

“ABORTO” ; “CORTE I. D. H. ” ; “F. AL. s/Medidas Autosatisfactiva” ; “SANDOVAL; NATIVIDAD FRIAS ”

**Autores : Walter Hugo Pierrestegui; Diego Ignacio Monaco y Pablo Roberto Noguero**

---

**A modo de Introducción :**

Empezaremos analizando el fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN en adelante) “*FAL s/ Medida Autosatisfactiva*” el cual resulta de trascendencia en cuanto al “fondo”<sup>1</sup> del conflicto por la posición tomada por el máximo tribunal superior.- Y se analizara así, el art. 86 inc. 2 del Código Penal (CP en adelante) a los efectos de observar su aplicación ante el pedido de un aborto con motivo de un abuso sexual.- Seguidamente se examinan los derechos humanos en juego a la luz -también- de otro fallo de la CSJN *in re “Baldivieso, Cesar Alejandro”*<sup>2</sup> el cual resulta a nuestro entender, complementario del anterior (y más genérico) en la temática por nosotros elegida.- Este último, remite al tradicional plenario “*Natividad Frías*” de la Cámara Nacional Criminal y Correccional<sup>3</sup> regresando las cosas en su justo lugar.

A la postre, estudiaremos los precedentes de la Corte IDH y la CIDH relacionados con el tópico a los efectos de culminar con una conclusión.

Esperando gustarle al lector a él nos remitimos.-

**Fallo “FAL s/Medidas Autosatisfactivas”:**

Situación fáctica: Chubut año 2010. Una joven de 15 años embarazada con motivo de violencia sexual sufrida por su padre. La progenitora de la joven solicita la interrupción del embarazo con fundamento en el art. 86 inc. 2 del CP.- Se basa en los informes médicos realizados a la menor en los cuales se relata el grave peligro “*psico-físico*” en que se encuentra atento a sentirse “*con un hijo del padre de sus hermanos y un hijo del marido de la madre*”, viviendo la misma una fuerte depresión con riesgo de suicidio.- Con la existencia de un proceso penal contra el padre por abuso sexual, la progenitora realizó la petición de interrupción del embarazo habiéndose declarado incompetente el juez (por existir una instrucción penal en curso); también se declaró incompetente el “Fiscal” ante el pedido a él realizado (por carecer de facultades) y el “juez de familia” rechazó la medida autosatisfactiva que le peticionaran.- La Cámara confirmó el rechazo de primera instancia. El Supremo Tribunal de Justicia de Neuquén (STJ en adelante) revocó la decisión de la Cámara, admitiendo la interrupción del embarazo con los siguientes argumentos: **A)** La situación de la joven

---

<sup>1</sup> Sin pasar por alto que desde lo “formal”, lo declaró admisible al recurso a pesar de ser abstracta la cuestión.

<sup>2</sup> Fallo *Baldivieso, Cesar Alejandro*, Causa n° 4733, B. 436. XL; del 20 abril 2010.

<sup>3</sup> Fallo *Natividad Frías*; Plenario de la CNCyC de fecha 26/08/66: LL:123-842

encuadra en el art. 86 inc. 2 del CP que tipifica los “abortos no punibles”; **B)** La interrupción del embarazo es constitucionalmente y convencionalmente aceptable<sup>4</sup>; **C)** No es necesario la autorización judicial, no obstante ello, se extiende a los efectos de dar por terminada la contienda.- Ante dicha resolución interpuso Recurso Extraordinario (RE en adelante) el “Asesor de Menores”, y habiéndose “ya realizado el aborto” (adolesciendo de *actualidad* el agravio), y existiendo paralelamente “incumplimiento formales de presentación”<sup>5</sup> lo declaró admisible a los efectos de que la CSJN le *de tratamiento a una situación constitucional de vital importancia por la temática en cuestión, y la posibilidad de reiterarse en el tiempo* (“Considerando N° 5” de la mayoría; y “Considerando N° 6 y 8” de Dra. C. M. Argibay [por su voto]; y “Considerando N° 6 y 7” del Dr. E. S. Petracchi [por su voto])<sup>6 y 7</sup>

La cuestión específica en materia Fondal: el Art. 86 inc.2 CP determina la no-punibilidad del aborto practicado por un médico con el consentimiento de la madre, en caso de violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.- La redacción del art.<sup>8</sup> ha generado dos interpretaciones antagónicas. La primera: mayoritaria y de antigua data, afirma que el CP justifica la actuación del médico ante situaciones donde la víctima es una persona con facultades mentales diferentes.- Una segunda postura es la que resulta del fallo de CSJN *F.A.L s/ Medidas Autosatisfactiva* en donde se justifica la actuación del médico en toda situación de violencia sexual (prescindiendo del estado mental de la víctima).- Esta última postura más amplia, es la que consideramos más acorde.<sup>9</sup>-

<sup>4</sup> En este sentido, comparte parcialmente este criterio el Dr. Bidart Campos, Germán J. el cual entiende que la Constitución no obliga a penalizar la conducta del aborto. No obstante la existencia de una norma permisiva que faculte la realización del aborto, sí la entiende violatoria del derecho a la vida y por consiguiente a la CN y Tratados Internacionales.- (**Dr. Bidart Campos, Germán J.; “El Aborto y Derecho a la Vida”; ED 113-479**)

<sup>5</sup> Incumplimientos de acordada 4/2007. Errores que si bien en el fallo no fueron mencionados específicamente, la citada acordada determina las reglas para la interposición del recurso extraordinario federal, como ser: deber de interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño (no menor de 12). etc...

<sup>6</sup> Existieron distintas posturas una vez radicada la causa en la CSJN. La “Defensora General” en representación de la menor abusada entendió que correspondía confirmar la sentencia del STJ; el “Defensor de Menores” en representación del *nasciturus* expresó la necesidad de revocar la sentencia del Superior Tribunal de Justicia y el “Procurador Fiscal” se inclinó por declarar abstracta la cuestión.- Paralelamente intervinieron distintos “*Amicus Curiae*” en uno y otro sentido.-

<sup>7</sup> Otros fallo de importancias en cuanto a la apertura en este tópico resulta ser “**Portal de Belén Asociación Civil c/ Superior Gobierno de la Pcia. de Córdoba s/ Amparo**” del 24 de agosto del 2012 del Juzgado Civil y Comercial 30 de Córdoba y el fallo de la SCBA “**R., L.M., NN Persona por nacer**”. Acuerdo 2078 en Causa 98.830 de fecha 31/07/2006.-

