, hay un nuevo código genético, singular e irrepetible que debe ser objeto de protección penal, y que los Estados tienen la exigencia ética de proteger la vida y la integridad de los individuos, al tiempo que expresan que los legisladores no pueden, no tienen derecho a determinar quién es humano o no a los efectos de su protección jurídica.

4. Sentado lo expuesto, y como es sabido, la materialidad del hecho consiste en la interrupción del embarazo con muerte al feto, sin distinción acerca la fecundación (natural o in vitro) o la anidación. En este aspecto cabe recordar los fallos citados en el punto 9, concretamente CSJN, causa T. 421. XXXVI, “Tanus, S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, CSJN causa P. 709.

XXXVI, "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", y CIDH, caso Serie C N° 257, "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica".

5. Sin dudas nada importa si el feto ha muerto dentro del cuerpo o expulsado por la madre, pues, lo único que interesa para la materialidad del hecho es que le dé muerte al feto. Sin embargo, la discusión en la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es la relativa a que la muerte debe haberse causado "antes de comenzar a nacer"; y aquí radica el quid de la cuestión, si se recuerdan esas opiniones que consideran que el nacimiento se inicia "con los dolores del parto o, para ser más exactos, con el parto y, por tanto tipifican los hechos como constitutivos del delito de homicidio. Así lo vimos en el punto 10, en los casos C.C.C., Sala VII, causa 31.364 "Nicolotti, Ana María y otra s/ homicidio culposo" y C.C.C., Sala IV, causa N° 712/10, "M., A. y otros s/ homicidio culposo", en sentido contrario, C.C.C., Sala V, causa 28.628, "Fraguas. Liliana y otras s/homicidio culposo.

6. El aborto, como todo delito doloso, está sometido a los principios generales tanto en lo que hace a la participación como en materia de tentativa, en este caso, quien comienza su ejecución (intención de dar muerte al feto) "*...pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...*" (artículo 42 Cpn.), cometerá el delito en grado de tentativa, esto, disminución de la pena de un tercio a la mitad. Con la salvedad de lo dispuesto por el artículo 88, in fine: no es punible la tentativa de la mujer que hubiese pretendido causar su propio aborto.

7. Los artículos 85, 86, primera parte, y 88 son dolosos. En los dos primeros el autor será siempre un tercero, aclarando que en el artículo 86 únicamente podrán serlo "los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos"; y en el último (88) sólo podrá ser sujeto activo la propia mujer.

En todos los casos, el dolo requerido es directo: la intención de provocar la interrupción del embarazo, obviamente, conociendo la existencia de este último.

Además, en el artículo 85, primera parte, aparecen significativos agravantes de pena, si el hecho fue cometido sin consentimiento de la mujer. Y tanto en su

primera como en su segunda parte, también se agravan las penas considerablemente si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. La pena es menor si se practica el aborto con consentimiento de la mujer.

Con relación al consentimiento, alcanza con decir que a la mujer se la castiga por la realización de las maniobras abortivas con su consentimiento, lo que la convierte en coautora, y éste debe ser personal y puede ser expreso o tácito, debiendo ser la mujer capaz en los términos de la legislación penal, por lo que quedan fuera las menores, las inimputables y las que actuaren por error o amenazas.

Ahora bien para los autores que actuaren sin el consentimiento de la mujer, la pena, como se vio, aumenta en proporciones, pues, se eleva de uno a cuatro años de prisión (con consentimiento) a un mínimo de tres y un máximo de diez años, tanto si el aborto lo realiza "un lego" (artículo 85) o un "*médico, cirujano, partera o farmacéutico*" (artículo 86) "*...que abusare[n] de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperare[n] a causarlo.*"

Así como el Código agrava las penas en los artículos 85 y 86, primera parte, dependiendo de que el aborto se realice con o sin consentimiento de la mujer, también se agravan, obviamente, "*...si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.*" En ambos casos los mínimos no se modifican. En definitiva: con consentimiento más resultado muerte el máximo de la pena se eleva a seis años; mientras que sin consentimiento pero con idéntico resultado, el máximo puede elevarse a quince años.

Algunas pocas cuestiones que parecen obvias pero deben ser aclaradas.

a.) ausencia de dolo de homicidio; simplemente la muerte debe ser el resultado de las maniobras abortivas llevadas a cabo por el autor; b.) no importa si se consumó o no (grado de tentativa) la interrupción del embarazo; c.) tratándose de un aborto seguido de la muerte de la mujer, son indispensables dos requisitos: el embarazo y el feto vivo al momento de iniciar la práctica que luego conducirá a la muerte. Se colige de lo expuesto que si la mujer no estaba embarazada o el feto estaba muerto al momento de dar inicio a las maniobras abortivas que finalmente le

ocasionaron la muerte, estaremos frente a un caso de homicidio culposo en curso con tentativa de aborto imposible

8. En el párrafo primero del artículo 86, el Código penal establece la pena que corresponde a "*los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos*" que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o que cooperaren a causarlo. Las penas privativas de la libertad, según que el aborto se cause con o sin el consentimiento de la mujer, son las mismas determinadas en los incisos 1º y 2º del artículo 85, respectivamente. La agravación consiste en la inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

La norma requiere, como condición sine qua non que el profesional "abuse" de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperar a causarlo. Es decir, su intervención debe ser maliciosa para causar el aborto o cooperar a provocarlo; en modo alguno está actuando en protección a la salud del feto o de la madre.

Una importante distinción merece ser señalada: cuando la ley menciona el caso del profesional que causa el aborto, éste actúa en calidad de autor, mientras que el que coopera a causarlo, sin distinguir entre las modalidades de los artículos 45 y 46 (Cpn.), queda claro que los equipara y, en consecuencia, su accionar debe ser entendida como cualquier ayuda que presta, a sabiendas de la ilicitud del acto. Finalmente, queda claro que únicamente podrán ser sujeto activo del delito los médic@os, cirujan@os, parter@as o farmaceutic@s, precisamente, porque la enumeración es taxativa, y sólo respecto de ellos se agrava la pena, a consecuencia de la condición profesional del autor. Por tanto, no se incluyen en la norma, por ejemplo l@s enfermer@s o cualquier otr@ auxiliar de la ciencia médica.

Una reflexión final: sinceramente dudo si esta figura que castiga a los profesionales del arte de curar (con independencia de razones éticas o juramentos hipocráticos) no constituye un exceso de penalidad, toda vez que, en caso de que la mujer decida abortar, es decir, con su consentimiento y libre voluntad, seguramente, la intervención del facultativo disminuirá, significativamente, el riesgo para la vida y la salud de la embarazada, por lo que,

al menos *“prima facie”*, aparece como un contrasentido mantener esta hipótesis agravante de la pena.

9. El artículo 86 (Cpn.), segunda parte, se refiere a los abortos denominados “impunes”; y en su primer inciso al que se denomina “terapéutico”, y en su segundo a los llamados “sentimental y eugenésico”; con la siguiente salvedad: no se prevén en el Código vigente el aborto culposo, así como tampoco las lesiones dolosas o culposas al feto, que sí aparecen en el Anteproyecto.

Así pues, el aborto practicado por un médico, 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.

Respecto al primer inciso (terapéutico) téngase presente que el aborto debe ser practicado por un médico que ha diagnosticado que con la continuidad del embarazo corre peligro la vida o la salud de la madre. Y, por tanto, aconseja llevar adelante la práctica. Sólo cabe una pregunta en cuanto al consentimiento de la madre, si se diera el caso de un estado de inconsciencia a consecuencia de la afeción de la aflige; por esa razón es que parte de la doctrina sostiene que la norma es innecesaria, toda vez que este supuesto se encuentra contemplado dentro de las causales de estado de necesidad que indica el artículo 34, inciso 3º (Cpn.) *“El causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”*, sin necesidad en ese caso de requerir el consentimiento de la mujer.

