

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS Y TECNICAS RECIENTES

Título:

“¿Es oportuna una reforma al Artículo 86 del Código Penal Argentino?”

Apellido y Nombre de las Alumnas:

WERNICKE, Brenda

FERNANDEZ ASTUDILLO, Carolina Soledad

ABALLAY ANDIARENA, Natalia Paola Alejandrina

Asignatura sobre la que se realizo el Trabajo:

Derecho Penal II

Encargado del Curso:

Dr. Eduardo Luis Aguirre

Año en que se realiza el trabajo: 2012

HACIA UNA POSIBLE REFORMA DEL
ARTICULO 86 DEL CODIGO
PENAL ARGENTINO

[Escribir texto]

INDICE

1.- Introducción.-

2.- Evolución Histórica.-

3.- Regulación Internacional del tema.-

3.1.- Estados Unidos.-

3.2.- Europa.-

3.3.- España.-

4.- Definición de aborto. Distintos Métodos.-

5.- Situación en Argentina del Aborto No punible y su Análisis.-

5.1.- El texto del Código Penal y su evolución histórica.-

[Escribir texto]

5.2.- Análisis según Carlos Creus del Artículo 86 C.P.-

5.3.- Abortos No Punibles.-

6.- Nuestro País.-

6.1.- Antecedentes jurisprudenciales.-

7.- Proyecto de Ley Nacional.-

7.1.- El Código Penal Argentino y su irrealidad.- Art 86 C.P.-

8.- La Pampa.-

9.- Conclusión.-

10.- Bibliografía.-

[Escribir texto]

1.- INTRODUCCION

En el presente trabajo vamos a tratar una posible reforma al Artículo 86 del Código Penal, tema muy controvertido en nuestra sociedad desde hace ya muchos años y que ha sido objeto de arduos debates parlamentarios sin tener hasta el día de hoy una legislación adecuada y uniforme, considerando la envergadura de la cuestión, y de los derechos fundamentales - con asiento constitucional- en él involucrados.

Siendo el Código Penal Argentino a nivel nacional la norma de fondo que regula este “delito”, vemos necesaria una complementación de este con leyes que reglamenten, protejan y den las garantías suficientes para no llevar a la mujer que decide abortar, por determinadas causales (violación y peligro en la salud o muerte de la misma) a una situación límite como es la pérdida de la vida o la frustración de otros derechos, también fundamentales.

La pugna entre el derecho de fondo y de forma muestra la necesidad de que las provincias reglamenten a través de leyes este derecho, como sucedió en nuestra provincia con la ley 2394 vetada en el año 2007 por el Poder Ejecutivo.

Dicho esto, en las páginas siguientes desarrollaremos un enfoque teórico que expone los fundamentos que apoyan la modificación del art. 86 del Código Penal lo cual constituye el objeto del presente trabajo.

[Escribir texto]

Para ello nos basaremos en proyectos de ley, artículos periodísticos, aportes doctrinarios, aportes jurisprudenciales, estadísticas, derecho comparado, entre otros documentos, para responder a la siguiente pregunta:

¿Es viable una reforma al Artículo 86 del Código Penal Argentino?

2.- EVOLUCION HISTORICA

La práctica del Aborto, acompañó a la humanidad desde épocas inmemoriales. Es el medio más antiguo conocido para “terminar” un “embarazo no deseado”¹.

Desde la antigüedad esta ha sido una práctica casi universal: En muchas sociedades primitivas se practicaba con frecuencia porque los hijos constituían una desventaja para la población nómada.

Se sabe que entre los asirios las mujeres que abortaban y eran descubiertas eran empaladas.

En el mundo antiguo griego y latino (ambas culturas patriarcales), el aborto era comúnmente practicado por los médicos, sobre todo en caso de embarazos extraconyugales.

¹ <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/como-comenzo.html>

[Escribir texto]

En Grecia era empleado para regular el tamaño de la población y mantener estables las condiciones sociales y económicas. Platón recomendaba el aborto a las mujeres embarazadas mayores de 40 años o cuya pareja era mayor de 50 años. Aristóteles, en principio se opuso a esta práctica, pero luego destacó que cuando es excesivo el número de ciudadanos se autoriza su uso. Sostenía que el feto se convierte en 'humano' a los 40 días de su concepción si es masculino y a los 90 si es femenino y recomendaba el aborto para limitar el tamaño de la familia. La decisión era dejada a la madre, salvo de que se tratara de cuestiones de Estado (“*La Política*”).

En la antigua Roma el aborto estaba permitido, pues el derecho romano no consideraba al *nasciturus* como persona, aunque le reconocía derechos tales como el derecho a nacer (posponiendo, por ejemplo, las ejecuciones de mujeres embarazadas condenadas a muerte). No era considerado un delito, la mujer solo estaba disponiendo de su cuerpo.

En las culturas matriarcales y en la céltica, donde la descendencia más importante era la materna, el aborto era dejado a discreción de la mujer. Generalmente no era practicado porque era considerado un insulto a las divinidades femeninas del renacimiento y de la fertilidad. Se suponía que

[Escribir texto]

rechazar una vida donada por la Diosa llevara mala suerte al clan, en cambio estaba permitido dejar morir a sus propios hijos, sobre todo si nacían con alguna deformación física. Los vikingos los aventaban a un hoyo con bestias feroces.

Con la afirmación del Cristianismo se restringieron las prácticas abortivas: al siglo II d.C. se remontan las primeras leyes estatales contra el aborto, con el exilio de las mujeres que abortaban y la condena o el destierro de las personas que lo practicaban.

Santo Tomás y San Agustín afirmaban que el embrión no tenía alma hasta que asumía forma humana. Sin embargo, más allá del problema de la animación del feto, la Iglesia Católica ha afirmado desde sus inicios (y hasta la fecha) que debe ser considerado como persona.

En la Edad Media, el derecho canónico establecía la distinción entre el *corpus formatum* (que podía recibir el alma, convirtiéndose en feto animado) y el *corpus informatum* (que no había llegado a ese estado). Retomando la definición de Aristóteles, el feto se volvía humano después de 40 días de la concepción, en los varones, y de 90 días, en las mujeres.

A partir del siglo XVII muchos países del mundo promulgaron leyes que convertían el aborto en ilegal.

[Escribir texto]

A principios del siglo XX se empezó a despenalizar el aborto en caso de peligro de la vida de la madre y para proteger su salud. Islandia fue el primer país occidental en legalizar el aborto terapéutico en ciertas circunstancias (1935). En los ´50 la mayoría de los países del ex bloque soviético legalizaron el aborto voluntario en el primer semestre de embarazo. Entre finales de los años 60 y principios de los 70, casi todos los países industrializados de Europa y Norteamérica (Estados Unidos y Canadá) lograron despenalizarlo en el primer trimestre de embarazo y ampliar las circunstancias en que se permite practicarlo, gracias sobre todo a la revolución sexual y a las luchas feministas de esos años. Los países europeos más católicos (Italia, España, Portugal e Irlanda) fueron más recalcitrantes al legalizarlo, mientras que los países escandinavos y anglosajones fueron más sensibles hacia el derecho a decidir de las mujeres.²

3.- REGULACION A NIVEL INTERNACIONAL

3.1.- Estados Unidos

Durante 200 años el aborto fue ilegal en EE.UU. El American Law Institute (Instituto nacional de los juristas), propuso una "ley modelo" proabortista en

² <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/como-comenzo.html>

[Escribir texto]

1962, en la cual se basaron las leyes aprobadas en 1967 por la legislatura del Estado de Colorado y después por los Estados de Carolina del Norte y California. Dicha ley permitía el aborto en los llamados "casos difíciles": violación, incesto, amenazas graves a la vida o la salud de la madre o si el niño podría nacer con una grave minusvalía física o mental.

Luego, en junio de 1970 Nueva York aprobó la primera ley de aborto a petición hasta las 24 semanas de embarazo, convirtiéndose así en el decimosexto Estado en permitir el aborto. La mayoría de los otros Estados permitían el aborto por razones muy estrictas. Luego, en el curso de los siguientes dos años, solamente el Estado de la Florida legalizó el aborto, mientras que los restantes 33 estados debatían el asunto en sus legislaturas. Todos esos Estados votaron contra el aborto por cualquier motivo, excepto para salvar la vida de la madre. En abril de 1972, Nueva York revocó su ley proabortista, pero el gobernador Nelson Rockefeller vetó dicha derogación.³

El 22 de enero de 1973, fueron emitidos los fallos Roe v. Wade y Doe v. Bolton en los que el Tribunal Supremo derogó todas las leyes contra el aborto, que de alguna manera protegían al ser humano por nacer. Por medio de estos fallos el Tribunal legalizó el aborto a petición en los 50 Estados de la nación durante los

³ <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/como-comenzo.html>

nueve meses del embarazo. Roe v Wade autorizó el aborto a petición, hasta el momento mismo antes del nacimiento. Dicha sentencia estableció que la mujer tiene el derecho a la libre elección -entendida como "derecho a la privacidad o intimidad"- que protegería la decisión de llevar o no llevar un embarazo a término. Según la sentencia el derecho de privacidad se derivaba de la cláusula de *debido proceso* de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. La Corte clasificó este derecho como fundamental por lo que toda violación de ese derecho fundamental a la privacidad por parte del gobierno debería estar justificada. Roe dio a luz a su hija -a quien dio en adopción- mientras el caso aún no se había decidido.

Mediante el caso Doe v Bolton, el Tribunal definió el término “salud”, bajo el cual se permite el aborto: “todos los factores físicos, emocionales, psicológicos, familiares y la edad de la mujer, que tienen que ver con el bienestar de la paciente.” Dicha sentencia estableció que el aborto inducido debe ser legal cuando sea necesario para proteger la salud de la mujer.

En 1992, el fallo Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey, autorizó el aborto para las mujeres casadas sin el consentimiento de sus esposos y para las menores de edad sin el de sus padres. Aunque el Tribunal Supremo falló a favor de que notifique a los padres, actualmente las menores pueden

[Escribir texto]

recurrir a una Corte para obtener el permiso, si sus padres no quieren que aborte. Desde 1973 hasta el 2010, se practicaron más de 50 millones de abortos.

3.2.- Europa

- La mayoría de los países europeos cuenta con una ley de plazos.
- Holanda es el país más permisivo con aborto libre hasta las 24 semanas.
- En Malta y Andorra está prohibido la interrupción del embarazo.
- En Irlanda sólo lo permite si hay riesgo de muerte para la madre.

En otros países los plazos son diferentes, como en Italia, donde se puede interrumpir el embarazo sin esgrimir ningún motivo durante los 90 primeros días de gestación; y en Portugal, donde el aborto es decisión exclusiva de la mujer durante las primeras 10 semanas, según la última ley que entró en vigor en julio de 2007.

Las leyes de plazos más flexibles son la de Holanda, que permite la interrupción del embarazo libre durante 24 semanas y la de Suecia, durante las 18 primeras semanas. Estos países con leyes de plazos permiten además abortar en caso de violación en las 12 primeras semanas. Grecia amplía ese plazo hasta las 19

[Escribir texto]

semanas, Rumanía hasta las 14, y Holanda hasta las 24. En países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia e Italia se permite abortar sin límite temporal en los supuestos de malformación del feto o riesgo para salud de la madre.

En el resto de países con aborto libre (Alemania, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, República Checa y Rumanía), la interrupción voluntaria del embarazo se permite bajo estos supuestos de malformación del feto y peligro para la madre durante las 24 primeras semanas.⁴

3.3.- España⁵

La Interrupción Voluntaria del Embarazo o Aborto Inducido se regula en el Título II de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta ley despenaliza la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 14 semanas. La regulación anterior despenalizó el aborto en varios supuestos. Durante ese tiempo, la mujer podrá tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción de su embarazo. No habrá intervención de terceros en la decisión.

⁴ <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/como-comenzo.html>

⁵ http://www.es.wikipedia.org/wiki/aborto_en_España

[Escribir texto]

En su artículo 15 señala que el plazo de posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo aumenta hasta la semana 22 (5 meses y medio) en casos de graves riesgos para la vida o la salud de la madre o el feto. A partir de ese plazo, solo podrá interrumpirse el embarazo en dos supuestos: que “se detecten anomalías en el feto incompatibles con la vida” o que “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.”

Hasta la aparición de la ley en 2010, estaba despenalizado en tres supuestos: riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer embarazada (supuesto terapéutico), violación (supuesto criminológico) y malformaciones físicas o psíquicas, en el feto (supuesto eugenésico), tal como queda redactado en la Ley Orgánica 9/1985, aprobada el 5 de julio de 1985. De acuerdo con esta ley, la gestante podía interrumpir el embarazo en centros públicos o privados en las primeras 12 semanas en el caso criminológico, en las 22 primeras semanas en el eugenésico, y en cualquier momento del embarazo en el caso terapéutico.