<sup>8</sup> Resulta ser una copia del art 112 del proyecto Suizo del año 1916.- El proyecto Suizo poseía una mirada más amplia, que el legislador argentino copio con la supresión de la *coma* del originario. Dicha supresión, desencadenó un debate de interpretaciones que terminó con una postura restrictiva casi unánime en la Argentina.- Sin embargo, el Dr. Jiménez de Asúa entiende que la supresión de dicho “conector” deviene en virtud que en el proyecto Suizo existía un tercer supuesto el cual era “el incesto”. Por ello se encontraba redactado el proyecto Suizo con una *coma* y hablaba de cuando proviene de *una violación, o un atentado al pudor*. Al ser trasladado al CP argentino por parte del legislador se plasmó expresando “cuando proviene de *una violación o un atentado al pudor*”, suprimiéndose de esta manera la *coma*, por haberse suprimido el tercer supuesto que existía en el Cód. Suizo y no por querer restringir la interpretación. [conf. **Jiménez de Asúa, Luis; El Aborto y su Impunidad; Rev. LL: 26-977**.- En idéntico sentido el **Dr. Mahiques** en el punto 12 de **su voto [en pág. 294] en el fallo de la SCJBA “R., L.M.”**. Contrario a lo expresado el **Dr. Pablo Yurman; “Un Fallo Limitado y Anacrónico”**; Revista Digital Pensamiento Penal; <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/06/genero16.pdf>

<sup>9</sup> En idéntico sentido Gil Domínguez menciona que destacados juristas como Kemelmajer de Carlucci, Sabsay, Jiménez, Dalla Vía, Gelli (**conforme Consideraciones N° 22 y 25 [en pág. 155 y 158] del voto de Dra. Kogan en**

En este fallo, la CSJN se introduce en la cuestión de fondo como garante supremo de la Constitución y Tratados Internacionales confirmando la sentencia del STJ, con fundamento en: **1)** del análisis hermenéutico y del principio de reserva deviene que la interrupción del embarazo del art. 86 inc. 2 del CP no requiere encontrarse supeditado a trámite judicial alguno<sup>10</sup>; **2)** Ni de la Constitución, ni de las Convenciones es posible extraer la *imposibilidad de la interrupción de un embarazo*<sup>11</sup>, mucho menos que deba de interpretarse restrictivamente el art. 86 inc. 2 del CP<sup>12</sup>; **3)** El Comité de las Naciones Unidas anteriormente manifestó su preocupación sobre la mirada restringida de la Argentina en relación al art. 86 inc.2 del CP<sup>13</sup>, **4)** Existen principios superiores de igualdad y no discriminación de la mujer víctima de violencia sexual que hace necesario interpretar de manera amplia al art. 86 inc.2 del CP; **5)** El principio de las “*personas como un fin en sí mismo*” y su prohibición de tratarlas “*utilitariamente como un medio para un fin*”<sup>14</sup>.-

Distintas Posturas Doctrinarias. En la presente temática cruzada por posiciones éticas y morales, es muy frecuente encontrar posturas doctrinarias y jurisprudenciales disimiles, e incluso legislación comparada con criterios diversos aún en países de la misma tradición cultural. Ello por la pugna de intereses en juego existentes. O se viola el derecho a la “igualdad, a mantener una salud mental equilibrada o la *libertad de disponer sobre el propio cuerpo* (Pars Viscerum Matris<sup>15y16</sup>) y a

---

**el fallo “R., L.M.”**

<sup>10</sup> En idéntico sentido y con anterioridad se emitió la **Procuración de la Pcia de Bs As.** en el Dictamen “**N.,N. o persona por nacer s/ Protección s/ Denuncia; Resolución General 377/06; fecha 10/07/2006;** y el Dictamen “**O.,M.V.s/ Víctima de abuso sexual**” de fecha 26/02/2007.- De igual manera recepta este principio el fallo “**Portal de Belén Asociación Civil s/ superior gobierno de la Pcia. de Córdoba s/ Amparo**”; “**Considerando 9,D**”; en pág.372 del mismo.-

<sup>11</sup> En idéntico sentido **Bidart Campos, German**; Op. Cit.

<sup>12</sup> En idéntico sentido y con anterioridad se pronuncio sendos dictámenes la Procuración Pcia de Bs As; Op. Cit.-

<sup>13</sup> Conforme Cecilia Hopp, la condena recibida por la Argentina por parte del Comité de DDHH en el caso “*L.MR*” fue la causante de que la actual composición de la CSJN se pronunciara como lo hizo en “*F.A.L*” y a los efectos de evitar volver a incurrir en responsabilidad internacional por la inaccesibilidad de los abortos no punibles. (**Hopp, Cecilia Marcela**; “*El caso Pro-Familia: Militancias y Resistencia en torno al Aborto Legal*”; en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/07/genero24.pdf> . En idéntico sentido con lo expresado por Cecilia Hopp el fallo “**Portal de Belén Asociación Civil c/ superior gobierno de la Pcia de Córdoba s/ Amparo**” en donde se afirma que la Argentina estaba próxima a ser sancionada por los organismos internacionales si no emitía un fallo como el emitido en *FAL s/ Medida Autosatisfactiva*.-

<sup>14</sup> Es de destacar que en el citado fallo, la CSJN va mas allá de lo peticionado por las partes y expresa que la ley no exige requisitos especiales para la realización del aborto.- La simple declaración jurada frente al médico en cuanto a que el embarazo es el fruto de violencia sexual, habilita la realización de la interrupción.- En idéntico sentido **dictámenes de la Procuración Pcia de Bs As; Op. Cit.**- En sentido contrario el fallo de fecha 24/08/12 “**Portal de Belén Asociación Civil c/ superior gobierno de la Pcia. de Córdoba s/Amparo**” el cual considera que la simple declaración jurada no alcanza, y estará condicionada a la realización de algunas de las condiciones que son realizadas en el *Aborto Terapéutico* en especial la existencia de un consentimiento informado y que un Equipo Interdisciplinario lo corrobore (**Considerando 9,A in fine** y “**Considerando 10,J**” de pág. 397” y también la pág. 368 del fallo)

<sup>15</sup> Criterio del Código Penal Uruguayo de José Irureta Goyena de 1934, que suprimió el delito de Aborto en general y con el fundamento de considerar el feto como *Parte Integrante del Cuerpo de la madre*.- Motivo por el cual, si no se castiga al suicidio o la auto lesión tampoco se debe castigar al Aborto y por ser en el último de los casos *parte del cuerpo de la madre*.-

<sup>16</sup> Dicho criterio el cual entiende al feto como un órgano integrante de la naturaleza fisiológica de la madre, se basa en la noción que antes del alumbramiento habrá vida, no obstante carecerá de personalidad.- Ello en virtud que, para ser sujeto de derecho no basta con existir en sentido fisiológico sino que es necesario tener vida en relación. Este criterio se pudo ver en el **voto en disidencia del Dr. O’Nill en el fallo “M., O. L. s/ Aborto**”; Cám. Apelaciones de Necochea; 21/12/93; **ED 159-271**

la vida<sup>17</sup>” en caso de que se prohíba abortar; o por el contrario se viola el “derecho a la vida, la libertad y a la igualdad” (en el caso de permitir la interrupción en caso de abuso de una persona con capacidades diferentes [posición *restrictiva* del art. 86 inc. 2 del Cp]); o se viola el “derecho a la vida” (cuando se permite, prescindiendo de las facultades mentales de la madre [interpretación *amplia* del art. 86 inc. 2 del Cp]). Cualquier postura por la cual nos inclinemos derivara inevitablemente en un desmedro de un principio fundamental como contrapartida inevitable.-