Otros reparos que merece la norma es que sólo se refiere al peligro que corre (además de la vida), la salud de la madre, entendida únicamente como “salud física”, excluyendo su “salud mental”. Para el caso, recuérdese el precedente citado en el punto 18, SCJ Buenos Aires, causa Ac. 98.830, “R.L.M., N.N. Persona por nacer. Protección. Denuncia”, (31/07/2006), y lo resuelto, en ese

aspecto, por el Comité de Derechos Humanos (ONU), CCPR/C/101/D/1608/2007 (29/03/2011).

Sobre el particular la Corte Constitucional de Colombia en el fallo C-355/2006, ha señalado que *“En todo caso, esta hipótesis no cubre exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.”*

Con relación al segundo inciso, esto es, un embarazo que *“...proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente...”*, cabe señalar que su redacción original, conforme las modificaciones introducidas por la Ley N° 23.077, derogó la norma que por la Ley 21.338, disponía (creo que de manera más clara que el texto actual): *“Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”*.

Lo cierto es que con la redacción original se han generado infinitos debates en la doctrina e innumerables fallos contradictorios, con relación a si la figura alcanza a cualquier violación o sólo si la víctima fuere mujer idiota o demente, justamente porque no ha podido consentir libremente la acción.

A ello me referiré *infra*, pero previamente quiero hacer alguna salvedad que también ha generado dudas: por qué razón se incluye “atentado al pudor” si éste no provoca embarazo alguno, conforme una interpretación hermenéutica de las normas vigentes al momento de la redacción del Código (en particular, el artículo 127 de aquel entonces).

Con excelsa claridad lo explica Guillermo A.C. Ledesma en su obra: *“...no debe olvidarse que la expresión 'atentado al pudor', si bien es utilizada en doctrina, nuestra ley no la utiliza para denominar delito alguno. Quedaba, pues, como única*

interpretación lógica la que sostenía que con la frase ‘atentado al pudor sobre mujer idiota o demente’, se había querido significar la violación de una mujer privada de razón, captada por la primera parte del inciso 2º del artículo 119 (tercer párrafo, en función de uno de los supuestos posibles del primer párrafo, in fine, del art. 119 reformado por la ley 25.087) ... Se llega así a la conclusión de que el inciso 2º ... prevé el aborto sentimental, referido a cualquier modalidad de la violación, y el aborto eugenésico exclusivamente para el caso de la mujer idiota o demente. El motivo de la inclusión, al parecer inexplicable, de los términos ‘atentado al pudor’ parece ser el que Soler explica: en el Derecho alemán, cuya terminología siguió en esta parte el proyecto suizo, se denominaba técnicamente con vocablos distintos la violación cometida con violencia, a la que se designa como Notzucht, y la que se cumple con mujer idiota o alienada, a la que se califica de Schändung (Código Penal alemán, # 176, 2: Schändung, # 177: Notzucht). En la versión alemana del proyecto suizo: los artículos 164: Notzucht; y 166: Schändung. A ambas se hacía referencia en el proyecto, en cuya versión francesa aparece la palabra Schändung traducida como attentat à la pudeur d’une femme idiote, aliénée, inconsciente ou incapable de résistance. Al traducirse al castellano, las palabras ‘atentado al pudor’ resultaron extrañas a la nomenclatura de nuestra ley, e incomprensibles si se utiliza una terminología puramente doctrinal. La misma inclusión de los casos de mujer inconsciente o incapaz de resistir, en el proyecto suizo, denota que se preveían allí las otras hipótesis del derogado art. 119, inciso 2º (ahora 119, primer párrafo, in fine, en función de la conducta típica descrita en el tercer párrafo y agravada en el cuarto) y, por tanto, también el aborto sentimental.”. (“Tratado de Derecho Penal”, Parte Especial, La Ley, 2013).

Algo más; para la doctrina que sostuvo que el artículo era aplicable sólo para la violación sobre una mujer idiota o demente y no sobre mujer sana, entendían sus autores que la exigencia del requisito del consentimiento del representante legal así lo demostraba; sin embargo, quienes pensaron en la amplitud de la norma,

consideraron que también se requiere el consentimiento cuando se trata de una mujer sana pero, por ejemplo, menor de edad.

Aclarado el asunto, es imperioso recordar, la jurisprudencia que se indicó en el punto 18; concretamente: CSJN. Fallo F 259 XLVI, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, cuando resolvió que en el artículo en análisis debe entenderse que se encuentra comprendida cualquier violación.

En síntesis, el denominado "aborto sentimental" es el que se practica sobre una mujer "sana" o, si se quiere, "capaz" que ha sido violada, mientras que el "aborto eugenésico" es el que ocurre sólo si la mujer violada es "idiota o demente".

En otro aspecto relacionado con el tema, debe tener presente que no se requiere autorización judicial para la realización del aborto en esos casos, bastando con una declaración jurada para probar la violación, sin necesidad de denuncia policial previa.

Por último, agrego dos párrafos de la referida sentencia colombiana C-355/2006 que parecen oportunos para la ocasión:

“Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: ... c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.”.

Y, *“La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos. En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique*

violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.”.

10. El artículo 87 del Código castiga con pena de prisión de seis meses a dos años, al que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

Queda claro que no se da en el caso el dolo directo (intención de causar el aborto) requerido en el artículo 85, sino que trata de un aspecto negativo de la culpabilidad.

Es decir, el sujeto actúa con violencia (mediante una acción que pretende provocar un daño sobre la mujer) pero sin el propósito de provocar el aborto; siempre que el embarazo fuere notorio o le constare, exigencias obviamente necesarias para que pueda resultar previsible que con aquella fuerza o actos violentos que ejerce, provoque el resultado muerte del feto. No debe olvidarse que el artículo 78 (Cpn.) dispone que “Queda comprendido en el concepto de ‘violencia’, el uso de medios hipnóticos o narcóticos.”.

La tentativa no es posible en este caso, puesto que debe faltar el llamado dolo de propósito característico de esa forma imperfecta de comisión.

11. El artículo 88 del Código establece que *“Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.”.*

Se trata de un aborto doloso cometido por la propia mujer, ya que, como se vio, no existe en nuestra legislación el aborto culposo.

También el artículo prevé el caso de que el aborto sea cometido por un tercero pero con el consentimiento de la mujer, y a ese consentimiento hice referencia al principio del capítulo, por lo que corresponde remitirse *brevitatis causae*. Sin

embargo, bien vale una aclaración: si ella desiste, es decir, se retracta, y su desistimiento es voluntario y expresado de manera inequívoca hasta el momento de la consumación, su acción será impune, pero si el tercero continuara con la práctica, el hecho para él se transforma en aborto sin consentimiento.

Algo más; la norma dispone que la tentativa de aborto provocada por la propia mujer no es punible; y tampoco debe serlo para quienes colaboraron, en función de los principios generales de la participación, precisamente, porque el propio Código determinó que el hecho en sí mismo, esto es, la tentativa de aborto provocada por la propia mujer embarazada no sea punible. En síntesis no hay partícipes, en los términos de los artículos 45 y cc. (Cpn.), simplemente, porque no hay delito.

Brevemente analizado el artículo 88 (Cpn.) me restan dos aspectos:

1. Todo lo que se ha dicho hasta aquí en este trabajo, precisamente referido a la punición de la conducta de la mujer que causare su propio aborto; particularmente, las estadísticas, el Proyecto de Ley N° 2249_D-2014, los Tratados internacionales, la jurisprudencia internacional, el derecho comparado, los precedentes nacionales y el Anteproyecto, resultan aplicables, de manera obvia, a este artículo.

Pero, particularmente lo que se dirá en el capítulo siguiente al tratar el artículo 84 que la Dra. María Elena Barbagelata presentó en disidencia. Allí se exponen las razones por las cuales aquel artículo (88) debe ser derogado o, al menos, aprobado el texto que ella propone.