En los supuestos segundo y tercero, se requería un informe médico que certificara el cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley; en los casos de violación, era preciso cursar previamente la pertinente denuncia policial. En estos tres supuestos, no era punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en un centro sanitario acreditado para hacer

[Escribir texto]

interrupciones voluntarias del embarazo, ya sea público o privado, con el consentimiento expreso de la mujer. En los demás casos, el Código Penal establecía diversas penas de prisión tanto para la madre como para los facultativos que practicaran abortos no amparados por la ley.

Actualmente el aborto en América Latina, más específicamente en México (DF) ha sido desarrollada una investigación sobre embarazo no deseado y aborto inseguro que trazó el panorama en la región.

En esta ciudad, lograron eliminar las muertes de mujeres por abortos en los últimos cuatro años, tras la aprobación de la interrupción legal del embarazo (ILE) y su implementación en servicios de hospitales y clínicas públicas. La tasa de reincidencia de abortos es bajísima: menos del uno por ciento, de acuerdo con las estadísticas oficiales, que también revelan que ocho de cada diez mujeres que se somete a una ILE optan por un método anticonceptivo al término de la atención. Los datos fueron revelados por el secretario de Salud del Gobierno del Distrito Federal mexicano, Armando Ahued, en la apertura de la IV Reunión de investigación sobre embarazo no deseado y aborto inseguro, que lo tuvo de anfitrión. Se trata del congreso más importante sobre la temática previsto para este año en América Latina. Los abortos clandestinos e inseguros siguen representando un alto riesgo para la salud y la vida de las mujeres en la

[Escribir texto]

región. Estimaciones de la Organización Panamericana de la Salud calculan en 4,2 millones, el número de abortos inseguros cada año, indicó el paquistaní Iqbal Shah, quien hasta hace muy poco se desempeñó en el Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas de la Organización Mundial de la Salud. En la Argentina es la principal causa de mortalidad materna desde hace 30 años. "Se siguen perdiendo vidas por abortos inseguros. Evitar esas muertes es un imperativo de derechos humanos". La instalación del problema del aborto en la agenda de los derechos humanos es uno de los aspectos señalados como avance en la región. Durante el Congreso se destacó el dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas hace pocos meses contra el Estado argentino, en el caso de la joven bonaerense LMR, a quien se le negó el derecho a interrumpir un embarazo producto de una violación. El CDH sentó así jurisprudencia sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con los casos de abortos no punibles, al dictaminar que su obstrucción constituye una violación de derechos humanos⁶.

El nivel de los auspicios habla de la importancia del evento y de que el problema del aborto no es ya sólo un asunto del movimiento de mujeres, un

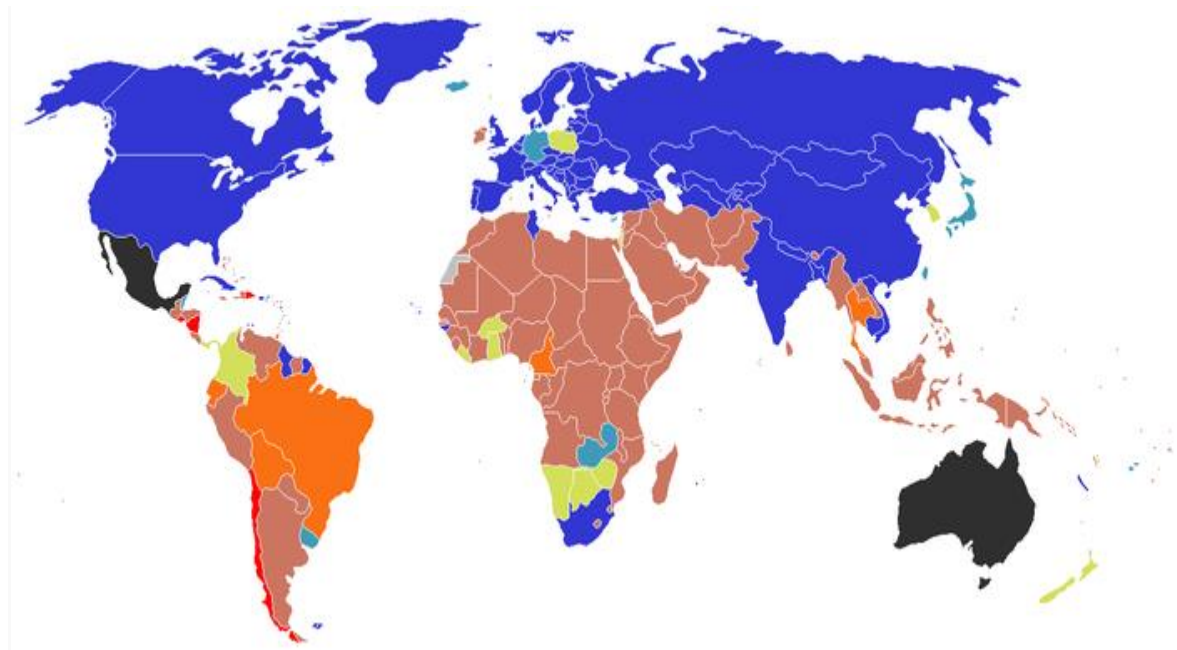
⁶ <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-180082-2011-10-30.html>

[Escribir texto]

proceso que se observa claramente en la Argentina, donde organismos de derechos humanos como el CELS, entidades de la sociedad civil y universidades públicas han expresado su apoyo a la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito y está previsto por primera vez en la historia que se empiece a discutir en una comisión de la Cámara de Diputados, la de Legislación Penal, un proyecto que plantea la despenalización en las primeras 12 semanas de gestación, en línea con la reforma mexicana. Temática que se constituye el objetivo central de este Seminario Teórico y que concluirá el mismo.

[Escribir texto]

La **legislación sobre el aborto en el mundo** es muy diversa, desde el libre acceso al aborto en servicios sanitarios públicos gratuitos hasta la penalización con años de prisión para las mujeres y quienes practiquen el aborto inducido. Por tanto, la práctica del aborto, entendido como aborto inducido o interrupción voluntaria del embarazo, está sujeta al ordenamiento jurídico vigente en cada país, en el que puede recogerse como derecho o como delito punible.



Situación jurídica del aborto en distintos países del mundo.

[Escribir texto]

■ No punible si la interrupción del embarazo se realiza antes de un plazo establecido. ■ No punible en casos de peligro para la salud física o mental, violación, defectos en el feto o factores socioeconómicos. ■ No punible en casos de peligro para la salud física o mental, violación o defectos en el feto. ■ No punible en casos de peligro para la salud física o mental o violación. ■ No punible en casos de peligro para la salud física o mental. ■ Punible sin excepciones. ■ Varía por región. ■ No hay información.⁷

⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Legislaci%C3%B3n_del_aborto

4.- DEFINICION DE ABORTO

El término **aborto** procede del latín *abortus*, participio pasado de *aborīrī* (con el mismo significado que en español) y éste, a su vez, compuesto de *ab-* («de», «desde») + *oriri* («levantarse», «salir», «aparecer»). Su significado básico es la acción y efecto de abortar, es decir, el fracaso por interrupción o malogramiento de un proceso o actividad.

No existe definición jurídica del término en la legislación penal argentina. La doctrina y el derecho comparado permiten entender que se trata de la interrupción voluntaria del embarazo en cualquier momento de la concepción.

Fontan Balestra se refiere al concepto material de aborto. Señala que la materialidad consiste en la interrupción del embarazo con la muerte del feto o fruto de la concepción.

Sebastián Soler equipara el aborto con la muerte inferida a un feto, y señala “toda acción destructiva de la vida anterior al parto, sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura”.

[Escribir texto]

El Código Penal no da un concepto de aborto, solo se refiere a él en el art. 85 diciendo “el que causare un aborto”.

Núñez distingue entre el concepto jurídico y el concepto medico. Médicamente, desde el aspecto ginecológico, consiste en la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente. El concepto legal, atiende, en su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Son presupuestos materiales del aborto:

- El embarazo;
- La vida del feto;
- Su muerte a raíz de las medidas abortivas utilizadas.

Para la Real Academia Española, la palabra “aborto” proviene del latín *abortus*, y tiene cuatro acepciones:

1. m. Acción de abortar.
2. m. Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Puede constituir eventualmente un delito.
3. m. Ser o cosa abortada.
4. m. Engendro, monstruo.

[Escribir texto]

Métodos para abortar

- **Aborto inducido**, como interrupción voluntaria del embarazo (IVE) que puede practicarse de dos formas:
 - **Aborto con medicamentos** o aborto no quirúrgico;
 - **Aborto quirúrgico**;
- **Aborto terapéutico** o aborto indirecto; normalmente practicado como aborto quirúrgico;
- **Aborto espontáneo** o aborto natural, por causas no provocadas intencionalmente;
- **Muerte fetal** denominación específica cuando la edad gestacional es superior a 22 semanas.

Se denomina aborto con medicamentos, médico, con pastillas, químico, farmacológico o no quirúrgico, al aborto inducido o IVE provocado por la interrupción del desarrollo del embrión y en su eliminación por el canal del parto, todo ello inducido por la administración de medicamentos.

La interrupción voluntaria del embarazo temprana con medicamentos se puede realizar hasta las primeras 7 semanas después de la fecha de la última menstruación -después pierde efectividad- pero, dependiendo de los casos,

[Escribir texto]

puede aplicarse hasta de 9 semanas. En general el aborto con medicamentos es preferible al aborto quirúrgico ya que no requiere anestesia ni tampoco intervención quirúrgica. Requiere vigilancia médica para asegurar el éxito y prevenir complicaciones; a menudo la eliminación o evacuación es incompleta y requiere la intervención final de un médico.

El aborto terapéutico es el aborto justificado por razones médicas.

Las razones médicas básicas por la que se justifica el aborto terapéutico son:

- Riesgo grave para la vida de la madre, cuando la continuación del embarazo o el parto significan un riesgo grave para la vida de la madre;
- Para salvaguardar la salud física o mental de la madre, cuando éstas están amenazadas por el embarazo o por el parto;
- Riesgo de enfermedad congénita o genética para el hijo, para evitar el nacimiento de un niño con una enfermedad congénita o genética grave que es fatal o que le condena a padecimientos o discapacidades muy graves, o
- Reducción de embriones o fetos en embarazos múltiples, hasta un número que haga el riesgo aceptable y el embarazo viable.

El aborto espontáneo o aborto natural es la pérdida de un embrión o feto por causas no provocadas intencionalmente. Se distingue pues del aborto inducido.

[Escribir texto]

El término sólo se aplica estrictamente cuando dicha pérdida se produce antes de la semana 20 del embarazo, denominándose a partir de ese momento parto prematuro. El aborto espontáneo puede ser retenido, cuando no se elimina nada, incompleto, cuando no se eliminan todos los productos de la gestación, o completo cuando todo es eliminado por completo.

La causa más frecuente es la muerte fetal por anomalías congénitas del feto, frecuentemente genéticas, en especial las trisomías autosómicas (no sexuales). En otros casos se debe a anomalías del tracto reproductivo, o a enfermedades sistémicas de la madre (diabetes, nefritis, traumatismos graves), o enfermedades infecciosas (Mal de Chagas, toxoplasmosis, brucelosis, sífilis, listeriosis, hepatitis B, sida).⁸

5.- Situación en Argentina del Aborto No punible y su Análisis

5.1.- El texto del Código Penal y su evolución histórica⁹

El mencionado artículo 86 del Código Penal de la Nación (CPN), entró en vigencia en enero de 1922, y determina los casos en los que el aborto se encuentra despenalizado, es decir, permitido.

⁸ <http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto>

⁹ http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/09_Bergallo_Michel.pdf

Estas circunstancias de despenalización fueron propuestas por la primera comisión del Senado encargada de revisar el proyecto de Código Penal, y una segunda comisión en 1921 elaboró la versión final del artículo 86.

Desde su sanción, el artículo provocó diversas discusiones que continúan hasta nuestros días.

En 1968, con el fin de terminar con los desacuerdos sobre el alcance de los permisos contenidos en el artículo 86, el decreto ley 17.567 –siguiendo el proyecto de 1960 elaborado por Sebastián Soler– introdujo el requisito de gravedad del peligro en el inciso 1 y, luego de eliminar en el inciso 2 la frase “o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”, incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada. La reforma agregó, además, el requisito de que “cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente” sería necesario “el consentimiento de su representante legal”. Los cambios introducidos en esta última parte zanjaron las dudas sembradas sobre el alcance de la despenalización del inciso 2 y confirmaron que la norma establecía una permisión genérica del aborto en caso de violación y una especificación sobre la necesidad de representación legal en el caso de violación de la mujer “idiota o demente” o de la mujer menor de edad.