De todas las posibles salidas, nuestra CSJN se encaminó por la última de las indicadas la cual recepta la *tesis amplia* del art. 86 del CP, con lo cual se podría interrumpir un embarazo en caso de abuso prescindiendo del estado mental de la progenitora, lo cual armoniza un poco más adecuadamente con un estado republicano de derecho<sup>18</sup> como el nuestro.-

La representación del feto como *bien jurídico de la comunidad* es la idea que se desliza en la tesis restrictiva del art. 86 Cp., toda vez que, de entenderse al feto como bien jurídico individual no importaría si la progenitora posee facultades mentales diferentes. Solo no se podría interrumpir el embarazo.- Por ende, la mirada restringida se encuentra alineada a un pensamiento de orden funcionalista, y a nivel nacional encontró recepción casi unánime en la mayoría de los autores, destacándose el Dr. José Peco<sup>19</sup> por la claridad de su argumentación.-

### Apertura de la CSJN

Esta posición *amplia* adoptada por la CSJN sobre la interpretación del art. 86 del CP se encuentra mejor alineada con los principios constitucionales liberales que la nación y la provincia recepta. En este sentido, el máximo tribunal ha mostrado una apertura sin antecedentes hasta el momento. Ello lo observamos del citado “*F.A.L*” e igualmente lo podemos observar del fallo de CSJN *In Re “Baldivieso”*<sup>20</sup> el cual posee relación con el tópico elegido.-

En este último, si bien el conflicto radica en *el derecho a la intimidad* (interés individual) *Vs.* *el interés de reprimir el delito* (interés social); o, *el deber de guardar secreto profesional* (interés individual) *Vs.* *poder investigar un delito* (interés social), nuestra CSJN se inclino por el

<sup>17</sup> Por la muerte evitable de de *madres* que realizan el aborto en condiciones insalubre y a las cuales nos referiremos más adelante.-

<sup>18</sup> A modo de *Obiter Dicta*, en Alemania en la época de Ritter von Liszt y Gustavo Radbruch se negaba al feto como bien jurídico individual, y ello con una mirada netamente funcionalista. Tenían en mente la necesidad de poblar Alemania y con esa intención demográfica es que entendían al feto como bien jurídico de la comunidad, negando así derechos individuales. Años más tardes en la Alemania del nacionalsocialismo y con el advenimiento de Hitler continuaron en la misma línea en virtud de *requerir material humano*, no obstante, el pensamiento del nacionalsocialismo exigía al aborto eugenésico para asegurar la *pureza de la raza* que ellos mantenían como principio. (Conf. Jiménez de Asúa, Luis; Op. Cit) En relación con esta última idea se expresó el **Dictamen de la Procuración General de la Pcia. de Bs. As; “N.,N. persona por nacer”**; Op. Cit.

<sup>19</sup> En sentido contrario a la mirada restringida del Dr. José Peco, nos encontramos al Dr. Sebastián Soler (Conf. **Dictamen Procuración**, Op. Cit.).

<sup>20</sup> CSJN; causa n° 4733, “**Baldivieso**”, B. 436. XL; del 20 abril 2010

respeto de los derechos individuales dando un giro copernicano en su doctrina sentada hasta ese momento a partir del precedente *Zambrana Daza*<sup>21</sup>.

*In Re "Baldivieso"* se regresa al criterio que durante mucho tiempo existió a partir del plenario "*Natividad Frías*"<sup>22</sup> de 1966, en donde los votos de los Dres. José M. Lejarza<sup>23</sup>, Roberto A. Amallo<sup>24</sup>, José L. Romero Victorica<sup>25</sup> y Jorge Frías Caballero<sup>26</sup> resultan emblemáticos. Estos votos forman parte de la mayoría del plenario juntamente con los de los Dres. Mario H. Pena - Mario S. Rasso - Julio A. Negri - Horacio Vera Ocampo - Nestor Panelo y Jorge A. Quiroga<sup>27</sup>.

Lo resuelto en el citado pleno se observó en la minoría del precedente "*Zambrana Daza*"<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> **LL 1999-B-164.** En este la CSJN con una mayoría exigua de cinco contra cuatro entendió que: "*el riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito*" (**tex. mayoría**). En el citado, el imputado acude al hospital tras romperse una de las capsulas con clorhidrato de cocaína que tenía en el estomago.- En este cuadro, la *noticia criminis* obtenida por el galeno interviniente fue declarada válida dándosele prioridad al *interés social de perseguir el delito por sobre el interés individual* de ser atendido.-

<sup>22</sup> En *Natividad Frías* se dio prioridad al interés individual por sobre el interés social de perseguir el delito. Se declaró la nulidad de la *noticia criminis* obtenida con motivo de una intervención en un nosocomio público, al cual había acudido la abortante ante la necesidad de atención médica.- En idéntico sentido el voto del Dr. Daniel Carral al que adhirió el Dr. Vitor Horacio Violini en la Causa "**Cardozo, Andrea Elizabet s/Recurso de Casación**"; **Reg.36.963 de fecha 21 octubre del 2010 de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires**. En igual sentido la resolución del Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora a cargo del Dr. Vitale, Gabriel M. A. en causa de fecha 06/08/2012 N 00-026698-12. <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/08/fallos05.pdf>

<sup>23</sup> "*el interés público no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel*" (**tex. Dr. Lejarza** haciendo referencia al dilema de la abortante la cual se enfrenta a la "muerte" en caso de no concurrir al nosocomio, o la "cárcel" en caso de hacerlo y verse enjuiciada por el hecho). El voto del Dr. Lejarza en el precedente *Natividad Frías* fue citado por el Dr. Daniel Carral en su voto -al que adhirió el Dr. Vitor Horacio Violini- en la Causa "**Cardozo, Andrea Elizabet s/Recurso de Casación**"; **Reg.36.963 de fecha 21 octubre del 2010 de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires**.-

<sup>24</sup> "*Si una mujer busca el auxilio médico porque se siente herida en su organismo, a veces con verdadero peligro de muerte, lo hace desesperada, acosada por la necesidad, forzada a ello [...] Su presencia ante el profesional en el arte de curar, para tratar un aborto, que si bien provocó, ahora no puede controlar, en sus últimas consecuencias, implica mostrar su cuerpo, descubrirle en su más íntimo secreto, confesar su delito [...]*es cuándo cabe preguntarse si alguien tiene el derecho de burlarla, haciendo pública su conducta (**text. Dr. Amallo**) El presente párrafo del Dr. Amallo en el legendario plenario *Natividad Frías* fue citado por el Dr. Daniel Carral en su voto -al que adhirió el Dr. Vitor Horacio Violini- en la Causa "**Cardozo, Andrea Elizabet s/Recurso de Casación**"; **Reg.36.963 de fecha 21 octubre del 2010 de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires**.-

<sup>25</sup> "*Si es injusto obligar a quien delinquirió a que provoque, acusándose, su propia condena, es igual y, consiguientemente, injusto condenarla sobre la base de una autoacusación a la que se vio forzada nada menos que por la inminencia de perder su humano derecho a sobrevivir a su delito*" (**Tex. Dr. Romero Victorica**)

