

RESTRICCIONES A LA PERSECUCIÓN PENAL Y PRINCIPIOS DE ACCESIBILIDAD AL ABORTO NO PUNIBLE

I. PRÓLOGO

II. ABORTO: RESTRICCIONES A LA PERSECUCIÓN PENAL

INFORMES Y DECISIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

DECISIONES DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA NACIONAL

JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA PROVINCIAL

DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO

III. ABORTO: PRINCIPIOS DE ACCESIBILIDAD AL ABORTO NO PUNIBLE

INFORMES Y DECISIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

DECISIONES DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

JURISPRUDENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS

JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA PROVINCIAL

Prólogo*

La legislación penal argentina establece como regla general la penalización del aborto provocado (art. 85 CP), pero dicha prohibición no es absoluta, ya que el mismo ordenamiento contempla cuatro supuestos en los que la interrupción voluntaria del embarazo no es punible: si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o para la salud de la mujer y si ese peligro no puede ser evitado por otros medios, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (art. 86 CP).

La penalización del aborto no ha logrado persuadir a las mujeres que desean interrumpir su embarazo. Se estima que por año en la Argentina se realizan 460.000 abortos clandestinos¹. Esta cifra sugiere que se realiza más de un aborto cada dos nacimientos². Si bien la penalización se ha mostrado ineficaz para lograr la prosecución de embarazos no deseados, tiene efectos directos en la salud y vida de las mujeres. Desde 1980, el aborto es la primera causa de muerte materna en Argentina, al contribuir con casi un tercio de ellas³. En números absolutos, esto implica que 100 mujeres fallecen anualmente por este motivo⁴. También se registran altos índices de morbilidad materna⁵. El mayor impacto de la clandestinidad recae en mujeres de escasos recursos económicos, ya que al no poder afrontar el costo de una intervención médica privada de calidad se someten a procesos más riesgosos.

Cuando una mujer que se realizó un aborto inseguro presenta complicaciones que comprometen su salud y acude a un hospital público, corre el riesgo de ser denunciada penalmente por los profesionales intervenientes. Estas denuncias tienen base legal en una interpretación del art. 177 CPPN que consideramos errónea, que hace prevalecer el deber de denunciar de los funcionarios públicos, por sobre el deber de confidencialidad impuesto por el secreto profesional. En cambio, ninguna duda hay de que los médicos que se desempeñan en el ámbito privado no tienen deber legal alguno de denunciar situaciones de este tipo, redundando nuevamente en un trato desfavorable hacia quienes no poseen los suficientes recursos para costear una atención particular.

La posibilidad de ser denunciadas puede disuadir a las mujeres de concurrir a un hospital público, colocándolas en la disyuntiva de tener que optar entre preservar su salud e integridad o resguardar su eventual responsabilidad penal. Ante esta situación, muchos tribunales han pronunciado la nulidad de la denuncia y de las actuaciones posteriores iniciadas en violación al secreto profesional. También han señalado que no es posible admitir una autoacusación de este tipo, por violentar la garantía que establece que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.

Con respecto a los casos de aborto no punible, la despenalización de los supuestos contenidos en el art. 86, inc. 2, CP no ha resultado suficiente para asegurar el acceso a la práctica en el ámbito de la atención pública de la salud.

Por un lado, se mantienen interpretaciones que restringen los alcances de ambos incisos⁶. En cuanto al inciso 1 -aborto terapéutico-, las interpretaciones restrictivas consisten en: a)

* Se agradece la generosa colaboración del Grupo Justicia y Género del CIEPP y del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) por acercarnos información para la confección del material que se presenta.

¹ Pantelides, E.; Mario, S; (2007). Estimación de la magnitud del aborto inducido, Resumen Ejecutivo. Disponible en: <http://www.cedes.org/areas/salud-es/index.html> .

² Estimación realizada en base a los datos de nacidos vivos anuales obtenidos del Ministerio de Salud (2007). Información Básica 2006. Dirección de Estadísticas e Información de Salud. Buenos Aires, Ministerio de Salud. Disponible en: <http://www.deis.gov.ar/publicaciones/archivos/Serie5Nro50.pdf> y en el estudio arriba citado.

³ Conf. Estadísticas Vitales, Ministerio de Salud, 2007.

⁴ Conf. Estadísticas Vitales, Ministerio de Salud, 2007.

⁵ Durante el año 2000 hubo 78.894 internaciones en establecimientos públicos del país por complicaciones de aborto, pero dicha cifra no distingue entre abortos espontáneos y provocados. Conf. Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico. Año 2000. Dirección Nacional de estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud, 2003.

⁶ Para un análisis de las interpretaciones restrictivas de ambos incisos: Faerman, Romina, *Algunos debates constitucionales sobre el aborto*, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, T II, Roberto Gargarella (coord.), ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 671 y ss.. Ver también sobre los alcances del inciso 1, *Aborto por motivos terapéuticos: artículo 86 inciso 1 del Código Penal Argentino*, Observatorio Argentino de Bioética de FLACSO.

afirmar que sólo está permitido el aborto practicado con el fin de evitar un peligro para la vida de la madre -llegando incluso a requerir certeza de muerte en caso de continuar el embarazo⁷- y no el que se lleva a cabo con el fin de evitar un peligro para su salud, a pesar del texto expreso del art. 86, inc. 1, CP; b) calificar como grave el peligro para la salud o la vida de la mujer, aún cuando el CP no califica el peligro⁸; y c) interpretar restrictivamente el concepto de salud, limitándola únicamente a la salud física⁹ y desconociendo la protección amplia que nuestro ordenamiento jurídico reconoce al derecho a la salud¹⁰. Con relación al inciso 2 –aborto sentimental- una interpretación restrictiva únicamente reconoce el permiso cuando se trata de una mujer violada con discapacidad mental, más no cuando se trata de una mujer capaz, como sí lo admite calificada doctrina y jurisprudencia¹¹.

Por otra parte, aún en los supuestos en que no existen dudas acerca de la inclusión de un caso determinado en alguno de los incisos, se invoca una protección absoluta del derecho a la vida desde la concepción, protección que contaría con rango constitucional desde la reforma constitucional de 1994 y que tornaría inconstitucional cualquier tipo de permisión para la realización de un aborto. Para contestar este argumento, se señala que ningún derecho es absoluto y que debe ser compatibilizado con otros derechos que gozan de igual rango de protección¹².

Finalmente, otro tipo de obstáculos para el acceso a la interrupción del embarazo en los casos contemplados en el art. 86 CP se presentan cuando se exigen requisitos no previstos en la ley, como por ejemplo, autorización judicial, pronunciamiento favorable de un comité de bioética o de autoridades sanitarias, o denuncia judicial o policial en caso de violación¹³.

La perspectiva amplia considera que la interpretación de las causales de no punibilidad contenidas en el art. 86 CP debe realizarse a la luz de las normas constitucionales que reconocen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, a la salud, a la autodeterminación y a la privacidad y reconoce, en consecuencia, que los casos despenalizados son: a) cuando corre riesgo la vida de la mujer; b) cuando corre riesgo su salud – entendida integralmente-; c) cuando el embarazo sea el resultado de la violación de una mujer capaz; y d) cuando el embarazo sea el resultado del atentado al pudor de una mujer con discapacidad mental (*Conf. Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles*, Ministerio de Salud, 2007, cit., y *Declaración de juristas sobre la Guía para la atención integral de los abortos no punibles*, cit.).

⁷ Conf. voto del Dr. Pettigiani, S.C.J. Buenos Aires, *C.P.d.P.,A.K.*, rta. 27/06/2005. Similar criterio fue sostenido por el Juzgado Civil N° 26, *N.N.*, rta. 27/08/1985, JA 1989-III-355, cit. por Faerman, Romina, *Algunos debates constitucionales sobre el aborto*, op. cit., p. 672.

⁸ En 1968, la ley n° 17.567 modificó el CP y estableció la gravedad del peligro para la procedencia del aborto no punible. Esta modificación fue derogada en 1973 por la ley n° 20.509. En 1976, nuevamente se incorporó mediante la ley n° 21.338 el término “grave” y una vez más la calificación fue derogada en 1984 por la ley n° 23.077. Cabe advertir que la calificación de “grave” fue incorporada por gobiernos de facto. *Conf. Aborto por motivos terapéuticos: art. 86 inciso 1 del Código Penal Argentino*, op. cit., p. 31.

En el voto ya citado en nota anterior, en el caso *C.P.d.P.,A.K.*, el Dr. Pettigiani consideró que aunque se encontraba acreditado el peligro grave para la vida de la mujer gestante, no se había probado la “muerte cierta” de la mujer gestante en caso de continuar el embarazo y rechazó la procedencia del aborto terapéutico.