[Escribir texto]

Estas modificaciones fueron dejadas sin efecto en 1973 por la ley 20.509, sancionada con el objetivo de derogar la legislación penal del gobierno militar. Así, la redacción original de 1921 volvió a tener vigencia, hasta que, en 1976, el nuevo gobierno dictatorial, mediante el decreto ley 21.338, derogó la ley 20.509 y reincorporó la versión del artículo 86 establecida por la ley 17.567. Es decir que durante la dictadura que gobernó la Argentina entre 1976 y 1983 la redacción del CPN dejaba en claro que la permisión del inciso 2 autorizaba el aborto en todos los casos de violación. Posteriormente, en 1984, el nuevo gobierno democrático dictó la ley 23.077, una “ley ómnibus” que dejó sin efecto, en forma general, las reformas introducidas al CPN por la dictadura. De esta manera, el artículo 86 volvió a su versión original, que se mantiene hasta nuestros días.

5.2.- Análisis según Carlos Creus del Artículo 86 C.P¹⁰

El Código Penal coloca las distintas figuras de aborto dentro de los delitos contra la vida, pues lo que protegen es la vida del feto, cualesquiera fueran los motivos por los que el legislador dispone esa protección (sean religiosos, demográficos, morales, etcétera).

¹⁰ CARLOS CREUS - Derecho Penal - Carlos Creus. Ed. Astrea. Tomo 1.2002.

[Escribir texto]

Los elementos comunes a todas las figuras del aborto son: la existencia de un embarazo en la mujer, que el feto se encuentre con vida en el momento de acción del agente, y que su muerte se halla debido a esta acción.

1) Existencia de Embarazo: La acción típica únicamente puede concebirse con la existencia de una mujer embarazada, sin que interese el procedimiento por medio del cual se logro dicho embarazo (fecundación, inseminación artificial, implantación de un óvulo fecundado, etcétera). No es una acción abortiva, por consiguiente, la que procura impedir la fecundación del ovulo, como no lo es tampoco la destrucción del ovulo fecundado fuera del seno materno y que todavía no ha sido implantado en el.

2) Feto con vida: La acción típica solo se puede dar cuando el feto del que la mujer está embarazada se encuentra con vida al momento de realizarla. Es la vida del feto lo que se protege. Por tanto las maniobras abortivas sobre un feto que está muerto en las entrañas de la mujer, son atípicas y solo pueden ser perseguidas como lesiones, si es que las han producido en el cuerpo de la mujer.

3) La muerte del feto como resultado típico: De lo dicho se infiere que lo que se pune en estas figuras no es la realización de las maniobras abortivas, sino la

[Escribir texto]

muerte del feto. Estamos pues, ante un delito de estricto carácter material: esa muerte es el resultado a través del cual se consuma el delito.

El delito de aborto está constituido por la interrupción del embarazo, siempre y cuando esa interrupción se haya producido matando al feto. Pero si la maniobra abortiva ha causado la muerte del feto, es indiferente su carácter o modo; jurídicamente es aborto tanto la muerte del feto dentro del seno materno, como la que es consecuencia de su provocada expulsión, cuando por las características del feto (su inmadurez), tal ha sido el medio seleccionado para matarlo, o cuando la expulsión se produce por un procedimiento que implica darle muerte (por ej. Extraerlo con aparatos que le causen lesiones mortales).

Estos serían los elementos que tipificarían a los abortos punibles, pero lo que aquí nos ocupa son los supuestos de abortos no punibles, donde el legislador encontrándose con los elementos mencionados anteriormente, decide ante dos supuestos específicos no punir la acción, los cuales a continuación pasamos a desarrollar

5.3.- Abortos No Punibles:

Casos de Impunidad: El Art. 86, en su parte segunda, declara no punibles los abortos practicados " por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer", cuando se halla hecho con el fin de evitar un grave peligro para la vida

[Escribir texto]

o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (Inc.1) y en los casos en que un embarazo proviene de una violación o atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente. (Inc.2)¹¹

Aborto Terapéutico.

Este es el regulado en el **Artículo 86 Inc.1**, y el cual exige tres requisitos: una particular calidad del agente, el consentimiento de la mujer embarazada y una especial finalidad.

Calificación del Agente:

El agente debe ser un médico diplomado; esta calidad la obtiene quien ha tenido el título que lo habilita para actuar como médico, haya realizado sus estudios en el país o fuera de el, pero en este segundo caso cuente con la habilitación legalmente conferida. Aunque alguna doctrina lo pide, no parece indispensable la inscripción en la matrícula profesional: el médico diplomado puede no encontrarse ejerciendo actualmente, pero el aborto practicado por él en las condiciones típicas será igualmente impune, sin perjuicio de otras faltas o delitos que pueda haber cometido al realizar la intervención, como sería la violación de la inhabilitación impuesta si su exclusión de la matrícula se debe a una prohibición de ejercer dispuesta judicialmente.

¹¹ CARLOS CREUS -Derecho Penal. Ed. Astrea. CABA. Tomo 1.2002

No quedan comprendidos en la disposición otros profesionales del arte de curar, aunque profesionalmente estén capacitados para resolver sobre la existencia de una situación peligrosa y actuar en consecuencia. (Por Ej. las parteras).

El aborto debe ser practicado por el médico, no por otra persona. No basta que el profesional ordene o aconseje su realización sino lo ha practicado el u otro médico diplomado, aunque, por supuesto, no es indispensable su actividad material, basta que asuma funciones de dirección en la maniobra abortiva realizada por un tercero en su presencia.

El Consentimiento de la Mujer:

Solo la mujer embarazada puede prestar el consentimiento, para que se realice este aborto. Este consentimiento, es el permiso dado por la mujer a un tercero para que realice sobre ella, las maniobras abortivas. Este puede ser prestado explicito o implícito; el consentimiento tácito, es aquel cuyo otorgamiento está constituido por actos que implican con claridad, la voluntad de la mujer de someterse a la práctica abortiva. Este no es suplido por la autorización de los representantes legales.

Cuando la mujer no lo ha prestado, sea por haberse negado a hacerlo, sea por imposibilidad física o mental, no se aplica la disposición, sin perjuicio de que el

[Escribir texto]

aborto resulte igualmente impune por haber actuado el agente en estado de necesidad (Art 34 Inc. 3 C.P), si es que se dan las exigencias de la justificante.

Finalidad del Aborto Terapéutico:

Además, el aborto debe haber sido decidido a fin de evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre, pero esa finalidad solo influirá en la impunidad cuando el peligro no pueda ser evitado por otros medios distintos del aborto.

Los bienes que tienen que ponerse en peligro por la continuación misma del embarazo o por la eventualidad del alumbramiento, son los de la vida o la salud de la embarazada; otros perjuicios que no se refieran a ellas (Por Ej. Deformaciones que no influyan en el funcionamiento orgánico de la mujer) no quedan comprendidas.

La fórmula de la ley 21.338 de Modificaciones al Código Penal, había agregado una característica del peligro que ha sido sugerida por la doctrina y la jurisprudencia, al interpretar el texto original ahora nuevamente vigente: debe ser grave; esta gravedad se refiere tanto al pronóstico de probabilidad de la muerte o menoscabo de la salud, como a la entidad de este último daño , que tiene que alcanzar importancia respecto del equilibrio fisiológico de la mujer (la probabilidad de un simple debilitamiento posparto, recuperable en un tiempo

[Escribir texto]

relativamente breve, por ejemplo, no cabe en la figura). La exigencia sigue pues rigiendo pese al cambio de fórmula.

Si bien se trata de una verdadera justificación del aborto, insiste la doctrina en que las exigencias del tipo son distintas de las del estado de necesidad del Art 34 Inc.3, C.P., ya que faltaría en aquel la inminencia del mal que amenaza el bien de mayor valor y la producción de él se apoya en un pronóstico (no en una relación de hecho actual de producción del peligro- existencia actual del peligro-), al que se llega a través del juicio médico, aunque sin duda tenga que estar basado en criterios científicos admisibles (no ha de ser un puro arbitrio), según los datos objetivos que surgen de las circunstancias del embarazo con relación a la embarazada.

Por supuesto que la vigencia de esta particular justificación del aborto, no descarta la vigencia de la del estado de necesidad, según las regulaciones de la Parte General, cuando se den sus recaudos típicos, en cuyo caso – de más esta señalarlo- la justificante se aplica, cualquiera sea el agente, exista o no el consentimiento de la mujer; la circunstancia de que se encuentren en conflicto dos vidas (la de la madre y la del feto) no es óbice para la justificante del estado de necesidad, puesto que el bien más importante es la vida de la madre (como realidad actual desarrollada) frente a la del feto (que es una eventualidad de posterior desarrollo vital).

[Escribir texto]

Carácter del Aborto Impune. El aborto Eugénico. Situación Dogmatica del Aborto Sentimental.¹²

En la fórmula del Art. 86 párr. 2 inc 2, de la ley 21.338 se contemplaba la impunidad del llamado “aborto sentimental”: bastaba, para la procedencia de la excusa justificada, que el embarazo se hubiese originado en una violación (sin distinguirse si el delito se había llevado a cabo sobre una mujer idiota o demente o normal).

El texto ahora vigente declara la impunidad del aborto practicado en las circunstancias típicas, sobre una mujer idiota o demente exclusivamente. Estamos pues, frente a la impunidad del llamado aborto eugenésico (Núñez); claro que es un aborto eugenésico a medias, ya que la razón de eugenesia solo aparece cuando va acompañado de una violación o un atentado al pudor, no en otros casos en donde ella puede ser tanto o más valedera que en los comprendidos.

Durante la anterior vigencia del texto original – antes de la reforma de la ley 17567- sin embargo, no pocos sostuvieron que el tipo permisivo también contemplaba el aborto sentimental (Soler, Fontan Balestra, Jiménez de Asua). Se argumentaba que al haberse tomado como antecedente la versión francesa

¹² CARLOS CREUS. Derecho Penal. Ed. Astrea. CABA. Tomo 1.2002.

del proyecto suizo, la palabra violación debió haber sido entendida de modo genérico, así como se consideraba lo equivoco de la expresión “atentado al pudor”, concluyéndose que “es preciso afirmar que en este caso la ley ha llamado atentado al pudor a la violación prevista en el Inc. 2 del Art. 119, y que , en consecuencia, la impunidad sancionada en el Art. 86, alcanza todos los casos de violación y no solo al de mujer idiota o demente” (Soler). Pero el argumento no resiste la consideración de que la expresa designación de la ley indica como único sujeto portador del embarazo interrumpido por el aborto impune, a la mujer idiota o demente y no a uno que deje de reunir esas características. Por lo tanto, para que se de la posibilidad de la excusa por autorización legal del aborto, “la mujer debe haber concebido estando en esas condiciones mentales”; en cualquier otra situación la impunidad del aborto solo podrá apoyarse en razones terapéuticas o cuando el mismo este justificado por un estado de necesidad (Núñez).

El atentado al pudor como origen del embarazo.¹³

Esta mención había suscitado, en su momento serias dudas, que podían reducirse a la pregunta de cómo se podía provocar un embarazo por medio de un atentado al pudor que no fuese una violación. Esas dudas llevaron – con

¹³ CARLOS CREUS.Derecho Penal. Ed. Astrea. CABA. Tomo 1. 2002.

poca imaginación- tanto al legislador de la ley 17567 como al de la ley 21.338, a reducir la posibilidad de producción del embarazo que daba lugar a la excusa, al hecho de la violación. Pero tratándose de una solución que no tenía razón de ser, porque, con la fórmula limitativa, no sólo quedaba excluido el estupro como factor del embarazo típico -en el cual la aplicación de la justificación podía ser dudosa- sino también todos aquellos casos en los que el embarazo proviene de una actividad ilícita que puede catalogarse como atentado al pudor (y en última instancia a la libertad de la mujer), aunque carezca de las características de la violación (como la inseminación artificial directa o la implantación de óvulos fecundados). Con el texto actual, esos casos quedaran comprendidos en la excusa. (Núñez).

Calificación del Agente. El consentimiento supletorio del representante legal de la mujer.

Claro está que a los requisitos que acabamos de ver tienen que sumarse los que son comunes a ambos supuestos de justificación: que el aborto sea practicado por un médico diplomado y que medie el consentimiento de la mujer, pero aquí la ley admite el consentimiento supletorio de los representantes legales de la mujer que no pueda prestarlo válidamente por estar psíquicamente incapacitada para prestarlo.

[Escribir texto]

6.- Nuestro País

Desde 1922 la legislación argentina penaliza el aborto con ciertas excepciones definidas en el artículo 86 del Código Penal. Sin embargo, aún hoy el acceso de las mujeres a servicios de aborto en los casos del citado artículo se encuentra seriamente restringido.

La ausencia de políticas públicas para facilitar el goce de las permisiones, los debates jurídicos irresueltos sobre su alcance, los trámites excesivos en los centros sanitarios y la intervención injustificada del sistema de justicia, son sólo algunos de los obstáculos que deben enfrentar las mujeres al requerir un aborto permitido por la ley.¹⁴

La Argentina es uno de los países que admite la legalidad del aborto, “cuando peligra la vida y la salud de la madre” (art. 86.1) y “si el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor cometido sobre la mujer idiota o demente” (art. 86.2). En este caso, la Argentina es uno de los países que admite la excepción del aborto terapéutico, el que se realiza para salvar la vida de la gestante o evitar un daño grave para su salud.