2. Dicho esto, también resulta del caso que se recuerde la jurisprudencia y la doctrina que se citó en referencia a este artículo. Con relación al secreto profesional y la obligación de los médicos de denunciar los hechos que llegan a su conocimiento, en ejercicio de su profesión, por boca de la propia mujer que interrumpió o pretendió interrumpir voluntariamente su embarazo. Ellos fueron: C.C.C., Plenario "*Frías, Natividad*", resuelta el 26/VIII/1966, J.A., 1966-V); CSJN, Z. 17. XXXI, "*Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737*"; CSJ Santa Fe, "*Insaurralde, Mirta -aborto provocado-*" (Reg. A y S t 148 p 357-428),

C.C.C., Sala VII causa "Gallo, N."; (que mereció el reproche de la Asociación Argentina de Mujeres Jueces); CSJN B.436 – XL, "Recurso de hecho deducido en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° 4733"; "Roe v. Wade", 410 US 113 (1973); y Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/2006.

20. Análisis del delito de aborto en el Anteproyecto.

No me explayaré demasiado en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Decreto PEN N° 678/12), debido a que tiene importantes disidencias; y, sin dudas, su debate parlamentario será enorme y sufrirá importantes modificaciones, por lo que poco serio resultaría que lo analice in extenso.

Sin embargo, como dije más arriba, sí habré de referirme a las nuevas figuras introducidas: el aborto culposo y las lesiones al feto, así como a la mayor incriminación a algunas conductas, al menos para exponer cuáles fueron las razones que llevaron a la Dra. Barbagelata a plantear sus disidencias que, adelante, son sólidas en sus argumentos.

Pero debo dedicarle un párrafo a mi desconsuelo, si tenemos en cuenta que este Proyecto, y al que me he referido con beneplácito en otras notas, y es de vanguardia comparado con el vigente, por ejemplo, al incluir, en la parte general, el principio de humanidad, personalidad y proporcionalidad (1), o sobre la exención de pena con fundamento en la teoría de la insignificancia, y la exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo, en referencia a los pueblos originarios y sus costumbres (19), así como también en lo que hace a las penas alternativas de prisión (22), a los nuevos delitos que se incluyen en las acciones públicas dependientes de instancia privada (43), a las sanciones a la personas jurídica (59), y, en particular, a la inclusión de delitos como el Genocidio (64), la desaparición forzada de personas (65), los crímenes de guerra (67), la trata de personas (111), la protección a los derechos intelectuales, marcas y patentes (150 y ss.) y, la inclusión especial de los delitos perpetrados contra el ambiente, la flora y la fauna (204), entre otros, no permite comprender con exactitud porqué razón en materia de aborto no se ha avanzado un ápice sino

que, por el contrario, se ha retrocedido, al incluir figuras arcaicas como las lesiones al feto, el aborto culposo, o el aumento de penas en el homicidio preterintencional. Y si bien se ha tenido en cuenta el fallo “*F.A.L.*” de nuestra Corte, se ha hecho caso omiso respecto de otros, por ejemplo el precedente “*R.L.M.*” que causó tantos disgustos, incluso como se vio, sanciones al Estado por parte del Comité de Derechos Humanos (ONU); y, que es de suma importancia como para haber incluido la no punición del aborto para casos donde existieren anomalías fetales incompatibles con la vida extrauterina, o estuviere en peligro la salud mental de la mujer. Pudieron haber tenido en cuenta la sentencia C-355 (a la que ya me he referido supra), dictada por la Corte Constitucional de Colombia en el año 2006 y que despenalizó, entre otros, esos dos casos recién mencionados.

No soy político y quizás sean correctas las explicaciones que brindaron respecto a la no incriminación del supuesto de la mujer que causare su propio aborto, supuestamente porque la cuestión merece un debate individual. No lo sé, no estoy seguro si no era la ocasión, porque, como se ha visto, por una razón u otra los proyectos sobre “aborto” nunca llegan al recinto y tal vez hubiera sido esta una buena ocasión para debatir. Sin embargo, algo diré al referirme a los artículos 84 y 85.

En síntesis, la regulación penal que el Anteproyecto propone sólo “avanza” en cuanto a que el aborto no es punible si es producto de una violación de la que sea víctima cualquier mujer (discusión zanjada en el caso “*F.A.L.*”), pero respecto del resto, a mi criterio, “atrassa”; lamentablemente y muy a mi pesar.

Dicho esto, y siendo tan claros y fundados los motivos que ha expuesta la Dra. Barbagelata en sus disidencias, citaré cada uno de los artículos del Anteproyecto y a renglón seguido las razones que la llevaron a plantear textos alternativos.

Artículo 84. Aborto.

1. El que causare un aborto será reprimido:

a) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. El máximo de esta pena será de QUINCE (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

b) Con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena será de OCHO (8) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2. Se impondrán las mismas penas y sufrirán, además, inhabilitación por el doble del tiempo de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

La disidencia que plantea la Dra. Barbagelata en el artículo 84, inciso 1º, lleva la siguiente redacción:

“Quien causare la interrupción del embarazo con posterioridad a las catorce semanas de gestación y con el consentimiento de la mujer, será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años.”.

Y ello va íntimamente ligado con lo establecido en el artículo 85, inciso 1º, e), razón por la cual los analizaré en forma conjunta más abajo.

Sin embargo, lo trascendente de su propuesta es el inciso 2º del citado artículo 84 que reza:

“La mujer que causare la interrupción de su embarazo o consintiere en que otro se lo causare no será punible.”.

Como se infiere, despenaliza la conducta de la mujer que causare su propio aborto. Es definitiva, ni más ni menos, que las razones que me llevaron a realizar este trabajo, por lo que sería interesante recordar todo lo leído hasta aquí para reconocer la importancia de la propuesta que María Elena Barbagelata plantea en su disidencia. (Sus fundamentos, así como los del Dr. Pinedo, conforme señalé al inicio podrán consultarse por separado –ver índice en el punto 22-).

Una breve reseña de lo que expuso la Dra. María Elena Barbagelata en sus FUNDAMENTOS:

“Consideramos que la penalización del aborto, en estas condiciones, vulnera los derechos de las mujeres a la no discriminación y a la igualdad, a la salud y a una atención médica adecuada, a la vida, a la libertad y dignidad, a la privacidad, a la autodeterminación, a decidir sobre el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos, a la libertad de conciencia y religión y a verse libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes ...

“Por tal motivo sostenemos que la criminalización no previene la comisión de abortos, no disuade a la mujer, ni al varón, ni a los profesionales, de practicar la interrupción de embarazos cuando la mujer lo decide y, por el contrario, sí intimida a las mujeres a recurrir a los servicios de salud y las impulsa a realizar las prácticas en condiciones inseguras donde arriesgan su vida y su propia integridad física, con secuelas en su salud muchas veces irreversibles. La penalización de la interrupción voluntaria del embarazo constituye uno de los delitos para los cuales se demuestra, con mayor claridad, la inutilidad de la pena con vistas a proteger la vida y/o lograr una disminución de abortos y, por tanto, su solución no se encuentra dentro del ámbito penal ...

“Cabe preguntarse por qué ante esta irrefutable y demoledora realidad se sigue insistiendo en negarle a la mujer el derecho a decidir sobre su cuerpo, sobre sus planes de vida y sobre su futuro, imponiéndosele una maternidad forzada ante un embarazo no deseado, como si fuera un objeto al que se le niega todo margen de decisión. Si realmente queremos estar contra el aborto, sin hipocresía, deberían replantearse las acciones a emprender, asegurar medidas de salud pública y de educación sexual, y dejar de lado el derecho penal que impone mayor violencia sobre la mujer y genera aún mayor lesión de derechos...”.

Y concluye:

“...se sugiere ... la no punibilidad de la mujer en ningún caso, desde que está en juego, en última instancia, su derecho personalísimo a la autonomía reproductiva ... Con esta propuesta sobre la interrupción voluntaria del embarazo pretendemos aportar una alternativa de redacción para un nuevo Código Penal que responda a

las demandas de los derechos humanos de las mujeres y salde las deudas de la democracia.”.