⁹ Conf. voto en disidencia del Dr. Nazareno, C.S.J.N., *T.S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, rta. 11/01/2001.

¹⁰ El concepto de derecho a la salud es entendido como “un completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades o afecciones”, de acuerdo a la definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud y al alcance otorgado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por tribunales inferiores (ver, entre muchos otros, CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, rta. 24/10/2000). El Protocolo de San Salvador, aprobado por ley n° 24.658, reconoce en su art. 10.1 el derecho de toda persona a la salud “entendida como el disfrute del más alto nivel físico, mental y social”.

¹¹ Para un pormenorizado análisis del inciso 2°, que concluye que la disposición abarca tanto el caso de violación de una mujer capaz como el de abuso sexual sobre mujer con discapacidad mental: SCJ Buenos Aires, *R.,L.M.*, rta. 31/07/2006, voto de la Dra. Kogan, consid. 10 y ss., y doctrina citada en consid. 12). También, Faerman, Romina, *Algunos debates constitucionales sobre el aborto*, cit., p. 674 y ss. Este también es el criterio al que adhiere la *Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles*, Ministerio de Salud, 2007 (disponible en <http://www.adc.org.ar/recursos/722/Guía%20para%20la%20atención%20de%20Abortos%20No%20Punibles.pdf>, página visitada por última vez el 26/11/2008) y apoyado por la *Declaración de juristas sobre la Guía para la atención integral de los abortos no punibles*, a la cual adhirieron juristas como Baigún, Hendler, Spector, Kemelmajer de Carlucci, Grossman, Minyersky, Ferrante, entre muchos otros (disponible en <http://dianamaffia.com.ar/archivos/consensoexpertos.pdf> (página visitada por última vez el 26/11/2008).

¹² En el famoso caso *Baby Boy*, la CIDH se pronunció en contra de una interpretación que conceda una protección absoluta al derecho a la vida desde la concepción, y manifestó que dicha protección rige “en general”, precisamente para permitir la coexistencia de regulaciones locales que admiten la despenalización del aborto en ciertos casos, como ocurre en países como la Argentina, entre otros (CIDH, *Baby Boy*, Res. 23/81, rta. 06/03/1981).

¹³ Para contrarrestar algunas de estas dificultades las autoridades sanitarias provinciales y nacionales se comprometieron a “garantizar el acceso a la atención del ANP [aborto no punible] en los Hospitales Públicos dando cumplimiento a lo estipulado en el Código Penal”, conf. Compromiso del Consejo Federal de Salud (COFESA), octubre 2004. Posteriormente, y ante las dificultades para practicar el aborto a dos jóvenes con discapacidad mental violadas, los Ministros de Salud de la mayoría de las provincias manifestaron que “El derecho a la atención médica debe ser garantizado por el Estado, propendiendo a asegurar la provisión y el acceso a los servicios de toda la población, asegurando la igualdad de oportunidades”. Conf. Declaración de los Ministros de Salud realizada en la reunión del COFESA el 24 de agosto de 2006, cit. en la *Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles*, Ministerio de Salud, 2007.

Se advierte que en temas de aborto existe una particular brecha entre lo que las normas disponen y su vigencia: ni la prohibición legal inhibe la realización de los abortos, ni los permisos aseguran el acceso a la interrupción del embarazo en el servicio de salud pública. En la práctica, estas situaciones se traducen en una mayor desprotección de las mujeres provenientes de los sectores socioeconómicos más postergados. Este efecto diferenciado por razón de la posición económica implica un trato discriminatorio hacia las mujeres de escasos recursos que en varias ocasiones fue señalado por la jurisprudencia.

La posibilidad de que las mujeres que se practicaron un aborto sean denunciadas si asisten a un hospital público; las dificultades para acceder a la interrupción del embarazo en los casos contemplados por el art. 86 CP; y el efecto diferenciado que tales prácticas tienen sobre las mujeres de los grupos socioeconómicos más desventajados, desafían a la defensa pública a implementar defensas y estrategias que aseguren la plena vigencia de los derechos de las mujeres.

Es con el objetivo de contribuir en este sentido a la labor de las y los defensores públicos que se presenta esta selección de sumarios de jurisprudencia. Los criterios mantenidos en los distintos pronunciamientos incluidos no siempre son compartidos, pero fueron incorporados en el entendimiento de que podrán ser de utilidad en los distintos casos en que deba intervenir la defensa pública.

Comisión sobre temáticas de género, noviembre de 2008

RESTRICCIONES A LA PERSECUCIÓN PENAL

INFORMES Y DECISIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

Aborto. Derecho a la salud.

1. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que los Estados Partes aseguren que se tomen medidas para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad.

(Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General N° 19, Violencia contra la mujer*, 11 período de sesiones, 1992).

Aborto. Despenalización.

1. El Comité recomendó que se revisara la legislación por la que se penaliza a las mujeres que optan por el aborto.

(Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones Finales sobre los informes periódicos segundo y tercero de Argentina*, sesiones 355° y 356°, 1997).

Aborto. Despenalización.

1. El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza con obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.

(Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General N° 24, La mujer y la salud*, 20° período de sesiones, 1999).

Derecho a la salud. Secreto profesional.

1. La Corte considera que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional y que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de profesionales de la salud.

2. El Tribunal estima que el Estado del Perú incurrió en una violación del principio de legalidad por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes, con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión.

3. El Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo a través de normas o interpretaciones que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena (amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico), sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquélla, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante o delator de los pacientes que atiende. Del voto razonado del Juez García Ramírez.

4. La idea de que el médico está obligado a atender a todas las personas por igual, sin entrar en calificaciones acerca de su condición moral o legal, y de que la atención de la salud constituye un deber del facultativo, y simultáneamente un derecho, así como la admisión del secreto médico acerca de las revelaciones del paciente, vienen de tiempo atrás y se han asentado con firmeza en varios de los más notables instrumentos ético-jurídicos de esa profesión, que contemplan, entre otros extremos, las particularidades de la relación entre

médico y paciente y las características de la lealtad que aquél debe a éste. Del voto razonado del Juez García Ramírez.

(Corte Interamericana de Derecho Humanos, *De la Cruz Flores vs. Perú*, rta. 18/11/2004).

DECISIONES DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

Aborto. Penalización. Inconstitucionalidad. Derecho a la privacidad. Derecho a la salud.

1. El derecho a la privacidad es lo suficientemente amplio como para abarcar la decisión de una mujer acerca de terminar o no su embarazo.
2. La ley de Texas resulta demasiado amplia. La legislación no hace distingos entre los abortos realizados en embarazos tempranos o avanzados y limita la justificación legal para ellos a una sola causa: “salvar” la vida de la madre. La ley, por consiguiente, no puede sobrevivir al ataque constitucional realizado aquí.
3. Una legislación estatal que penaliza el aborto, del tipo de la vigente en Texas, que exceptúa la incriminación sólo en los procedimientos para salvar la vida de la mujer, sin considerar las etapas del embarazo y sin reconocer los otros intereses comprometidos, es violatoria de la protección del debido proceso de la enmienda XIV.
4. a) durante la etapa anterior a, aproximadamente, la finalización del primer trimestre, la decisión sobre el aborto y su realización deben ser dejadas al juicio médico del facultativo que atiende a la mujer embarazada; b) durante la etapa siguiente a, aproximadamente, la finalización del primer trimestre, el Estado, al promover su interés en la salud de la madre, puede, si lo elige, regular los procedimientos abortivos de forma razonablemente relacionada con la salud de la madre; c) durante la etapa a partir de la viabilidad del feto, el Estado al promover su interés en la potencialidad de la vida humana puede, si lo elige, regular y aún prohibir el aborto, excepto cuando éste sea necesario, según el juicio médico, para la preservación de la vida o la salud de la madre.

(C.S.J. Estados Unidos de Norteamérica, *Roe vs. Wade*, rta. 22/01/1973. Traducción extraída de “Constitución y derechos humanos”, Tomo I, Jonathan M. Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso, Ed Astrea, Bs. As., 1991).

Aborto. Secreto profesional. Derecho a la intimidad.

1. El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y no se respetaría tal derecho cuando se lo obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto.

(Corte Constitucional de la República de Colombia, *sentencia C-355*, rta. 10/05/2006).

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Aborto. Garantía contra la autoincriminación. Secreto profesional.