<sup>26</sup> "*La mujer urgida por la necesidad de asistencia médica a raíz de un aborto provocado por ella misma o por un tercero con su consentimiento, confronta incuestionablemente (como se ha señalado en votos anteriores) una grave situación dilemática: o solicita el auxilio médico para conjurar el peligro en que se halla y entonces se expone a la denuncia del hecho, al proceso y a la condena criminal, o se resigna incluso a la posibilidad de perder la vida*" (**text. voto del Dr. Frías Caballero**)

<sup>27</sup> En concordancia con lo resuelto en *Natividad Frías*; **Carrió, Alejandro D.; Garantías Constitucionales en el Proceso Penal**; 5ta edición; Editorial Hammurabi; Bs As; 2010; pág. 530/4; y **Falcone, Roberto A. - Madina, Marcelo A.; El Proceso Penal en la Pcia de Buenos Aires**; 3ra. Edición Actualizada y Ampl.; Editorial Ad-Hoc; Bs As; año 2013.- Pág. 393/8

<sup>28</sup> Compuesta por los Dres. Carlos S. Fayt - Augusto Cesar Belluscio - Enrique Santiago Petracchi - Gustavo A. Bossert y como expresara también en el voto del Dr. Daniel Carral -al que adhirió el Dr. Vitor Horacio Violini- en la Causa "**Cardozo, Andrea Elizabet s/Recurso de Casación**"; **Reg.36.963 de fecha 21 octubre del 2010 de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires**.-

## Repercusión de la legislación Represiva en los Der. Individuales. Normativa Internacional-

Como adelantamos, entendemos que con una legislación punitivista<sup>29</sup> -como la existente en la temática de interrupción del embarazo- se viola el *derecho a la igualdad y al acceso a la salud* de todas aquellas madres de escasos recursos.-

El derecho a la igualdad se encuentra reconocido en la Constitución Nacional en los arts 16, 31, 75 inc. 22, este último en cuanto introduce los art. 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 7 Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer<sup>30</sup>.

El Derecho a la salud se encuentra consagrado en el Art. 36 inc. 8° de la Constitución Provincial; y en la carta magna a través del art. 31, 33 y 75 inc. 22 que introduce los tratados internacionales en los art. 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 4 inc 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Las estadísticas de abortos por año que se realizan en la Argentina ascienden a 500.000<sup>31 32</sup>, ante esta circunstancias las madres de menores recursos resultan las más perjudicadas al acudir al

<sup>29</sup> En sentido contrario a la punición del aborto, se han manifestado algunos legisladores como Fernanda Gil Lozano, Adriana Puiggrós, Héctor Recalde, Silvana Giudici, María Storani, Martín Sabbatella, Carlos Heller, Laura Alonso, Virginia Linares, Margarita Stolbizer, Roy Cortina, Victoria Donda Pérez, Verónica Benas, Héctor Álvaro, Néilda Belous, María Areta, Adriana García. También se expresaron a favor las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, el INADI, la C.T.A, sindicatos y gremios de todo el país, periodistas como Víctor Hugo Morales y Pablo Marchetti, actores y actrices tales como Soledad Silveyra, Mex Urtizberea, Gustavo Garzón e Inés Estévez, e intelectuales como Beatriz Sarlo y Ricardo Forster. (fuente consultada en [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2011/04/13/noticia\\_0007.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2011/04/13/noticia_0007.html)) En idéntico sentido Luz Patricia Mejía integrante de la CIDH y relatora del organismo con respecto a los derechos de la mujer. (conforme **Gustavo Ahumada; "El aborto legal no es contrario a la Convención de DDHH"**; [diariojudicial.com](http://www.diariojudicial.com); <http://www.diariojudicial.com.ar/noticias/El-aborto-legal-no-es-contrario-a-la-Convencion-de-DDHH-20110713-0004.html>). De igual manera Vilma Ibarra dijo que "es el único caso en que el dictado de una ley [pro-aborto] salva vidas". En concordancia con ello María Luisa Storani dijo: "estamos legislando sobre la vida", "salvando vidas", ya que "las mujeres que mueren son las mujeres y niñas pobres" (fuente [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2010/11/30/noticia\\_0008.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2010/11/30/noticia_0008.html) ). En idéntico sentido en cuanto a la necesidad de que el aborto no sea punible la **Dra. Soledad Deza "El aborto No punible es una Cuestión de Derechos Humanos y Clases Humanas"**; en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/06/genero11.pdf>

<sup>30</sup> Toda vez que, la penalización del aborto vulnera el derecho a la salud únicamente de las mujeres dado que se trata de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan y utilizan. En este sentido constituye una violación al artículo "2. F" en cuanto a la obligación de los Estados Partes de "*adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer*"

<sup>31</sup> Conforme Diario Judicial del 31 enero del 2012 <http://www.diariojudicial.com/noticias/Por-ao-se-producen-medio-millon-de-abortos-ilegales-en-Argentina-20120124-0005.html>, donde da cuenta que la organización no gubernamental internacional Human Rights Watch (HRW) elaboró su informe anual [http://www.diariojudicial.com/documentos/Enero-2012/Argentina\\_2012\\_HRW.pdf](http://www.diariojudicial.com/documentos/Enero-2012/Argentina_2012_HRW.pdf) en el cual expresa la citada estadística, conjuntamente con el hecho de ser el aborto una de las principales causas de mortalidad infantil.- En idéntico sentido **Hopp, Cecilia Marcela**; Op. Cit) En idéntico sentido **ASOCIACIÓN por los DERECHOS CIVELES (ADC): "Despenalización del Aborto Temprano: Posición de la Asociación por los Derechos Civiles". (Bibliografía aportada por la Cátedra Miguel Ángel BERRI)**

<sup>32</sup> El experto ginecólogo y obstetra chileno Aníbal Faúndes, invitado por el Área de Políticas de Género del ministerio bonaerense afirmó que en América Latina se realizan "4 millones de abortos inseguros por año" y estimó que "1 de cada 28 mujeres se realiza un aborto en algún momento de su vida. Del total de abortos, la mitad son legales y seguros, y la otra mitad ilegales e inseguros: realizados por personas no calificadas y en lugares sin las condiciones sanitarias necesarias". (conforme Graciela Gioberchio, fuente [http://www.clarin.com/sociedad/Presentan-nuevo-protocolo-aborto-Provincia\\_0\\_739126168.html](http://www.clarin.com/sociedad/Presentan-nuevo-protocolo-aborto-Provincia_0_739126168.html))

mercado ilegal para silenciar el hecho con la posibilidad cierta por ese hecho de fallecer<sup>33</sup> o terminar privadas de la libertad si ello trasciende<sup>34</sup>.-

La posibilidad de interrumpir el embarazo se encuentra reprimida por el art. 86 del Cp.- No obstante se podría retirar del catálogo de delitos sin que se recienta la Constitución Nacional ni los tratados internacionales que la integran<sup>35</sup>.-

Aquí debemos de detenernos en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en adelante) “*Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica*”<sup>36</sup> y en el dictamen de la CIDH “*Baby Boy*”<sup>37</sup> y la “*Res. 29 mayo 2013. Medidas Provisionales Vs. Salvador*”<sup>38</sup> a los efectos de tener una perspectiva más acabada sobre la temática.-

En estos precedentes, la Corte IDH<sup>39</sup> y la CIDH afirmaron el criterio en cuanto a que el derecho a la vida prenatal no es un *derecho absoluto*.