Anuncié que algo diría.

Quienes están en contra de la despenalización del aborto se oponen a la autonomía y autodeterminación de la mujer con relación a su embarazo y la prohibición de abortar no sólo importa la obligación de no dar muerte al “nasciturus”, sino, además, la obligación de llevar a buen término ese embarazo, con los cuidados necesarios hacia el feto hasta el momento del nacimiento. Y por supuesto que afirman que el comienzo de la vida intrauterina, léase, embrión o feto es un ser por completo diferente a la madre, llegando a sostener que ni la placenta, el cordón umbilical o el líquido amniótico, ni siquiera forman parte del cuerpo de la madre sino ha sido el propio hijo que los gestó para su primera fase de desarrollo.

Sin embargo, esta posición colisiona con los derechos de la mujer como persona, ser individual y con derechos e intereses personalísimos. Así pues, la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo implica la exigibilidad de la afectación de esos intereses. Y allí entonces es donde entran en conflicto sus intereses y los de la persona por nacer.

Resulta muy interesante lo que la Corte Constitucional de Colombia resolvió en la sentencia C-355/2006, donde hace mención a la colisión de derechos que se producen entre el “nasciturus” y la mujer que decide poner fin a su embarazo. Véase.

“El legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger. Sin embargo, ello no quiere decir que esta Corporación considere que el legislador esté obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del nasciturus, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores

constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales. Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.”.

Para concluir, y a fuerza de ser reiterativo, quienes persisten en continuar penalizando a la mujer, únicamente fundan su posición en la vida individual de la que gozaría el feto, como ser independiente de la madre; sin embargo, este aparente argumento jurídico, esconde sus verdaderas convicciones, que no están mal, pero, quizás, sean únicamente religiosas, y cuando éstas entran por puerta de los tribunales, el Derecho sale por la ventana.

Artículo 85. Aborto no punible.

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

- a) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
- b) Si el embarazo proviniere de una violación.

Respecto del inciso b) resulta importante destacar que se ha eliminado la “supuesta” limitante (porque hemos visto que ha suscitado infinitas interpretaciones) acerca de la condición de que la víctima deba ser “mujer idiota o demente, conforme la actual redacción del artículo 86, inciso 2º, del Código penal. Se recepta así lo resuelto por la Corte el citado fallo “F.A.L.”.

En sus disidencias, la Dra. Barbagelata propone la inclusión de varios incisos. Me referiré, ahora, a los indicados con las letras b. y c. (luego lo haré respecto del e.), y, por su elocuencia, sólo citaré, para cada uno, un párrafo del fallo C-355/2006 de la Corte Constitucional de Colombia. Veamos.

“1. La interrupción voluntaria del embarazo no será punible cuando se practicare en las siguientes circunstancias: b. Estuviere en peligro la salud física o mental de la mujer.”.

Señala la Corte: *“Resulta relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional. En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.”.*

“1. La interrupción voluntaria del embarazo no será punible cuando se practicare en las siguientes circunstancias: c. Existieren anomalías fetales incompatibles con la vida extrauterina.”.

En este punto, señala la Corte Constitucional que: *“Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones. Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.”*

Respecto del inciso e., (85) al que dije habría de referirme:

“1. La interrupción voluntaria del embarazo no será punible cuando se practicare en las siguientes circunstancias: e. Antes de las catorce semanas cumplidas de gestación.”

Diré que en el derecho comparado hay tres grandes opciones para el tratamiento del aborto. La penalización absoluta, la despenalización y la legalización. La primera criminaliza la práctica, sin admitir excepciones, mientras que la despenalización, como su nombre lo indica, elimina todo el poder del Estado para castigar penalmente esa conducta. A su turno, la legalización, va de suyo, por

medio de una ley autoriza el aborto en ciertas circunstancias y, a veces, exigiendo ciertos requisitos.

En este último caso existen dos opciones; el modelo de indicaciones (que contiene supuestos específicos en los que el aborto está permitido; por ejemplo grave riesgo para la salud de la madre) y el modelo de plazos (precisamente, que fija un término máximo permitido para interrumpir el embarazo) y que en la legislación comparada oscila entre las diez y la dieciséis semanas. Sin efectuar distinción alguna entre concepción/fecundación y anidación, pues, como se vio más arriba, la segunda ocurre, aproximadamente, a las dos semanas de la primera, las legislaciones modernas utilizan el “sistema de indicaciones” que, en muchos casos es mixto; es decir, no se castiga el aborto provocado pero se fijan períodos del embarazo y a mayor plazo, mayores restricciones. Así ocurre, entre otros, en países como España o los Estados Unidos de América, a consecuencia del reconocido fallo “*Roe vs Wade*”. Y en mi opinión así debería ser legislado en nuestro país, pudiendo debatirse el plazo máximo.

En el derecho comparado sucede del siguiente modo:

- a) la prohibición total, como es el caso de las actuales legislaciones de Chile, El Salvador, El Vaticano, Malta, Nicaragua y República Dominicana;
- b) la despenalización de todo aborto practicado durante las primeras semanas del embarazo, como Austria, Alemania, Bélgica, Canadá, Corea del Norte, Cuba, China, Dinamarca, Estados Unidos , Francia, Holanda, Italia, México (DF), Noruega, Portugal, Puerto Rico, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Sudáfrica, Uruguay y Vietnam ;
- c) la punibilidad con carácter general, pero previendo excepciones en determinadas circunstancias, postura adoptada, por ejemplo, por nuestro actual Código penal. Entre estas circunstancias, las legislaciones contemplan el riesgo para la vida o la salud de la madre, la existencia de anomalías fetales graves, y el embarazo producto de una violación.

En definitiva, la disidencia al artículo 85, propone que:

“1. La interrupción voluntaria del embarazo no será punible cuando se practicare en las siguientes circunstancias: e. Antes de las catorce semanas cumplidas de gestación.”.

Y señalé más arriba que esta norma se vinculaba directamente con el artículo 84, debido que éste dispone que:

“Interrupción voluntaria del embarazo 1. Quien causare la interrupción del embarazo con posterioridad a las catorce semanas de gestación y con el consentimiento de la mujer será reprimido con prisión de seis meses a tres años.”

Es decir, la interrupción del embarazo queda en el ámbito de libertad de la mujer cuando se practica antes de las catorce semanas cumplidas de gestación, y tampoco será castigado quien la “ayude”; empero, fuera de los otros supuestos autorizados, en este caso, pasadas las catorce semanas, se sugiere la pena de seis meses a tres años de prisión para el tercero que lleve adelante la práctica.

De todos modos, debe quedar clara la NO punibilidad de la mujer en ningún caso, desde que está en juego, en última instancia, su derecho personalísimo a la autonomía reproductiva.

Finalmente, la Dra. Barbagelata, siguiendo los lineamientos del fallo “F.A.L.”, incluye en su propuesta que en ningún caso de aborto no punible se requerirá autorización previa administrativa o judicial *“...a fin de allanar el camino para el ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo y evitar injerencias de terceros...”*; y que para la interrupción del embarazo se requiere que conste el consentimiento informado de la embarazada, como reaseguro de su voluntad.