1. La cuestión se presenta ante la colisión de deberes del médico u otro facultativo entre la obligación de denunciar delitos de cuya existencia tome conocimiento en razón de su profesión y el deber de guardar el secreto profesional. En estos casos la respuesta la da la propia ley. De ella se deduce que la obligatoriedad de la denuncia para el médico u otro facultativo queda excluida en el caso en que el conocimiento del delito se hubiera obtenido por revelaciones hechas bajo el amparo del secreto profesional. Porque éste es un deber primigenio para el médico, a la vez que una garantía para el paciente. Solamente una ley que establezca normas generales y por razones de interés superior, puede concretamente establecer la causa justa que releve de la obligación de reservar el secreto. Del voto del Dr. Lozano Baudón, al que adhieren los Dres. Peña Guzmán, Ibarlucía, Larrán y Gnecco.

2. Se plantea una cuestión de sumo interés que determinará la anulación de todo lo actuado en lo que se refiere a A.M.M. El primer conocimiento que se obtiene de este delito radica en la denuncia efectuada por la guardia del Hospital Fiorito. Esta denuncia, que da origen a las actuaciones, no pudo ser efectivizada sin violar la disposición contenida en el artículo 156 CP que incrimina al que, por razón de su estado o profesión, revelare un secreto sin justa causa. Del voto del Dr. Lozano Baudón, al que adhieren los Dres. Peña Guzmán, Ibarlucía, Larrán y Gnecco.

3. Es evidente que la persona del Hospital Fiorito que hizo la denuncia revestía alguna de las calidades a que se refiere el artículo 156 CP y que el conocimiento del aborto lo tuvo en razón de esa calidad. La divulgación que puede causar daño se patentiza a través de este proceso. Del voto del Dr. Lozano Baudón, al que adhieren los Dres. Peña Guzmán, Ibarlucía, Larrán y Gnecco.

4. ¿Cabe preguntarse si hubo una justa causa de revelación? En ningún caso el simple interés público puede llegar a ser la causa justa, porque ese interés jugaría siempre dando al traste con todos los secretos. Del voto del Dr. Lozano Baudón, al que adhieren los Dres. Peña Guzmán, Ibarlucía, Larrán y Gnecco.

5. Transcribo en parte el pensamiento del doctor Frías Caballero en el plenario “Natividad Frías” “...La mera presencia ante el médico (partera, etc., agrego) de la mujer autora o coautora de su propio aborto, implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación, puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible admitir que una autoacusación de esta índole sea jurídicamente admisible para pronunciarse a favor de la prevalencia del interés social de reprimir su delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa (el artículo 18 CN). Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo -según el derecho vigente-, menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable”. Del voto del Dr. Lozano Baudón, al que adhieren los dres. Peña Guzmán, Ibarlucía, Larrán y Gnecco.

(S.C.J. Buenos Aires, *M., A. M. y otra*, rta. 24/05/1983).

Aborto. Garantía contra la autoincriminación.

1. Corresponde anular el sumario criminal y absolver a la acusada por presunta comisión del delito de aborto, si dicho procedimiento tuvo como única causa de investigación la prueba involuntariamente producida por la imputada al exhibir su cuerpo y referir maniobras abortivas en procura de auxilio médico.

2. La circunstancia de que la mujer imputada hubiera presuntamente cometido un delito no implica en modo alguno que quede desprovista de la protección que otorga la Constitución. Al contrario, el haber presumiblemente cometido un delito es, precisamente, lo que da sentido a la garantía contra la autoincriminación. Del voto de la Dra. Kogan, al que adhieren los Dres. Genoud, Negri y Roncoroni.

3. La mujer que actuó en la emergencia requiriendo atención médica urgente frente a la realización anterior de maniobras abortivas, incluso cuando hubiera concurrido informada de las consecuencias que podría tener su comportamiento y de los derechos que le asistían emergentes de la cláusula constitucional de abstenerse de proporcionar cualquier tipo de información en su contra, no se hallaba libre para consentir la autoincriminación que formuló. Del voto de la Dra. Kogan, al que adhieren los Dres. Genoud, Negri y Roncoroni.

4. No es posible requerir a la mujer, que como consecuencia de maniobras abortivas ve gravemente perjudicada su salud, que arriesgue su propia vida por falta de atención médica a cambio del silencio del hecho. De otro modo, se le exigiría elegir entre su propia vida o un proceso —antesala de la prisión—, elección heroica que el legislador no habría pedido al hombre común sin violentar el artículo 18 CN. Del voto de la Dra. Kogan, al que adhieren los Dres. Genoud, Negri y Roncoroni.

(SC.J. Buenos Aires , E., A. T., rta. 07/06/2006).

JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

Aborto. Secreto profesional. Garantía contra la autoincriminación. Prueba.

1. Las manifestaciones autoimputativas que daban cuenta de la posible comisión de un delito de acción pública se hallaban al resguardo de la prohibición constitucional de declarar contra sí mismo y al amparo de la obligación de protección y custodia del secreto profesional que le es impuesta al profesional del arte de curar.
2. Mientras que el diagnóstico inicial fue el de “aborto incompleto”, éste varió a “provocado” por la sola versión de la paciente, quien evidentemente se vio, sino obligada, compelida a dar explicaciones a fin de recibir tratamiento.
3. Cabe excluir el testimonio procesalmente inadmissible de la denunciante -artículo 244 CPP- cuya abstención viene legalmente impuesta en tanto el interesado en el secreto no lo autorice.
4. Más allá de que la preñez misma se vea acreditada por la historia clínica, no se han señalado en el legajo médico ni tampoco descripto rastros de maniobras mecánicas abortivas específicas y/o sus efectos, que sirvan de sostén a la *notitia criminis* tal cual fue cursada por la profesional de la salud a los efectivos policiales destacados en la ocasión, siendo imposible, entonces, establecer si el embrión humano –que no fue conservado- se hallaba con vida al momento de la interrupción del embarazo.
5. No se ha acreditado debidamente la existencia de un embrión humano vivo sobre el cual se hayan realizado maniobras abortivas. La vida del feto es un presupuesto material ineludible para la consumación del delito de aborto, cuyo bien jurídico protegido es la vida de la persona por nacer. Del voto del Dr. Hornos.

(C.N.C.P., Sala IV, T. M., E., rta. 07/03/2006).

Aborto. Secreto profesional. Derecho a la salud.

1. Ante la seriedad de su estado de salud como consecuencia de posibles maniobras abortivas, C. se vio en la necesidad de concurrir al nosocomio para preservar su salud, razón por la cual resulta aplicable la doctrina sentada en el fallo plenario “Natividad Frías”, en tanto establece que “No cabe instruir sumario en contra de una mujer que ha causado su propio aborto o consentido que otro lo causara, sobre la base de una denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo, oficial o no”.
2. La noticia del delito de aborto se produce tanto cuando la propia mujer la proporciona al facultativo, como cuando somete su cuerpo a la observación o a los estudios que aquél debe realizar para su asistencia. Dado que de esta forma la doctora C. obtuvo la información que transmitió a la autoridad policial preventora, el sumario instruido en averiguación del delito de aborto reconoce su origen en una denuncia inválida.

(C.N.C.P., Sala I , C., C. G., rta. 22/06/2006).

JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA NACIONAL

Aborto. Secreto profesional. Garantía contra la autoincriminación. Derecho a la salud y a la vida. Derecho a la igualdad.

1. No cabe instruir sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consintió en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo, oficial o no.

2. La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación, puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida. Del voto del Dr. Frías Caballero.

3. La justa causa a que se refiere el artículo 156 CP es exclusivamente legal. Del voto del Dr. Lejarza.

4. Hacer prevalecer el deber de los funcionarios de denunciar por sobre el secreto profesional nos llevaría al absurdo de admitir que un mismo médico estaría o no obligado por el secreto profesional, según actuara en su consultorio particular o en la sala pública. De hecho nos encontraríamos frente al irritante distingo entre el enfermo que cuenta con medios para su asistencia privada y el que, por no contar con ellos, necesita concurrir a un hospital oficial, y de esa manera el artículo 16 CN sería letra muerta. Del voto del Dr. Amallo.

5. La garantía constitucional enunciada en el artículo 18 de nuestra Ley Suprema establece de manera indubitable que nadie está obligado a declarar contra sí mismo y en los casos en que una mujer se ve obligada a recurrir a un profesional de la salud en virtud de sus dolencias, la obligación es urgida por el derecho a vivir. Del voto del Dr. Amallo.

6. Según el artículo 167 CPP, quedan excluidos del deber de denunciar los funcionarios que hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones que le fueran hechas bajo el amparo del secreto profesional. Esta excepción significa una prohibición de denunciar y, por ende, limitativa tanto de la imposición como de la facultad para hacerlo. Del voto del Dr. Pena.