---

<sup>33</sup> ese mercado clandestino genera aproximadamente 68 mil egresos hospitalarios y un promedio de 100 muertes maternas al año (Conforme **Hopp, Cecilia Marcela**; Op. Cit.) Por otro lado, en su informe la ADC expresa que según las estadísticas del Ministerio de Salud de la Nación del año 2009, anualmente fallecen más de 100 mujeres por causas relacionadas a abortos practicados en condiciones inseguras, los que desde hace 20 años constituyen la primera causa de mortalidad materna y representan un tercio estas muertes. Estas muertes ocurren mayoritariamente entre mujeres de escasos recursos los datos del Ministerio de Justicia de la Nación indican que entre 1983 y 2009, sólo 22 mujeres cumplieron condenas por el delito de aborto en el país. (conforme **ASOCIACIÓN por los DERECHOS CIVILES (ADC)**; Op. Cit)

<sup>34</sup> En el fallo Romina Tejerina la CSJN desechó el RE invocando la *certiorari*, y dejó firme la sentencia de 14 años de prisión a la imputada (de 23 años de edad) por matar a su hija (producto de un supuesto abuso) al momento inmediato posterior al parto (el cual lo realizó en el baño de su casa sentada en el inodoro).- Si bien, en el citado caso se discutió sobre el stress pos-traumático al parto (antiguo estado puerperal), se puede observar que la misma “había mantenido el embarazo en forma oculta por temor a los padres, sin someterse a ningún tipo de control ginecólogo habiendo tenido intentos de abortos frustrados con anterioridad. El fallo desecha el argumento de su Defensa en cuanto a la existencia de un error de tipo en la joven (la cual supuestamente creía estar abortando) no obstante de las citadas circunstancias y de las narradas en el **voto en disidencia del Dr. Carlos S. Fayt y Eugenio Zaffaroni** en especial el **considerando N°18 y 19** y del **voto en disidencia del Dr. Carlos Maqueda** en el **considerando N°23, 25 y 26** se puede observar con crudeza las circunstancias a la que se enfrenta una posible abortante de escasos recursos en virtud y con motivo de una *legislación represiva* con el corolario lógico de que en caso de ser descubierta termine privada de libertad como en este mencionado (CSJN “*Tejerina Romina Anahi s/ Homicidio Calificado*” T: 228 XLII; de fecha 8 abril 2008)

<sup>35</sup> Conforme **Dr. Bidart Campos, Germán J.**; “El Aborto...; Op. Cit.- En idéntico sentido **Hilda Kogan Consideración N° 27 de su voto** en “**R., L.M.**”. Pag. 159.- En igual sentido en referencia a la posibilidad del aborto legal **Hopp, Cecilia Marcela**; Op. Cit.). En idéntico sentido la Dra Luz Patricia Mejía, la cual es integrante de la CIDH y relatora del organismo con respecto a los derechos de la mujer. (conforme **Ahumada, Gustavo** Op. Cit.) En sentido contrario el voto de del **Dr. Luis Demetrio Tinoco Castro** y del **Dr. Marco Gerardo Morroy Cabra** en la **Res. N° 23/81 de la CIDH. Del 06 de marzo de 1981 - Caso 2141 - Estados Unidos. “Baby Boy”**

<sup>36</sup> Del 28 de Noviembre del 2012 en donde se desarrolla *in-extenso* el derecho a la vida en la “Fecundación In Vitro” (FIV en adelante) a raíz de la prohibición en Costa Rica del citado Procedimiento (**Bibliografía aportada por la Cátedra Miguel Ángel BERRI**)

<sup>37</sup> **Res. N° 23/81 de la CIDH.** Del 06 de marzo de 1981 - Caso 2141 - Estados Unidos.

<sup>38</sup> En esta última, la Corte IDH ante el pedido de inducción al parto en una paciente con “lupus eritematoso discoide agravado con nefritis lúpica” (LES) la cual resulta ser una de las causas de mayor mortalidad en mujeres embarazadas, habilitó a la inducción al parto de un feto anencefálico con anomalía incompatible con la vida extrauterina. Expresando en el **Considerando 10 ; iv**) que: “*desde un punto de vista constitucional, no cabe una interpretación de la vida humana como un derecho absoluto e ilimitado; de tal forma que se reconozca –en este caso– al nasciturus un derecho superior y de mayor importancia frente al de la madre, pues ello avalaría una despersonalización y desconocimiento de los derechos de la mujer gestante*”. En este caso puntual, la “inducción al parto habilitada” no resulta equiparable al aborto. Ello por cuanto en el aborto se provoca la muerte del feto mientras que en esta inducción al parto se adelanta el nacimiento en una etapa donde la neonatología hoy permite dar sobrevivida, pero que muere posteriormente por la patología existente. (**Bibliografía aportada por la Cátedra Miguel Ángel BERRI**)

<sup>39</sup> Citando en fundamento informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, y a la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derecho Humanos en distintos precedentes como ser *Paton Vs. Reino Unido*; *Vo. Vs. Francia*, *Evans Vs. Reino Unido*; *S.H. Vs. Austria*; *Costa Vs. Italia* y *Pavan Vs. Italia* entre otros.

La Corte concluyo que ni la Convención Americana Derechos Humanos, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>40</sup>, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>41</sup>, ni la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>42</sup>, ni la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, ni de los trabajos preparatorios de los mismos instrumentos se puede extraer que el *embrión* posea el carácter de *persona* en los términos del artículo 4 de la Convención.

La Corte IDH expresamente asevero “[de]los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes [...] la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.”<sup>43 44</sup>

Cabe aclarar que esta idea expresada por la Corte IDH en el año 1012 fue advertida con anterioridad por la Dra. Hilda Kogan con estas palabras “Cabe agregar a lo expuesto, que la expresión contenida en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que el derecho a la vida ... estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción, no tuvo otra finalidad que permitir la ratificación de numerosos Estados que -como el nuestro- habían despenalizado distintos supuestos de aborto”<sup>45 46</sup>

<sup>40</sup> “La Corte estima que según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración. Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son “inherentes desde el momento de nacer”. Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido. (tex. párrafo 224 “Artavia Murillo Vs. Costa Rica”)

<sup>41</sup> “Por tanto, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas” (tex. párrafo 225 in fine “Artavia Murillo Vs. Costa Rica”) [...] “Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir” (tex. párrafo 226 “Artavia Murillo Vs. Costa Rica”)

<sup>42</sup> La Corte IDH expreso : “Los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida” (tex. párrafo 231 “Artavia Murillo Vs. Costa Rica”) “El Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal” (Tex. párrafo 233 “Artavia Murillo Vs. Costa Rica”)

<sup>43</sup> Tex. párrafo 264 del fallo de la Corte IDH “Artavia Murillo Vs. Costa Rica”

<sup>44</sup> En similar sentido la Res. N° 23/81 de la CIDH. Caso 2141 - Estados Unidos – del 06 de marzo de 1981. Caso “Baby Boy”

<sup>45</sup> En el año 2006, en el Consideración N° 27 en la pág. 159de su voto en “R., L.M.”.