El Dr. Federico Pinedo, con referencia a la despenalización de la figura que reprime a la mujer que causare su propio aborto, así como a su disidencia, por cuanto él exige que, para el supuesto de interrupción del embarazo a consecuencia de una violación, se efectúe la correspondiente denuncia penal, expresó: *“Como se sostiene en la Exposición de Motivos, los miembros de la Comisión asumieron el compromiso de no innovar al respecto en este proyecto, para evitar la obstaculización de la discusión general de la reforma, dejando el*

tema fuera de la discusión del Código y reservándolo a un tratamiento autónomo en el Congreso Nacional. Por eso, la Comisión elaboró una propuesta que sigue los lineamientos vigentes en la ley y en la jurisprudencia, limitándose a modificar la redacción del tipo penal vigente para adecuarla a la inteligencia que le ha dado a dicho tipo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ... Ante esa situación, por razones de conciencia, me veo en la obligación de hacer estas aclaraciones, y presentar una disidencia parcial que, manteniendo el compromiso de no alterar la situación vigente, provea de protección efectiva a los niños por nacer, condicionando la autorización legal del aborto a la promoción de la causa penal por la violación. Tengo en claro que la sola promoción de la investigación no prueba la existencia de la violación; pero considero que al menos impone la necesidad de que se investigue. Yo creo que la vida del niño por nacer debería protegerse siempre, con independencia de los actos o circunstancias que puedan haber vivido o vivan sus padres. Pero también siempre han existido en el derecho penal casos de no punibilidad, como la legítima defensa o el estado de necesidad, entre otros. Es el legislador quien debe determinar, en cualquier delito, si resulta procedente prever circunstancias de no punibilidad, en atención a una escala de valores sociales que considere vigente en la sociedad. El derecho democrático es el producto del consenso mayoritario sobre los valores sociales implicados, por lo que suele no adecuarse exactamente a los valores morales y religiosos de todos y cada uno de los individuos. Por eso, si existiera consenso en mantener la situación vigente y para ello debiera adecuarse la redacción del actual artículo 86º del Código Penal a lo resuelto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considero necesario incorporar la exigencia de que la acción penal por la violación haya sido al menos iniciada, en la línea trazada por Soler, en su proyecto de 1960, y la Ley 17.567, que estuvo vigente durante casi nueve años. Consideramos, entonces, que el artículo 85, párrafo b) debería decir: b) Si el embarazo proviniera de una violación por la cual la acción penal hubiese sido iniciada.”.

Artículo 86. Aborto preterintencional y culposo.

1. Será reprimido con prisión de UNO (1) a TRES (3) años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la mujer fuere notorio o le constare.

2. Será penado con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años e inhabilitación por doble tiempo que el de la condena, el que causare un aborto por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.

Respecto de estas conductas, primero es importante señalar que el Anteproyecto eleva las penas por aborto preterintencional, pues, en el actual Código penal el delito se castiga de seis meses a dos años de cárcel y la reforma, como se ve, propone de un año a tres años.

Al respecto, sostuvo la Comisión que: *“La previsión del aborto preterintencional en el inciso 1º de este artículo se corresponde con el vigente 87º. No obstante, se ha considerado que el hecho de ejercer violencia sobre una mujer embarazada, causándole el aborto, tiene un contenido injusto un tanto superior al reflejado en la pena vigente (seis meses a dos años), por lo que se propone prever una de uno a tres años.”*

En su disidencia, la Dra. Barbagelata dijo: *“...rechazamos el aumento de la pena propuesta en el Anteproyecto para el delito de aborto preterintencional. El actual Código Penal prevé una pena de seis meses a dos años de prisión, en tanto el Anteproyecto la eleva de uno a tres años de prisión. Se trata de un recurso claramente contrario al espíritu que ha inspirado el resto del articulado del Anteproyecto de Código Penal. Tampoco compartimos que se trate de una demanda social, sino todo lo contrario, y no hemos relevado antecedentes legislativos en nuestro país, ni proyectos de ley que introduzcan esta figura, por lo que consideramos que constituye un verdadero exceso punitivo...”*

A su turno, la Comisión, con relación al aborto culposo, se ha manifestado en este sentido: *“el inciso 2º introduce un tipo que había sido omitido en el código de 1921, en forma inexplicable, que es el aborto causado culposamente. No existen razones para omitir este delito, en especial en los casos de mala praxis médica, pero también en otros. Por esta razón se ha considerado necesario tipificarlo, con una pena inferior a la anterior, o sea, de seis meses a dos años de prisión.”*

Sin embargo, una vez más, la Dra. Barbagelata en sus fundamentos disidentes, explicó que: *“Supresión del art. 86º, inciso 2º (aborto culposo) Se trata de una figura prevista en pocos códigos penales: fuera de España (art. 146, con una pena de prisión de tres a cinco meses alternativa con multa e inhabilitación en su caso de uno a tres años) ... sólo lo contemplan tres países de América Latina - dos de ellos con graves problemas de mortalidad materna- como son Guatemala (art. 139, prisión de uno a tres años), Costa Rica (art. 122, sesenta a ciento veinte días de multa) y El Salvador (art. 137, prisión de seis meses a dos años). El Anteproyecto adopta para esta figura la misma pena que tiene El Salvador. La figura de aborto culposo incrementa innecesariamente la punición y aunque se excluye a las mujeres como posibles autoras del mismo, involucra necesariamente a los profesionales que la atienden o que le facilitan el acceso a la medicación, resultando un elemento contraproducente para el acceso de las mujeres a decidir sobre tales cuestiones, porque constituye una amenaza que operará como un disuasivo para que los médicos o farmacéuticos actúen aún ante situaciones previstas como no punibles. Rechazamos enfáticamente el abordaje de este tipo de conductas mediante la imposición de una pena ... En consonancia también con los argumentos expuestos ... se propone la supresión total de esta figura de aborto culposo.”*

Por su parte, el Dr. Federico Pino entendió que la inclusión del aborto culposo *“...otorga[n] mayor resguardo a la integridad del niño no nacido...”*.

Artículo 87. Aborto de la mujer.

1. Será reprimida con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, la mujer que cometiere su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare.
2. La tentativa de la mujer no será punible.
3. El aborto culposo de la mujer no será punible.

Señala Comisión redactora del Proyecto que: *“Reproduce el artículo 88º vigente, dividiéndolo en tres incisos y tratando en forma particular la hipótesis del aborto culposo de la propia mujer. El inciso 1º tipifica la conducta dolosa de la mujer, y los dos restantes precisan que la tentativa de la mujer y el aborto culposo cometido por ella, no son punibles...”*.

En definitiva, en lo que importa, el inciso 1º, del artículo 87, vuelve a reprimir a la mujer que causare su propio aborto (88Cpn. vigente), por lo que cabe remitirse a los argumentos vertidos por los Dres. Barbagelata y Pinedo al analizar el artículo 84, y la disidencia planteada por la primera, concretamente lo propuesto en su inciso 2º.

Artículo 96. Lesión al feto.

1. Será reprimido con prisión de UNO (1) a CINCO (5) años, el que causare a un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en él una grave tara física o psíquica.
2. El que causare la lesión por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, será penado con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o hasta CIEN (100) días de multa.
3. La mujer no será punible conforme a este artículo.

En su Exposición de motivos, la Comisión refirió que: *“Las lesiones al feto son hoy impunes en nuestra legislación. No obstante, si bien no toda lesión, pero al menos cierto tipo de lesión contra una mujer embarazada (golpearle el vientre), cuando tal circunstancia le consta al agresor, no puede menos que provocar lesiones al*

feto y éstas son queridas en la forma de dolo de consecuencias necesarias. No debe confundirse este supuesto con el problemático dolo eventual: se trata del clásico ejemplo del que coloca una bomba en un avión para matar un pasajero y cobrar un seguro. Si bien por cierto no le interesa matar al resto del pasaje, sin duda lo quiere y lo incorpora a su finalidad. Aquí sucede lo mismo: si bien no está interesado normalmente en lesionar al feto, el que golpea fuertemente el vientre de una mujer encinta no puede evitar lesionar al pasajero. La mala praxis médica o la administración de ciertos medicamentos, intoxicaciones, etc., son frecuente causa de lesiones fetales, cuya producción dolosa o culposa queda atípica, pese a que si no se produce aborto y tiene lugar el nacimiento, habrá una persona que cargará toda su vida con las consecuencias de esas lesiones. Considerando que el aborto doloso tiene pena de tres a diez años y queda claro que la mujer no puede ser penada por este delito (inciso 3º propuesto), lo que se propone tipificar en el inciso 1º la lesión provocada por un tercero dolosamente. La pena no resulta desproporcionada, considerando que no se tipifican las lesiones leves que pueda sufrir el feto, sino consecuencias o secuelas lesivas de alta gravedad. 2. El inciso 2º prevé la misma lesión cometida en forma culposa, conminada con una pena de prisión de seis meses a dos años o la de multa hasta cien días. Cabe considerar que este delito se halla tipificado en varios textos vigentes: España (artículos 157º y 158º), Anteproyecto Ecuador (artículo 75º), Perú (artículo 124º).”.