7. La culpable intervención que tuvo la autora o consentidora del aborto es noticia que el médico recibió en razón y ejercicio de su profesión y como tal, se encuentra bajo la tutela de prohibición de revelar el secreto profesional. Del voto del Dr. Pena.

(C.N.C.C., en pleno, *Natividad Frías*, rta. 26/08/1966).

Aborto. Prueba.

1. El delito de aborto debe tener como requisito material la existencia del feto con vida, ya que el bien jurídico protegido es la vida de la persona por nacer.

2. No se puede, con la certeza que exige una condena penal, presumir que el feto estaba con vida.

(C.N.C.C., Sala I, *P.S.*, C., rta. 20/04/1993).

Aborto. Prueba.

1. El embarazo anterior de la mujer no ha merecido a lo largo del proceso la más mínima corroboración. La existencia de presuntas maniobras con la intención de interrumpir la gestación, de modo alguno llevan a la demostración de su existencia ni, por otra parte, alcanzan naturaleza típica.

2. No acreditado el presupuesto del delito –embarazo-, la sola presencia de las maniobras abortivas resultan insuficientes para conferir tipicidad a los hechos que conforman el cuerpo del delito.

(C.N.C.C., Sala VII, *F. J. C. y otras*, rta. 06/12/2000).

Aborto. Secreto profesional. Garantía contra la autoincriminación. Derecho a la igualdad.

1. El profesional médico no tiene la obligación de denunciar el aborto de su paciente si ha tomado conocimiento del hecho bajo el amparo del secreto profesional, en los términos del

artículo 177, inciso 2º, CPP; pues, aun cuando se tratara de un nosocomio público que llevaría a otorgarle al facultativo interviniente la calidad de funcionario público, la directiva citada prevalece por sobre la obligación de denunciar prevista en el inciso 1º del mismo artículo.

2. El deber de guardar el secreto profesional prevalece por sobre la obligación de denunciar, debido a que la solución contraria “importa sancionar directamente un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurran a la Asistencia Pública se pondrían automáticamente en manos de la justicia. En cambio, al mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito, sería posible, en su consultorio, comprarle junto con la tarjeta, el silencio profesional” (Soler, Sebastián, Tratado de Derecho Penal, t. IV, p. 132).

3. No actúa por libre decisión quien requiere auxilio médico para salvar su vida, dado que en esas circunstancias, la persona se encuentra forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación.

4. La denuncia del médico en violación al deber de preservar el secreto carece de validez respecto de la paciente.

(C.N.C.C., Sala IV, *T. M., E.*, rta. 28/04/2003).

Aborto. Secreto profesional. Derecho a la intimidad.

1. El médico que toma conocimiento de la existencia de maniobras abortivas al examinar el cuerpo de la paciente no tiene obligación de denunciar el hecho a la autoridad competente, por cuanto se encuentra amparado por el secreto profesional.

2. Resulta decisivo que la denuncia del médico que dio origen a la causa haya sido efectuada soslayando la obligación de guardar el secreto de la paciente, puesto que la violación de ese deber constituye una ilegítima afectación de su derecho a la intimidad (artículo 19 CN).

3. La persecución del delito que se pueda desprender de la comunicación del médico que tomó noticia de las maniobras abortivas en ejercicio de la profesión no podrá prosperar, ya que la averiguación de la verdad deberá verse desplazada ante la posible afectación de los derechos de raigambre constitucional que protegían a S., al poner en conocimiento de un médico la situación por la que atravesaba.

(C.N.C.C., Sala VI, *S., A. E.*, rta. 23/10/2007).

Aborto. Secreto profesional. Garantía contra la autoincriminación.

1. El médico no tenía la obligación de denunciar a la autoridad policial la existencia de las maniobras abortivas, ya que había tomado conocimiento de ellas en el ejercicio de su profesión, correspondiendo, en consecuencia, el respeto del secreto profesional (artículo 177, inciso 2º, CPP).

2. La persecución del delito que se pueda desprender de la comunicación del médico que tomó noticia de las maniobras abortivas en ejercicio de la profesión no podrá prosperar, ya que la averiguación de la verdad deberá verse desplazada ante la posible afectación de los derechos de raigambre constitucional que alcanzaban a L. al poner en conocimiento de un médico la situación por la que atravesaba.

3. El primer control jurisdiccional efectuado sobre la prueba así reunida, impone la inmediata aplicación de las reglas de exclusión, por haber sido producto de una autoincriminación de la imputada en un estado de desesperación. Estas disposiciones, si bien no están expresamente previstas en nuestro catálogo procesal, surgen claramente de nuestra Carta Magna a través de los principios que garantizan el debido proceso y la defensa en juicio.

(C.N.C.C., Sala VI, *L., V.B. s/ nulidad*, rta. 04/06/2008).

Aborto. Secreto profesional.

1. Por aplicación de la doctrina del Plenario "Natividad Frías", no cabe instruir sumario en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión (Sala I, *K., G.*, rta. 08/03/2004).

2. El médico de un hospital público a quien su paciente le informa, en el contexto de la relación que los une, que se ha practicado un aborto, no está obligado a efectuar la denuncia. Hacerlo sería desconocer el derecho al secreto médico y violatorio del artículo 156 CP (Sala I, *NN s/aborto*, rta. 28/11/2006). En caso contrario, corresponde declarar la nulidad de las actuaciones.

(C.N.C.C., Sala I, *A., G. Y.*, rta. 11/09/2008).

JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA PROVINCIAL

Aborto. Secreto profesional. Alcances de la nulidad.

1. No corresponde instruir sumario criminal en contra de la mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la *notitia criminis* o denuncia, expresa o implícita, efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo, sea o no oficial, incluido el caso en que se toma conocimiento de una historia clínica a la que no podría haber accedido sin intervención de alguna de las personas que revestía las calidades a que se refiere el artículo 156 CP.

2. Si de la *notitia criminis* se tuvo conocimiento por un parte policial, denuncia de un profesional, entre otros, ello conlleva la nulidad de todas las actuaciones, es decir, no sólo las relacionadas con lo inherente a la "abortante" sino también las referidas a los denominados "aborteros", sean o no diplomados. Del voto minoritario del Dr. Bartolomé.

(C.Ap.y Gtias. Penal San Martín, en pleno, *L. D. B. y otros*, rta. 05/07/1985).

Penalización del aborto. Inconstitucionalidad.

1. Corresponde declarar la inconstitucionalidad de las normas del CP incriminatorias de la mujer incursa en aborto y/o del profesional requerido por la misma al efecto, por implicar violación del artículo 19 de la Carta Magna. Del voto en disidencia del Dr. O'Neil.

(C.Civ.Com.C.C. Necochea, *M.O.I.*, rta. 21/12/1993).

Aborto. Secreto profesional. Principio de igualdad.

1. El juego dogmático del imperativo procesal de denunciar -que en la misma disposición exceptúa la hipótesis del quebrantamiento del secreto profesional- y la construcción típica de éste -vedando exteriorizar dañosamente lo conocido al atender a su paciente- identifican la noticia suministrada por la médica residente de guardia del Hospital Centenario con el tipo de injusto sancionado por el artículo 156 CP y definen la ilicitud del mecanismo promotor del procedimiento represivo seguido contra la imputada en autos.

2. Resulta inaceptable diferenciar la situación del médico consultado en su clínica privada de aquél que desempeña sus tareas en un hospital público. Ni el imperativo del digesto procesal, ni la simultánea condición de funcionario, ni las circunstancias concretas de este proceso configuran justa causa de revelación desincriminante. Por otra parte, la tesis opuesta conduce a la irrazonable discriminación entre aquellos pacientes con medios económicos suficientes para acudir a la atención médica particular, de quienes padecen la indigencia y estarían sometidos a escoger entre su vida -necessitada del auxilio sanitario- o su procesamiento y condena por el delito que afectara su salud.

(C.Penal Rosario, sala 2^a, *I., M.*, rta. 26/12/1995).

Aborto. Garantía contra la autoincriminación.

1. La imputada actuó impulsada por la situación de emergencia en la que se encontraba, requiriendo atención médica urgente frente a la realización anterior de maniobras abortivas y, aún cuando hubiera actuado en conocimiento de las consecuencias que podría tener su comportamiento y de los derechos que le asistían, emergentes de la cláusula constitucional de abstenerse de proporcionar cualquier tipo de información en su contra, no se hallaba libre para consentir la autoincriminación que formuló, ya que el dilema en el que se encontraba no permite calificar su comportamiento como voluntario.

(C. Penal Santa Fe, *D., R. B. s/aborto*, rta. 22/12/2006).

DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Secreto profesional.

1. El procedimiento sustanciado remite a la eventual comisión de un injusto penal (el anoticiamiento brindado por un funcionario público, en violación del deber de secreto profesional) de modo que, a la luz de la regla de exclusión y su derivado, la de los frutos del árbol venenoso, corresponderá disponer la nulificación de lo actuado y la desvinculación definitiva de mi asistido del proceso.

2. El derecho al secreto profesional abarca a todo ciudadano, incluidos quienes, sin contar con medios materiales ni cobertura asistencial paga, se ven compelidos a acudir a dispensarios dependientes del Estado. Esta observación es axiológica para la resolución del caso, pues la tesis aquí defendida presupone que el médico que presta servicios en un hospital público tiene el mismo deber de secreto que el facultativo que se desempeña en clínicas privadas.

3. La obligación de médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, de denunciar delitos de acción pública conocidos en ejercicio de su profesión cede allí donde “...los hechos estén bajo el amparo del secreto profesional” (art. 177, inc. 2º, CPP).

(Recurso de hecho presentado por la Defensora General de la Nación ante la C.S.J.N., “*Baldívieso, César Alejandro*”, el 08/11/2004).

Secreto profesional.

1. Respecto del artículo 177, inciso 1º, CPP pienso que el punto de vista relativo a que los médicos de hospitales públicos, en su rol de funcionarios, estarían obligados a llevar a cabo las denuncias no puede ser fundamentado concluyentemente, pues no hay razones para considerar que las previsiones expresas del inciso 2º, respecto de los médicos y el secreto profesional, no deben ser consideradas válidas también respecto del supuesto del inciso 1º.

2. El artículo 177, inciso 1º, CPP regula el deber de denunciar para todo funcionario público en general, y cuando el legislador quiso regular explícitamente lo relativo al deber de denunciar en el ámbito de la consulta médica, lo hizo explícitamente en el inciso 2º, en el cual, en realidad, dejó en claro que el deber de denunciar tenía como límite la supremacía del secreto profesional.

3. El valor del secreto médico como institución ha sido fundamentado a través de argumentaciones tanto deontológicas como utilitarias. En efecto, el derecho del paciente a tener una esfera privada en lo relativo a su condición psíquica y física puede considerarse como un derecho personal y por lo tanto, digno de protección como bien en sí mismo. Pero también, mediante el aseguramiento a cada paciente en concreto de que se conservará su secreto médico, se consigue el bien general consistente no ya (solamente) en la protección del secreto de ese paciente que fue celosamente guardado, sino que se promueve la confianza general de que habrá confidencialidad. De esa manera, al fortalecerse ese sentimiento, se maximiza la frecuencia de la recurrencia de los pacientes al tratamiento

médico que se vería disminuida, por el contrario, si no fuera esperable que los datos íntimos serán mantenidos con carácter privado. Por lo tanto, se promueve la salud pública.

(Dictamen del Procurador General de la Nación ante la C.S.J.N., *“Baldivieso, César Alejandro”*, del 08/08/2006).

PRINCIPIOS DE ACCESIBILIDAD AL ABORTO NO PUNIBLE

INFORMES Y DECISIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

Derecho a la vida.

1. La breve historia legislativa de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no apoya el argumento de los peticionarios, según el cual la Declaración protege la vida desde la concepción. En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico, que extendía el derecho desde el momento de la concepción, era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto -el derecho a la vida desde el momento de la concepción- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; D) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica. En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo I del Comité Jurídico, fueron: Argentina; Brasil; Cuba; Ecuador; México; Nicaragua; Paraguay; Perú; Uruguay; Venezuela; Estados Unidos de América; Puerto Rico. En consecuencia, los Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.

2. El argumento de los peticionarios, respecto a encontrar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos elementos para interpretar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, requiere también un estudio de los motivos que prevalecieron en la Conferencia de San José al adoptarse la definición del derecho a la vida. Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de proteger el derecho a la vida "desde el momento de la concepción", con las objeciones suscitadas desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, *inter-alia*, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió, por mayoría de votos, introducir, antes de ese concepto, las palabras "en general". Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 "1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción".

3. 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".

(CIDH, *Baby Boy, Res. 23/81*, rta. 06/03/1981. El destacado en el original).

Aborto. Procedencia. Anencefalia. Derecho a la intimidad y autonomía. Derecho a la salud. Tortura, trato cruel, inhumano o degradante.

1. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora, en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa a actuar conforme a la decisión de la autora de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. El Comité observa que el dolor de la víctima de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo, sumado al dolor y angustia acumulado durante el

período en que estuvo obligada a continuar con su embarazo podía preverse, ya que un médico del hospital había diagnosticado que el feto padecía anencefalia, y sin embargo, el director del hospital estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico fue, en la opinión del Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General N° 20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores. En consecuencia, el Comité considera que estos hechos revelan una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Karen Noelia Llantoy Huamán*, Dictamen N° 1153/2003, 24/10/2005).

Acceso al aborto no punible.

1. 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 expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que dan como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado.

2. Las mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al procedimiento de esterilización y, en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos para su obtención.

(Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 70º período de sesiones, *Observaciones Finales, CCPR/CO/70/ARG*, 15/11/2000).

Acceso al aborto no punible. Despenalización.

1. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios.

2. El deber de velar por el ejercicio de los derechos relativos a la salud impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole, en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles, para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica.

(Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General N° 24, La mujer y la salud*, 20º período de sesiones, 1999).

DECISIONES DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

Aborto. Derecho a la vida del nasciturus. Derecho a la salud, vida y dignidad de la mujer embarazada.

1. El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos admite distintas interpretaciones. Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* sea de naturaleza absoluta. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “en general” utilizada por la Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto.

2. Ninguno de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social. En esa medida, el artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del *nasciturus* por sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados por la Carta de 1991.

3. De las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación. Por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado. Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

4. La penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

5. Los derechos fundamentales, los principios y valores constitucionales no son ilimitados ni tienen un carácter absoluto. En esa medida, tanto el derecho a la vida como la protección a la vida del *nasciturus* deben ser ponderados con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, y como resultado de la ponderación, puede resultar que en ciertos casos la protección del bien jurídico de la vida en cabeza del *nasciturus* pueda suponer cargas desproporcionadas para el derecho a la vida, a la igualdad y a la salud de la mujer gestante.

(Corte Constitucional Colombia, *sentencia C-355*, rta. 10/05/2006).

Aborto. Límites a la penalización.

1. La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Al adoptar normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

2. En caso de embarazo como resultado de acceso carnal, acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del *nasciturus* supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y, en esa medida, resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

3. Para esta Corte Constitucional, la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y deben considerarse excluidas del ámbito del artículo 122 del Código Penal las siguientes

tres hipótesis, las cuales tienen carácter autónomo e independiente: a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

(Corte Constitucional Colombia, *sentencia C-355*, rta. 10/05/2006).

Aborto terapéutico. Derecho a la salud.

1. Pueden resultar inconstitucionales las medidas adoptadas por el legislador que restrinjan desproporcionadamente el derecho a la salud de una persona, aún cuando sean adoptadas para proteger bienes constitucionalmente relevantes en cabeza de terceros. *Prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros, aún cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes.

2. El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido.

3. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la mujer puede constituir una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de distintos convenios internacionales, como el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

4. La obligación del Estado de adoptar medidas que protejan la salud no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante, sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa, o incluso graves alteraciones psíquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

(Corte Constitucional Colombia, *sentencia C-355*, rta. 10/05/2006).

Aborto. Inviabilidad del feto.

1. En casos de malformaciones que hagan que el feto sea inviable, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo.

2. La sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que, por su grave malformación, es inviable.

3. Obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto inviable significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana.

(Corte Constitucional Colombia, *sentencia C-355*, rta. 10/05/2006).

Aborto. Objeción de conciencia.

1. La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia.

2. La objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto.

(Corte Constitucional Colombia, *sentencia C-355*, rta. 10/05/2006).

Aborto terapéutico, ético y eugenésico. Despenalización. Requisitos.

1. La protección constitucional al derecho a la vida del *nasciturus* no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones.

2. Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con su dimensión moral, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad.

3. El legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer.

4. El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado.

5. En caso que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación, basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento.

6. En el caso del aborto terapéutico, la protección del *nasciturus* exige que la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.

7. En cuanto a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales, entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla. Por ello entiende este Tribunal que la denuncia previa es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho.

8. El Tribunal entiende que la solución del legislador –que sólo requiere el consentimiento de la mujer embarazada y no el del padre- no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

(Tribunal Constitucional Español, *sentencia N° 53/85*, rta. 11/4/1985).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Aborto terapéutico.