¹⁴ http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/09_Bergallo_Michel.pdf

Nuestro país se encuentra en la categoría de países que permiten el aborto sobre bases detalladas. En la primera categoría “prohibiciones incondicionales sobre el aborto”, se encuentran las leyes más restrictivas que prohíben el aborto en cualquier circunstancia como es el caso de Chile. En la segunda categoría “para salvar la vida de la mujer”, se incorporan países como México y Honduras. En la tercer categoría, “razones de salud” se encuentran países como Argentina, en los que las leyes autorizan el aborto para proteger la salud de la madre; sin embargo podemos afirmar que las excepciones previstas en la legislación argentina son prácticamente letra muerta de la Ley.

Existe una prohibición implícita que se trasluce en una negativa de los propios profesionales médicos, en muchos casos y de los jueces a autorizar prácticas abortivas. Aunque la ley no prevé la solicitud de autorización judicial en aquellos casos en que se presentan las situaciones despenalizadas, los médicos acuden al órgano judicial en busca de aprobación. Generalmente el permiso es denegado o la espera de respuesta origina demoras irreversibles. Mientras se suceden las idas y vueltas legales y discusiones científicas, las mujeres abortan, las mujeres mueren por causa de abortos clandestinos e inseguros.

[Escribir texto]

Despenalizar a la Mujer que interrumpe su embarazo.-

La penalización del aborto induce a la clandestinidad y al nacimiento de un mercado en el cual la vida y la salud de las mujeres tienen escaso valor. Es de público conocimiento que las intervenciones quirúrgicas seguras que se realizan en el circuito privado tienen altos costos y la ilegalidad lleva a beneficiar a unos pocos, que hacen un negocio sumamente lucrativo. La ilegalidad plantea discriminación social e inequidad, ya que las mujeres de escasos recursos por temor a ser denunciadas no recurren a solicitar asistencia médica. La única consecuencia que tiene la penalización del aborto es que esos abortos lleguen más tardíamente al hospital, con lo cual es mayor el costo de salud para la mujer. No cabe ninguna duda que la penalización contribuye de manera especial a la destrucción de la vida de las mujeres. Es inadmisibles que ante la posibilidad de ser denunciada o encarcelada, una mujer sea privada de la atención necesaria en un servicio de salud.

Toda mujer que toma la decisión de abortar, lo hace con una terrible carga afectiva, incertidumbre y sentimiento de culpa, en ese marco es de esperar que el sistema de salud le brinde seguridad y protección, siendo, la denuncia una forma despiadada de violencia institucional. Más allá de los números y las

[Escribir texto]

palabras específicas de la medicina, el aborto es una experiencia tan íntima y personal que no puede transmitirse de persona a persona, pero el castigo social las incrimina como asesinas.

En los países donde el aborto no es considerado un crimen, se abre para las mujeres la posibilidad de un recorrido diferente, que envuelve orientación médica y psicológica, consejo y encauce hacia servicios de anticoncepción, planeamiento familiar y de apoyo a víctimas de violencia sexual.

El aborto constituye una clara señal de un fracaso social, el fracaso en prevenir embarazos no deseados a través de la anticoncepción y el fracaso o la violación por parte de los poderes públicos de cubrir las necesidades de planificación familiar.

Con la despenalización del aborto en los casos mencionados y con el alcance que busca el proyecto de reforma del Artículo 86 del Código Penal, se intenta garantizar el derecho a la vida de las mujeres, al acceso a los servicios de salud. En este sentido, se toma en cuenta lo ya expuesto en la Conferencia del Cairo en el párrafo 8.25 relativo al aborto: ...“Se debe asignar siempre máxima

[Escribir texto]

prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto..."¹⁵

6.1.- ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES ¹⁶

El caso de la joven jujeña Romina Tejerina que mantuvo en secreto el embarazo producto de una violación, que tuvo el parto sola, en el baño de su casa y luego mató a su hijo porque vio en ella la cara del violador, conmovió a la opinión pública de todo el país y nos sigue conmoviendo. Romina fue procesada por homicidio agravado por el vínculo y el juez que entendió en su causa, no tomo en cuenta la situación emocional de la joven ultrajada.

“Sé que la Justicia sigue ensañada conmigo y por ende con todas las mujeres violentadas por esta Justicia que no comprende el dolor y el sufrimiento de cada una de nosotras”. ” Me parece que la pesadilla que empezó cuando me violaron no tiene fin”. (Párrafo de la carta de Romina Tejerina a su hermana Mirta. Publicada por el Suplemento Las 12 el 27/08/04 – Pág. 5-)

¹⁵ http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/09_Bergallo_Michel.pdf

¹⁶ <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Legislacion>

[Escribir texto]

La historia de Romina Tejerina habla por sí sola. Si aun en el caso de una violación, una mujer decide, en el marco de sus convicciones continuar el embarazo, ella está protegida por su derecho a la intimidad y a su libertad religiosa. Pero no puede obligarse, ni jurídica ni moralmente a tan terrible y dramático sacrificio. La violencia sexual es un fenómeno que afecta a las mujeres, niños y niñas de distintas edades y condiciones de vida y tiene consecuencias muy graves para las personas agredidas para su familia y para la comunidad en general.

El estado, a través de políticas públicas debe redoblar sus esfuerzos para prevenirla y erradicarla y trabajar intensamente en la reparación de las personas afectadas a través de medidas integrales y humanizadoras.

Hasta el año 1999, el Código Penal enmarcaba los delitos contra la integridad sexual de las mujeres como ultrajes a valores tales como el pudor o la honestidad.

La sanción de la Ley 25.087 sustituyó la rúbrica del Título III del Libro Segundo “Delitos contra la Honestidad” por el de “Delitos contra la Integridad Sexual”, estableciendo como bien jurídico protegido la libertad sexual,

[Escribir texto]

entendida como la libre disposición del cuerpo y el respeto al pudor sexual.

Lejos de re victimizar y castigar con un embarazo forzado a una mujer víctima de una violación, desde el Estado debe garantizarse el respeto, la protección y ejercicio de los derechos humanos, e implementar acciones destinadas a asistencia y rehabilitación de las personas que fueron víctimas de dicho delito.

En este marco es que entendemos la necesaria modificación del Artículo 86 estableciendo la no punibilidad de la interrupción del embarazo producto de una acción tipificada como delito contra la integridad sexual. También cuando existe la certeza de la imposibilidad de vida extrauterina.

En la actualidad, ante un caso como el planteado se le niega a la mujer la posibilidad de interrumpir el embarazo, obligándola a recurrir a la vía judicial para que se la autorice a llevar adelante la práctica médica correspondiente, profundizando el daño psicológico que provoca en ella y su familia la prosecución de ese embarazo.

La negativa absurda a interrumpir un embarazo de un feto anencefálico que no tendrá vida fuera del seno materno, motivó por parte de las mujeres la

[Escribir texto]

promoción de acciones de amparo ante los tribunales de todo el país. Las resoluciones favorables de estos procesos han alcanzado un grado de generalidad y aceptación tal que habilita a la incorporación expresa, en el marco de la ley, de la interrupción del embarazo en estas circunstancias.

Los procesos judiciales que han sido de público conocimiento en este último tiempo se relacionan con la anencefalia. Pero lo dicho en esas oportunidades no se circunscribe exclusivamente a esa patología sino que es aplicable a todas las situaciones incompatibles con la vida extrauterina. La situación de aborto no punible en los casos de riesgo de salud de la mujer, violación, e imposibilidad de vida extrauterina del feto, resumen el consenso de la sociedad y de la comunidad médica y científica, para realizar esta práctica.

En los últimos años, los estudios de opinión pública han mostrado un consenso creciente de la población en general y de la comunidad médica en particular a favor de la despenalización del aborto en determinadas situaciones. Durante el año 2001 el CEDES (Centro de estudio de Estado y Sociedad), realizó un estudio en la comunidad médica de la Ciudad de Buenos Aires y algunos partidos del gran Buenos Aires que mostró acuerdos superiores al 75% a la interrupción voluntaria de la gestación en situaciones tales como: feto con

[Escribir texto]

malformación incompatible con la vida extrauterina, si la vida de una mujer corre peligro debido al embarazo o el parto o si el embarazo proviene de una violación.¹⁷

7.- H. Cámara de Diputados de la Nación

PROYECTO DE LEY

Texto facilitado por los firmantes del proyecto. Debe tenerse en cuenta que solamente podrá ser tenido por auténtico el texto publicado en el respectivo Trámite Parlamentario, editado por la Imprenta del Congreso de la Nación.¹⁸

Nº de Expediente	4206-D-2011
Trámite Parlamentario	117 (25/08/2011)
Sumario	CODIGO PENAL: MODIFICACION DEL ARTÍCULO 86, SOBRE ABORTO NO PUNIBLE.
Firmantes	VEGA, JUAN CARLOS - ALBRIEU, OSCAR

¹⁷ http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Legislacion/Proyectos_de_Ley

¹⁸ www1.hcdn.gob.ar/proyxml/expedient.asp?

[Escribir texto]

Giro a Comisiones	EDMUNDO NICOLAS. LEGISLACION PENAL; FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.
--------------------------	--

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1.- Sustituyese el artículo 86 del Código Penal por el siguiente:

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

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

1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro a la vida o la salud de la madre y si ese peligro no pudiere ser evitado por otros medios. Para tener por acreditados estos extremos, será suficiente el certificado autenticado de un médico diplomado con título de especialista otorgado por una entidad deontológica legalmente habilitada. Cubierto este requisito, el médico

[Escribir texto]

requerido para el aborto quedará sin más autorizado a cumplir con el pedido de la mujer encinta, previo informarle la naturaleza y consecuencias del acto.

2) Si el embarazo proviene del delito tipificado por el artículo 119, párrafo 3°. Para tener por acreditado este extremo será suficiente la certificación de la denuncia policial o judicial de la violación formulada por la víctima o su representante legal. Cubierto este requisito, el médico requerido para el aborto quedará sin más autorizado a cumplir con el pedido de la mujer encinta, previo informarle la naturaleza y consecuencias del acto. En ningún caso podrá procederse al aborto en embarazos de más de doce semanas.-

En los supuestos de los incisos precedentes, si el médico requerido perteneciera a un servicio de salud estatal, estará obligado a cumplir el pedido, salvo objeción de conciencia formalmente expresada.

En cualquier caso, si la embarazada fuera menor de edad o incapaz, deberá contarse con el consentimiento de su representante legal.¹⁹

Artículo 2.- De forma.

¹⁹ www1.hcdn.gob.ar/proyxml/expedient.asp?

[Escribir texto]

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

La Comisión de Legislación Penal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, decidió en el año 2010 abrir un debate sobre la problemática del aborto, tema que estaba silenciado en la Argentina, no obstante la existencia de proyectos legislativos desde el año 1936 sobre despenalización del aborto. Especialmente se quiere destacar el proyecto del año 1989 de la entonces Diputada Nacional Florentina Gómez Miranda.

Sin embargo nunca el Congreso de la Nación Argentina abrió institucionalmente este debate. Hasta ahora los reclamos sobre la legalidad y punibilidad del aborto y sus consecuencias en la Argentina estuvieron limitados a organizaciones de la sociedad civil. Con esta decisión de la Comisión de Legislación Penal, la Cámara de Diputados de la Nación Argentina se convierte en el primer parlamento latinoamericano que decide hacer un abordaje sobre la problemática del aborto y su penalización. Creemos que los hechos objetivos vinculados al aborto exigen responsabilidad política y ética. Según informes de organizaciones internacionales, existe un promedio anual de más de 400.000 abortos clandestinos en la Argentina. Dicho fenómeno está marcado por la religión, la pobreza, la muerte maternal y la

[Escribir texto]

desnutrición infantil. Ninguna censura de una problemática de esta magnitud es legítima ni se justifica en una Democracia de 35 años.

La Comisión de Legislación Penal decidió comenzar con el debate público sobre el fenómeno del aborto y para ello convocó a especialistas internacionales con sólidos antecedentes científicos y jurídicos. Nuestra intención fue transparentar el fenómeno para luego analizar su régimen jurídico penal. Quisimos como Comisión develar ante la Sociedad Argentina la magnitud del drama que significa tener en nuestra sociedad 400.000 abortos clandestinos por año.

Nos pareció que previo al análisis sobre la punibilidad o no del aborto debíamos analizar el fenómeno en sí. Y ver de qué manera impactaba en la sociedad argentina. Lo que no podemos aceptar en la Argentina del 2011 es mantener cerrada y censurada esta problemática; hacer como si no existiera.

La Comisión ha mantenido una posición de imparcialidad en materia de proyectos legislativos presentados. Ello no significa neutralidad ética. Muy especialmente en materia de punibilidad del delito. Ello por cuanto buscamos en estas Jornadas escuchar todas las voces ideológicas, religiosas y científicas. Más allá de las Jornadas Públicas, los directivos de la Comisión mantuvimos reuniones personales con actores sociales, religiosos y científicos.