<sup>46</sup> En idéntico sentido el Dr. Daniel F. Soria en el punto 6.3.b.1-ii y 6.3.b.1-iii de su voto en el fallo “R., L.M.”, pág. 208; el Dr. Juan C. Hitters en el punto III in fine de su voto en el citado acuerdo, pág. 245/6 y en similar sentido el voto Dr. Luis Esteban Genoud en el punto III.5 in fine del citado acuerdo, pág. 60;

Si bien en *Artavia Murillo Vs Costa Rica* la disputa es sobre un embrión no implantado en el seno materno, y en el caso de *L.RM Vs. Argentina*<sup>47</sup> (que como expresara al comienzo del presente trabajo desencadenara lo resuelto en FAL) es sobre un embarazo con motivo de un abuso sexual intrafamiliar sobre una joven discapacitada, no cabe duda que la misma lógica empleada permite la eliminación de la actual figura del art. 86 del Cp.-

### **Proporcionalidad de la Conducta a No Penalizar.**

La Corte IDH -en relación al derecho del feto- ha entendido que el derecho al mismo no puede ser entendido como la negación de otros derechos protegidos por la misma Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, ha entendido que el derecho a la vida del *nasciturus* no resulta un *derecho absoluto* cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos<sup>48</sup>. Por ende, debemos ponderarlo a la luz de otros derechos en juego a los efectos de ver si la despenalización por parte del ordenamiento argentino de la interrupción del embarazo, resulta proporcional<sup>49</sup> a los males que con ella se quiere evitar -muertes maternas existentes por abortos ilegales-.

En este orden de ideas, fue también la misma Corte IDH quien se manifestó preocupada por la legislación *anti-aborto*: “El Comité expresó, además, su preocupación por el potencial que las leyes anti-aborto tienen de atentar contra el derecho de la mujer a la vida y la salud. El Comité ha establecido que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW”<sup>50 51</sup>.

En similar sentido en el fallo “Artavia Murillo” -al tratar la prohibición ordenada por el máximo Tribunal de Costa Rica de realizarse la FIV- la Corte IDH estableció que Costa Rica había discriminado a sus habitantes en relación al “genero”<sup>52</sup> y de manera indirecta en relación con la

<sup>47</sup> Un caso similar al de “LMR Vs. Argentina” se suscito en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- Una menor de 15 años abusada solicito la interrupción del embarazo en Polonia. El estado se opuso con tecnicismos burocráticos, por otro lado dieron a conocer su teléfono e identidad públicamente lo que generó el hostigamiento.- Polonia fue condenada por el TEDH en fecha 30/10/2012. (“P y S” Vs. Polonia)

<sup>48</sup> **Párrafo 258** del fallo de la Corte IDH “Artavia Murillo Vs. Costa Rica”

<sup>49</sup> La Corte IDH dijo “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” (Tex. párrafo 273 del fallo de la Corte IDH “Artavia Murillo Vs. Costa Rica” haciendo referencia a otro precedente “Tristan Donoso Vs. Panama” del 27/01/2009 en el cual se discutía sobre el derecho a la Vida Privada).

<sup>50</sup> Tex. párrafo 228 del fallo de la Corte IDH “Artavia Murillo Vs. Costa Rica”. En sentido similar **Dr. Juan Carlos Maqueda en el Considerando N° 12 del Voto en disidencia “in re Tejerina, Romina Anahi s/ Homicidio Calif”** en cuanto hace referencia a los informes emitidos por la CEDAW: Contra Argentina (18/08/2004) y la preocupación de las Naciones Unidas sobre el acceso al sistema de salud de las jóvenes embarazadas.

<sup>51</sup> “CEDAW” abreviación del “Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer”

<sup>52</sup> “Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas” (tex. párrafo N° 299) y “La Corte consideró que la prohibición de la FIV pudo afectar tanto a hombres como a mujeres y les pudo producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad” (tex. párrafo N° 294, ambos de **Artavia Murillo Vs. Costa Rica**”.

situación económica<sup>53</sup> con la prohibición de dicha conducta. Ello por cuanto las personas con mayores recursos viajaban a otros países -España, Colombia o Panamá generalmente- para la realización de la práctica prohibida, mientras que las personas de escasos recursos se veían cercenadas en sus derechos ante la imposibilidad de afrontar esos costos. No obstante, en materia de aborto el resultado de la falta de recursos implica –conforme a los datos estadísticos- la posibilidad cierta de la pérdida materna por la realización del mismo bajo condiciones insalubres.

Ante estas circunstancias narradas no sería anticonvencional ni inconstitucional el retiro de la figura típica del art. 86 del Cp.-

## Conclusión

Ha existido un vuelco en los criterios de la CSJN con esta nueva composición que a criterio de los que suscriben es de suma trascendencia por el respeto a los derechos individuales con el cual están fallando y por las mayorías con las cuales lo hacen –muchas veces por unanimidad- lo que forjara un antecedente perdurable en el tiempo.

En lo referente al precedente “FAL” tratado en el principio, encontramos en los *considerandos* del fallo en cuanto a la *admisibilidad* y al *fondo del tópico* una sentencia más justa y acorde a nuestro sistema republicano de gobierno<sup>54</sup>.- En idéntico sentido, entendemos muy importante el criterio fijado en el precedente “BALDIVIESO” el cual resulta complementario en la temática y regresa al añejo plenario “NATIVIDAD FRIAS” invirtiendo la senda transitada hasta ese momento por la CSJN en “ZAMBRANA DAZA”, “JUANITO ALVAREZ” (este último, si bien no lo tratamos por cuestiones didácticas, reafirma y profundiza lo resuelto en Zambrana).-

Entendemos que no existe óbice alguno para que se retire del código penal la figura del aborto, no podemos por ello más que coincidir con el pensamiento que posee Bidart Campos en relación al aborto<sup>55</sup>.

La utilización del derecho penal como forma de control en esta temática ha generado la injusticia de crear una sociedad dual, en donde las mujeres con recursos se internan en clínicas privadas o realizan *turismo abortivo* en los países que se encuentra despenalizado. Mientras que las madres que carecen de recursos recurren al mercado clandestino –médicos con dudoso título, parteras, etc) cuando no son ellas mismas las que se introducen elementos (ramas, botellas rotas

---

<sup>53</sup> “[la] protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios [de género y económicos entre otros] Tex. **párrafo N° 316** del fallo “**Artavia Murillo Vs. Costa Rica**”

<sup>54</sup> En idéntico sentido sobre la importancia del fallo de CSJN se expidió el fallo del Juzgado CyC N°30 de Córdoba “Portal de Belén Asociación Civil s/ superior gobierno de la Pcia de Córdoba s/ Amparo” “Considerando 8, A *in fine*” de Pág. 343 y reitera en “Considerando 8,C” de pág.345, y en “Considerando 8, D” de pág 352.-

<sup>55</sup> En cuanto expresa que es constitucional y convencionalmente aceptable retirarse del Código Penal el aborto atento a que se puede proteger la vida desde otros puntos de vista y no solo del punitivo.

etc.) para provocárselo ante la incapacidad de poder recurrir al hospital público. La tipificación penal de la conducta genera, que la mujer decidida se realice el aborto en las peores condiciones<sup>56</sup> y en soledad debido a la inexistencia de voces médicas, psicológicas u otras que puedan disuadirla, o al menos informarla a los efectos de un debido *consentimiento informado*. A eso debe adicionársele el sentimiento de culpa que implica el saberse delincuente y con la posibilidad cierta de que no se realice de la manera correcta como sería si estuviera supervisado o legalizado, sin olvidar que de salir a la luz la conducta realizada terminara encerrada en una cárcel. Por lo cual, lejos de proteger la vida con la penalización aumenta la desprotección.