1. El resultado de la ponderación entre el derecho a la vida del *nasciturus* frente al derecho a la salud de la madre ya fue consagrada por el legislador en el artículo 86, segundo párrafo, inciso 1º, CP, que establece la impunidad del aborto causado por un médico, con el consentimiento de la mujer, 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. Del voto en disidencia del Dr. Petracchi.

2. La permisión del llamado "aborto terapéutico", derecho que por cierto no podría ser calificado como indiferente a la protección del derecho a la vida, establece una causa de justificación y no de mera disculpa. Del voto en disidencia del Dr. Petracchi.

(C.S.J.N., *T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, rta. 11/01/2001).

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Aborto terapéutico. Procedencia. Autorización judicial.

1. Se configura la situación de urgencia y riesgo para la salud de la madre que torna procedente la interrupción del embarazo en los términos del artículo 86, inciso 1º, CP, cuando la madre es portadora de una cardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular, presentando además como factores de riesgo obesidad, tabaquismo, hipertensión arterial y el antecedente de cuatro embarazos, dos de los cuales derivaron en la muerte de las personas por nacer. Del voto del Dr. Roncoroni.

2. Ante el pedido de autorización judicial para realizar un aborto terapéutico, no era posible pasar por las fauces de cualesquiera de las estructuras procesales que nuestra legislación tiene diseñadas para los procesos de conocimiento (aún la más breve, como la del juicio sumarísimo) y bien hizo la jueza de trámite, que encauzó la pretensión como medida cautelar autosatisfactiva, al flexibilizar y amoldar las formas y tiempos del proceso a tanta premura. Del voto del Dr. Roncoroni.

3. Entra en el marco de la responsabilidad de los médicos intervenientes decidir si deben ejecutar o no el aborto terapéutico. Pero cuando deban actuar inexcusadamente porque así lo imponen la necesidad o la urgencia que no admiten esperas ni dilaciones (artículos 13, inciso c, Código de Ética, y 19 incisos 1º y 2º, ley 17.132), su conducta será reprochable e, incluso, en determinados y casi excepcionales casos, puede llegar a tipificar el delito de abandono de persona. Del voto del Dr. Roncoroni.

4. El artículo 86, segundo párrafo, inciso 1º, CP, no presenta una incoherencia en su adecuación sistemática con las normas consagradas en el artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que conduce a su modificación por una inconstitucionalidad sobreviniente. Adviértase que el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción en el seno materno recibe un marco de protección en general. Carente de contenido absoluto, admite entonces cierta modulación normativa razonable. Del voto del Dr. Soria.

5. Lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Constitución de la Provincia no podría mellar la validez del artículo 86 segundo párrafo, inciso 1º, CP, por cuanto éste se funda en la delegación que las provincias hicieron a la Nación de atribuciones privativas para el dictado de las normas de fondo (artículo 75, inciso 12, CN), en modo tal que el contenido de esas reglas del derecho común sólo ha de sujetarse al marco constitucional y supranacional (artículos 31, 75 inciso 22, y concordantes CN), sin sujetarse a otros condicionamientos materiales instituidos por los Estados provinciales (artículos 1º, 5, 121, 126 CN). Del voto del Dr. Soria.

6. La juridicidad no llega a imponer al ciudadano una conducta altruista o heroica que lo lleve, sin importar las circunstancias, a optar por la vida o los intereses del prójimo frente a los suyos. De tal suerte, tampoco exige semejante actitud a la madre, cuando su vida o su salud se enfrenta a la supervivencia de la persona "por nacer". Del voto del Dr. Soria.

7. La negativa de los galenos de realizar el aborto terapéutico sin contar con autorización judicial provocó la correlativa afectación concreta al derecho a la salud de la actora, constitucionalmente amparado (artículos 33, 75 incisos 19, 22, 23, y concordantes CN; 3 y 8, Declaración Universal de Derechos Humanos; 3, 4, 5, 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 12, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6.1 y 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 36 inciso 8, Constitución Provincial), y puso en mayor peligro a su vida. Del voto del Dr. Soria.

8. Una vez que se encuentran cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el artículo 86, inciso 1º, CP, es decir, cuando se halle acreditado el riesgo para la vida o la salud de la madre, habiendo prestado esta última su consentimiento debidamente informado, sólo puede concluirse que la actuación de los profesionales de la salud autorizados debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de requerimiento de autorización judicial. Del voto de la Dra. Kogan.

(S.C.J. Buenos Aires, *C. P. d. P., A. K.*, rta. 27/06/2005).

Aborto no punible. Procedencia. Derecho a la vida del nasciturus. Derechos a la salud, vida y dignidad de la mujer embarazada.

1. Si bien la CN, los tratados de derechos humanos en ella contenidos y la Constitución provincial protegen el derecho a la vida desde la concepción, este principio admite excepciones. La que hoy nos ocupa –joven de 19 años con retraso mental embarazada como consecuencia de una violación- es una de ellas. Del voto del Dr. Genoud.

2. La expresión contenida en el artículo 4 de la Convención Americana sobre 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. Del voto de la Dra. Kogan.

3. En el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción en el seno materno recibe una tutela en general. Carente de contenido absoluto, admite entonces cierta modulación normativa razonable (artículo 29, Pacto de San José de Costa Rica), que el régimen legal doméstico circumscribe en el artículo 86 CP. Esta interpretación concuerda con la expuesta en el seno del sistema interamericano. Del voto del Dr. Soria.

4. Lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución de la Provincia mal podría mellar la validez de la predeterminación de intereses jurídicos regulada en el artículo 86, inciso 2º, CP. Éste se funda en la delegación que las provincias hicieron a la Nación de atribuciones privativas para el dictado de las normas de fondo (artículo 75, inciso 12, CN), en modo tal que el contenido de esas reglas del derecho común sólo ha de sujetarse al marco constitucional y supranacional (artículos 31, 75 inciso 22, y concordantes CN), sin que puedan oponerse otros condicionamientos materiales instituidos por los Estados provinciales (artículos 1º, 5, 121, 126 CN). Del voto del Dr. Soria.

5. El artículo 86 CP fija la directiva para la resolución del conflicto jurídico que se presenta entre la vida o la salud de la mujer embarazada y la vida de la persona por nacer, o entre esta última y los derechos reivindicables por la mujer embarazada a causa de un abuso sexual (salud psíquica, dignidad, privacidad, ejercicio de la maternidad, autodeterminación personal, etc.). Del voto del Dr. Soria.

6. Que en el ordenamiento vigente la decisión de interrumpir el proceso de gestación y alumbramiento está fundamentalmente vedado, no lleva consigo, cual derivación ineludible, que el *nasciturus* sea receptor o centro de una protección jurídica totalmente idéntica a la de la persona ya nacida o titular de un derecho absoluto que pueda ser impuesto siempre en desmedro de la vida, la salud o la dignidad de la mujer embarazada; esto es, que sea oponible frente a cualquier sujeto, en absolutamente todas las alternativas de embarazo y cualquiera sea la causa que lo hubiese determinado. Del voto del Dr. Soria.

7. El bloque de constitucionalidad no brinda pauta alguna para afirmar que el feto deba ser equiparado en su protección jurídica a una persona nacida. Del voto del Dr. Soria.

8. El artículo 86, inciso 2º, CP no quiebra el bloque de legalidad y constitucionalidad impuesto por la Carta Magna Nacional y por los convenios supranacionales, y encarta perfectamente en tal hermético sistema. Del voto del Dr. Hitters.

(S.C.J. Buenos Aires, *R., L. M.*, rta. 31/07/2006).

Aborto no punible. Requisitos.

1. Son los médicos intervenientes quienes se encuentran capacitados para realizar las prácticas médicas que resulten más adecuadas, pues cotejadas las circunstancias de hecho que requiere el artículo 86, inciso 2º, CP, así como la autorización informada de la representante de la mujer embarazada, deben adoptar las medidas aconsejadas de conformidad con las reglas del arte de curar, sin necesidad de autorización judicial previa. Del voto de la Dra. Kogan.

2. No corresponde solicitar autorización a los jueces para la interrupción del embarazo en condiciones como las del *sub lite*, ya que en estas circunstancias los médicos pueden actuar (es decir, llevar adelante la práctica abortiva) sin “autorización” de la magistratura. Del voto del Dr. Hitters.