[Escribir texto]

El análisis del aborto no puede realizarse con seriedad si no es contextualizado en la estructura y en la dinámica de una sociedad concreta. En la Argentina, con un índice de Gini de 0,58% es claro que el aborto afecta principalmente la pobreza. Es parte de la cultura de la pobreza.

Ninguna legalidad en materia de aborto será suficiente en la medida de que no esté acompañada por una clara política de salud reproductiva con asignaciones de fondos presupuestarios suficientes para educar, prevenir y dar seguridad jurídica y sanitaria a las embarazadas.

En este contexto se inserta este proyecto legislativo. Es su marco de referencia. Creemos que debe buscarse la conciliación entre el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo y el derecho de la persona por nacer a vivir.²⁰

LA LEGALIDAD SUPRANACIONAL AMERICANA Y SU JURISPRUDENCIA.

La Comisión decidió la realización de Jornadas Públicas como primer paso en el análisis de esta temática. Era la forma de abrir un debate silenciado durante toda la Democracia Argentina a pesar de innumerables proyectos legislativos presentados. Nunca se debatieron ni siquiera en Asesores. Era un tema políticamente incorrecto. En esa línea convocamos el día 30 de Noviembre del

²⁰ www1.hcdn.gob.ar/proyxml/expedient.asp?

[Escribir texto]

2010 a la Mgter. Marianne Mollmann de la ONG internacional Human Rights Watch quien se expresó sobre el informe que esta institución realizó sobre el aborto en Argentina.

*En palabras de la experta: "...En mi experiencia a partir de las investigaciones que he realizado sobre este tema específicamente en la Argentina, la penalización del aborto lleva a las mujeres a tomar medidas desesperadas, como por ejemplo, intentar abortar con agujas de tejer, con sondas, con tallos de perejil e incluso con revólveres. (...) La penalización también permite a las supuestas clínicas de aborto clandestinas funcionar con poco respeto por la salud y la vida de las mujeres. Muchas veces las mujeres evitan el cuidado necesario post aborto por miedo a ser procesadas legalmente, pudiendo ello acarrearles consecuencias perjudiciales para la salud. (...) La confusión y el temor a las consecuencias legales del aborto también impiden a las mujeres acceder a los que indiscutiblemente son sus derechos. Por ejemplo, me refiero al caso de un aborto no punible contemplado en el artículo 86 del Código Penal vigente.*²¹

Muchos expertos con los que he hablado en Argentina coinciden en que si bien el Código Penal no exige una autorización judicial para un aborto, de todas maneras se ha convertido en un requisito de facto porque la mayoría de los

²¹ www1.hcdn.gob.ar/proyxml/expedient.asp?

[Escribir texto]

médicos no lleva a cabo el procedimiento si no cuenta con ella. Esta situación ha resultado en retrasos en el acceso al aborto, por ejemplo para las adolescentes violadas y las mujeres con discapacidad mental. Y eso les arroja serias consecuencias en la salud y en la vida.

(...) Es apropiado resaltar que el sufrimiento que la penalización del aborto causa en la Argentina se vive casi exclusivamente en los sectores pobres. Existe una clara desigualdad entre la mujer con recursos que puede pagar por un aborto ilegal en condiciones relativamente seguras, consecuentemente disminuyendo su riesgo, y la mujer sin recursos que no tiene esa opción y afronta importantes riesgos en su vida y en su salud para lograr el mismo objetivo. Me refiero al procedimiento médico que se necesita.

Por otra parte, también es importante el precio. He hablado con mujeres de sectores muy humildes, quienes me comentaron que en sus barrios el valor de un aborto clandestino dependía de si se le suministraban antibióticos o no. Esa opción sería totalmente inconcebible si el aborto fuera legal. De hecho, la grave falta de reglamentación y de responsabilidad médica con respecto a los abortos que se están llevando a cabo en la Argentina, que son muchos, además de su respectiva ilegalidad, representa una consecuencia negativa adicional de la clandestinidad. La penalización del aborto no solamente trae consecuencias

[Escribir texto]

graves para la salud y la vida de la mujer individual que necesita interrumpir su embarazo sino que también origina un problema de salud pública.

Según el Ministerio de Salud de la Nación, en 2008 más del 20 por ciento de las muertes registradas por emergencias obstétricas fueron por abortos inseguros. Y según las estadísticas vitales correspondientes al 2009, que me parece que ayer fueron publicadas en los periódicos, la mortalidad materna ha vuelto a subir y la proporción de muertes maternas atribuibles al aborto es del 28 por ciento. (...) la penalización del aborto es una cuestión de derechos humanos. A lo largo de la última década se han observado cambios importantes en el consenso internacional sobre el vínculo entre el acceso al aborto y el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres.

Estos cambios se evidencian claramente en el trabajo de los órganos de supervisión de las Naciones Unidas y en los documentos de consenso de varias conferencias mundiales relativas a los derechos de las mujeres a la salud y a los derechos respectivos.

Interpretaciones autorizadas del derecho internacional reconocen que el acceso al aborto legal y seguro resulta esencial para el disfrute y ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres. Los órganos de supervisión de los tratados internacionales de las Naciones Unidas, a través de sus

[Escribir texto]

*interpretaciones, han expresado sus opiniones sobre el acceso al aborto y las restricciones al mismo de manera sistemática y exhaustiva.*²²

Estos órganos sostienen que ciertos derechos humanos firmemente establecidos como por ejemplo, el derecho a la vida, a la salud, a la no discriminación, al libre ejercicio de la religión se ven comprometidos por las leyes y prácticas en materia del aborto que poseen carácter punitivo y restrictivo”.

En marzo de este año el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresó su preocupación por la legislación restrictiva del aborto, en Argentina específicamente, y emitió la siguiente recomendación: "El Estado parte...", es decir, la Argentina "...debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que estas no tengan que recurrir al aborto clandestino que pudiera poner en peligro sus vidas".

Esta recomendación fue emitida en relación con el derecho a la vida y al goce igualitario de todos los derechos humanos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que queda incorporado en la Constitución Argentina.

²² www1.hcdn.gob.ar/proyxml/expedient.asp?

En junio de este año el Comité de los Derechos del Niño expresó igualmente su preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna causada por un aborto, especialmente en los adolescentes, y por los prolongados procedimientos para la interrupción legal de un embarazo en este país.

En esa conexión el Comité recomendó varios pasos para la Argentina: "Adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionada con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación sin intervención de los tribunales y a petición de ellas."

También dijo el Comité que se enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal.

En agosto de este año el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó preocupaciones similares e instó a la Argentina, y cito nuevamente: "...a que revise la legislación vigente que penaliza el aborto que tiene graves consecuencias para la salud y la vida de las mujeres".

Este Comité además observó que Argentina debe asegurarse de que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para

[Escribir texto]

*interrumpir el embarazo. Estos mismos comités han emitido docenas de recomendaciones de la misma índole a países con legislación similares a la de la Argentina sosteniendo que la penalización del aborto es incompatible con los derechos humanos.*²³

Lo que sí quiero leerles son los antecedentes más relevantes con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos, que queda también incorporada en la Constitución argentina. La Convención Americana es el único instrumento internacional sobre derechos humanos que posibilita la aplicación del derecho a la vida desde el momento de la concepción; o sea, es el único instrumento que habla de ello. Y lo hace de la siguiente manera. Dice que el derecho a la vida será protegido 'en general' desde el momento de la concepción. Ha habido un caso ante la Comisión Interamericana con respecto a la interpretación de ese artículo; voy a leer las partes pertinentes, porque me parece importante tenerlo claro.

La Comisión encontró que la redacción del derecho a la vida, en el artículo 4º, había sido muy consciente y que la intención de los fundadores de la Convención, al incluir la cláusula 'en general', había sido precisamente la de permitir que existiera legislación doméstica no restrictiva respecto del aborto .

²³ www1.hcdn.gob.ar/proyxml/expedient.asp?

[Escribir texto]

Además, la Comisión comentó -y cito nuevamente- que "Se reconoció durante la sesión de redacción en San José que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados parte de una futura convención podían incluir en su legislación local los más diversos casos de aborto", refiriéndose a la posibilidad de que algunos países pudieran incluir el aborto legal bajo este artículo.

Y además dijo: "...queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición de derecho a la vida formulada en la Convención Americana es incorrecta". Los peticionarios pensaban que lo de "en general, desde el momento de la concepción" protegía desde siempre y para todos los casos al embrión, y la Comisión sostuvo que eso es incorrecto.

Y sigue: "La adición de la frase 'en general, desde el momento de la concepción' no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula 'en general, desde el momento de la concepción' son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta 'desde el momento de la concepción', que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios". O sea, sacaban lo de "en general".

[Escribir texto]

Ahí citaban varios países que habían dejado en claro, en la negociación sobre la Convención, que la intención realmente no era decir que el aborto se tenía que penalizar. La idea era más bien dejar abierta la posibilidad de diferentes tipos de legislación sobre el aborto.²⁴

Posteriormente el 13 de julio del 2011 convocamos a Mgter. Luz Patricia Mejía, Comisionada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y relatora especial sobre los Derechos de la Mujer en el Sistema Interamericano de DDHH. Su exposición se situó en términos de juridicidad supranacional americana.

Analizó extensa y profundamente la legalidad de la Convención Americana como así también la Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de aborto.

Entre otras expresiones, la experta sostuvo que: "(...) el aborto legal no es contrario a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y consideró que el debate no puede ser sesgado por discusiones de posiciones religiosas".

Cabe recordar que en el último informe sobre el acceso a servicios de salud a las mujeres desde una perspectiva de derechos humanos de la OEA, en la que participó la especialista Mejía, se sostuvo que el artículo 5 de la Convención

²⁴ www1.hcdn.gob.ar/proyxml/expedient.asp?

[Escribir texto]

Americana consagra el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral. La CIDH ha establecido que el derecho a la integridad personal es un concepto de gran amplitud. La Corte Interamericana por su parte ha reafirmado que el derecho a la integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana y no puede ser suspendido bajo circunstancia alguna. La Corte Interamericana ha desarrollado el vínculo entre los derechos a la integridad personal y a la vida y el derecho a la salud, estableciendo que ambos se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana.

7.1.- EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO Y SU IRREALIDAD.- Art 86 C.P.

El Derecho Argentino está marcado por la ficción y por la irrealidad. Ese derecho ficcional lo expresa de manera significativa el artículo 86 del Código Penal en cuanto prevé hipótesis de despenalización que en los hechos, todos saben, son de casi imposible cumplimiento. Las dos hipótesis de despenalización del delito de aborto que prevé el mencionado artículo del CP (embarazo fruto de una violación y embarazo que pone en riesgo la vida o la salud de la madre) han sido interpretadas de manera tal de tornarlas procedentes sólo mediante decisión judicial previa. Ese criterio interpretativo dominante del

[Escribir texto]

artículo 86 es el que ha marcado la manifiesta inutilidad e ineficiencia de las excepciones legales del Código Penal.

El marcado divorcio que existe en la Argentina entre derecho y realidad y entre Justicia y Sociedad traduce la realidad interpretativa del artículo 86 del CP. Ningún médico diplomado practica aborto alguno en los términos del artículo 86 del CP, sin previa autorización judicial. Y esas autorizaciones cuando llegan, son muy tarde en términos de embarazo.

El artículo 86 del CP se transforma así en un ejemplo del derecho ficcional argentino. De allí que nuestro proyecto apunte a corregir estos vicios en el mencionado artículo, al tornar en operativas las excepciones a la punibilidad del aborto que hoy sólo son declarativas o reclamativas.²⁵

El proyecto apunta en el caso de embarazos producto de violaciones a exigir como único requisito para la procedencia de la excepción a su punibilidad, la denuncia policial o jurídica del delito. Es una forma de darle rigor jurídico y verosimilitud al hecho de la violación y evitar falsas denuncias, y sobre todo evitar que esta excepción termine funcionando como regla de legalización de abortos de embarazos no queridos.

²⁵ www1.hcdn.gob.ar/proyxml/expedient.asp?

[Escribir texto]

Es el profesional diplomado en ciencias médicas con título legal el único habilitado para certificar la procedencia de esta hipótesis. De allí que la norma proyectada agrega finalmente que, cubiertos los recaudos aludidos, el médico diplomado está autorizado por la ley a proceder conforme el pedido de la mujer encinta, salvo excepciones de conciencia.

Ese es el alcance y límites del proyecto de ley que se presenta a consideración de la Cámara. Se modifican y aclaran cuáles son las condiciones legales de procedencia de las excepciones a la punibilidad del delito de aborto.

Se les da operatividad plena a las excepciones de punibilidad.

En relación al inciso primero, la norma proyectada declara a los fines legales que será suficiente requisito de acreditación de la hipótesis de excepción el certificado autenticado de médico especialista con título otorgado por entidad deontológica.