Y, otra vez la Dra. Barbagelata planteó su disidencia del siguiente modo: “La versión preliminar del Anteproyecto de Reforma al Código Penal del año 2006, tomado como una de las fuentes del presente Anteproyecto, contemplaba estas figuras en la segunda parte del artículo 96, siendo objeto de numerosas observaciones y críticas por parte de expertos penalistas y de género. Estas críticas generaron finalmente la supresión de la modalidad culposa de la versión definitiva. El Anteproyecto 2013, no obstante, incorpora nuevamente ambas figuras delictivas, que en el derecho comparado prácticamente no han sido receptadas. Así sólo el Código Penal peruano reproduce las lesiones al feto dolosas y España, El Salvador y Colombia admiten ambas modalidades (dolosa y

culposa). En el resto de la legislación estos tipos penales no están contemplados. Se podría entender que la proyectada incorporación al Código Penal de ambas figuras de lesiones le otorga al feto un status jurídico determinado, tratando de equipararlo a una persona ya nacida. Esta cuestión es sumamente discutida tanto a nivel de la nación interno como en la órbita internacional, donde ya ha sido objeto de análisis en la jurisprudencia de la CIDH, en la causa Artavia Murillo ya analizada al abordar el tema de interrupción del embarazo, y cuyas conclusiones no convalidan el criterio que informa este delito sino todo lo contrario. Coincidimos con la observación oportunamente formulada por el Ministerio Público de la Defensa en relación a las propuestas contenidas en la versión preliminar del ya mencionado Anteproyecto 2006. En este sentido, se dijo que: 'Se introduce un nuevo tipo penal, el cual contempla la posibilidad de imponer pena al que causare lesión o enfermedad a un feto, previendo su forma tanto dolosa como culposa. Es menester destacar que este Ministerio se opone fervientemente a la inflación punitiva y por consiguiente la introducción de esta figura constituye una clara ampliación irracional del poder punitivo, puesto que si bien resulta cuestionable en muchos aspectos la figura del aborto como delito, más cuestionable resultaría aún la producción de lesiones o enfermedad de un feto.' La presentación realizada por la Defensoría General de la Nación por ante esta Comisión, por otra parte, ha insistido en este tema, con claros fundamentos a los que me remito en todas sus partes por razones de brevedad. Quiero dejar puntualizado que el camino seguido en este punto es contrario a los principios de mínima intervención penal que está en las raíces del Anteproyecto y amplía en demasía el horizonte punitivo una vez más en temas vinculados con el cuerpo de la mujer y su maternidad, por más que a ella se la excluya de la punición. El cuadro adquiere aún mayor gravedad si advertimos que este delito es de acción pública, lo que significa que cualquier tercero o de oficio, podría habilitar la persecución penal por la supuesta comisión de este delito, lo que pondría en marcha el andamiaje penal con sus consabidas consecuencias sobre la privacidad y derechos de la mujer y su entorno familiar. De ello se deriva una injerencia injustificable sobre la vida de la mujer que

afectará sus derechos, alentarán políticas de control social del embarazo y la maternidad y ampliarán injustificadamente el ámbito de punibilidad. Por ello proponemos la eliminación del artículo 96.”.

21. Objeción de conciencia.

a. El Proyecto de Ley 2249-D-2014, y al que me he referido en el punto 5., dispone en su artículo 6º: “Aquellos médicos/as y demás personal de salud que manifiesten objeción de conciencia para intervenir en los actos médicos a que hace referencia esta ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de los establecimientos a los que pertenezcan dentro del plazo de treinta días corridos contados a partir de la promulgación de la presente ley. Quienes ingresen posteriormente podrán manifestar su objeción de conciencia en el momento en que comiencen a prestar servicio. Los/as profesionales que no hayan expresado objeción en los términos establecidos no podrán negarse a efectuar las intervenciones. En todos los casos la autoridad responsable del servicio de salud deberá garantizar la realización de la práctica.”.

Sobre el particular haré una breve referencia. La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas físicas, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto o interrupción del embarazo cuando se reúnan las condiciones señaladas en la legislación para proceder a su práctica.

Además, debe quedar claro que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción religiosa que debe ser fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico o profesional interviniente en torno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco alegara desconocimiento de las leyes que autorizan el aborto.

En definitiva, en caso de alegarse la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que

posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica. Y, como bien señala el proyecto de ley, le corresponde a la autoridad del servicio garantizar la práctica.

b. Conforme se indicara en el punto 9., respecto al Plenario Académico realizado el 30 de septiembre de 2010, y por el cual la Academia Nacional de Medicina considera que los médicos no deben colaborar con abortos, con fundamento el derecho a la “objeción de conciencia” y, por tanto, no podrán ser obligado “...a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo...”, cabe señalar que, como se vio, esa “objeción” es únicamente religiosa, y a partir de la sanción y entrada en vigencia de la ley no podrán negarse a la práctica, con base en juramentos hipocráticos.

22. Índice de la jurisprudencia.

Elaboro un listado de la jurisprudencia nacional, internacional, así como también del resto de los antecedentes que se han citado a la largo de este trabajo, con referencia al tema que corresponde y en qué número del capítulo se han reseñado. También cada uno de ellos lleva la mención de sus respectivas páginas *web* para que, en su caso, el lector pueda allí dirigirse y leerlo completo.

Fallo C-355 (10/05/2006) dictada por la Corte Constitucional de Colombia (Capítulo 2).

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

Anteproyecto del Código Penal de la Nación Argentina (Capítulo 4).

<http://www.infojus.gob.ar/anteproyecto-codigo-penal> (Exposición de motivos en pág. 175 y ss.; y sus artículos en pág. 333, en especial, pág. 377 y ss.).

Fundamentos del Proyecto de Ley N° 2249_D-2014 (Capítulo 5).

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2249-D-2014>

CSJN Fallo T. 421. XXXVI. "*Tanus., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*", (11/01/2001). (Capítulo 9)

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=496963>

CSJN Fallo P. 709. XXXVI. "*Portal de Belén - Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*" (5/03/2002). (Capítulo 9).

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=516601>

CSJN. Fallo S. 1091. XLI. "*Sánchez, Elvira Berta c/M J y DD HH -art. 6 ley 24.411- RESOL 409/01-*" (22/05/2007). (Capítulo 9).

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=628068>

CIDH, caso Serie C N° 257, "*Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*", (28/11/2012). (Capítulo 9).

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Sala VII, C.C.C. causa 31.364, "*Nicolotti, Ana María y otra s/ homicidio culposo*", (18/04/2007). (Capítulo 10).

<http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00017/00024570.Pdf>

Sala V, C.C.C., causa 28.628, "*Fraguas Liliana y otras s/ homicidio culposo*" (12/05/2006). (Capítulo 10).

<http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com.ar/2006/11/fraguas-erika-liliana-y-otros.html>

Sala IV, C.C.C., causa N° 712/10, "*M., A. y otros s/ homicidio culposo*" (10/06/2010). (Capítulo 10).

<http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00025/00037291.Pdf>

Corte de E.E.U.U., 410 US 113, "*Roe v. Wade*", (1973). (Capítulo 12).

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113>

C.C.C. Plenario "*Natividad Frías*" (1966). LA LEY, 123-842 - JA, 966-V-69. (Capítulo 14).

http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/argentina/natividad_frias.pdf

CSJN. Fallo. Z. 17. XXXI CSJN, "*Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737*", (12/08/1997). (Capítulo 14).