3. La exigencia de iniciar la respectiva acción penal para tener por configurada o no la violación (contenida antes en la ley 21.338) ha desaparecido con el texto actual. Por tanto, el aborto resultará igualmente impune cuando se invoque con seriedad la existencia del hecho ilícito, aun cuando éste no se hubiese investigado en un proceso especial o cuando las maniobras abortivas hayan tenido lugar antes de iniciado ese proceso mediante el instamiento de la persona habilitada para producirlo. Del voto del Dr. Genoud.

4. El inciso 2º del artículo 86 CP no es inconstitucional y no requiere esperar (lo que sería absurdo) a que haya una condena por violación. Tampoco es necesario tener una declaración judicial sobre la materialidad del hecho, que la ley procesal no prevé como resolución distinta de la condena. Del voto del Dr. Roncoroni.

5. El hecho que en la especie sólo uno de los progenitores de la menor haya manifestado su interés en llevar a cabo las prácticas médicas no obsta a que se tenga por configurado el “consentimiento” exigido por el artículo 86, inciso 2º, CP. Es que la progenitora que

interviniera en el proceso resulta ser quien ejerce en los hechos la patria potestad. Del voto del Dr. Soria.

(S.C.J. Buenos Aires, *R., L. M.*, rta. 31/07/2006).

Aborto no punible. Artículo 86 CP. Supuestos.

1. Si bien las circunstancias del presente caso han sido encarriladas primordialmente en torno de la aplicación del segundo inciso del artículo 86, las características de una situación de hecho como la que aquí se examinan no habrían permitido descartar *a priori* un examen a la luz de los recaudos del inciso 1º del artículo 86. Según lo interpreta el Profesor Eugenio Zaffaroni “La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico”. El autor continúa afirmando que “Es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones en el feto”. Del voto de la Dra. Kogan.

2. La práctica médica de interrupción del embarazo que ante la debilidad mental de la joven violada se hallaba prevista realizar, participa de las notas objetivas definidas o indicadas por el legislador al determinar la no punición del aborto realizado en caso de abuso sexual de una mujer demente o idiota (artículo 86, segundo párrafo, inciso 2º, CP). Del voto del Dr. Soria.

3. El artículo 86, inciso 2º, CP es fuente de reconocimiento de la razonabilidad del posible ejercicio de la opción por proseguir o por interrumpir el embarazo de toda mujer abusada sexualmente. Del voto del Dr. Soria.

4. El legislador consideró dos casos en que esa tutela puede negarse, en el sentido de detener la alta protección que, en términos de un deber jurídico de cuidado y prevención de todo daño, debe conferirse al feto. Uno es el que confronta la prosecución del embarazo con el riesgo cierto de muerte o de afectación a la salud de la mujer encinta (artículo 86, inciso 1º, CP). El otro opera cuando la concepción es producto de un abuso sexual. Del voto del Dr. Soria.

5. El argumento de la discriminación entraría a jugar con el fin de perfilar acabadamente el sentido interpretativo que cabe conferir al artículo 86, inciso 2º, evitando una desigualdad en el tratamiento dispensado a las mujeres. Cabría justificar, desde esa óptica, sin lugar a mayores distingos, la situación de la mujer abusada sexualmente y por ello embarazada demente o idiota, con la de la mujer violada y por ello embarazada que no padece de ese tipo de afecciones. Del voto del Dr. Soria.

6. La juridicidad no llega a imponer al ciudadano una conducta extremadamente altruista o heroica que lo lleve siempre, sin importar las circunstancias, a optar por la vida del prójimo frente a la realización de sus propios derechos. Del voto del Dr. Soria.

7. Es preciso sopesar las presentes, pero también las futuras condiciones de vida de la embarazada para afrontar la maternidad, atendiendo a sus circunstancias personales, su ambiente social y la afrenta sufrida. Condiciones que, en la especie, tienen el sello de la inviabilidad, en atención al padecimiento mental de la encinta. Del voto del Dr. Soria.

(S.C.J. Buenos Aires, *R., L. M.*, rta. 31/07/2006).

Aborto no punible. Constitucionalidad. Principio de legalidad.

1. No es atribución de los jueces extender las figuras penales para hacerlas alcanzar hechos que ellas expresamente excluyen. El artículo 18 CN establece que la definición de los delitos corresponde a la ley, lo que descarta su enmienda por orden judicial. Del voto del Dr. Roncoroni.

2. Así como es cierto que las excepciones que recortan la punición no requieren de permisos judiciales, también lo es que ellas no admiten prohibiciones judiciales. El motivo

es el mismo, la garantía de la legalidad. Esto es una consecuencia del artículo 18 CN. Del voto del Dr. Roncoroni.

3. Si bien los pactos internacionales son operativos, ello no alcanza para saltar o sortear el requisito de la legalidad, y menos en materia penal. Al contrario, los pactos internacionales, y la misma Constitución, requieren que la creación de figuras delictivas (o la eliminación de sus excepciones, que es lo mismo) sea hecha por ley (artículo 18 CN, artículo 9 Pacto de San José de Costa Rica). Del voto del Dr. Roncoroni.

(S.C.J. Buenos Aires, *R., L. M.*, rta. 31/07/2006).

**JURISPRUDENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES**

Aborto Terapéutico. Inducción del parto. Anencefalia. Derecho a la salud.

1. La decisión que se detiene en la confrontación entre los bienes jurídicos vida de la persona por nacer - salud de la madre, como valores absolutos o intereses objetivados, a la luz de la autorización concedida por el inciso 1º, artículo 86 CP, es criticable en sí misma. Del voto del Dr. Maier.

2. La del inciso 1º, artículo 86 CP, es también una causa de justificación que representa sólo una autorización específica que rige únicamente para el delito de aborto y se distingue del estado de necesidad genérico por características propias. La autorización para interrumpir el embarazo depende de la decisión médica que lo prescribe y lo ejecuta, y el consentimiento de la mujer encinta. En segundo lugar, ella no depende de la inminencia del conflicto entre dos bienes jurídicos, porque la autorización depende tan sólo de un diagnóstico médico que torne probable el conflicto entre la vida de la persona por nacer y la vida o la salud de la madre. Además, en el choque de vida (del *nasciturus* vs. vida (de la madre), el llamado aborto terapéutico o necesario privilegia claramente la vida de la madre -incluso como riesgo eventual-. Del voto del Dr. Maier.

3. Por salud de la madre no se puede entender hoy tan sólo el perjuicio físico visible o detectable, sino que, como lo explica nuestra Constitución (CCBA, 20, I), él comprende, también, aquellos daños síquicos -quizás también orgánicos, aunque no los percibamos sensorialmente- y, en tanto la madre integra una familia, aquellos que pueden derivar para su salud de la afectación de otros miembros de su familia (cónyuge, hijos). Del voto del Dr. Maier.

4. Los requerimientos de gravedad extrema para operar la cláusula del inciso 1º, artículo 86 CP, no están incluidos en su texto (sólo pone como condición del riesgo que no pueda ser superado por otros medios) y carecen además de apoyo legal. La ley no exige que el daño sea grave, sino, tan sólo, diagnosticable médicaamente. Del voto del Dr. Maier.

5. La ley no hace depender de una decisión jurídica o judicial la necesidad de un aborto terapéutico, sino, por lo contrario, del consejo de un médico diplomado con fundamento en su ciencia. Esa indicación es irreversible judicialmente desde el punto de vista de la necesidad diagnosticada, salvo casos extremos en los cuales el diagnóstico no pudiera ser avalado de manera racional por conocimientos científicos. Del voto del Dr. Maier.

6. El derecho a la salud y a su preservación se vinculan estrechamente con el derecho a la dignidad, porque cualquier menoscabo a aquel derecho incide negativamente en un sujeto y en el núcleo más próximo de sus afectos y lazos sociales. Del voto de la Dra. Ruiz.

7. Si nos situáramos ante un caso distinto del presente –solicitud de la inducción del parto durante el octavo mes de embarazo de un feto anencefálico- como podría ser el de aborto y enfrentáramos un grave caso en el que estuviera en juego la supervivencia o la salud de la madre, por un lado, y la del bebé en gestación, por el otro, de así decidirlo aquélla, podría privilegiarse su derecho por sobre el del *nasciturus*, porque así lo admite la norma contenida en el artículo 86, inciso 1º, CP. Del voto de la Dra. Conde.

8. Si por vía de hipótesis se aceptara que estamos en presencia de un aborto terapéutico, la solución no cambiaría. Cualquiera sea la calificación que se le diera a la interrupción del embarazo (parto prematuro o aborto terapéutico), la negativa del hospital a practicar el acto médico sin previa autorización judicial resulta ilegal y arbitraria. Del voto del Dr. Muñoz.

(S.T.J. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *T., S.*, rta. 27/12/2000).

**JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA**

Aborto no punible. Falta de legitimación para objetar la práctica.

1. En el caso de una mujer que fue declarada incapaz y víctima de abuso sexual por el cual quedó embarazada, no están en juego intereses de incidencia colectiva. Por el contrario, lo discutible es el derecho de una persona (la incapaz embarazada) a ejercer (a través de su representante legal) las facultades que se estiman concedidas, individualmente, por el ordenamiento positivo argentino (CP y CN). Por tanto, ni VITAM Asociación Civil sin fines de lucro, ni ninguna otra persona ajena a la intervención médica requerida, está legitimada para recusar al tribunal ni para plantear la suspensión de la interrupción ordenada por un tribunal competente en el ámbito de sus funciones específicas.

(S.C.J. Provincia de Mendoza, *G.A. en C.S.M.*, rta. 22/08/2006).

**JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS**

Aborto no punible. Procedencia. Menor de edad incapaz violada. Derecho a la vida. Derecho a la dignidad, libertad y salud.

1. El constituyente ha plasmado numerosas normas sobre la protección de la vida en general y de la persona por nacer en particular, pero al mismo tiempo, otras, sobre el derecho a la dignidad, la libertad y la salud, en virtud de lo cual todos esos derechos deben armonizarse, compatibilizarse y llegado el caso, graduarse, ya que ni siquiera el derecho a la vida es absoluto. Del voto del Dr. Ardoi.

2. El planteo del padre de la menor incapaz violada, de ejercer la representación legal en forma conjunta con la madre, resulta material y jurídicamente imposible, ante la evidente existencia de intereses contrapuestos respecto al requerimiento de llevar a cabo la interrupción del embarazo. Del voto de la Dra. Pañeda.

3. El consentimiento exigido por el artículo 86, inciso 2º, CP y conferido al representante legal de la víctima incapaz debe entenderse, en orden a lo dispuesto en el artículo 264, inciso 5, CC, referido al progenitor que en ejercicio de la patria potestad ostenta la guarda. Del voto de la Dra. Pañeda.

4. El planteo del padre de la menor embarazada, abusada sexualmente y débil mental, que invocó el régimen de patria potestad compartido por ambos padres para requerir la unificación de personería con la madre, además de revelar un apartamiento al principio de buena fe procesal, resulta contradictorio con los propios actos protagonizados con anterioridad a este trámite, que dan cuenta de su inequívoca voluntad de consentir la tenencia de la menor, su cuidado y manutención a cargo exclusivo de la madre, lo que se verificó durante largos años. Del voto de la Dra. Pañeda.

(S.T.J. Entre Ríos, Sala II en lo Civil y Comercial, *M., F. C.*, rta. 20/09/2007).

JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA PROVINCIAL

Aborto terapéutico. Procedencia. Violación de una niña de 14 años. Derecho a la salud.

1. Es contrario a la dignidad personal de la menor de catorce años obligarla a soportar un embarazo derivado de una violación, en tanto al prescindir de su consentimiento se la estaría considerando un mero instrumento. Del voto del Dr. Loustaunau.

2. La protección normativa de la persona por nacer se encuentra diferenciada con relación a la que el ordenamiento brinda a la persona nacida y, consecuentemente, la igualdad y protección absolutas que se pregonan no son tales. Del voto del Dr. Loustaunau.

3. El supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del artículo 86, inciso 1°, CP, por lo que el encuadre en dicha premisa general tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso 2°, en tanto el embarazo es producto de una violación. Del voto del Dr. Loustaunau.

4. El Pacto de San José de Costa Rica prescribe en su artículo 4.1 que el derecho a la vida "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Esto significa que, para el Pacto, el concepto del derecho a la vida no es de carácter absoluto, admitiendo excepciones a la regla general de protección. Del voto del Dr. Monterisi.

5. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso "Baby Boy" realizó un pormenorizado estudio de los trabajos preparatorios de la Declaración Americana y del Pacto de San José de Costa Rica, en relación con el derecho a la vida, y señaló que la expresión "en general" tuvo por objeto permitir la subsistencia —por no incompatibilidad— de la preexistencia de aquellas legislaciones nacionales que no son restrictivas de abortos en especiales situaciones, como —entre otras— cuando sea necesario para salvar la vida de la madre, o para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro, individualizándose al artículo 86 CP como un claro ejemplo en ese sentido. Del voto del Dr. Monterisi.

6. La Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo otorga venia al legislador para admitir la procedencia del aborto en la medida en que se lo establezca bajo condiciones muy restringidas y precisas, como serían los casos del denominado aborto terapéutico o necesario —provocado para salvar la vida o la salud de la madre—, o del aborto llamado sentimental o ético —practicado sobre la víctima de una violación—, y del aborto eugénico o eugenésico —practicado sobre la mujer idiota o demente— y que declara impunes nuestro CP en el artículo 86, incisos 1° y 2°. Del voto del Dr. Monterisi.

7. Cuando se habla de salud en el artículo 86, inciso 1°, CP, abarca tanto la salud física como psíquica, es decir, es el derecho a la salud integral. Del voto de la Dra. Zampini.

8. No son punibles los abortos cuando el embarazo proviene: a) de una violación, b) de un atentado al pudor a una mujer idiota o demente; o bien, c) 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. Del voto de la Dra. Zampini.

9. Respecto de la colisión entre la vida humana en formación y la libertad sexual de la mujer, comparto lo sostenido por Andrés Gil Domínguez cuando sostiene que "... si el embarazo es producto de una violación, y se produce una colisión contra la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación...". Del voto de la Dra. Zampini.

(C.Corr.Crim. Mar del Plata, *O.*, *M.* V., rta. 21/02/2007).

Aborto terapéutico. Procedencia. Anencefalia.

1. La interrupción de la gestación en el quinto mes de embarazo de una mujer que sufre diabetes insulino-dependiente severa, mediante la inducción del parto o eventual cesárea, encuadra desde el punto de vista jurídico-penal en la figura del aborto terapéutico del artículo 86, inciso 1°, CP, y si a ello se suman las inequívocas referencias a la existencia de un feto con gravísimas malformaciones considerado además inviable, se legitima, inclusive desde el punto de vista ético, la pronta intervención médica.

2. Cabe invocar aquí el principio *pro minoris*, que lleva a valorar muy particularmente la situación de los dos pequeños hijos de la paciente. No es difícil advertir que el futuro de dichos menores -ya seriamente condicionado por el contexto socio-económico de la familia-, se vería aún mucho más afectado en caso de ocurrir el fallecimiento de la madre o de padecer ésta un daño en su salud que desmejorara aún más su ya muy delicado cuadro clínico.

(Jdo. Crim. y Corr. Nro. 3 Mar del Plata, A.K., rta. 05/09/1997).

Aborto no punible. Derecho a la vida del *nasciturus*. Derecho a la vida, salud, dignidad y autonomía de la mujer embarazada. Autorización judicial. Principio de legalidad.

1. Si bien en el ordenamiento nacional vigente la decisión de interrumpir el proceso de gestación esté fundamentalmente vedada, ello no lleva consigo que el *nasciturus* sea receptor o centro de una protección jurídica totalmente idéntica a la de la persona ya nacida o titular de un derecho absoluto que pueda ser impuesto siempre en desmedro de la vida, la salud o la dignidad de la mujer embarazada. Del voto de la Dra. Peremeteu.

2. El artículo 86, inciso 2º, CP está dirigido exclusiva y excluyentemente a los galenos y a la representación legal de la incapaz. No hay ningún indicio en la norma que nos permita inferir que hace falta autorización judicial. Del voto de la Dra. Peremeteu.

3. Si se considerase derogado el artículo 86 CP por los tratados internacionales elevados a rango constitucional en la reforma de 1994, todo tipo de aborto quedaría encuadrado en el artículo 85 CP, dándose una “retipificación” más gravosa y *sui generis* por reenvío a normas generales y, aunque éstas sean constitucionales, parece cuanto menos ilógico, absurdo e improcedente incriminar una conducta que no lo estaba. Del voto del Dr. Carbo.

4. Sin perjuicio de lo que cada persona pueda decidir frente al embarazo de una incapaz fruto de una violación, en función de lo que sus convicciones morales o religiosas o las circunstancias que la rodean le aconsejen, la regulación vigente sobre el aborto no punible admite una esfera de libertad de decisión. Apartarse de ello implica una intromisión de la autoridad contraria a las previsiones del artículo 19 CN. Del voto de la Dra. Basualda de Torrealday.

(C.Civ. y Com. 2º Paraná, Sala II, *Defensora de P. y M. N° 2 (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar (de protección de persona)*, rta. 07/09/2007).