En relación al inciso segundo, la modificación apunta a tornar procedente la hipótesis de despenalización del delito de aborto fundada en el hecho de un embarazo producto del delito de violación, con la sola certificación de una denuncia policial o judicial de la víctima o su representante.

[Escribir texto]

Sabemos que esta exigencia de denuncia previa-policial o judicial- puede generar una re victimización de la víctima de una violación, al obligarla a exponer ante la ley y ante la sociedad el hecho delictual del que fuera gravemente damnificada. Pero si no imponemos este requisito dejaríamos una puerta abierta a falsas denuncias privadas de violación realizadas con la simple finalidad de justificar y despenalizar el aborto libre.

Lo que pretende esta reforma es darle ejecutividad y operatividad a la despenalización del delito de aborto fundado en estas excepciones y corregir la ficción jurídica que hoy se da en torno a la interpretación del artículo 86 del CP que hace que estas excepciones en realidad no sean tales. La judicialización de la norma penal hace ilusorias las excepciones punitivas que consagra el Código Penal.

Pero ese objetivo que busca esta reforma de la ley penal no puede ser redactado de forma tal de desvirtuar lo que son excepciones a la penalización de un delito y consagrarlas en reglas de despenalización absolutas.²⁶

De no poner en la norma penal la exigencia de la denuncia previa de la víctima del delito de violación, estaríamos en realidad legislando a favor de la

²⁶ www1.hcdn.gob.ar/proyxml/expedient.asp?

[Escribir texto]

despenalización del delito de aborto. Cosa que no es intención de los firmantes de este proyecto.

Que quede claro cuál es la intención legislativa que subyace en el proyecto y por ende cuál debe ser la interpretación auténtica de la norma. Darle operatividad plena a las excepciones que ya existen en la actual redacción del artículo 86 del CP.

Finalmente el proyecto de reforma precisa y consagra que en estas dos excepciones existe la obligación del Estado a través de sus servicios de Salud de acceder al pedido de la mujer embarazada. Esta obligación estatal para practicar el aborto solicitado por la mujer embarazada, difiere de la autorización que la ley confiere al médico privado para practicar el aborto. Esta diferencia hace al rol que el Estado debe cumplir en una sociedad marcada por una cifra de casi 400.000 abortos clandestinos por años (informe Human Rights Watch). El deber que el Estado tiene de "adoptar medidas" tendientes a garantizar los derechos humanos de la Convención Americana sobre DDHH (artículos 2 y 4), es el fundamento jurídico de esta obligación estatal que impone este proyecto de ley.

Debemos a su vez, remarcar que con la incorporación de los aspectos genéricos de considerar al aborto en casos que pongan en riesgo la salud e integridad de la

[Escribir texto]

mujer, estamos eliminando los distintos aspectos discriminatorios que tiene el actual texto del artículo 86 del CP y su amplia aplicación jurisprudencial y doctrinaria. En particular, cuando se considera las excepciones de no punibilidad del aborto al tratarse de mujer "idiotas o dementes" que termina constituyendo en un aborto eugenésico que debe desaparecer en el texto del Código Penal por ser claramente violatorio de la Convención Americana y otros tratados internacionales.

Consideramos que la causal de violación cualquiera sea su tipo es suficiente para la autorización de aborto y que discriminar en un tipo de discapacidad psico-física es atentar contra los derechos de las mujeres a no ser discriminadas.

Recordemos que la relatoría de los derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en su informe de 2010 que: "La Corte Interamericana ha señalado que la "noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona". Según la Corte Interamericana, el derecho a la igualdad ante la ley "prohíbe todo trato discriminatorio de origen legal" y para alcanzar dicho objetivo, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección a la ley. Esta afirmación se

[Escribir texto]

complementa con lo que la Corte Interamericana sostuvo en el caso Yean y Bosico: "Los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas." Ello comprende el deber de los Estados de no sólo abstenerse de incluir en sus legislaciones, normas y políticas discriminatorias que afecten la igualdad de las mujeres, sino que dichas normas y políticas deben ser erradicadas. Igualmente comprende el papel activo de los Estados en garantizar que las mujeres puedan disfrutar de sus derechos humanos libres de toda forma de discriminación".

Asimismo, el artículo 2 de la CEDAW requiere que los Estados partes adopten e implementen "por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer", que incluye el deber de "abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación", así como el deber de adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, "para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer".

[Escribir texto]

Por todas estas razones jurídicas, sociales y éticas, pedimos la aprobación de este proyecto de Ley.

8.- LA PAMPA ²⁷

En nuestra provincia en el Año 2007, se dictó la ley 2394 que regulaba los casos de abortos no punibles, la cual fue sancionada por la Cámara de Diputados, pero posteriormente vetada por el Poder Ejecutivo. Previo a esto la Asesoría Letrada de Gobierno dictaminó a favor del veto total de la ley, dejando a salvo que no compartimos lo allí resuelto.

Adjuntamos la ley vetada por el Poder Ejecutivo:

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA SANCIONA CON FUERZA DE LEY

Atención Sanitaria en casos de Aborto no Punible

ARTICULO 1.-

Objeto.

La presente ley tiene por objeto regular el procedimiento a llevar a cabo por los/as médicos/as en los establecimientos asistenciales dependientes de la

²⁷ Textos aportados por el Dip. Adrian Pepino.

[Escribir texto]

Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Bienestar Social de la Provincia de La Pampa, respecto a la atención de abortos no punibles contemplados por los incisos 1° y 2° del artículo 86 del Código Penal de la Nación, para garantizar la salud integral de las mujeres.

ARTICULO 2.-²⁸

En los casos de aborto no punible enunciados en la presente ley, los servicios de salud deberán garantizar:

- a. La realización de un diagnóstico y las intervenciones médicas necesarias para interrupción del embarazo sin riesgos.
- b. La atención médica y psicológica a la mujer pre y post aborto.

ARTICULO 3.-

Las prácticas profesionales referidas en esta ley no requieren autorización judicial.

ARTICULO 4.-

Interrupción del embarazo en caso de peligro para la vida o para la salud integral de la mujer. (Entiéndase como salud integral lo normado en el artículo 2 de la Ley N° 2.079)

²⁸ Textos aportados por el Dip. Adrian Pepino

[Escribir texto]

El peligro para la vida o salud integral de una mujer embarazada, causado o agravado por el embarazo, debe ser fehacientemente diagnosticado por el equipo interdisciplinario de profesionales de la salud formado a tal fin.

Inmediatamente después de haberse producido dicha comprobación, el/la profesional de la salud tratante está obligado/a a informar a la mujer embarazada, explicándole de manera clara y acorde a su capacidad de comprensión, el diagnóstico y pronóstico del cuadro que la afecta y la posibilidad de interrumpir el embarazo. Debe dejarse constancia en la Historia Clínica de haber proporcionado dicha información, así como también de la confirmación de la mujer gestante de haber comprendido la información recibida, para lo cual se confeccionará un formulario específico emanado de las autoridades de la Subsecretaría de Salud de la provincia de La Pampa.

Si la mujer gestante decide interrumpir su embarazo, se procederá a la realización de dicha práctica médica en un plazo no mayor de 6 (seis) días.

ARTICULO 5.-

Interrupción del embarazo en caso de violación a una “mujer idiota o demente”. Requisitos.

Si una mujer afectada por alguna discapacidad mental hubiera quedado embarazada como consecuencia de una violación y ella o su representante legal

[Escribir texto]

solicitaran la interrupción de la gestación, se debe proceder a realizar dicha práctica médica dentro de los 6 (seis) días de haber sido solicitada, debiéndose cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Constancia de embarazo a través de la revisión efectuada por el/la médico/a especialista.
- b. Consentimiento informado prestado por la mujer y/o su representante legal, debiendo ser acreditado dicho carácter con la correspondiente documentación. Solo en el caso de negativa injustificada por parte de la/el representante legal a consentir el acto médico, aconsejado por el equipo de especialistas que intervienen debido al estado de salud de la paciente, se podrá requerir autorización judicial. Dicha autorización judicial deberá tramitarlo el o la Directora/a del Hospital en un plazo no mayor a 24 (veinticuatro) horas.

ARTICULO 6.-

Instrucciones.

El Poder Ejecutivo, a través de la Subsecretaría de Salud del Ministerio de Bienestar Social, instruirá debidamente a los/as médicos/as y funcionarios/as que se desempeñen en el sector público de salud sobre el procedimiento establecido por esta ley, dentro del plazo de 15 (quince) días de su promulgación.

[Escribir texto]

ARTICULO 7.-**Objeción de conciencia.**

Aquellos médicos/as que manifiesten objeción de conciencia para intervenir en los actos médicos a que hace referencia la presente ley, deberán hacerlo ante las autoridades de las instituciones a las que pertenezcan. Los mismos quedarán excluidos de participar en cualquiera de los procedimientos previstos en la presente ley.

El mecanismo para manifestar la objeción de conciencia será a través de una declaración escrita presentada a la Dirección del Hospital, en un plazo de 30 (treinta) días de promulgada la presente y deberá ser renovable cada 2 (dos) años. Los profesionales que ingresaran a partir de la promulgación de esta ley lo harán al momento de su incorporación.

Los profesionales que no hayan expresado la objeción no podrán negarse a efectuar las intervenciones. Los servicios referidos en el artículo anterior deberán garantizar en forma permanente las prestaciones enunciadas en la presente ley.

El registro de objetores de conciencia deberá ser de acceso público.

[Escribir texto]

ARTICULO 8.-²⁹

La formación del equipo interdisciplinario de profesionales de la salud a que hace referencia el artículo 4 de la presente ley, estará integrada al menos por un/a ginecólogo/a, un/a psiquiatra, un/a médico/a clínico o generalista y un/a asistente social.

El/la directora/a del Hospital será el/la responsable de hacer cumplir la presente ley.

ARTICULO 9.-

El Ministerio de Bienestar Social, a través de la Subsecretaría de Salud, tendrá a su cargo la supervisión y control respecto del cumplimiento de las condiciones obstétricas mínimas de los servicios de salud que brinden las prestaciones comprendidas en la presente ley. Quedan alcanzados a la presente ley todos los Hospitales de nivel 4, 6 y 8 de la Provincia de La Pampa.

ARTICULO 10.-Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

²⁹ Textos aportados por el Dip Adrian Pepino

[Escribir texto]

En los últimos tiempos han llegado a la escena pública, a través de los medios de comunicación situaciones terribles y complejas que ponen en crisis los sistemas de salud al no tener resuelto previamente cuál es el rumbo a tomar.

Embarazos de fetos anencefálicos, niñas violadas, mujeres gravemente enfermas luchando por vivir se suceden en la escena pidiendo respuestas urgentes.

Por ello el objetivo de la presente ley es implementar un procedimiento claro para la realización de abortos no punibles en el sistema de salud pública de la Provincia de La Pampa. Es necesario garantizar el efectivo goce de las mujeres del derecho a la salud eliminando para ello los obstáculos que les impiden acceder a prácticas médicas autorizadas como la interrupción del embarazo en los casos mencionados en el Código Penal.

El Código Penal Argentino establece en su artículo 86:

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

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

[Escribir texto]

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

Es importante destacar que si bien no existe norma alguna en todo nuestro ordenamiento jurídico que indique que debe pedirse autorización judicial para realizar un aborto contemplado dentro del artículo 86 del Código Penal de la Nación estos abortos no se realizan.³⁰

El que se procese a una mujer por una figura explícitamente discriminada en el Código Penal como es “la tentativa de aborto” (como se dio a conocer por los medios de comunicación nacionales luego de que una mujer estuviera casi 6 años procesada) muestra a las claras como actúan, por sobre la ley y la ciencia médica, las ideologías impuestas desde una posición de poder, haciendo ficticio el consabido derecho de “igualdad ante la ley”.