Puede resultar muy romántico al momento de defender la prohibición penal del aborto hacer referencia a la situación de Ludwig Van Beethoven, el cual resultaba ser el noveno embarazo de una madre con sífilis en donde tres de sus hermanos eran sordos, dos eran ciegos y otro poseía retraso mental. No obstante, las personas que estén decididas a interrumpir el embarazo no cambiarán de idea e interrumpirán el embarazo siendo que la diferencia se encontrara en donde lo harán. Si con todas las garantías para no correr peligro o no.

Como advertimos, es posible quitar del código penal la figura del aborto sin que se resienta el ordenamiento jurídico. No debemos equiparar la tutela constitucional de la vida con la necesidad de penalizar el aborto. El derecho cuenta con otros medios para proteger los bienes jurídicos sin la necesidad de recurrir a la tutela penal, la cual esta última, resulta ser una más de las formas que utiliza el ordenamiento jurídico para resguardar un derecho. A modo de ejemplo, el *adulterio* fue suprimido del código penal por razones de política criminal, sin embargo es causal de *separación* o *divorcio* en el código civil (art. 202 inc.1 y 214 inc.1 respectivamente) lo que demuestra que el bien jurídico *matrimonio* permanece protegido independientemente de su eliminación del código penal.

Por ello, entendemos que se puede suprimir la tipificación del código penal del delito de *aborto* sin desamparar al bien jurídico vida, el cual puede admitir su resguardo en otros campos del ordenamiento jurídico. La desincriminación penal del *aborto* no significaría dejar sin tutela jurídica al bien, sino solamente ponderar que la vida intrauterina no logra ser de la categoría de los bienes jurídicos de necesaria *protección penal*, aunque bien puede ser *extrapenalmente protegido*. Por ejemplo *dictar un régimen de seguridad social que proteja la vida de la madre durante el embarazo y la lactancia* –lo que protegerá de manera indirecta al nasciturus-, o bien la existencia de *pasos previos* que aseguren en la embarazada un *consentimiento informado previo* a la realización de la interrupción. -ello redundará en la protección del no nacido cuya madre se encuentre dubitativa de interrumpir la gestación-.

---

<sup>56</sup> A modo de ejemplo recordemos los hechos relatados en el fallo de la CSJN *Tejerina*, o bien ver los hechos que motivaron la *Resolución del Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora del 06/08/2012* del Dr. Gabriel M.A. Vitale o los que dieran motivo al plenario *Natividad Frías* citado.

Tal como lo expusimos las penas de prisión por aborto realizados son escasas, siendo una de las razones la falta de convicción de que sea del todo ilícito. Sin tal convencimiento, la persecución resulta difícil. Es aquí donde debemos de preguntarnos *si el aborto consentido es una de esas clases de conductas antisociables que merecen ser perseguidas*, debido a que una conducta para que sea considerada delito debe de ser juzgada como disvaliosa para la comunidad.

Por ende, sería más sano suprimir el precepto penal engañado asiduamente, para sortear la *falsa idea de utilidad*<sup>57</sup> que el mismo tiene lo que a su vez impedirá muertes evitables -madres de escasos recursos- y también resguardará *al derecho* del desprestigio que implica la violación metodológica de una norma.

Entendemos que es tiempo de un debate más profundo en donde nos quitemos los ropajes que ocultan los discursos hipócritas y debatamos sobre el tópico que hemos escrito en el presente trabajo. No podemos dejar de recordar que en el año 1995 el presidente electo por esos años con el 49.9 % de los votos por segunda vez, al expresarse sobre otro par del ambiente político señaló: *“Es Abortista, y me parece una barbaridad. Pareciera ser que el niño por nacer, el niño concebido no es un ser humano. Es un ser humano, por eso somos antiabortistas”*<sup>58</sup>. A su vez fue conocida la postura del citado en contra del aborto de la cual se valió para ser el presidente que más veces fue atendido en el Vaticano por Papa Juan Pablo II -seis oportunidades-. Sin embargo, al tiempo su anterior esposa, Zulema Yoma, declaró que se realizó un aborto con el citado en el año 1968<sup>59</sup>. Paralelamente a este ejemplo han existido otras mujeres que sin ocultarse han declarado en algún momento haber interrumpido voluntariamente un embarazo, como ser la sra Graciela Duffau, la sra. Beatriz Sarlo y la sra. Divina Gloria<sup>60</sup>. Estas han logrado narrarlo, no obstante existe un número amplio de mujeres que no pueden contarlo por haber sido víctimas de abortos defectuosos evitables.

- **Walter Hugo Pierrestegui;** Mail : [walterhp@hotmail.com](mailto:walterhp@hotmail.com)
- **Diego Ignacio Monaco;** Mail: [fliamonaco@hotmail.com](mailto:fliamonaco@hotmail.com)
- **Pablo Roberto Noguero;** Mail: [pnoguero2003@yahoo.com.ar](mailto:pnoguero2003@yahoo.com.ar)

---

<sup>57</sup> *Tratado de los Delitos y de las Penas*; Cesar Bonesana Marqués de Beccaria; Editorial Heliasta; San Pablo Brasil; 1993; pág. 157.-

<sup>58</sup> Diario *“Página 12”* del 16 de septiembre de 1999; pág. 2 y 3.