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=393243>

CSJ Santa Fe, causa Reg. A y S t 148 p 357-428, "*Insaurrealde, Mirta -aborto provocado-*", (12/08/1998). (Capítulo 14).

<http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/aborto-provocado.pdf>

Sala VII, C.C.C., causa 30.739, "*Gallo, N.*". (17/04/2007). (Capítulo 14).

<http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/aborto-camara-nacional.pdf>

CSJN. Fallo B.436 – XL, "*Recurso de hecho deducido en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° 4733*", (20/04/2010). (Capítulo 14).

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=683039>

SCJ Buenos Aires, causa Ac. 98.830, "*R.L.M., N.N. Persona por nacer. Protección. Denuncia*", (31/07/2006). (Capítulo 18).

<http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> (tildar "por número, e ingresar "98830").

Comité de Derechos Humanos (ONU), CCPR/C/101/D/1608/2007. (29/03/2011). (Capítulo 18).

<http://www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/CCPR-C-101-D-1608-2007-Spanish.pdf>

CSJN. Fallo F 259 XLVI, "*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*", (13/03/2011). (Capítulo 18).

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=13517>

Fundamentos de las disidencias de la Dra. María Elena Barbagelata al Anteproyecto del Código Penal de la Nación. (Capítulo 20).

<http://www.infojus.gob.ar/anteproyecto-codigo-penal> (pág.275, en especial, págs. 278 y ss.).

Fundamentos del Dr. Federico Pinedo al Anteproyecto del Código Penal de la Nación. (Capítulo 20).

<http://www.infojus.gob.ar/anteproyecto-codigo-penal> (pág. 311, en especial, págs. 278 y ss.).

CIDH, causa Serie C N° 126, "*Fermín Ramírez vs. Guatemala*", (20/06/2005). (Capítulo 23).

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

CSJN. Fallo A. 891. XLIV, *“Recurso de hecho - Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080•sobre la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737”, (25/08/2009). (Capítulo 23).*

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=671140>

23. Preludio a la reflexión.

A lo largo de este ensayo se han abordado, en particular las razones que, inexorablemente, llevarán a despenalizar la conducta de la mujer que causare su propio aborto. Habrán advertido que comparto esa idea.

Más allá de lo dicho al inicio acerca de la pena natural impuesta, cabe agregar que en el “autoaborto” la imputada es víctima y victimario a la vez; al igual que el sujeto que consume drogas y es víctima de su propia dependencia; y con el proceso lo único que se produce, en ambos casos, es una revictimización. Con acierto ha sostenido la CIDH que: *“La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán ... Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...”* (Serie C N° 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

A su vez, nuestro máximo tribunal, en el caso “Arriola”, se ha expresado en idéntico sentido: *“Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re ‘Gramajo’ (Fallos: 329:3680) ... En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la*

peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad ... (ver en sentido coincidente "Maldonado" Fallos: 328:4343). Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta." (c. A. 891. XLIV. Recurso de hecho - Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080, rta. 25/8/2009; sobre la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, tenencia de estupefacientes).

En el mismo precedente, en su voto, el Dr. Zaffaroni, señaló: “ 12) *Que es menester recuperar y consolidar el valor central de esta norma como viga maestra del derecho argentino, tal como lo hiciera no sólo el ilustre Estrada, sino también uno de los pioneros del penalismo nacional, Adán Quiroga: ‘ninguna verdad es más evidente para la ciencia penal: la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas; el ser ficticio que denominamos poder público, ha sido instituido para conservar y guardar el orden y la armonía de los derechos, los que no pueden alterarse cuando las acciones son puramente individuales, cuando no se ejercitan en la esfera de la vida de relación’ (Delito y pena, Córdoba, 1885, págs. 36-37).”*

Al respecto, considero que el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, la sanción como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana debe ser estrictamente necesaria. Empero, las estadísticas demuestran que el ius puniendi que ejerce el Estado no desalienta a las mujeres a abortar, lo que demuestra su ineficiencia y provoca un efecto inverso al deseado, pues, no sólo promueve embarazos forzosos, sino que, además, las empuja hacia la clandestinidad. En definitiva, mantener la punición del “autoaborto” tiene como objetivo, únicamente, transmitir un mensaje moral que

se sustenta en concepciones religiosas que abriga a extrema ultranza sólo un sector de la población, frente a un Estado laico aunque el Gobierno federal “sostenga” el culto católico apostólico romano.

Sobre el asunto, expresa la Dra. Barbagelata en sus FUNDAMENTOS disidentes del Anteproyecto (v. fs. 293) que: *“El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha suministrado a esta Comisión de Reforma del Código Penal una selección de estadísticas criminales correspondientes a los años 2000, 2006 y 2010, detallándose las condenas recaídas en el país por todos los tipos de delito, incluyendo los delitos de aborto. De dicho registro surge que en el año 2000 se registraron 15 sentencias por “aborto” y una por “aborto calificado”. El informe estadístico correspondiente al año 2006, informa que se dictaron 8 sentencias en total en todo el país, desagregados de acuerdo al siguiente detalle: a) Aborto cometido por profesional, ninguna; b) Aborto preterintencional (o sea sin dolo), dos; c) Aborto de la mujer propio o consentido, una; d) Aborto (sin especificar particularidades), una; e) Aborto seguido de muerte, cuatro. La estadística del año 2010 informa las siguientes condenas: a) Aborto cometido por profesional, ninguna; b) Aborto preterintencional, una; c) Aborto de la mujer propio o consentido, ninguna; d) Aborto (sin especificar particularidades), siete; e) Aborto seguido de muerte, seis. Si focalizamos el análisis en el tipo doloso de aborto, en los años 2006 y 2010, las condenas son 6 y 13 respectivamente, lo que implica una insignificante proporción de los hechos presuntamente cometidos por año (500.000). Todo ello remarca el despropósito de seguir insistiendo en aplicar sanciones penales ante la interrupción voluntaria del embarazo decidida por la mujer.”*

Y por esas razones, entre otras, es que manifesté, casi al iniciar estas notas, que estamos teniendo demasiada paciencia desde que se penalizó el aborto en el primer Código penal (1886), es decir, hace 129 años, y quizás debamos esperar otro tanto para su desincriminación; tal vez 29 como debieron transcurrir entre el fallo “Montalvo” y el precedente “Arriola”.

Como sostuviera el Dr. Augusto Morello “... *los jueces de Corte no son fugitivos de la realidad, sus oídos están atentos a los reclamos, creencias, valores y orientaciones o expectativas de la gente. Saben que están en la mira de sus coterráneos, atentos a captar cuáles serán los pasos que dará el órgano frente a los graves -trascendentes- temas de su tiempo.*” (“La Corte Suprema en el Sistema Político”, ed. LexisNexis, 2005, págs. 9/10, ap. IV.). ¡Amén!

Ya sospecho que ni siquiera se trata de un problema religioso o moral, sino, simplemente de una cuestión ontológica, donde quienes se oponen a la no punición de la mujer que causa su propio aborto, en realidad, su férrea negativa obedece a desconocer la realidad, el sentido y la finalidad del ser humano. Para comprender los motivos por los que una mujer decide abortar, es decir, darle muerte a su futuro hijo, debemos despojarnos de razones científicas, si entendemos al Derecho como ciencia, y dejar de discutir acerca del embrión, la concepción, la anidación, el feto y su ADN. Creo que ha llegado la hora de dejar de “juzgar” (o de mirar con un solo ojo, que es lo mismo) y ponernos en los zapatos de la abortante, en su psiquis, en su mente, en su realidad, y así poder llegar a comprender qué fuerza la ha llevado a quitarle la vida a quien hubiera sido fruto de su propia sangre. Y aún más, por qué razón esa mujer que quizás ya ha sido madre y conoce lo que es el amor por un hijo, ahora, se ve compelida a tomar tamaña decisión.