Es importante señalar aquí como antecedente el fallo judicial del 27 de junio de 2005 de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense autorizando la realización de un aborto terapéutico. En este fallo el Juez Roncoroni señala respecto a la cuestión de fondo que “Ninguno de los recurrentes ha siquiera alegado que el

³⁰ Derecho Humanos de la Mujer asignatura pendiente del Estado Argentino. Contra informe convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Informe elaborado por Asociación Especialista Universitaria de Estudios de la Mujer. Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Centro de estudios legales y sociales entre organizaciones .Agosto 2008

[Escribir texto]

art. 86 inc. 1 haya sido derogado por leyes o tratados posteriores; tampoco le han formulado objeciones constitucionales. De manera que, como lo ha señalado la Corte Suprema de la Nación, no es posible dejar de aplicar esa disposición, si no se la reputa inconstitucional ("Fallos", 257:295, 262:45, y otros), tampoco se habrá de encontrar una incompatibilidad invalidante entre la norma del Código Penal, y las convenciones internacionales que citan los recurrentes. (...) En primer lugar, es necesario recordar que en la inmensa mayoría de las legislaciones del mundo, no es punible el aborto realizado para evitar un grave peligro a la vida o salud de la mujer (ver Naciones Unidas: <http://www.un.org/esa/population/publications/abt/fabtoc.htm>). De manera que, si acaso declaramos que el aborto en tales condiciones es incompatible con la Constitución, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (rat. ley 24.849), o con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. ley 23.054), entonces habremos encontrado una contradicción normativa de la que nadie se había percatado. No niego que esto sea una posibilidad, pero sí advierto que debemos ir con cuidado en un tema tan grave. (...) Conforme lo señala Sebastián Soler (Derecho Penal Argentino; TEA, 1987; T. III, parág. 85, punto X), el inc. 1 que nos ocupa tiene en el fondo su justificación en el estado de necesidad. Se relaciona entonces esta disposición con la más general del art. 34 inc 3 del Código Penal. Ciertamente es que la norma sobre el aborto impune tiene

[Escribir texto]

características particulares; sin embargo, y visto que la justificación o fundamento de la solución legal es un caso especial de estado de necesidad, estimo que es desde esa premisa que debe analizarse la validez constitucional de la norma. El estado de necesidad, como la legítima defensa, prevén situaciones que el Derecho no puede dejar de admitir: fuera del caso de quiénes están obligados por normas especiales (bomberos, policías, etc.) las normas penales no exigen que se arriesgue la vida o que se ponga en serio peligro la salud. A pesar de las notas que las distinguen (art. 34 incs. 3 y 6, C.P.), tanto la legítima defensa como el estado de necesidad hacen que, si se dan sus requisitos, quede impune la violación de los derechos y bienes más sagrados. La ley permite que la propiedad se destruya y que las personas sean heridas o incluso muertas. Sin embargo, nadie jamás ha siquiera sugerido que disposiciones semejantes sean violatorias del derecho de propiedad, cuando la propiedad es la afectada, o la salud o la vida, cuando ellas son las que sufren. (...) De lo que estamos tratando aquí es de la necesidad de una persona de recurrir a médicos diplomados para que eviten un peligro para su vida o su salud. Esto no niega el valor de la vida, ni siquiera ingresa en el debate sobre el momento en el que ella comienza. Podemos sostener que la vida empieza con la concepción, y sin embargo dejar sin castigo al que la toma como medio necesario para evitar un grave riesgo a su vida o su salud. Y esto, no porque la

[Escribir texto]

ley quite valor al heroísmo, sino porque no puede exigirlo. Una madre acaso decida no tomar un medicamento que es vital para su salud, pero que es dañoso para la de su hijo. Otra madre puede pensar que es mejor afrontar el riesgo de morir que el de no tener descendencia. Sin embargo, la ley no habrá de penarlas si su decisión es distinta; y no me refiero a una ley recién sancionada, de esas que cambian todos los años, sino a una regla que siempre ha estado presente en nuestro derecho, y que recogen casi todas las legislaciones del mundo. Las leyes que exigen el heroísmo propio de los santos, requieren que los encargados de aplicarla tengan la crueldad propia de los demonios. Nuestro derecho no le dice a la peticionante: ‘vaya señora, y afronte el riesgo de la muerte’.”³¹

También es interesante rescatar en los fundamentos del fallo del Juez Lázzari la consideración respecto a la necesidad o no de norma explícita que regule la realización de los abortos previstos en el Código Penal: “Parece claro que, en nuestro ordenamiento jurídico, no hay norma específica, sea texto de la ley de fondo o camino de tipo instrumental en el régimen procesal, que regule concretamente la situación. No está previsto cómo ha de actuarse en el caso de que una mujer acuda a solicitar una venia del juez a los fines de que, sobre ella,

³¹ Derecho Humanos de la Mujer asignatura pendiente del Estado Argentino. Contra informe convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Informe elaborado por Asociación Especialista Universitaria de Estudios de la Mujer. Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Centro de estudios legales y sociales entre organizaciones .Agosto 2008

profesionales médicos lleven a cabo una práctica abortiva, partiendo de la negativa de los facultativos para materializarla en forma directa. Podría sostenerse, sin demasiado esfuerzo, que tal normativa sería superabundante, o que se encuentra indirectamente concretada en el marco pertinente del Código Penal, o abarcada en manera genérica con las reglas de las medidas cautelares o, en fin, las del amparo. Pero lo cierto es que, stricto sensu, no hay una norma explícita que regule esta situación fáctica.”

Por eso es que en distintas Provincias y en el Congreso Nacional se debaten normativas como la aquí propuesta dado que la realidad nos muestra que cada vez que trascienden casos a la opinión pública es porque desde el estado no existen respuestas concretas para estas situaciones, por lo que creemos que es necesario la implementación de un protocolo donde queden explícitas las acciones a seguir a la que los médicos puedan acogerse para dar respuestas a estas mujeres. Esto agilizaría los tiempos y además enmarcaría estas intervenciones dentro de procesos estándares en el marco del cumplimiento de la ley.

Todos los inconvenientes anteriormente descriptos hacen que las mujeres con recursos económicos suficientes accedan a la interrupción de un embarazo en el circuito clandestino, bajo ciertas normas de seguridad, en contraposición a las

[Escribir texto]

mujeres de menores recursos que se ven obligadas a realizar abortos inseguros, poniendo en riesgo su vida ante la falta de respuesta de los efectores públicos.

Las causas de este divorcio entre las normas del Código Penal y la práctica médica respecto al aborto no punible son múltiples: factores ideológicos, sociales, ambientales y atinentes a la gestión pública; pero lo relevante y alarmante son las consecuencias que esta ruptura genera, es decir, los ya conocidos y elevados índices estadísticos de mortalidad en mujeres gestantes.

La tasa de mortalidad materna expresa el riesgo de una mujer de morir por causas relacionadas con el embarazo, parto o puerperio. Entre las principales causas de muerte materna se consigna el aborto; trastornos hipertensivos; hemorragias; sepsis; causas obstétricas indirectas. Los factores que contribuyen a la muerte materna son múltiples y en su mayoría evitables.

La prevención de las muertes maternas se reconoce como una prioridad internacional y su reducción en $\frac{3}{4}$ para el 2015 es un compromiso asumido por Argentina en la Metas del Milenio.³²

³² Derecho Humanos de la Mujer asignatura pendiente del Estado Argentino. Contra informe convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Informe elaborado por Asociación Especialista Universitaria de Estudios de la Mujer. Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Centro de estudios legales y sociales entre organizaciones .Agosto 2008

[Escribir texto]

Lo que se quiere poner aquí de manifiesto es que parte de estas muertes podrían evitarse si se cumple lo previsto por el código penal: cuando el embarazo pone en riesgo la salud de la mujer es posible para ella interrumpir esa gestación. Es inadmisibles que por cuestiones culturales, de temores y prejuicios arraigados se les niegue a las mujeres el acceso a una intervención quirúrgica que puede salvar su vida o su salud. Es de notar además que no existe una situación análoga para los varones, aun para la realización de intervenciones mutilantes sólo se requiere la conformidad del paciente o sus familiares, nunca la autorización judicial, permitiendo tomar a tiempo decisiones en favor de su salud. Esto configura una clara situación de discriminación en el derecho a la salud entre mujeres y varones.

Para muchos especialistas y organizaciones de derechos humanos, la negativa a realizar el aborto terapéutico, transgrediendo la obligación legal del Código Penal significa una violación a los derechos humanos de la mujer.

En el Contra informe presentado por organizaciones de mujeres al Comité que realiza el control, seguimiento y evaluación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, afirman que “el aborto no punible no se realiza adecuadamente en la práctica cotidiana. Los médicos no siempre ejecutan los abortos legalmente permitidos en tiempo

[Escribir texto]

en tiempo y forma, y en muchos casos solicitan autorización a un juez, cuando tal procedimiento es innecesario.”

Por su parte, en las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al Reporte Gubernamental presentado por Argentina en el año 2000, explicitan con relación al aborto:

“Principales Motivos de Preocupación y Recomendaciones”

En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental (...) El comité recomienda que se reexaminen periódicamente las leyes y políticas en materia de planificación familiar. Las mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al procedimiento de esterilización y, en los casos en que se puedan practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención.³³

³³ Derecho Humanos de la Mujer asignatura pendiente del Estado Argentino. Contra informe convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Informe elaborado por Asociación Especialista Universitaria de Estudios de la Mujer. Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Centro de estudios legales y sociales entre organizaciones .Agosto 2008

[Escribir texto]

Pero fue muy poco lo que se avanzó desde el año 2000 hasta ahora. Nuestra provincia, en lo que respecta a legislación, garantiza el acceso a todos los métodos de anticoncepción, incluyendo la anticoncepción quirúrgica. Esta ley busca garantizar que se cumpla lo que explícitamente está permitido en el Código Penal y, por consiguiente, cumplir con las recomendaciones que Organismos Internacionales le vienen haciendo repetidamente a nuestro gobierno. La negativa a realizar un aborto no punible constituye una violación a los derechos humanos básicos reconocidos y protegidos por nuestra legislación interna, así como también por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

En un estudio realizado por el Área de Salud del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) en el año 2001 fueron consultados 500 médicos que trabajan en hospitales públicos del Área Metropolitana de Buenos Aires sobre la práctica del aborto no punible y el 73,5% afirmó que en los hospitales públicos se deberían realizar los abortos no penalizados por la ley. La negativa frente a la realización de dicha práctica, entonces, surge como consecuencia del temor, producto de la confusión que la legislación y las interpretaciones contradictorias de los tribunales de todas las instancias les producen a los/as profesionales de la salud. Diana Maffia, ex Defensora Adjunta del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, afirma, en este sentido que “el médico muchas veces

[Escribir texto]

teme a la represalia de sus superiores, o a los cargos por mala praxis, y no tiene en cuenta que si no brinda asistencia a la mujer que desea abortar, en los casos previstos por la ley, está incurriendo en abandono de persona.”

Brindar un marco legal e institucional tanto a los/as profesionales como a las mujeres que ejerciendo su derecho soliciten el ejercicio de estas prácticas es un deber del Estado Provincial y es por todo lo expuesto que les solicito a mis pares la aprobación del presente proyecto de ley.

Esto fue lo dictaminado por la Asesoría Letrada al Gobernador a favor del veto de la ley 2694.³⁴

Provincia de La Pampa

Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 15634/07

INICIADOR: CAMARA DE DIPUTADOS

EXTRACTO: *El LEY 2394 (29/11/07)*

³⁴www.lapampa.gob.ar/images/stories/archivos/asesorialetrada/dictamenes/2007/D133.pdf

[Escribir texto]

DICTAMEN N° 133/07**Señor Secretario General de la Gobernación:**

Vienen las presentes actuaciones a dictamen, relacionadas con la Ley N° 2.394, sancionada por la Cámara de Diputados, cuyo objeto es regular el procedimiento a llevar a cabo por los médicos en los establecimientos asistenciales dependientes de la Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Bienestar Social de la provincia, respecto a la atención de abortos no punibles contemplados por los incisos 1° Y 2° del artículo 86 del Código Penal de la Nación, para garantizar la salud integral de las mujeres.-

Se trata de un proyecto de ley elaborado por los Diputados de los Bloques Socialista, ARI, Frente para la Victoria, FRAP y la Diputada Labégorra del Bloque Justicialista, el cual fue sancionado por mayoría y con modificaciones.-

Del análisis de la norma sancionada, y conforme lo dispuesto en el inciso a) del artículo 3° de la Ley N° 507, corresponde formular las siguientes consideraciones con respecto al articulado de la misma:

1.-Si bien específicamente el artículo 1°, como objeto de la ley sancionada, refiere a regular el procedimiento a llevarse a cabo en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal, tanto este precepto legal como toda la norma en análisis, amplían notablemente la aplicación y posibilidades de

[Escribir texto]

invocación de conducta no punible tipificada en la mencionada normativa penal.- En efecto, el artículo 86 del Código Penal regula como Conducta no punible la práctica del aborto en dos supuestos: terapéutico (inciso 1) o eugenésico (inciso 2).-

Para invocar la no punibilidad de la conducta, se requiere la concurrencia de requisitos tipificantes de la misma, los cuales deben ser analizados con carácter restrictivo, considerando que se encuentran en colisión dos derechos: la vida de la madre y la del nasciturus.-

La regla que se extrae de la ley penal, por la gravedad de la solución que se implementa (es decir la muerte del nasciturus), es que se busca provocar el daño menos perjudicial.-

La no punibilidad de la conducta debe fundarse entonces en el peligro cierto para la vida o salud de la madre y en situaciones de tal gravedad que no exista otro remedio, medio o tratamiento distinto que pueda evitarlo.-

Debe existir una real incompatibilidad entre la vida y la salud de la madre y el embarazo y vida del nasciturus, cuestión que DEBE analizarse en cada caso particular como la ley penal lo determina, sin enmarcar los hechos en procedimientos previamente reglados.- Así, el alcance pretendido por la ley sancionada por la Cámara de Diputados Provincial, excede notablemente la

[Escribir texto]

conducta no punible tipificada en la ley penal; consecuentemente se crean y legislan otras situaciones fácticas no previstas como no punibles.-