<sup>59</sup> Diario *“Página 12”* del 16 de septiembre de 1999; pág. 2 y 3.; en idéntico sentido “Diario *Clarín* del viernes 17 de septiembre de 1999; pág. 6 y Programa televisivo “La Cornisa” del 2001 emitido por América los días martes a las 23 hs. en el cual se entrevistó a la Señora Yoma.-

<sup>60</sup> Revista *“3 Puntos”* del 10 de diciembre de 1997 Pág. 6 a 19.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. CSJN “*F.A.L. S/ Medida Autosatisfactiva*”; del 13/03/2012.-
2. CSJN “*Baldivieso, Cesar Alejandro*” Causa n° 4733, B. 436. XL; del 20 abril 2010.-
3. Fallo “*Natividad Frias*”; Plenario de la CNCyC de fecha 26/08/66; LL: 123-842
4. CSJN “*Zambra Daza*”; LL. 1999-B-164
5. Corte IDH “*Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica*”, 28/11/2012.-
6. CSJN “*Tejerina Romina Anahi s/ Homicidio Calificado*”; T: 228 XLII; de fecha 8 abril 2008)
7. CSJN: “*Rios, Antonio Jesus s/ Recurso de Hecho*”; del 22/04/1987 de 310:819.
8. “*LMR. Vs República Argentina*”; Comité DDHH, Comunic. N° 1608/2007, Fecha 28 abril 2011.-
9. CSJN: “*A. B. s/ autorización judicial*”; del 07/12/2001; 324: 4061; DJ 2002-1, 945; La Ley 2002-D, 574.-
10. Fallo “*Portal de Belén Asociación Civil s/ superior gobierno de la Pcia de Córdoba s/ Amparo*”; del Juzgado Civil y Comercial N° 30 de Córdoba.- Juez Federico Ossola del 24/08/2012.- Publicado en diariojudicial.com en fecha 28/08/2012.-
11. Fallo “*Cardozo, Andrea Elizabet s/Recurso de Casación*”; del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III; de fecha 21 octubre del 2010 -Reg.36.963-
12. Fallo “*M., O. L. s/ Aborto*”; Cám. Apelaciones de Necochea; 21/12/93; ED 159-271
13. Dictamen: “*O.,M.V. s/ Aborto /Victima de abuso sexual*”; Procuración General de la Pcia. de Bs. As; de fecha 26/02/2007.-
14. Dictamen: “*N.,N. o persona por nacer s/ Protección s/ Denuncia (Aborto Art. 86 inc. 2 CP)*” Procuración General de la Pcia. de Bs. As; en Exp.: CA 98830 RLM (10/07/2006); *Resolución General 377/06*
15. “*Res. Corte IDH. del 29 mayo 2013. Medidas Provisionales contra El Salvador*”.-
16. *Res. CIDH N° 23/81 del 06 de marzo de 1981. Caso 2141 - Estados Unidos – Caso “Baby Boy”*
17. “*Solicitud de Medida Cautelar a la CIDH para con la Republica del El Salvador*”.-
18. Res. Corte IDH del 27 de enero del 2009 “*Tristan Donoso Vs. Panama*”.
19. Fallo SCBA, “*R., L.M., NN Persona por nacer*”. Acuerdo 2078 en Causa 98.830 de fecha 31/07/2006.-
20. **Bidart Campos, Germán J.**: “Otra vez el Vocabulario: “No Penalizar? es igual a Legalizar?”; Suplemento de actualidad de La Ley.- Jueves 1 de Febrero del 2001.- Año LXV N° 23.-
21. **Bidart Campos, Germán J.**: “El Aborto y el Derecho a la Vida”.- ED: 113-479.-
22. **Bidart Campos, Germán J.**: “Deber de Denuncia Penal y Secreto Profesional del Medico”.- LL: 1998-F-545.-
23. **Jiménez de Asúa, Luis**: “El Aborto y su Impunidad”; Rev. LL: 26-977.
24. **Gil Domínguez, Andrés**: “Aborto Voluntario, La Constitucionalización de la Pobreza”; LL 14/12/1998
25. **Caballero, José Severo**: “Valoración Critica del Proyecto de Código Penal Argentino de 1979 con Relación al Delito de Aborto”; LL: 1981-D-1239.-
26. **Peralta Mariscal, Leopoldo**: “Autorización para Abortar un Feto Anencefálico”; Colección Análisis Jurisprudencial Der. Civil -Parte Gral. -Dir. Julio César Rivera- Ed. La Ley 2003, 122.-

27. **Lafferriere, Jorge Nicolás; Anencefalia**, “Aborto y parto inducido en un fallo de la Corte IDH”; La Ley 19/12/2013, 6; LL 2013-F, 541 (Fallo Comentado: Corte Interamericana de Derechos Humanos ~ Asunto B. Medidas provisionales respecto de El Salvador. ~ 2013-05-29)
28. **Vitale, Gabriel M. A.**; “Fallo del Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora; 06/08/2012 Causa 00-026698-12” <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/08/fallos05.pdf>
29. **Carrió, Alejandro D.**; *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*; 5ta edición; Editorial Hammurabi; Bs As; 2010.-
30. **Gil Domínguez, Andrés**: *Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución*; Editorial Ediar; Buenos Aires; 2000.-
31. **Falcone, Roberto A. - Madina, Marcelo A.**; *El Proceso Penal en la Pcia de Buenos Aires*; 3ra. Edición Actualizada y Ampl.; Editorial Ad-Hoc; Bs As; año 2013.-
32. **ASOCIACIÓN por los DERECHOS CIVELES (ADC)**: “Despenalización del Aborto Temprano: Posición de la Asociación por los Derechos Civiles”.
33. Fallo “**P. A. c/ S. A. C. s/ Medidas precautorias**”; Fallo Cam. Apelaciones de Tres Arroyos.-
34. **Dra. Hopp, Cecilia Marcela**; “El caso Pro-Familia: Militancias y Resistencia en torno al Aborto Legal”; en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/07/genero24.pdf>.)
35. **Gustavo Ahumada**; "El aborto legal no es contrario a la Convención de DDHH"; revista digital diariojudicial.com; <http://www.diariojudicial.com.ar/noticias/El-aborto-legal-no-es-contrario-a-la-Convencion-de-DDHH-20110713-0004.html>.
36. **Dra. Soledad Deza** “El aborto No punible es una Cuestión de Derechos Humanos y Clases Humanas”; en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/06/genero11.pdf>
37. **Rabino Marcelo Polakof**, “¿El aborto es un derecho?”; Revista Digital Pensamiento Penal; en [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/06/genero10\\_0.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/06/genero10_0.pdf)
38. **Dr. Carlos Burger**; “Vigencia del Protocolo sobre Aborto No Punible en la Provincia de Buenos Aires”; en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/06/genero17.pdf>
39. **Dr. Pablo Yurman**; “Un Fallo Limitado y Anacrónico”; Revista Digital Pensamiento Penal; en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/06/genero16.pdf>
40. **Graciela Giberchio**; Nota Diario Clarín del 18/07/12; Sección Sociedad; “Presentan un nuevo protocolo para casos de aborto en Provincia. Los Médicos tendrán un plazo no mayor a 10 días para efectuarlos.- Es para abortos no punibles y tiene las indicaciones que pidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en marzo, en un fallo”. en [http://www.clarin.com/sociedad/Presentan-nuevo-protocolo-aborto-Provincia\\_0\\_739126168.html](http://www.clarin.com/sociedad/Presentan-nuevo-protocolo-aborto-Provincia_0_739126168.html)
41. **Cesar Bonesana - Marqués de Beccaria**; *Tratado de los Delitos y de las Penas*; Editorial Heliasta; San Pablo Brasil; 1993.
42. Diario “**Página 12**” del 16 de septiembre de 1999; pág. 2 y 3.
43. Diario “**Página 12**” del 16 de septiembre de 1999; pág. 2 y 3.;
44. Diario “**Clarín**” del viernes 17 de septiembre de 1999; pág. 6
45. Revista “**3 Puntos**” del 10 de diciembre de 1997 Pág. 6 a 19.
46. Ac. **4/2007** de la SCJN.-