Sinceramente, sospecho que hay en la omisión de despenalizar el aborto algunas cuestiones de género que me parecen gravísimas. Cuando el legislador despenalizó el adulterio en el año 1995 (Ley N° 24.453) no necesitó de demasiados debates, ni foros, ni fallos contradictorios, simplemente, derogó el artículo 118 del Código Penal. Pero, lamentablemente, como en nuestro país y en el mundo entero, la judicatura y la legislatura están conquistadas mayoritariamente por hombres, eximir de pena a la mujer no resulta un tema menor. Si la Ley N° 24.012 (“cupo femenino”) recién fue dictada en el año 1991, y la mujer pudo votar por primera vez en el año 1947 (Ley N° 13.010), es decir, 35 años después de sancionada la Ley N° 8.871 (1912 -voto universal, secreto y

obligatorio-) intuyo que, lamentablemente, deberemos esperar, quizás un decalustro, para que se despenalice el delito de aborto.

Acerca del género y de las mujeres, con exquisita prosa el comunicado “zapatista” (publicado en “Del cuaderno de apuntes del gato-perro”), refiere con absoluta verdad que: *“En este sistema nacer, crecer, vivir y morir mujer puede ser como el alargado arrastrarse por entre una maraña de alambre de púas. Pero ese dolor es una de las muchas manchas en la historia. Lo que alivia es que ellas, cada vez más ellas, decidan ponerse de pie y así caminen erguidas. No como si las púas fueran flores, sino como si los arañazos, incluso los letales, más fuertes las hicieran para ir abriendo camino ... No para así tener un lugar en la historia de arriba, sino para que la historia de abajo deje de ser una herida sin cicatrizar ... Lo aterrador es que quienes levantan la porfía por un mundo mejor, no pocas veces tejan con sus propias manos esas trampas hirientes. Pero cada tanto la realidad, que es femenina, le da una bofetada al calendario de arriba en todas las geografías de abajo.”*

Nada más ciertas que las últimas palabras; y por ese motivo abrigo la esperanza que de una vez y para siempre, la razón, que también es femenina, -entendida como la facultad para pensar y reflexionar- le dé una bofetada al calendario y suprima la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo decidida por la mujer de nuestra legislación.

En definitiva, ansío que en un futuro debate parlamentario los señores legisladores ocupen sus bancas, den quórum y, finalmente, deroguen el artículo 88 del Código Penal de la Nación. Y ya no por “razones” de política criminal, ni excusas fundadas en estado de necesidad, ni siquiera en una problemática socio-económica vinculada con la pobreza, sino, simplemente, con base en el sentido común y la prudencia.

Se pregunta Ferrajoli *“¿Cómo no ver en todo esto una lesión de la libertad personal? Es la violación no de un específico derecho de aborto, sino del derecho de la persona sobre sí misma, del que el aborto es sólo un reflejo. Es la afectación del primero y fundamental derecho humano: el derecho sobre sí mismo, sobre la*

propia persona y sobre el propio futuro. Y también del primero, y fundamental principio de la ética laica contemporánea que indica que ninguna persona puede ser tratada como una cosa. Es por lo que hablamos de 'autodeterminación de la mujer' en tema de maternidad. Es por lo que la decisión de la maternidad refleja un derecho fundamental exclusivamente propio de las mujeres, porque al menos en este aspecto la diferencia sexual justifica un derecho desigual. En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva, precisamente, porque en materia de gestación los hombres no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a las mujeres como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como se ha podido limitar su soberanía sobre el propio cuerpo sometiéndola a control penal". ("La pena produce clandestinidad"; publicado en Revista Derecho Penal, Año I, Nº 2, septiembre 2012, editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, CABA, págs. 374/380).

Hace 42 años se dictó el fallo "*Roe vs Wade*" en un país con 319 millones de habitantes y "el mundo sigue andando". Aquellos siete jueces que votaron a favor de la despenalización del aborto no han sido enviados al destierro, ni llevados a la hoguera, ni tampoco condenados como Galileo (Juan Pablo II lo rehabilitó en 1992, 359 años después de haber sido condenado por la Inquisición).

A veces, a la mujer se le presentan los pocos derechos ganados, como dádivas, favores o actos de caridad que los "expertos" le conceden, a veces en sesiones parlamentarias, en acuerdos plenarios o en convenciones internacionales para que finalmente formen parte de nuestro ordenamiento jurídico.

De una manera más elegantemente, señala Catharine A. MacKinnon: "*El derecho no crece por compulsión lógica; es impulsado por la lógica social de la dominación y de la oposición a la dominación, forjado en la interacción entre el cambio y la resistencia al cambio. No es sólo en la tradición anglosajona donde la vida del derecho es experiencia y no lógica. Detrás de todo derecho está la historia de alguien, alguien cuya sangre, si uno lee con atención, escurre entre líneas.*"

(“Crímenes de guerra, crímenes de paz”, en “De los derechos humanos”, Trotta, Madrid, 1998).

Siguiendo ese hilo conductor de ideas, les recuerdo a quienes andan por la vida siempre merodeando entre lo “justo y lo correcto” en contrapartida con la verdad y la realidad incontestable, que 500.000 abortos inducidos se practican por año en nuestro país. Y el silencio es cómplice de esas prácticas, y partícipe necesario de la muerte de muchas mujeres que ocurren a consecuencia de complicaciones en abortos inseguros. En definitiva las obligan a jugar a la “ruleta rusa” mientras continúe en vigencia el artículo 88 Cpn., pues, sin opción, se ven compelidas a abortar en un centro clandestino, dejando librado a la suerte si habrán ellas de salir de allí con vida.

Como magistralmente nos enseñó John Rawls, luchemos en favor de una reconciliación de los principios de libertad e igualdad a través de la idea de la justicia como equidad.

La invisibilidad es el peor castigo que puede sufrir un ser humano; y la hipocresía carece de límites, también los hombres cuando tratan de superarla; sin embargo, aún creo en la nobleza de algunos de ellos que con sus ideas y férreas decisiones habrán de redimir a la humanidad.

Pero quiero salir de la política, de los gobernantes y los jueces. Quiero concluir este trabajo, llevando al lector, como siempre, hacia una cavilación, pues, este apunte de 150 páginas fue redactado con una única intención: reflexionar, con la esperanza que mi audacia o mi imprudencia no los aleje de la verdad, y que más allá de toda discusión científica -jurídica o médica-, puedan comprender que la mujer que causa su propio aborto cargará, por siempre, una pesada cruz y un dolor infinito. Y, además, entender, o al menos vislumbrar, que fue empujada a esa decisión por un sinfín de razones personales que ni el más avezado novelista podría imaginar; al decir del maestro Aguirre Obarrio “... **lo que pasa en esta vida, sin necesidad de tamañas suposiciones, tiene otro tipo de complicaciones...**”.

“Yo también tengo muchas dudas, y en ocasiones llego a pensar si son válidos los argumentos con que he intentado hallarle sentido a la existencia. Me reconforta saber que Kierkegaard decía que tener fe es el coraje de sostener la duda. Yo oscilo entre la desesperación y la esperanza, que es la que siempre prevalece, porque si no la humanidad habría desaparecido, casi desde el comienzo, porque tantos son los motivos para dudar de todo. Pero por la persistencia de ese sentimiento tan profundo como disparatado, ajeno a toda lógica -¡qué desdichado el hombre que sólo cuenta con la razón!-, nos salvamos, una y otra vez, sobre todo por las mujeres; porque no sólo dan la vida, sino que también son las que preservan esta enigmática especie. No en vano, en una de las culturas cuya sabiduría es milenaria, se creía que el alma de una mujer que moría en medio del parto era conducida al mismo cielo que el guerrero vencido en un combate.”
(Ernesto Sábato, “Antes del fin”).

Sin embargo, hay veces que la mujer no puede.

Mariano García Blanco