En efecto, el agregado final del artículo 1° que textualmente expresa “... *garantizar la salud integral de las mujeres...*” permite un sin número de interpretaciones y aplicaciones que colisionan abiertamente con el espíritu restrictivo de los tipos cerrados que la legislación penal, como norma de derecho público, posee.-

2.- Por su parte el artículo 4° del proyecto sancionado enmarca el concepto de salud en la definición del artículo 2° de la Ley Provincial N° 2079, es decir “... *bienestar físico, psíquico y social ...* ”, ampliando entonces en forma notoria el marco de no punibilidad previsto por el codificador penal, de acuerdo a lo ya explicado en anteriores párrafos.- Igualmente es necesario señalar en este punto que la definición del artículo 2° de la ley 2079, lo es en el contexto de esa norma provincial, pero resulta absolutamente ajena y extraña a la figura penal en análisis.-

En este punto es necesario acotar que los médicos legistas han desarrollado diferentes estadísticas y enunciaciones restrictivas respecto a las afecciones que pueden llegar a justificar la conducta no punible. Todas ellas poseen como denominador común la incompatibilidad de la vida de la madre y la continuidad

[Escribir texto]

del embarazo (*"Medicina Legal"* - Dr. Nerio Rojas - Librería El Ateneo Editorial - Buenos Aires, *"Medicina Legal"* - Segunda Edición - Bonnet - Libreros López Editores) agrave la evolución de la misma.-

Refuerza la posición expuesta, la reforma introducida al artículo 86 por la Ley 21.338, por la cual se agregó el adjetivo "grave", término que permite afirmar a la doctrina penalista que no debe tratarse de resguardar daños insignificantes o intrascendentes.-

En definitiva, la norma provincial sancionada crea conductas penales no punibles, no tipificadas ni establecidas en la ley de fondo, competencia exclusiva del Congreso de la Nación.-

Finalmente, el Código Penal es claro en cuanto a los requisitos y criterios que deben concurrir para considerar en estos casos a la conducta como no punible. Cualquier otra disposición y/o reglamentación que pretenda dictarse, deberá serlo en el marco que este cuerpo penal establece, no excediendo ni contradiciendo sus límites y formas, ya que de lo contrario se estaría legislando en materia de exclusiva competencia nacional.-

Sin perjuicio que los artículos 1° y 4° determinan que la materia abordada por la norma sancionada se encuentra excluida de la competencia de la Legislatura

[Escribir texto]

Provincial, otros artículos agregan una serie de desaciertos u omisiones que es necesario señalar.-³⁵

3.- El artículo 2° de la norma sancionada por la Legislatura Provincial, enuncia las garantías que el servicio de salud debe otorgar para los casos de "**abortos no punibles enunciados en la presente ley**". Si ello se interpreta junto a la redacción del artículo 10, se concluye que el criterio del legislador es ampliar las posibilidades de aplicación excediendo el marco penal establecido.-

4.- El artículo 4° determina que las prácticas no necesitaran autorización judicial, trámite igualmente innecesario para los supuestos previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 86.-

Tal y como lo entiende la doctrina constitucionalista, las dos formas de interpretar la norma penal provoca lo innecesario de todo trámite judicial previo, se estaría solicitando la autorización para realizar un conducta despenalizada y exenta de sanción, lo cual es inútil. Si estamos frente a una conducta delictiva la autorización no podría concederse por imposibilidad jurídica (*"Autorización Judicial para Abortar"* - Germán Bidart Campos – *Nota a fallo publicado en el Derecho, citado por Fonrouge, en comentario al fallo*

³⁵www.lapampa.gob.ar/images/stories/archivos/asesorialetrada/dictamenes/2007/D133.pdf

O.M. s/víctima de abuso sexual publicado en Microjuris con fecha 12/04/07- Cita MJD3126).-

Los tipos penales como normas de derecho público, son tipos cerrados, que no permiten ampliación ni interpretación de sus formas, ni en positivo ni en negativo.-

No se pueden justificar otras conductas, pero tampoco se pueden re-tipificar otras acciones.-

5.- El artículo 4 prevé la exigencia de documentar y acreditar el conocimiento y comprensión por parte de la mujer del "*diagnóstico y pronóstico*" del cuadro que la afecta, así como también de la "*posibilidad de interrumpir el embarazo*", pero no requiere que el consentimiento a la práctica abortiva sea acreditado ni documentado.-

Tanto el inciso 1° como 2° del artículo 86 del Código Penal, establecen como requisito de obligatorio cumplimiento el consentimiento de la mujer.-

En el caso del inciso 1° no se sule por la de su representante legal, y ante la negativa o imposibilidad de prestado, no se aplica esta disposición penal pudiendo recurrir, en tal caso, al estado de necesidad normado en él: artículo 34 del Código Penal, teoría de resistida aceptación por parte de la doctrina y jurisprudencia.-

[Escribir texto]

En efecto, la doctrina penalista tiene dicho en este punto que" o •• *debe respetarse el derecho, heroico si se quiere, a la maternidad, y se reconoce sólo a ella la opción entre su propia vida y la de su hijo*" (*Código Penal Comentado y Anotado - D 'Alessio Parte Especial - pg. 45*).-En contradicción con ello, el artículo 5° inciso b) del proyecto de ley sancionado determina que ante la negativa injustificada, igualmente el profesional interviniente podrá solicitar autorización judicial, no respetando entonces la negativa de la madre. Finalmente, respecto del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal (mujer idiota o demente), el consentimiento dado por el representante legal es obligatorio. Sin embargo, la ley sancionada permite que el consentimiento sea dado por la mujer y/o su representante legal, otorgándole plena validez al consentimiento de la mujer discapacitada, en contradicción a lo dispuesto por la normativa civil.-³⁶

6.- Por último, el artículo 7° de la norma regula un registro de objetores de conciencia, que en su aplicación contradice no sólo los principios que rigen concepto dinámico y aplicable caso por caso, sino además al art. 19 de la Constitución Nacional.

³⁶www.lapampa.gob.ar/images/stories/archivos/asesorialetrada/dictamenes/2007/D133.pdf

De acuerdo a las observaciones formuladas, de procederse a la promulgación de la ley sancionada, se estarían vulnerando principios constitucionales, colocando entonces al Estado Provincial ante la posibilidad cierta de planteos de inconstitucionalidad, con las consecuencias jurídicas y económicas que ello conllevaría.-

Por ello, analizado el texto de la Ley N° 2.394 sancionada por la Cámara de Diputados, y en virtud de las consideraciones formuladas precedentemente, esta Asesoría considera que la norma, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no se encuentra en condiciones legales de ser promulgada por el Poder Ejecutivo, correspondiendo, en consecuencia, proceder al veto total de la misma.-

Fdo.: Dra. Daniela M. VASSIA³⁷

ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO – Santa Rosa, 14 DIC 2007

³⁷www.lapampa.gob.ar/images/stories/archivos/asesorialetrada/dictamenes/2007/D133.pdf

[Escribir texto]

9.- CONCLUSION

A través de este Seminario Teórico se quiso destacar la importancia del dictado de una ley que abra el margen de casos favorables al aborto, cuya reglamentación sea acorde a la operatividad de la misma, ya que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo deben actuar en consonancia para que estos problemas se solucionen; y el Poder Judicial no debe obstruir la protección de los derechos de las personas, sino todo lo opuesto.

Es necesario que la sociedad actual avance en estos temas, y creemos que no se hace a pasos agigantados, por eso es que no consideramos que la Argentina esté preparada en este momento para una despenalización absoluta del aborto, y si en las condiciones que apoya el proyecto de reforma del Artículo 86 del Código Penal presentado por Edgardo Edmundo Nicolás Albrieu y Juan Carlos Vega.

Este proyecto de ley debe ser avalado por una buena política de salud sexual y procreación responsable, que genere conciencia en los diferentes sectores de la sociedad (pero más especialmente en los hogares más humildes), de la importancia de cuidarse y de planificar la familia. Además este instituto no habilita que cualquier persona pueda realizarse un aborto; todo parte de una buena y sólida educación que hoy en día escasea, y es el gran mal de nuestros tiempos, porque sin ella no hay ley que valga, ni sociedad que progrese.

[Escribir texto]

Según Andrés Gil Domínguez, en el libro “Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución”, no existe una real convicción social de que el aborto voluntario sea del todo ilícito y por ende, no hay una verdadera voluntad de persecución penal. Al utilizar la vía conminativa, el estado acentúa las diferencias sociales y reniega del fundamento de un derecho penal humanitario. En la actualidad la vía penal no es ninguna solución para el aborto voluntario. Al contrario, no protege a la vida humana en formación, genera una situación discriminatoria y significa un jugoso negocio para unos pocos.

La libertad reproductiva no se satisface solo con la abstención o falta de intromisión por parte del estado, sino que la obligación estatal se extiende a la realización de campañas de planificación familiar, especialmente en los sectores más carenciados. Esas campañas consistirán en la divulgación masiva y eficaz de la debida información.

Con la despenalización del aborto no se trata de estar a favor o en contra del derecho a la vida, sino de garantizar otros derechos que tienen igual prioridad y protección en nuestra Constitución Nacional, como ser: el derecho de elegir, el derecho a la salud, a la igualdad, a la integridad física, etc.; que deben menguarse cuando se generen este tipo de contradicciones, tratando de que la damnificada salga lo menos perjudicada posible.

[Escribir texto]

Queda ratificado a través de las distintas estadísticas que es un gran porcentaje, aproximadamente el 80 %, de la población nacional la que aboga por la despenalización del aborto ante los casos en que corra peligro la salud o la vida de la madre y ante el caso de violación sexual a una mujer, tal como queda reflejado en los intentos frustrados de reformas legislativas en cuanto al tema.

Sin embargo a través de los años no se ha dado una solución formal y adecuada a dicha problemática, sin reconocerle la urgencia que hoy en día reclaman los ciudadanos.

Es por todo esto que imploramos que en el periodo legislativo venidero sea tratado este proyecto de reforma favorable y no se siga evadiendo su promulgación con maniobras políticas, ni influencias eclesiásticas, ni de otros sectores de poder, que generan un retroceso en la sociedad, contrastando con los notables avances mundiales en cuanto a este tema.

[Escribir texto]

“Los ricos defienden el aborto ilegal para mantenerlo en secreto y no pasar vergüenza. Estoy harto de que se nos mueran chicas pobres para que las ricas aborten en secreto. Se nos mueren nenas en las villas y en Sanatorios hacen fortunas sacándoles la vergüenza del vientre a las ricas. Con el divorcio decían que era el fin de la familia y sólo fue el fin de la vergüenza de los separados ilegales. Con el aborto legal no habrá más ni menos abortos, habrá menos madres muertas. El resto es educar, no legislar.” (Dr. René Favaloro)

[Escribir texto]

10.- BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

- CARLOS CREUS. “Derecho Penal”. Ed. Astrea. CABA. 2002. Tomo 1.
- CARLOS FONTAN BALESTRA. “Derecho Penal”. Decimosexta Edición. Parte Especial. Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2000.-
- ANDRES GIL DOMINGUEZ. “Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución”. Ediar. Buenos Aires. 2000.-
- HUMBERTO QUIROGA LAVIE. “Constitución Nacional Comentada”. Tercera Edición. Ed. Zavalía. Buenos Aires. 2000.-
- “Código Penal de la Nación Argentina”. Ed. La Ley. CABA. 2009.-

TESIS

- SOLERA, María Carolina. “El Aborto”. Santa Rosa, La Pampa. Universidad Nacional de la Pampa. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. 2003.-
- SALVAY, Carina y NEMESIO, María Cristina. “Hacia un proyecto de reforma al Art. 86 del Código Penal”. Santa Rosa, La Pampa. Universidad Nacional de La Pampa. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. 2006

[Escribir texto]

SITIOS INTERNET

<http://www.nosotrasenred.org/aborto/historia.html>

<http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/como-comenzo.html>

http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_Estados_Unidos

http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_Espa%C3%B1a

http://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Legislaci%C3%B3n_del_aborto

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=aborto

<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-180235-2011-11-01.html>

http://www.laarena.com.ar/la_ciudad-

[en_la_pampa_hay_3.100_abortos_por_ano-67182-115.html](http://www.laarena.com.ar/la_ciudad-en_la_pampa_hay_3.100_abortos_por_ano-67182-115.html)

http://www.diariotextual.com/index.php?option=com_content&view=article&i

[d=21089:diputados-tratará-el-tema-del-aborto.](http://www.diariotextual.com/index.php?option=com_content&view=article&i)

[http://www.diputados.gov.ar.](http://www.diputados.gov.ar)

[http://www.despenalizacion.org.ar.](http://www.despenalizacion.org.ar)

[http://www.lapampa.gob.ar.](http://www.lapampa.gob.ar)

[Escribir texto]

<http://www.santarosa.gov.ar/genero/index/php>

<http://www.lavoz.com.ar>

[Escribir texto]